UNIVERSITE CLERMONT I – UNIVERSITE D'AUVERGNE
U.F.R. DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

– – – – – – – – – –

THESE

pour obtenir le grade de DOCTEUR EN DROIT de l'Université Clermont I

Discipline : droit privé

présentée et soutenue publiquement par Audrey ARSAC-RIBEYROLLES

le 24 mai 2005, à 14 h 30.

ESSAI SUR LA NOTION D'ECONOMIE DU CONTRAT

Directeurs de thèse :

M. Jacques MESTRE, Doyen Honoraire, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.
M. Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

JURY :

M. Philippe BONFILS, Professeur à l'Université d'Auvergne - Clermont I.
M. Patrick CHAUVEL, Professeur à l'Université d'Auvergne - Clermont I.
M. Emmanuel PUTMAN, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.
Mme Judith ROCHFELD, Professeur à l'Université du Maine.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, PARANGON CONTRACTUEL

Titre 1 : L'économie du contrat, grille de lecture normalisée du contrat

Chapitre 1 : La normalisation de la loi du contrat

Chapitre 2 : La normalisation de la loi applicable au contrat

Titre 2 : L'économie du contrat, garante de la rationalité des parties

Chapitre 1 : La mesure de la rationalité imposée par référence à l'économie du contrat

Chapitre 2 : La nature de la rationalité imposée par référence à l'économie du contrat

PARTIE 2 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, ETALON CONTRACTUEL

Titre 1 : L'économie du contrat, grille d'évaluation économique du contrat

Chapitre 1 : Le maintien des contrats présentant un intérêt économique

Chapitre 2 : L'immixtion dans les contrats ne présentant pas d'intérêt économique

Titre 2 : L'économie du contrat, garante de l'utilité du contrat

Chapitre 1 : La légitimité d'une garantie de l'utilité du contrat

Chapitre 2 : La nécessité d'une définition de l'utilité du contrat

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art. :	Article
Ass. Plén. :	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
Bull. Joly :	Bulletin Joly.
Cah. Dr. Entr. :	Cahiers droit de l'entreprise.
Cass. Civ. :	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. Com. :	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation.
Cass. Crim. :	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation.
Cass. Soc. :	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.
C. civ. :	Code civil.
C. Comm. :	Code de commerce.
C.E. :	Arrêt du Conseil d'Etat.
Ch. Mixte :	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation.
Ch. Réunies :	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation.
Chr. :	Chronique.
Concl. :	Conclusions.
Cons. Constit. :	Conseil constitutionnel.
Contrats, conc. consom. :	Revue contrats, concurrence et consommation.
D. :	Recueil Dalloz et, depuis 1965, recueil Sirey-Dalloz.
D.H. :	Recueil hebdomadaire Dalloz.
D.P. :	Recueil périodique et critique Dalloz.
Fasc. :	Fascicule.
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais.
I.R. :	Informations rapides.
J.-Cl. :	Juris-Classeur.
J.C.P., éd. E. :	Juris-Classeur périodique, édition entreprise.
J.C.P. :	Juris-Classeur périodique, édition générale.
J.C.P., éd. N. :	Juris-Classeur périodique, édition notariale.
J.D.I. :	Journal du droit international (Clunet).

Jur. :	Jurisprudence.
L.G.D.J. :	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
N.C.P.C. :	Nouveau code de procédure civile.
Obs. :	Observations.
P.A. :	Les Petites Affiches.
Pan. :	Panorama
préc. :	précité.
P.U.A.M. :	Presses universitaires d'Aix-Marseille.
Rép. Civ. Dalloz. :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil.
Rép. Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois.
Req. :	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. Arb. :	Revue de l'arbitrage.
Rev. crit. dr. int. pr. :	Revue critique de droit international privé.
R.G.A.T. :	Revue générale des assurances terrestres.
R.J.C. :	Revue de jurisprudence commerciale.
R.J.D.A. :	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.R.J. :	Revue de recherche juridique, droit prospectif.
R.T.D.Civ. :	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.Com. :	Revue trimestrielle de droit commercial.
Somm. :	Sommaires commentés.
Trav. Assoc. H. Capitant :	Travaux de l'association Henri Capitant.
T.G.I. :	Tribunal de Grande Instance.

INTRODUCTION

Les rapports du droit à la science

1. - La querelle est ancienne, qui divise les épistémologues : leur discipline doit-elle embrasser le droit ? Cette interrogation rejoint celle des juristes sur la qualification de leur propre savoir : le droit est-il une science ?

Si l'on réduit le concept de science aux disciplines ayant pour but de découvrir des lois naturelles immuables de l'univers, le droit, au même titre que ce qu'il est convenu d'appeler les « sciences humaines », se trouve exclu de cette qualification. Des définitions plus souples ont cependant été proposées. Ainsi, selon Constantinesco, la science est un « corps de connaissances ordonnées ayant un domaine propre, un objet déterminé et reconnu, une méthode propre »[1]. Toutes les difficultés n'en sont pas pour autant levées et, pour déterminer si cette seconde acception de la science s'applique au droit, il convient de s'interroger au préalable sur ce qu'est le droit.

2. - Le premier constat est celui de l'identification du droit à ses buts. Ainsi, le droit est-il toujours défini, non par ce qu'il est, mais par ses fonctions. Le deuxième constat est alors celui de la dualité des objectifs du droit. S'il est une « réalité sociale », il est aussi une « théorie active de la société, une évaluation de ce qui existe dont le but est de déterminer ce qui devra exister »[2]. En ce qu'il vise à « établir un ordre social harmonieux et à régler les rapports sociaux avec le souci de promouvoir, à des degrés différents selon les cas, un certain ordre moral, la sécurité juridique ou le progrès social »[3], le droit ne peut être qualifié de « science », même dans l'acception souple proposée par Constantinesco. Il faut davantage y

[1] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, t. 1, Introduction au droit comparé*, L.G.D.J., 1972, n° 78.
[2] L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Essais et Recherches, Nathan, 1996, p. 5.
[3] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3ème édition, Dalloz, 1999, p. 5.

voir un art[4]. Cependant, le juridique ne saurait être réduit à un « phénomène de pouvoir, de contrainte, de force et de volonté », « il peut être objet de connaissances »[5]. Ainsi, au delà de sa vocation à intervenir sur la société, le droit a « pour tâche de classer les faits juridiques, de construire des théories, d'élaborer des principes »[6]. Le droit est alors un « donné, qui doit pouvoir être connu par tout le monde de la même façon »[7].

3. - C'est cette seconde facette du phénomène juridique, et elle seule, qui semble pouvoir prétendre à la qualification de science. En effet, le droit étudie des instruments juridiques, lois, réglements, décisions, contrats, qui constituent un objet déterminé et reconnu. Il utilise une méthode propre, qui peut varier selon le système envisagé. Si le système de *Common law* se caractérise par l'utilisation du précédent, c'est-à-dire par le raisonnement analogique, c'est le syllogisme qui emporte, dans les pays de droit civil, la décision du juge[8]. De même que le syllogisme judiciaire, « toute élaboration juridique est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie, basée sur les principes de la logique commune »[9].
Il demeure que le raisonnement juridique, bien que déductif et bien qu'établi à partir de principes induits d'un ensemble normatif[10], ne peut prétendre relever d'une démarche scientifique. En effet, la qualification de « système axiomatique formalisé », qui doit être celle du droit pour parvenir au statut de science, postule « l'élimination de toute ambiguïté, aussi bien quant à la signification des signes que quant aux règles de leur maniement »[11].

L'influence de l'émergence des concepts mous

4. - Cette exigence d'absence d'ambiguïté disqualifie le droit en tant que science. L'évolution juridique contemporaine a en effet été fortement marquée par l'essor des « concepts mous »[12],

---

[4] Voir J.-L. BERGEL, *op. cit*. « et lorsqu'on pose la question habituelle de savoir si le droit est une science ou un art, tout le monde finit par convenir que c'est un art consistant à améliorer les rapports sociaux en formulant des règles justes et en les appliquant de manière équitable », p. 6, n°5.
[5] C. ATIAS, *Science des légistes savoir des juristes*, 3ème édition, P.U.A.M., 1999, p. 14.
[6] J.-L. BERGEL, *op. cit*., p.6.
[7] C. PERELMAN, Droit, logique et épistémologie, in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Librairies philosophiques, J. VRIN, 1973, p. 228.
[8] C. PERELMAN, *art. préc*., p. 228, « la majeure est constituée par la règle de droit, la mineure par les faits établis lors du procès, et la conclusion par les conséquences légales qui en résultent, eu égard au système de droit en vigueur ».
[9] F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, 1924, n° 302.
[10] J.-L. BERGEL, *op. cit*., p. 9.
[11] C. PERELMAN, *art. préc*., p. 229. « Pour jouer ce rôle d'instrument parfait, le système de droit devrait être aussi proche que possible d'un système formel, de sorte que pour chaque situation il y ait une règle de droit, qu'il n'y en ait qu'une seule et que cette règle soit dépourvue de toute ambiguïté ».
[12] Les auteurs parlent également de concepts « souples » (A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse, 1934, p. 6), « élastiques » (J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, *op. cit*., p. 200), « malléables » (C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 329,

c'est-à-dire des concepts au contenu variable, indéterminé. La contradiction avec l'impératif d'univocité évoqué précédemment est alors flagrante. Ainsi, comme le notait le Professeur Jestaz, « de même que les postulats sont, suivant une formule fameuse, la grande honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique »[13]. Il est vrai que l'existence de ces notions « floues » pose un certain nombre de problèmes. Le premier d'entre eux est le manque d'intelligibilité que leur utilisation induit. « L'indétermination peut affaiblir la communication juridique et rendre difficile la perception certaine de ce qui se dit dans ce qui est dit »[14]. Le second danger est celui de l'arbitraire dans l'application des notions à contenu variable, dont la détermination semble abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats[15]. A l'évidence, c'est la sécurité juridique même qui s'en trouve en péril.[16]

5. - Devant la force de ces critiques, comment justifier l'existence, et l'utilisation croissante, de tels concepts ? Il semble que cet essor s'explique par la nature trouble des rapports qu'entretient le droit aux faits. Le droit est trop lié à l'humain pour prétendre à la rigueur scientifique et, lorsque Gény fait allusion à la méthodologie juridique, basée sur les principes de la logique commune[17], ce n'est qu'avec « un certain assouplissement, commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer ». De même, pour Jean-Louis Bergel, le raisonnement juridique s'inspire-t-il « à la fois des principes abstraits et des réalités concrètes, avec un va-et-vient constant du droit aux faits »[18].

Ce « va-et-vient du droit aux faits » paraît tout à fait légitime dans les pays de *Common Law*. En effet, ce système, par ses racines jurisprudentielles, est nécessairement casuistique. Dans les pays romano-germaniques, au contraire, le rapport du droit aux faits est plus équivoque. La règle de droit, par son abstraction, est censée pouvoir s'appliquer à toutes les situations de fait, ne laissant au juge que des prérogatives limitées. La réalité est, évidemment, tout autre.

2000), ou encore de « notions-cadres » (Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil, Etude des lacunes intra-legem*, Thèse Paris II, 1985).

[13] P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, p. 9.

[14] S. RIALS, *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de recherches de logique, Bruxelles, établissements Emile Bruylant, 1984, p. 40.

[15] C. PERELMAN, *Essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, p. 367.

[16] A cet égard, si des auteurs comme Denis MAZEAUD se félicitent de la référence aux concepts « fluides » quand elle permet d'assurer une certaine justice dans le contrat, il faut reconnaître que « le recours immodéré à ces concepts flous ne répond guère à l'impératif de prévisibilité tant il est vrai qu'ils constituent pour le juge les petits chevaux de Troie qui lui permettent de modifier parfois substantiellement la loi contractuelle », voir D. MAZEAUD, Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *P.A.* 06.05.1998, p. 10.

[17] Voir *supra* n°3.

[18] J.-L. BERGEL, *op.cit.*, p. 9.

La loi est impuissante à embrasser la totalité du contentieux, parce que la variété des litiges possibles dépassera toujours l'imagination du législateur. Malgré l'inflation normative, qui témoigne assez de la perte, par la loi, de son caractère général, abstrait et impersonnel, le vingtième siècle a vu le pouvoir d'appréciation du juge augmenter de façon considérable[19]. Ainsi, « tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce »[20]. Cette indétermination, décriée par certains auteurs, est vécue comme un atout essentiel par d'autres. Carbonnier définit la variabilité comme l'aptitude en droit à se mouvoir, comme une « disponibilité de certaines notions juridiques, leur ouverture au changement »[21]. Dans le même esprit, Gény conteste les « catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles, par conséquent, de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie »[22]. Ce phénomène participe, avec d'autres, à ce que Jean-Pierre Gridel nomme « un glissement conceptuel et sémantique opéré de la loi au droit »[23]. Ce glissement est-il salutaire ? Dans cette matière, comme en toute chose, il est question de mesure. L'indétermination peut constituer un atout, si elle n'est pas une forme déguisée d'indéterminabilité. La nuance est connue, qui a nourri le contentieux relatif à l'application au prix de l'article 1129 du Code civil, notamment dans les contrats-cadre[24]. Aussi bien, la « mollesse » de tout concept nous semble devoir être limitée afin d'en éviter le dévoiement. Il est donc capital de pouvoir, sinon le définir, à tout le moins le cerner, pour son intégration dans l'ordre juridique. Qu'en est-il s'agissant de l'économie du contrat ?

---

[19] A. CRISTAU, L'exigence de sécurité juridique, *D.* 2002, chr. p. 2814.
[20] J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 102.
[21] J. CARBONNIER, *art. préc.*, p. 99.
[22] F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2ème édition, 1932, tome 1er, p. 129.
[23] J.-P. GRIDEL, La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *D.* 2002, chr. p. 229.
[24] Etait considéré comme déterminable, c'est-à-dire conforme aux exigences posées par l'article 1129 du Code civil, le prix qui pouvait être calculé à partir d'éléments objectifs, ne dépendant plus de la volonté d'une partie ou d'un accord ultérieur.

Un concept plus intuitif que juridique

6. - Traditionnellement, le travail de définition est un préalable nécessaire au maniement d'un concept et, *a fortiori*, à toute étude de ce concept. L'économie du contrat semble faire exception à ce principe. On peut en effet relever avec quelle habileté les auteurs, commentant une décision qui met en jeu l'économie du contrat, parviennent à ne jamais la définir[25]. Il est également fort surprenant de constater que cette notion, dont il faut concéder le « flou », est parfois utilisée pour caractériser d'autres concepts. Ainsi, pour Ripert et Boulanger, la cause représente « le motif déterminant tiré de l'économie du contrat »[26]. Toujours selon eux, « l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle s'ordonne l'économie du contrat »[27]. L'on citera également Alain Bénabent, qui définit la cause de l'engagement de chaque contractant comme résidant dans le contrat lui-même, « c'est-à-dire, dans l'avantage ou la fin qu'il recherche d'après l'économie du contrat »[28].

Il peut sembler surprenant d'avoir recours au terme « économie du contrat », qui n'a fait l'objet que d'une reconnaissance limitée, qu'elle soit doctrinale[29] ou jurisprudentielle[30], et n'a jamais été nettement défini, pour caractériser des concepts aussi centraux du droit des obligations que l'objet ou la cause. L'impression d'étonnement cède cependant devant le constat que ces trois définitions, prises en exemples parmi bien d'autres, sont très éclairantes. Ainsi, alors même qu'elles font appel à une notion non définie, elles permettent d'appréhender de façon satisfaisante le concept étudié. L'on voit alors que l'économie du contrat n'est pas totalement méconnue de la doctrine : certains auteurs en ont, depuis déjà de nombreuses années, une approche intuitive[31]. Certes, des définitions ont été proposées en doctrine. Mais leur recensement met immédiatement en exergue le défaut de consensus autour la notion, tant il tient de « l'inventaire à la Prévert ».

---

[25] Pour un historique de l'apparition de la notion, voir S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, P.U.A.M., 2004, n° 4s.

[26] RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil (d'après le traité de Planiol)*, t. II, *Obligations et droits réels*, Paris, L.G.D.J., 1957, n°292, p.118.

[27] RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, *op. cit*., n°261, p.99.

[28] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2003, n°180, p. 131.

[29] Seuls deux articles s'y réfèrent formellement. J. MOURY, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D*. 2000, chr. p. 382 et A. ZELCEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé, 2001.I.300, p.423. Il est à noter que le premier de ces deux articles dénie la légitimité de l'émergence du concept. Récemment, cependant, la notion a fait l'objet d'une thèse, beaucoup plus enthousiaste sur ses potentialités, voir S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, P.U.A.M., 2004.

[30] L'utilisation du concept en jurisprudence est certaine, mais elle ne saurait être assimilée à une véritable reconnaissance. La « confidentialité » de la plupart des décisions qui y font référence et leur manque apparent de cohérence y font obstacle.

[31] A cet égard, on peut citer le Doyen BATIFFOL qui, sans définir l'économie du contrat, nous apprend que l'expression « permet de tenir compte de l'ensemble des caractères de l'opération », et que l'on « peut y voir la possibilité de se référer au milieu économique dans lequel le contrat s'est formé », note sous Civ., 06 juillet 1959, *Rev. crit. dr. int. pr.*.1959, p.712.

L'économie des conventions

7. - Il convient de préciser, en premier lieu, que l'objet de notre étude ne s'identifie pas au mouvement de « l'économie des conventions », qui s'est développé en France dans les années 1980. Il est composé d'auteurs d'horizons différents (des économistes[32], des gestionnaires, mais également des historiens, des philosophes ou des sociologues), dont les théories peuvent, il est vrai, inspirer les juristes de droit des contrats. En effet, cette théorie considère que « la catégorie fondamentale de l'analyse économique n'est plus la marchandise, mais le contrat »[33]. L'idée centrale est que l'on ne peut comprendre les problèmes de coordination des comportements sans prendre en compte les « conventions » communes adoptées. Ces « conventions », concept clé de l'analyse, sont définies comme l'acceptation par les acteurs de règles de pensée ou de conduite qui sont socialement construites et non imposées par la nature. Les économistes des conventions ne cherchent pas à expliquer l'irrationnel mais à expliquer différemment, c'est-à-dire par le social, des comportements courants[34].

Le terme de « convention », tel qu'il est compris dans cette analyse, ne se confond pas avec celui de « contrat ». Il vise en réalité les normes de comportement telle qu'elles sont socialement édictées. En ce sens, ce mouvement paraît très éloigné du concept qui fait l'objet de notre étude. Nous verrons cependant que la notion d'économie du contrat fait également appel, selon nous, à une idée de normalisation des attitudes contractuelles[35], de même qu'elle vise à pallier l'irrationalité des parties[36]. Si des points de convergence apparaissent nettement, il nous faut maintenant nous attacher à définir plus précisément l'économie du contrat.

L'économie abstraite du contrat

8. – A l'instar du concept de cause, l'économie du contrat peut être déclinée, à notre sens, sous sa forme abstraite ou sous sa forme concrète[37]. Ainsi, l'économie abstraite du contrat est la même par type de contrat[38] envisagé. Cette première conception se retrouve fréquemment

---

[32] A. ORLEAN, O. FAVEREAU, F. EMARD-DUVERNAY, R. SALAIS, L. THEVENOT et J.-P. DUPUIS, *L'économie des conventions*, Revue économique, 40 (2), mars 1989.

[33] O. FAVEREAU et P. PICARDI, *Codes et pratiques contractuelles : approches pluridisciplinaires*, Sociologie du travail, 1996.

[34] M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, 2004, p. 95s.

[35] Voir partie 1, titre 1.

[36] Voir partie 1, titre 2.

[37] Sur la dualité cause abstraite / cause concrète, voir l'arrêt très « pédagogique » Civ. 1ère, 12 juillet 1989, *J.C.P.* 1990, II, n°21546, note Y. DAGORNE-LABBE, qui distingue la cause de l'obligation de la cause du contrat.

[38] Sur le concept de type, voir J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, p. 42. L'auteur y distingue le type de la dénomination par deux différences majeures : la qualification en appelle à une analyse *a posteriori* du contrat, tandis que le type

en doctrine ainsi qu'en jurisprudence, où peuvent être évoquées, par exemple, l'économie du contrat de vente, ou l'économie du contrat de prêt... Dans cette acception, l'économie du contrat recouvre les caractéristiques propres à une figure contractuelle, c'est-à-dire invariables par type de convention. Il nous semble que le concept ainsi envisagé n'apporte rien d'original à la théorie générale du contrat. C'est pourquoi l'économie abstraite du contrat ne retiendra pas notre attention dans cette étude. C'est alors à l'économie concrète du contrat que sera consacrée l'analyse. En effet, cette seconde notion envisage le contrat, non par les éléments communs qui le rattachent à un type, mais au contraire par ses stipulations propres qui le distinguent d'un autre contrat. C'est dire que l'économie concrète du contrat s'attache, non à ce qui rapproche les contrats, mais à ce qui les individualise. Ce postulat adopté, toutes les difficultés n'en sont pas pour autant levées. En effet, il existe bien des façons de concevoir l'économie du contrat, même concrètement circonscrite.

L'approche quantitative

9. - L'économie du contrat peut tout d'abord être envisagée sous un angle purement quantitatif. Il s'agit alors de s'attacher davantage au « volume » des prestations respectives des parties qu'à leur nature. Une telle approche, pour restrictive qu'elle puisse paraître, s'autorise néanmoins de la lecture de certains textes ou décisions.

S'agissant des textes, une instruction de l'administration fiscale en date du 29 mai 1992, relative à l'assurance-vie, subordonne l'exonération des droits de mutation pour les versements postérieurs au 20 novembre 1991 à « l'absence de modification de l'économie du contrat »[39]. Si l'instruction ne définit pas la modification de l'économie du contrat, elle précise trois circonstances dans lesquelles une telle modification est constituée : le versement de nouvelles primes non prévues dans le contrat originel, la transformation d'un contrat à prime unique en un contrat à primes multiples ou à versements libres et, enfin, le versement de primes disproportionnées par rapport à celles payées avant la date butoir. L'hypothèse de la disproportion des primes, ainsi que les interprétations dont elle a fait l'objet[40], illustre bien une vision purement quantitative de l'économie du contrat.

---

renferme l'idée d'une modélisation *a priori*, c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat. En outre, la qualification dépend de la loi ou du règlement, tandis que le type embrasse tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés un modèle.

[39] J.-F. PIRAUD, L'assurance-vie et la notion de modification de l'économie du contrat, *Revue de droit bancaire et financier* 2000, n°5, p. 325.

[40] En l'absence de définition précise de la disproportion, les critères s'en sont dessinés empiriquement. L'administration fiscale s'est livrée à une comparaison des primes versées avant la date butoir et de celles versées ensuite. Les compagnies d'assurance ont, pour la plupart, fixé un *ratio* (de un pour un). Enfin, la jurisprudence estime au contraire que, s'agissant d'un contrat à versements libres, le versement de sommes assez

Une telle approche se retrouve en jurisprudence, dans le domaine des marchés à prix fait[41]. Si, par principe, le forfait de construction est intangible, l'article 1793 réserve cependant l'hypothèse de l'autorisation écrite du maître de l'ouvrage[42]. A cette exception légale est venue s'ajouter une exception jurisprudentielle : celle du bouleversement de l'économie du contrat[43]. Il faut préciser, néanmoins, que la Cour de cassation est particulièrement sévère en la matière. Elle n'admet la sortie du forfait qu'en cas de modifications très importantes du contrat d'origine[44]. Dans la grande majorité des espèces, le bouleversement de l'économie du contrat s'apprécie par comparaison du volume ou du prix des travaux supplémentaires aux stipulations contractuelles initiales.

L'approche quantitative peut également être adoptée de façon plus nuancée, en mettant notamment en balance les prestations réciproques. C'est la démarche de Philippe Reigné, selon qui la notion « paraît désigner l'équilibre initialement prévu par les parties au contrat »[45]. Cette analyse rappelle d'ailleurs celle que Maury faisait de la cause, qu'il définissait comme « l'équivalent voulu »[46] . Ainsi, dans cette approche quantitative nuancée, l'économie du contrat pourrait être définie comme une réciprocité des obligations. Cette réciprocité ne doit pas être conçue comme une équivalence mathématique[47], comme un équilibre objectif des prestations[48], mais plutôt comme un « équilibre subjectif ». Si les mots semblent jurer entre eux, l'oxymore n'est qu'apparent. L'équilibre dont il est question ici est celui qui a été librement choisi par les parties. Dans cette acception, l'économie du contrat

---

importantes ne doit pas être assimilé à la conclusion d'un nouveau contrat. Cette position a d'ailleurs été confortée par une réponse ministérielle affirmant la nécessité d'une appréciation des éléments de fait dans une telle hypothèse. Voir A. CHAPPERT, A propos de deux réponses minsitérielles en matière d'assurance décès, *Rép. Defrénois* 1996, art. 36445.

[41] Sur ce point, voir *infra* n°414s.

[42] V. J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2ème éd., L.G.D.J., 2002, n°32455 et s., J.-L. BERGEL, M. ANDRE, J.-J. EYROLLES et J.-J. LIARD, LAMY *Droit immobilier*, éd. 2002, n° 2738 et s.

[43] Civ. 3ème, 20.01.1990, *D.* 1990. jur. p. 257, note A. BENABENT, *Rev. Dr.imm.* 1990. p. 370, note Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

[44] Ainsi, la Troisième Chambre civile a-t-elle censuré la Cour d'appel de Riom pour avoir décidé que le dépassement de 26.5 % du montant des travaux supplémentaires constituait une modification substantielle de la base de calcul des honoraires, justifiant la sortie du forfait (Civ. 3ème, 20.01.1999, *Bull. Civ*. III, n°16, p. 11, *Rép. Defrénois* 1999, art. 37055, note H. PERINET-MARQUET). Il faut préciser cependant que la cassation a été prononcée pour manque de base légale, c'est-à-dire insuffisance de motifs, de sorte que la cour de renvoi pourra, en adoptant d'autres motifs, retenir elle aussi la révision du prix. V. P. CASSON, La révision du prix dans le marché à forfait, *P.A.* 05.07.1999, n° 132, p. 3.

[45] P. REIGNE, note sous Civ. 1ère, 03 juillet 1996, *D.*1997, jur.p.501.

[46] J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.

[47] Le concept perdrait alors toute originalité, notamment au regard du principe de proportionnalité. V. les actes du colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité ? », Université Paris V, *P.A.*, 30.09.1998, n°117. En outre, il se heurterait, comme ce dernier, à l'indifférence de la lésion en droit civil français.

[48] Les juges font en effet référence à l'économie du contrat *voulue* par les parties. V. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface H. MUIR-WATT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.

serait donc l'équivalence consentie des prestations. C'est déjà se diriger vers une conception qualitative de la notion.

L'approche qualitative

10. - La plupart des auteurs privilégient une vision plus qualitative de la notion. L'on citera ainsi Judith Rochfeld, qui l'assimile à la « finalité atypique visée »[49], ou Alexis Constantin, pour qui l'économie du contrat est « déterminée à l'origine au regard de l'intérêt commun des parties »[50]. Le rapport de l'économie du contrat à la cause semble donc récurrent, comme l'illustre cette autre proposition, selon laquelle « l'économie du contrat voulue par les parties est la concrétisation de leur motivation à la conclusion du contrat litigieux »[51].

Dans une approche, elle aussi qualitative, mais plus éloignée du concept de cause, le Doyen Mestre semble comprendre l'économie du contrat comme sa « cohérence interne »[52]. Une telle définition s'autorise de la lecture des dictionnaires, qu'ils soient spécialisés ou, au contraire, généralistes. En effet, le premier[53] définit l'économie comme « ordre interne, structure, organisation d'ensemble », quand le second[54] parle de « l'ordre qui préside à la distribution des différentes parties d'un ensemble ».

11. - Les dictionnaires proposent évidemment d'autres définitions du terme « économie », dans son acception la plus courante d' « ensemble des activités d'une collectivité humaine relative à la production, à la distribution et à la consommation des richesses »[55]. La notion d'économie du contrat, telle qu'elle est comprise en jurisprudence comme en doctrine, ne vise pas cette acception courante du terme. Il demeure que la coïncidence est frappante et ne saurait, à notre sens, être tout à fait anodine. Aussi bien tenterons nous de démêler les rapports de l'économie du contrat à l'économie, dans son sens le plus répandu[56].

---

[49] J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t.311, 1999.
[50] A. CONSTANTIN, note sous Com., 15 février 2000, *J.C.P*.2000.I.n°272, p.2070.
[51] S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, Anna droit 2000, *Droit civil : les obligations*, note sous Civ. 1ère, 03 juillet 1996, p.71 et s.
[52] J. MESTRE, note sous Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*.2000.326.
[53] V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8ème éd., PUF, 2000.
[54] Le Petit Larousse , éd. 2002.
[55] Le Petit Larousse, éd. 2002.
[56] Il nous sera alors donné de constater que l'économie du contrat, telle qu'elle est utilisée en jurisprudence, permet de garantir l'utilité du contrat, c'est-à-dire la réalisation de la finalité économique qui en est normalement attendue, voir partie 1, titre 2. Le rapport de l'économie du contrat à l'économie, au sens classique du terme, est donc largement avéré.

Des approches mixtes

12. - Enfin, d'autres définitions marquent la synthèse de ces deux visions, qualitative et quantitative. Ainsi, Didier Poracchia assimile-t-il l'économie du contrat aux « prévisions contractuelles existant lors de la formation du contrat »[57]. Certains auteurs, sensibles au caractère protéiforme de la notion, n'en proposent pas une définition, mais plusieurs, de façon à en appréhender les multiples facettes. Mme Meilhac-Redon et M. Marmoz y voient « la cohérence interne du contrat, mais également la finalité d'une opération contractuelle ». Pour eux, l'économie du contrat « vise l'équilibre qu'il réalise entre les intérêts des parties ». Elle « touche à sa globalité, à son esprit ». « L'économie du contrat représente ainsi l'équilibre général de la convention, la répartition fixée des droits et des obligations et qui s'impose tant aux contractants qu'au juge »[58] . Enfin, on peut relever des définitions plus marginales, comme celle de Philippe Delebecque, selon qui il s'agit de « l'ensemble des lois (au sens matériel) qui régissent la structure du contrat »[59].

L'opportunité d'une définition

13. - De cet inventaire, on retiendra la diversité des définitions proposées. Si elle peut se justifier par le caractère protéiforme de l'économie du contrat, que nous évoquions plus haut, elle amène cependant à s'interroger sur l'opportunité même d'une définition. Ainsi, selon Ana Zelcevic-Duhamel, il n'est « pas certain qu'il soit nécessaire de définir plus précisément cette notion, que l'on sent intuitivement à la lecture des arrêts de la Cour de cassation, et dont la Haute juridiction souhaite probablement conserver les avantages de la souplesse »[60]. Nous nous permettrons de ne pas abonder dans ce sens. Nous avons vu précédemment ce qui pouvait légitimer la malléabilité de certains concepts juridiques, « indispensables au droit qui, institué pour discipliner la matière vivante, est tenu d'épouser la plasticité de la vie et qui ne peut le faire que grâce à l'existence de définitions larges »[61].

Cependant, la malléabilité ne doit pas être confondue avec une absence totale de définition. Ce serait là une mise en péril importante de la sécurité juridique[62]. En effet, en toute

---

[57] D. PORACCHIA, note sous Com., 28 janvier 1998, Prévision contractuelle et pérennité du contrat de concession, *R.J.C.*1999, arrêt n°1517, p.67.

[58] G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, note sous Com., 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, *P.A.* 29.12.2000, p.12 et 13.

[59] P. DELEBECQUE, note sous Com., 16 janvier 1996, *D.M.F.* 1996, p.627.

[60] A. ZELCEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé, *J.C.P.*2001.I.300., p.423.

[61] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Collection Méthodes du droit, 3ème éd., 1998, n°185, p. 200.

[62] Selon D. MAZEAUD, « le recours immodéré à ces concepts flous ne répond guère à l'impératif de prévisibilité, tant il est vrai qu'ils constituent pour le juge les petits chevaux de Troie qui lui pemettent de

occurrence, les définitions constituent des garde-fous pour les juges et, partant, des garanties pour les justiciables. Ainsi, « l'objet du concept juridique – la signification – pourrait accomplir sa fonction (celle de permettre l'application des normes juridiques, avec un minimum de sécurité et de certitude), seulement et uniquement dans la mesure où cet objet peut être reconnu uniformément par un groupe social »[63]. C'est pourquoi il nous semble nécessaire de définir l'économie du contrat. Il reste qu'il s'agit là d'une entreprise ardue, dont la réussite est une condition nécessaire, mais non suffisante, de la qualité de cette étude. En effet, pour reprendre Eros Roberto Grau, «Voilà, enfin, la finalité des concepts juridiques : non la connaissance ou une description de l'essence des choses, états ou situations, mais la viabilisation de l'application à une chose, état ou situation, d'une norme juridique déterminée ou d'un ensemble déterminé de normes juridiques »[64].

14. - Dès lors, comment concilier la malléabilité, qui constitue l'intérêt majeur du concept mou, et l'impératif de sécurité juridique, qui exige une déterminabilité *a minima* de toute notion juridique ? La clé du compromis se trouve-t-elle dans la multiplication des définitions ? Cela expliquerait alors la diversité des propositions doctrinales évoquées précédemment. A cet égard, l'on peut penser que la pluralité des critères permet d'ordonner le multiple sans le réduire à un ordre unique, un critère unique[65]. En ajoutant plusieurs critères, la possibilité d'appréhender la multitude de cas apparaîtrait de manière plus certaine qu'avec l'existence d'un seul critère[66]. Il est cependant permis de n'être pas convaincu par une telle démarche. La multiplication des définitions n'est, à notre sens, qu'un constat d'échec. En outre, la sécurité juridique n'est guère épargnée lorsqu'à une notion unique sont associées plusieurs acceptions.

15. - Comment, alors, cerner l'économie du contrat, notion rétive en apparence à toute tentative de définition ? C'est finalement l'origine même du concept qui a dicté notre approche. Il s'agit, rappelons-le, d'une création purement prétorienne. En ce sens, l'on peut affirmer que l'économie du contrat est une notion « d'opportunité », en ce qu'elle a été imaginée pour remplir un rôle particulier, que d'autres outils juridiques étaient impuissants à

---

modifier parfois substantiellement la loi contractuelle », Constats sur le contrat, sa vie, son droit, *P.A.* 06.05.1998, p. 8 et s.

[63] E. R. GRAU, Notes sur les concepts juridiques, *R.R.J.* 1994, n°3, p. 770.

[64] E.R. GRAU, *art. préc*., p. 772.

[65] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 12.

[66] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002, p. 214.

assurer. Comprendre le concept implique, selon nous, de comprendre la raison d'être de son émergence.

C'est ainsi par une approche fonctionnaliste de l'économie du contrat que l'on pourra en cerner au plus près le sens. Nous nous attacherons donc à identifier le rôle que la jurisprudence a assigné au concept. Or, l'étude des arrêts nous révèle que cette fonction se dédouble. L'économie du contrat nous apparaît d'une part comme un parangon contractuel, puisqu'elle constitue une grille de lecture du contrat qui permet d'en calquer le régime sur un modèle rationalisé. Lorsqu'est en jeu la survie même du contrat, l'économie du contrat devient un étalon contractuel. Elle est en effet utilisée comme une grille d'évaluation du contrat, en subordonnant le maintien à son utilité.

PARTIE 1 : L'économie du contrat, un parangon contractuel.

PARTIE 2 : L'économie du contrat, un étalon contractuel.

PREMIERE PARTIE

L'ECONOMIE DU CONTRAT,

PARANGON CONTRACTUEL

16. - L'économie du contrat se dérobe à l'analyse. Ignorée du législateur comme de la majorité de la doctrine, elle est une création purement prétorienne. Cette origine, au demeurant assez singulière[67], commande le cheminement même de notre réflexion. Le fondement de cette étude sera ainsi l'ensemble des arrêts relatifs à l'économie du contrat. Leur nombre est considérable. Pour autant, toutes les décisions faisant référence au concept ne sont pas d'égale valeur. La plupart du temps, l'utilisation faite de la notion est superfétatoire et, conséquemment, non probante. Dès lors, notre vivier d'arrêts est plus limité, mais extrêmement diversifié. L'apparition jurisprudentielle du concept d'économie du contrat ne doit cependant rien au hasard. L'analyse des décisions qui mettent en jeu la notion démontre que son champ d'application est tout à la fois vaste et précisément circonscrit.

17. - Vaste, tout d'abord, car nous aurons l'occasion de voir que les juges ont eu recours au concept d'économie du contrat dans de nombreux domaines. Etroitement circonscrit pourtant, car ces domaines, si nombreux soient-ils, ne sont point épars : il existe entre eux une cohérence, un point commun, qui est la raison d'être même du recours à l'économie du contrat. En effet, l'observation nous permet de cerner la première fonction assignée en jurisprudence à l'économie du contrat.

Elle y joue le rôle d'une véritable grille de lecture de la convention, qui, en en permettant une approche normalisée (Titre 1), vise à imposer dans le contrat la rationalité qui fait parfois défaut aux parties (Titre 2).

[67] Il existe, au demeurant, peu de constructions purement jurisprudentielles. Si le juge exploite souvent les concepts esquissés par le législateur (tels la bonne foi ou l'équité), il est rare qu'il soit à l'intiative même d'une notion. Le seul exemple connu est l'enrichissement sans cause, créé par l'arrêt Cass. Req., 17.03.1857, 17.03.1857, *DP* 1857.1.150.

TITRE 1

L’économie du contrat, grille de lecture normalisée du contrat

18. - La référence à l’économie du contrat nous est rapidement apparue comme une véritable « grille de lecture du contrat ». En effet, la jurisprudence l’a utilisée tant pour découvrir le sens des stipulations contractuelles que pour cerner le régime applicable à la convention. Or, l’analyse de la jurisprudence révèle que cette référence va dans le sens d’une normalisation, que ce soit dans la détermination de la « loi intrinsèque du contrat » - c’est-à-dire ce à quoi les parties s’obligent (Chapitre 1), ou dans l’identification de la « loi extrinsèque du contrat » - c’est-à-dire les dispositions légales régissant ce contrat (Chapitre 2).

Chapitre 1

La normalisation de la loi du contrat

19. - L'économie du contrat apparaît, en jurisprudence, comme une référence possible dans la détermination du contenu obligatoire du contrat. L'on peut constater ce phénomène dans le contentieux de l'interprétation (section 1), mais également dans un domaine moins traditionnel, celui de l'amiable composition (section 2).

SECTION 1 : LA NORMALISATION DE L'INTERPRETATION DU CONTRAT

20. - La référence à l'économie du contrat en oriente l'interprétation, qu'il s'agisse de son interprétation explicative (§ 1), ou de son interprétation créatrice (§ 2).

§ 1 – La normalisation de l'interprétation explicative du contrat

21. - C'est dans cette matière que les arrêts faisant référence à l'économie du contrat sont les plus nombreux. Le phénomène s'explique aisément : l'interprétation du contrat est sans nul doute la question qui soulève le plus profondément les interrogations sur le rôle respectif de la volonté et des élements de référence objectifs (A). De tels questionnements constituent un « terreau » particulièrement propice à l'émergence d'un nouveau concept (B).

A. Les hésitations classiques entre objectivisme et subjectivisme

22. - L'article 1134 du Code civil, posant le principe de force obligatoire du contrat, utilise une métaphore très forte, et très symbolique : la convention s'impose aux parties telle une loi. Les contractants sont donc puissamment tenus par les stipulations auxquelles ils ont consenti. Mais ce principe de force obligatoire achoppe parfois sur une difficulté importante, celle du défaut de lisibilité du contrat. En effet, comment rendre contraignant ce qui ne se comprend pas ? Dans cette occurrence, il relève du rôle du juge d'interpréter le contrat. C'est dire l'enjeu de son intervention, dont la conclusion s'imposera aux parties, en application de l'article 1134 du Code civil. On pourrait alors parler de « force obligatoire de l'interprétation du juge ». La découverte du sens du contrat est souvent malaisée. Plusieurs méthodes paraissent envisageables. Après en avoir rappelé les enjeux théoriques (1), nous nous attacherons à dégager les orientations du droit positif (2) en la matière.

1) Les questionnements doctrinaux

23. - Devant interpréter la convention qui lui est soumise, le juge se trouve souvent face à un dilemme. Doit-il faire prévaloir la volonté réelle des parties sur le texte même du contrat ?
Cette question, d'apparence technique, en pose une autre, bien plus importante au fond : le contrat est-il formé par les déclarations de volonté concordantes des parties, ou par l'accord des volontés réelles dans toute leur complexité psychologique, y compris les représentations intellectuelles qui précèdent le consentement[68] ? Ce débat est celui du subjectivisme contre l'objectivisme, mais c'est aussi celui de la volonté réelle contre la volonté déclarée, ou encore de l'esprit contre la lettre[69].

24. - Au 19ème siècle, et jusqu'à une époque récente, on enseignait que le droit français, fortement marqué par l'autonomie de la volonté, faisait prévaloir la volonté interne, se distinguant ainsi du droit allemand[70]. En réalité, l'analyse doit être beaucoup plus nuancée. En outre, les auteurs s'accordent aujourd'hui à penser que les conséquences pratiques de cette opposition sont en réalité limitées. En effet, il est désormais admis que la formation du contrat

[68] J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3ème éd., L.G.D.J., 1993, n°386 à 388.
[69] T. IVAINER, La lettre et l'esprit de la loi des parties, *J.C.P.*1981, I, 3023, n°48.
[70] En effet, M. RIEG a montré que le législateur allemand avait posé en principe général l'interprétation subjective (§ 133 B.G.B. : « Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression ») et ne prônait que subsidiairement l'interprétation objective (§ 157 B.G.B.). Selon cet auteur, c'est la doctrine qui a affirmé la prééminence de la déclaration de volonté, mais cette position n'a pas été suivie de façon aussi tranchée en jurisprudence. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, préface R. PERROT, L.G.D.J., 1961, n° 374.

suppose, au minimum, une certaine manifestation extérieure d'une volonté interne pour de multiples raisons, tant théoriques (la déclaration de volonté est un élément substantiel du vouloir juridique) que pratiques (on ne conçoit guère une rencontre de deux volontés purement internes)[71]. Ainsi, l'interprétation de l'accord des volontés réalisé par télépathie paraît condamné à rester pure hypothèse d'école, puisque le juge, à l'évidence, ne peut interpréter qu'une volonté rendue perceptible par une forme d'expression quelconque[72].

Si la démarche purement subjectiviste semble aujourd'hui condamnée par la majorité de la doctrine, une interprétation exclusivement objectiviste prête également le flanc à la critique. Ainsi, on peut craindre que le juge, faute d'une volonté réelle décelable, ne suppose une volonté normale, voire même une volonté morale[73].

Devant les écueils auxquels mène une application sans nuances des deux systèmes, il convient de s'interroger sur le droit positif.

2) Le droit positif

Dans ce domaine, le Code civil n'apporte guère d'éléments de réponse, puisque les directives d'interprétation qu'il fournit sont mixtes (a). Il nous faudra donc nous intéresser aux orientations jurisprudentielles (b).

a. La mixité des éléments de réponse donnés par le Code

25. - Les dispositions du Code civil qui intéressent l'interprétation judiciaire du contrat sont les articles 1156 à 1164. On sait que les rédacteurs du Code n'ont guère innové en la matière. Ils se sont bornés à emprunter à Domat[74] et Pothier[75] des préceptes d'interprétation, eux-mêmes conformes à la tradition romaine[76]. Il demeure que l'étude de ces textes nous révèle leur mixité. Cette mixité se vérifie à un double égard. Mixité, tout d'abord, dans le sens où certains articles relèvent d'une philosophie subjective, tandis que d'autres sont clairement empreints d'objectivisme. Mixité ensuite dans la mesure où une même disposition peut être perçue à la fois comme subjectiviste et objectiviste.

---

[71] J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civi*l, in *Mélanges Flour*, 1979, p. 184.
[72] Ph. SIMLER, Interprétation des contrats, *J.-Cl. Contrats et Obligations*, art. 1156 à 1164, fasc. 20, 1992.
[73] J. DUPICHOT, Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil, *Mélanges Flour* 1979, p. 186.
[74] DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1695, Liv. I, Sect. II.
[75] POTHIER, *Traité des obligations*, nouv. Ed. par BERNARDI, t. 1, Letellier, 1813, n° 91 à 102.
[76] A. RIEG, *th. précitée*, n° 366.

i) Les directives d'interprétation purement subjectives

26. - Au premier rang des directives d'interprétation subjectives, on trouve évidemment l'article 1156 du Code civil, qui dispose que l'on doit, dans les conventions, « rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Aussi bien, cette disposition est-elle considérée comme la « clé de voûte de notre système d'interprétation subjective »[77]. Si cet article est même présenté comme ayant « sans aucun doute, valeur de principe »[78], une étude approfondie des dispositions suivantes révèle son relatif isolement. En effet, si les articles 1163 et 1164 sont classiquement présentés comme des corollaires de l'article 1156, ce sont bien là les seules dispositions dont la qualification subjectiviste donne lieu à un consensus.

ii) Les directives d'interprétation purement objectives

27. - A l'instar de ce qui vient d'être écrit à propos des directives subjectives, peu d'articles du Code peuvent être rattachés à des éléments purement objectifs d'interprétation. L'article 1162 du Code civil, qui dispose que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » fait partie de ceux-ci. En effet, « toute inspiration subjective paraît absente dans ce dernier cas : l'interprétation contre l'un et en faveur de l'autre n'a, en effet, aucune espèce de rapport avec une recherche d'intention, et encore moins d'intentions communes[79] ».

C'est vainement que l'on chercherait un autre article qualifié d'objectiviste par la doctrine unanime. En effet, les dispositions qui n'ont pas encore été évoquées divisent les auteurs, ou bien les mettent d'accord sur leur mixité.

iii) Les directives mixtes, ou controversées

28. - Si les articles 1157 et 1158 sont, en apparence, fondés sur une philosophie subjectiviste, ils introduisent un élément nouveau dans l'interprétation du contrat en posant une présomption de rationalité des parties. En effet, ces dispositions reposent sur l'idée que les contractants sont des personnes raisonnables et sensées[80]. Le premier texte impose de faire

---

[77] J. DUPICHOT, *art. préc.*, n°8, p. 187.
[78] Ph. SIMLER, Interprétation des contrats, *J.-Cl. Contrats et Obligations*, art. 1156 à 1164, fasc. 20, 1992, n°16.
[79] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2002, n°451.
[80] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, sous la dir. De J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., L.G.D.J., 2001, p. 45.

prévaloir sur tout autre le sens qui permet de faire produire un effet au contrat (on parle alors d'interprétation validante), tandis que, selon le second, les termes susceptibles de deux sens doivent être entendus dans celui qui convient le mieux à la matière du contrat. Ainsi, s'il s'agit toujours de découvrir une volonté, ça n'est pas nécessairement celle des parties au contrat litigieux, mais celle de « bons pères de famille », réputés contracter de façon cohérente. L'on peut donc affirmer que ces deux dispositions, d'apparence subjective, sont en réalité largement mâtinées d'objectivisme.

La portée de l'article 1159 du Code civil, selon lequel « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé », est également discutée. M. Dupichot y voit un « pur corollaire » de l'article 1156. En effet, selon lui, cette règle relève de l'interprétation subjective « car elle vise à élucider une volonté exprimée de manière équivoque »[81]. L'auteur semble entendre par là que la commune intention des parties, fût-elle tacite, est nécessairement de se conformer à ce qui est d'usage. Dès lors, l'article 1159 peut fort bien être rapproché des deux dispositions que nous évoquions précédemment. Ainsi, là encore, sous couvert de rechercher l'intention des parties, il s'agirait de présumer leur volonté en l'alignant sur celle de contractants raisonnables. D'ailleurs, étudiant l'article 1160, Jacques Dupichot considère l'usage conventionnel comme « une pratique sociale, constituant donc un indice objectif d'une volonté raisonnable et normale »[82]. C'est pourquoi l'analyse purement subjectiviste de l'article 1159 nous paraît critiquable. Une grande partie de la doctrine s'y oppose également. Parmi les plus modérés, on citera Philippe Simler qui parle, à propos de l'article 1159, d'une recherche de l'intention la plus probable. Selon cet auteur, s'il s'agit toujours de l'application de critères subjectifs, « faute de certitudes, force est de se contenter de vraisemblances, de probabilités ou de présomptions »[83]. Toujours dans la nuance, certains auteurs qualifient l'article 1159 du Code civil comme marquant un « glissement vers une approche plus objective »[84]. Enfin, une partie de la doctrine dénie à cette disposition tout subjectivisme, tel M. Boyer, pour qui la référence aux usages est nécessairement extérieure à la volonté des parties[85].

---

[81] J. DUPICHOT, *art. préc.*, n°9, p. 188.
[82] J. DUPICHOT, *art. préc.*, n°16, p. 195. Il est à noter que la distinction établie par l'auteur entre l'article 1159, où il s'agirait d'élucider une volonté exprimée de manière univoque, et l'article 1160 qui viserait à pallier une absence totale de déclaration de volonté n'est guère compréhensible.
[83] Ph. SIMLER, *art. préc.*, n°22.
[84] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2002, n°451.
[85] L. BOYER, *Rép. Civ. Dalloz*, 2ème éd., 1993, v° Contrats et conventions, n° 254. En outre, cette position peut être rapprochée de celle de M. MARTY. Celui-ci dénonce la tendance classique de la jurisprudence française à considérer que l'usage ne tire sa force que de l'acceptation expresse ou implicite des parties. Or, l'auteur s'inscrit

Un raisonnement sensiblement identique peut être tenu à propos de l'article 1161 du Code civil, selon lequel « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». On reconnaît une fois de plus l'empreinte de ce contractant moyen ?, qui est censé envisager la convention qu'il conclut dans sa globalité, comme un tout cohérent. Cet article, comme le dit fort bien Jacques Dupichot, appelle à une « macro-interprétation » du contrat et de ses finalités[86].

Il faut conclure ce paragraphe en reconnaissant que le Code civil, malgré (ou à cause de) la multiplication des articles relatifs à l'interprétation, n'est guère éclairant sur le sens de la démarche interprétative. L'ironie veut que, tout comme le contrat peut être rendu ambigu par un excès d'informations, le Code lui-même a été obsurci par la pluralité des directives d'interprétation, discordantes ou contraires. En effet, ces dispositions ne permettent pas de trancher clairement le débat entre subjectivisme et objectivisme que nous évoquions plus haut. C'est pourquoi il est particulièrement intéressant de nous intéresser maintenant à la jurisprudence.

b) Les orientations jurisprudentielles

29. - En premier lieu, les juges se sont arrogé une liberté importante, par un arrêt du 18 mars 1807, en affirmant que les règles d'interprétation des contrats tracées par les articles 1156 à 1162 du Code civil étaient « plutôt des conseils donnés aux juges, en matière d'interprétation de contrats, que des règles rigoureuses et impératives, dont les circonstances, même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à s'écarter »[87]. En s'affranchissant de ces dispositions, la jurisprudence s'est montrée d'autant plus audacieuse qu'elle a semblé aller à l'encontre tant de la volonté des rédacteurs du Code[88] que de celle de ses inspirateurs[89].

---

en faux contre cette allégation et affirme que « l'usage est toujours une règle de droit extérieure aux parties, supplétive peut-être, dispositive et non impérative dans la plupart des cas, mais qui ne tire pas sa force de la volonté des parties au contrat ». V. *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1950, t. V, p. 92.

[86] J. DUPICHOT, art. préc., n°15, p. 194.

[87] Cass. 18 mars 1807, *S*. 1807, 1, 241. On citera également les arrêts Cass. Req. 16 février 1892, *S*. 1893, 1, 409 (« conseils …sans caractère impératif ; …aucune règle absolue, dont l'inobservation puisse donner ouverture à cassation »). V. dans le même sens Req., 16.02.1892, *S*. 1892.1.409 ; Cass. Civ. 1ère, 10 mai 1948, *Bull. Civ*. I, 1948, p. 470, n°137 (« Disposition n'ayant nullement, pour le juge, le caractère impératif… ») ; Cass. Civ. 1ère, 17.10.1961, *Bull. civ*. I, n° 464 ; Cass. Civ. 1ère, 16.03.1979, *Bull. civ*. I, n° 81 ; Cass. Com., 19.01.1981, *Bull IV*, n° 34 ; Cass. Soc., 03.06.1981, *Bull. V*, n° 490 ; Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 1995, *R.T.D.Civ*. 1996.611, obs. J. MESTRE.

[88] Selon J. DUPICHOT, *art. préc*., les déclarations de Bigot de Preameneu et surtout celles de Favard dans son rapport au tribunat indiquaient que les juges devaient suivre les règles fixées par le Code.

[89] Toujours selon J. DUPICHOT, *art. préc*., si Pothier voyait dans les règles proposées de simples conseils de bon sens, Domat, quant à lui, semblait considérer ces préceptes comme de véritables normes juridiques.

Cette décision est cependant aisément justifiable. On imagine mal comment accorder à ces neuf articles un caractère impératif, dans la mesure où, comme nous venons de l'évoquer, ils ne relèvent pas de la même démarche. Ainsi, dans sa démarche interprétative, le juge doit nécessairement faire prévaloir l'un sur les autres, de sorte qu'il lui était indispensable d'en relativiser la portée. La seconde explication est plus pragmatique, et moins avouable. En se déliant du carcan des articles 1156 à 1164 du Code civil, le juge s'est autorisé à interpréter le contrat comme il l'entendait.

Un second élément contribue à rendre malaisée l'étude du contentieux de l'interprétation : il s'agit de la souveraineté des juges du fond dans cette matière. Nous savons en effet que, sous réserve de la dénaturation de l'acte[90], les juges du fond sont souverains dans leur mission d'interprétation. Cette solution empêche donc toute uniformisation par la Cour de cassation, ce qui rend difficile l'établissement d'une tendance nette. Ce n'est donc pas à la tendance, mais aux tendances dégagées par les juges qu'il faut s'attacher.

30. - Il existe, tout d'abord, un certain nombre d'indices qui peuvent aider le juge à révéler le sens du contrat. Ainsi, le contenu des pourparlers[91], les documents publicitaires[92], la situation matérielle des parties au moment du contrat[93] , des actes étrangers aux parties s'ils peuvent éclairer leur contrat[94] ou même le comportement ultérieur des parties[95] sont autant d'éléments utilisés en jurisprudence. Cependant, il faut insister sur l'importance des pouvoirs accordés au juge. Sa relative liberté est « un moyen très efficace pour intervenir dans le contrat en donnant « l'interprétation » qui lui paraît le plus conforme à l'équité »[96]. Ceci le conduit parfois à aller contre « ce qui a été le plus probablement voulu »[97], de sorte que certains évoquent un pouvoir de « réfection » du contrat[98].

---

[90] V. Cass. Civ., 15 avril 1872, *DP*. 1972.1.176, *S*. 1972.1.232. Sur la question de la dénaturation, voir J. BORE, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *R.T.D.Civ*.1972.249, p. 252s ; T. IVAINER, *op. cit*., n° 48 ; M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats – Etude jurisprudentielle*, 1991, Presses Universitaires de Rouen, n° 10 ; M. MARTY, *Le rôle des juges dans l'interprétation du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant. V, 1950, p. 89.

[91] Cass. Civ. 1ère, 21.04.1976, *Bull. civ*., I, n° 135 ; 20.03.1963, *Bull. civ*., I, n° 174 ; 18.02.1986, *Bull. civ*., I, n° 31.

[92] Les arrêts ne sont cependant pas tous dans le même sens, v. Civ. 3ème, 17.07.1997, *D*. 1998.207 et Cass. Com., 17.07.199, *D*. 1998.248.

[93] Cass. Civ. 1ère, 18.12.1961, *Bull. civ.* , I, n° 610.

[94] Civ. 1ère, 24.01.1967, *Bull. civ*., I, n° 33.

[95] Voir *infra* n°158.

[96] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Domat, Montchrestien, 2003, n° 273, p. 198.

[97] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. L'acte juridique, 11ème éd., Armand Colin, 2004, n° 398, p. 307.

[98] J. DUPICHOT, *article précité*, n° 19s.

C'est dans ce contexte, doctrinal et jurisprudentiel, incertain autant que tourmenté, qu'interviennent les références à l'économie du contrat.

B. L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat

31. - La première référence à l'économie du contrat dans le contentieux de l'interprétation remonte à 1894. Un arrêt de la cour d'appel de Paris précisait que « pour reconnaître le vrai sens d'une convention, il est nécessaire d'en étudier l'économie générale »[99]. Pour autant, l'admission jurisprudentielle du recours à l'économie du contrat a été progressive. Les premières apparitions du concept ont été sanctionnées, parce que trop audacieuses. Seules étaient avalisées les décisions qui, mettant en jeu l'économie du contrat, s'en tenaient cependant à une stricte orthodoxie juridique.

1) Une émergence progressive

Malgré les revers essuyés par les premières apparitions du concept (a), l'économie du contrat a finalement trouvé une place dans le contentieux de l'interprétation (b).

a. Les premières apparitions du concept

La sévérité des premières décisions de censure est trompeuse : la récusation du recours à l'économie du contrat n'est qu'apparente.

i) Les tentatives avortées des juges du fond

32. - Assez tôt, certaines cours d'appel ont entendu exploiter les potentialités qu'offre le concept d'économie du contrat en matière d'interprétation. On peut ainsi citer l'arrêt rendu le 4 novembre 1982 par la cour d'appel de Paris. Ce litige mettait en jeu un contrat de concession conclu entre la société BMW et la société S.D.E.C, prévoyant une possibilité de résiliation sans préavis au profit du concédant dans l'hypothèse où le concessionnaire accomplirait sans autorisation des modifications relatives aux caractéristiques immobilières des locaux d'exploitation. Or, la société S.D.E.C. ayant transféré dans d'autres locaux les services administratifs ainsi que le hall d'exposition des voitures neuves, la société BMW décida de mettre fin immédiatement au contrat, comme l'y autorisait la clause évoquée précédemment. Saisie du litige, la Cour d'appel de Paris déclare le contrat résilié aux torts du

[99] CA Paris, 13 février 1894, *D.P*. 1894, 2, 431.

concédant, au motif que les changements effectués par le concessionnaire ne bouleversaient pas l'économie du contrat et ne pouvaient donc en justifier la résiliation.

Dans un arrêt du 4 octobre 1984[100], la Cour de cassation censure cette décision, au visa de l'article 1134 du Code civil. En effet, dès lors que la clause permettant la résiliation était claire et précise, la Cour d'appel n'avait pas à rechercher si le changement opéré par la société S.D.E.C. avait modifié les données essentielles du contrat et avait porté sur des conditions substantielles constituant une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation.

Notre second exemple jurisprudentiel invite, lui, à davantage de nuances dans la réflexion. Dans cette affaire, il était question d'une parcelle de terre, dont le propriétaire avait vendu la partie haute à un particulier, et la partie basse à une société civile immobilière. La SCI y bâtit alors un immeuble de sept étages. L'acquéreur de la partie haute entendit engager la responsabilité contractuelle du cédant.

La cour d'appel de Bastia, dans un arrêt du 22 septembre 1987, fait droit à cette demande, en se fondant sur l'article 1626 du Code civil. Rappelons que cette disposition fait obligation au vendeur de s'abstenir de toute initiative tendant à priver l'acquéreur des avantages sur lesquels il pouvait naturellement compter d'après la destination de la chose et l'état dans lequel elle se trouvait au moment de la vente. Or, la cour d'appel se fonde sur l'économie du contrat de vente pour décider que la vue idéale était, dans la commune intention des parties, la qualité essentielle du terrain. Saisie par le cédant, la Haute Juridiction censure l'arrêt d'appel pour défaut de base légale[101].

Ces deux décisions laissent penser que la Cour de cassation entend désavouer le recours à l'économie du contrat. Leur portée est cependant plus mesurée que cela.

33. - Dans le premier arrêt évoqué, le désaveu de la Cour de cassation s'explique aisément par le défaut d'orthodoxie du raisonnement des juges du fond. En effet, l'économie du contrat n'était pas ici utilisée comme permettant de dissiper une ambiguïté, c'est-à-dire comme le révélateur d'une volonté mal exprimée. Le concept a servi, tout au contraire, à contrer des stipulations contractuelles tout à fait limpides. Il apparaît assez clairement ici que la cour d'appel de Paris a tenté de légitimer par une référence à l'économie du contrat son refus d'en appliquer une des clauses, certainement jugée trop sévère. Cette décision semble davantage justifiée par l'équité que par l'économie du contrat. Celle-ci a servi de simple alibi juridique, un alibi qui dissimule mal les bons sentiments des juges du fond.

---

[100] Cass. Com., 24 octobre 1984, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 776, pourvoi n° 83-10.621

[101] Cass. Civ. 3ème, 4 octobre 1989, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1360, pourvoi n° 87-20.283

La censure de l'arrêt d'appel s'interprète dès lors, non comme une récusation du concept d'économie du contrat, mais comme une récusation du dévoiement de ce concept, particulièrement flagrant dans cette espèce.

34. - La seconde décision nous paraît plus intéressante. En effet, le recours à l'économie du contrat était, ici, plus subtil et plus orthodoxe que dans l'arrêt de 1982. Il n'était pas question ici d'aller contre la volonté des parties, mais au contraire de la révéler. Cependant, la Cour de cassation prend une nouvelle fois une décision de censure. Mais il convient de remarquer que le recours à l'économie du contrat n'a pas été sanctionné dans son principe. En effet, la censure est intervenue, non pour violation de la loi, ce qui aurait été un désaveu du concept même, mais pour défaut de base légale. On peut alors en déduire que c'est la façon dont la notion a été utilisée que conteste la Cour de cassation.

35. - Ces deux décisions, qui prennent l'apparence de rudes camouflets à l'encontre du concept d'économie du contrat, ont en réalité une portée beaucoup plus mesurée. De la première, il faut conclure que l'économie du contrat ne permet pas d'aller contre la volonté clairement exprimée des parties. La seconde nous apprend que le recours à l'économie du contrat ne saurait dispenser les juges du fond d'une recherche approfondie de la volonté des parties. L'affirmation du contenu d'une obligation contractuelle doit être étayée de plusieurs indices, elle ne peut être déduite d'une référence « gratuite » à l'économie du contrat.
Ces deux solutions ne sont inspirées que par le bon sens juridique, et ne remettent pas en cause une admission mesurée de l'économie du contrat. Cependant, les premières références à l'économie du contrat non récusées par la Cour de cassation ne sont guère probantes.

ii) Les admissions non probantes

36. - L'inventaire de la jurisprudence révèle que, dans bon nombre d'arrêts, la référence à l'économie du contrat est superfétatoire et habille en réalité des raisonnements tout à fait classiques.
L'utilisation de l'expression « économie du contrat » ne suffit pas à rendre novatrice une décision de justice. Souvent même, la notion pourrait être remplacée par des concepts beaucoup plus classiques du droit des contrats.
L'on peut citer, à titre d'exemple, comment l'octroi d'un droit de passage a été refusé à des propriétaires, au motif que « la mention de la desserte des immeubles de Mme Maillard par la

barrière était étrangère à l'économie du contrat du 7 juillet 1942 »[102]. Il est aisé de constater combien est inutile ici la référence à l'économie du contrat, qui se confond simplement avec les stipulations contractuelles.

De même, dans un arrêt du 27 novembre 1990, la Première Chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par un salarié, après avoir relevé que « la cour d'appel, en ayant ainsi rappelé l'économie du contrat au regard des articles 2 et 11, a légalement justifié sa décision ». Là encore, la référence à l'économie du contrat n'est pas probante. En effet, le demandeur au pourvoi soutenait que les clauses du contrat de travail étaient contradictoires. La Cour de cassation affirme simplement que les stipulations litigieuses étaient claires et précises. La seule lecture du contrat permettait de le vérifier. La référence à son économie n'était donc nullement indispensable. Elle n'a pas servi à trancher un conflit entre deux clauses inconciliables.

On peut enfin mentionner tous les arrêts qui affirment l'intangibilité de l'économie du contrat, tel celui rendu par la cour d'appel de Paris le 6 novembre 1985. Le litige portait sur l'interprétation d'une promesse de vente, dont une clause prévoyait l'obligation, pour le propriétaire, de justifier, par une lettre de la ville de Paris, que les locaux étaient à usage de bureaux. Le promettant fournit un document attestant que la vente ou la location à usage commercial desdits locaux est conforme au Code de la construction. Le bénéficiaire fait alors valoir qu'il n'est pas justifié que les locaux sont affectés à usage de bureaux. La cour d'appel ne se range pas à cette argumentation, et condamne le bénéficiaire à verser l'indemnité d'immobilisation. Elle estime en effet que la condition prévue au contrat est réalisée. Exiger que le propriétaire prenne en charge la transformation de la salle de spectacles en bureaux reviendrait à dénaturer la promesse et à « rompre l'économie du contrat ». Cette formulation démontre assez combien peut être inutile la référence à l'économie du contrat. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas repris ces termes dans son arrêt de rejet[103]. En effet, dans ce litige où le contrat était clair, l'évocation de la dénaturation suffisait.

Il ne faut cependant pas conclure que le principe d'intangibilité de l'économie du contrat ne présente aucune originalité. Cela ne vaut que si les juges assimilent l'économie du contrat à ses stipulations contractuelles, comme c'est le cas dans les décisions que nous venons de citer.

---

[102] Cass. Civ. 3ème, 6 novembre 1985, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1406, pourvoi n° 84-15.558
[103] Cass. Civ. 3ème, 8 juin 1988, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 988, pourvoi n° 86-11.396.

En effet, le principe se confond alors totalement avec la force obligatoire du contrat, prévue à l'article 1134 alinéa 1 du Code civil. Cependant, l'intangibilité de l'économie du contrat trouve un intérêt si les juges extirpent l'économie du contrat du simple contenu contractuel.
Il apparaît ainsi que la référence à l'économie du contrat ne dissimule parfois qu'une solution tout à fait classique, dans la mesure où la notion est confondue avec les stipulations contractuelles, ou avec l'objet du contrat. Mais la référence à l'économie du contrat peut également manquer de pertinence lorsqu'est en jeu l'économie abstraite du contrat.

37. - Nous avons soutenu l'idée qu'il pouvait exister une dualité de l'économie du contrat, qui évoque la dualité du concept causal. De même que la cause abstraite, l'économie abstraite du contrat se retrouve à l'identique par type de contrat. Le concept sert alors à dégager les grandes caractéristiques d'un contrat, selon sa qualification. Cette « déclinaison » de l'économie du contrat est parfois utilisée en jurisprudence. Pour trancher un litige relatif à l'interprétation d'une cession de nue-propriété, la cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est référée à « l'économie du contrat de viager, telle qu'organisée par les articles 600 et suivants du Code civil »[104]. La référence aux dispositions du Code montre bien que c'est ici abstraitement qu'est considérée l'économie du contrat. C'est donc la nature même du contrat qui a justifié la décision des juges, et non sa physionomie propre. Dans cette occurrence, le recours à l'économie du contrat ne présente aucune originalité.

38. - Au regard de notre étude, les décisions que nous avons évoquées, soit qu'elles assimilent l'économie du contrat à ses stipulations, soit qu'elles se réfèrent à l'économie abstraite du contrat, sont « neutres ». Elles sont « neutres » en ce sens qu'elles ne montrent ni ne récusent l'admission jurisprudentielle de la notion d'économie du contrat. La seule réflexion qu'elles peuvent inspirer est un regret : celui que les juges utilisent des notions marginales et obscures, là où les concepts classiques trouvent naturellement à s'appliquer. L'émergence de nouveaux concepts ne se justifie que par l'originalité des solutions qu'ils permettent d'apporter, et c'est dans ce sens que s'est ensuite dirigée la jurisprudence.

[104] CA Aix-en-Provence, 29 mai 1991.

b. La « maturité » jurisprudentielle de la notion

L'analyse de la jurisprudence révèle un changement intéressant à partir des années 1990. En effet, c'est alors que les références à l'économie du contrat sont devenues plus nombreuses (i), avec l'assentiment relatif de la Cour de cassation (ii).

i) L'essor des références à l'économie du contrat

39. - L'inventaire des décisions de justice pertinentes mettant en jeu l'économie du contrat paraît nécessaire.

L'on citera en premier lieu une décision de la Première chambre civile, en date du 11 décembre 1990[105]. Le litige portait sur un contrat d'assurance, garantissant « toutes pertes ou dommages subis par l'ouvrage ». A la suite de la rupture d'une canalisation, l'assuré, maître de l'ouvrage, entendit être indemnisé de ses pertes d'exploitation. En première instance, il fut décidé que seul l'ouvrage était garanti, ce qui excluait l'indemnisation du préjudice subi par l'assuré. Celui-ci interjeta appel, faisant valoir que le mot « pertes » comprenait la privation d'énergie consécutive à la rupture de canalisation, ce qui autorisait l'indemnisation de la perte d'exploitation. Cependant, la cour d'appel de Paris[106] confirma le jugement, au motif qu'il « ne résulte pas de l'économie du contrat que la garantie a un objet autre que les remises en état ». Le pourvoi formé par le maître de l'ouvrage fut rejeté.

Dans un arrêt du 2 juin 1993, il est question d'un contrat d'entreprise prévoyant le versement d'une prime d'exactitude. Le changement de la nature des terrains rencontrés contraint les parties à prolonger le délai global contractuel de 24 mois. L'on pouvait alors s'interroger sur le devenir de la prime d'exactitude : l'échéance fixée pour son versement devait-elle, elle aussi, être retardée de 24 mois. C'est ce qu'a décidé la cour d'appel d'Aix-en-Provence[107], au motif que « pour respecter l'économie du contrat qui devait se poursuivre comme précisé à l'avenant « aux conditions économiques d'origine », il convient de considérer que le délai plafond de soixante mois qui ne pouvait plus être respecté avait été implicitement mais nécessairement porté de soixante à quatre vingt quatre mois ». Là encore, le pourvoi formé par le maître de l'ouvrage a été rejeté[108].

---

[105] Cass. Civ. 1ère, 11 décembre 1990, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1698, pourvoi n° 88-15.030.
[106] CA Paris, 10 février 1988.
[107] CA Aix-en-Provence, 10 avril 1991.
[108] Cass. Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 878, pourvoi n° 91-18.694.

Le litige suivant oppose un couple de débitrentiers à un couple de créditrentiers. Le contrat de vente d'un pavillon prévoyait, outre le paiement d'un prix, celui d'une rente viagère annuelle, ainsi que le droit d'usage et d'habitation au profit des vendeurs. Une clause stipulait que « si le vendeur manifestait le désir de quitter les locaux pour s'installer ailleurs, dans une maison d'accueil ou de retraite, la rente viagère sera doublée ». Or, les vendeurs quittèrent effectivement ce pavillon, pour un autre. Soutenant que ce cas n'était pas visé par la précédente clause, les acheteurs refusèrent de doubler le montant de la rente. La cour d'appel les y condamna néanmoins, au motif que « l'économie du contrat supposait que l'abandon du droit d'usage, qui constituait un avantage, soit compensé par le service d'une rente doublée »[109]. Le pourvoi formé par les débitrentiers fut rejeté[110].

Un arrêt de 1998[111] oppose une femme à la banque qui lui a accordé un prêt, ainsi qu'à son époux, avec lequel elle est séparée de biens. Le contrat renvoie à des conditions générales, qui prévoient qu'en cas de pluralité d'emprunteurs, ceux-ci seront réputés agir solidairement entre eux. Poursuivie en remboursement du prêt, l'emprunteuse prétend cependant ne pas être tenue solidairement au remboursement de ce prêt. A cette fin, elle fait valoir que les conditions générales prévoyant la solidarité étaient établies pour des emprunts immobiliers. La cour d'appel de Reims[112] autorise néanmoins la banque à poursuivre l'exécution forcée. Elle relève en effet que cette solidarité correspond « à la commune intention des parties et à l'économie du contrat, comme en attestent l'engagement de remboursement des deux époux et l'affectation hypothécaire d'un immeuble commun ». Le pourvoi formé par l'emprunteuse est rejeté.

Dans un arrêt de 1999[113], preneur et bailleur s'affrontent relativement à l'interprétation d'une clause du contrat de bail. Celle-ci prévoit qu'il est formellement interdit « de se substituer à quelque titre que ce soit une tierce personne à la jouissance des lieux loués qu'il devra occuper et exploiter lui-même, à l'exclusion de tout gérant libre ou appointé ». L'intérêt de ce litige réside dans le principe posé par la cour d'appel de Paris[114], saisie de l'affaire : « En cas d'équivoque, il appartient au juge d'interpréter la clause à la lumière de l'économie générale du contrat et de la volonté des contractants ; qu'en l'espèce, il est clair que la volonté des

[109] CA Versailles, 15 juin 1990.
[110] Cass. Civ. 1ère, 18 juillet 1995, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1366, pourvoi n° 90-19.069.
[111] Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1797, pourvoi n° 96-16.570.
[112] CA Reims, 19 janvier 1996.
[113] Cass. Civ. 3ème, 24 mars 1999, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 530, pourvoi n° 97-674.
[114] CA Paris, 23 mai 1997.

parties a été d'interdire d'une façon générale au preneur toute solution de substitution ». Le pourvoi formé par le preneur sera rejeté.

Dans un arrêt du 15 juin 2000[115], il est question de l'interprétation d'une clause, contenue dans le cahier des charges d'un lotissement et selon laquelle des branchements sont « limités au nombre de 10 pendant trois ans ». La rédaction de la clause autorise deux interprétations : au-delà du délai de trois ans, soit il n'existe plus aucune limitation soit, au contraire, aucun branchement n'est plus autorisé. Selon la Cour d'appel de Papeete[116], « la recherche de la commune intention des parties – compte tenu de l'économie générale du contrat et de son contexte – permet de mettre en évidence la double limitation contenue dans la clause (…) ». Le pourvoi formé par les propriétaires sera rejeté.

Le litige suivant porte sur le sort d'une clause-recettes lors du renouvellement du bail commercial. Le bailleur, qui demandait que le minimum garanti soit fixé à la valeur locative, est débouté par la cour d'appel[117]. Les juges du fond retiennent que « la fixation d'un loyer minimum garanti selon la valeur locative ne saurait avoir pour objet de substituer un loyer classique pour partie au loyer financier que les parties avaient convenu, ni pour finalité de modifier l'économie du contrat qu'elles avaient librement conclu » et déboutent le bailleur. Le pourvoi formé par ce dernier sera rejeté[118].

L'on peut également citer un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, en date du 19 septembre 2000. La clause litigieuse, dans cette affaire, stipule que « les garanties extra-scolaires sont acquises jusqu'à la rentrée ». Le problème est alors de déterminer s'il s'agit de la rentrée scolaire ou universitaire. Les juges se sont donc référés à l'économie du contrat qui, selon eux, visait à éviter une rupture de couverture, comme le dit expressément l'assureur dans sa notice explicative, disposition qui entre dans le champ contractuel.

On mentionnera enfin un arrêt du 17 juillet 2001[119], qui pose le problème de l'étendue exacte d'une cession de droits. Là encore, c'est par référence à l'économie du contrat que les juges

[115] Cass. Civ. 3ème, 15 juin 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 915, pourvoi n° 97-9.522.
[116] CA Papeete, 7 mai 1997.
[117] CA Versailles, 26 novembre 1998.
[118] Cass. Civ. 3ème, 19 décembre 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1807, pourvoi n° 99-10.949.
[119] Cass. Com., 17 juillet 2001, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1476, pourvoi n° 98-19.751.

du fond vont interpréter la convention : « l'économie du contrat ne permet pas d'interpréter cette clause comme portant uniquement sur l'utilisation du titre générique d'album ».
Ce rappel de la jurisprudence permet de remarquer que depuis une dizaine d'années, la référence à l'économie du contrat revient régulièrement dans le contentieux de l'interprétation du contrat. S'agit-il pour autant d'une nette reconnaissance prétorienne du concept ?

ii) La portée de ces décisions

40. - Dans la totalité des espèces évoquées précédemment, on constate que les pourvois formés contre les arrêts d'appel ont été rejetés. Hâtivement, l'on pourrait en conclure que la Cour de cassation reconnaît le concept d'économie du contrat, ainsi que la pertinence de son utilisation dans le contentieux de l'interprétation. Mais un tel raisonnement méconnaît gravement le particularisme du contentieux de l'interprétation. N'oublions pas, en effet, que, sous réserve de dénaturation, les juges du fond sont souverains pour interpréter les conventions[120]. Ainsi, dès lors que les stipulations litigieuses manquent réellement de clarté ou de précision, les juges du fond sont libres du choix de leur démarche interprétative. Rappelons à cet égard que les articles 1156 et suivants du Code civil n'ont pas de valeur impérative[121]. De là toute la nuance à apporter aux décisions que nous évoquions plus haut. Si les arrêts de la Cour de cassation sont tous des arrêts de rejet, ce n'est pas le signe d'une consécration de l'économie du contrat, mais tout simplement la conséquence mécanique d'une ambiguïté *ab initio* des conventions litigieuses.

41. - Ce constat s'impose d'autant plus que la Haute Juridiction ne reprend jamais à son compte la référence à l'économie du contrat. Si l'expression apparaît dans ses arrêts, ce n'est qu'au titre de la reprise de l'argumentaire des cours d'appel. Il demeure que la référence à l'économie du contrat apparaît avec une certaine fréquence dans le contentieux de l'interprétation. Afin d'en comprendre les raisons, il faut s'interroger sur l'intérêt de la notion par rapport à la démarche classiquement adoptée par les juges. Cela implique notamment de déterminer le sens de cette référence.

2) L'économie du contrat, une référence objective

Malgré un rapport apparent à la volonté (a), l'économie du contrat nous apparaît comme une référence objective d'interprétation (b).

---

[120] Voir *supra* n°29.
[121] Voir *supra* n°29.

a. Un rapport ambigu à la volonté des parties

42. - Une lecture superficielle des arrêts que nous venons d'évoquer permet un premier constat : les juges cultivent une certaine ambiguïté dans les rapports de l'économie du contrat à la volonté réelle des parties. Ainsi, dans l'arrêt du 15 juin 2000, l'on peut voir que la cour d'appel de Papeete a interprété un contrat par « la recherche de la commune intention des parties - compte tenu de l'économie générale du contrat »[122]. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté[123]. C'est dire qu'ici la référence à l'économie du contrat n'est comprise qu'en tant que révélateur de la commune intention des parties. A suivre cette analyse, la référence à l'économie du contrat est d'essence subjective.

43. - Néanmoins, d'autres décisions font une présentation bien différente de la façon dont doivent s'articuler économie du contrat et intention des contractants. A cet égard, dans une décision du 24 novembre 1998, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu que la solidarité correspondait « tant à l'intention des parties qu'à l'économie du contrat »[124]. Tout aussi intéressant est l'arrêt du 24 mars 1999, reprenant les propos de la cour d'appel, selon laquelle il est de jurisprudence constante qu'en cas d'équivoque, « il appartient au juge d'interpréter la clause à la lumière de l'économie générale du contrat et de la volonté des contractants »[125]. Ces deux arrêts, contrairement à la décision du 15 juin 2000, opèrent une dissociation entre la référence à l'économie du contrat et la mention de la volonté des parties.

Cette formulation jette un certain trouble sur les rapports du concept d'économie du contrat à l'intention des parties[126], que seul peut dissiper l'examen des critères retenus pour caractériser l'économie du contrat.

---

[122] CA Papette, 07.05.1997.

[123] Cass. Civ. 3ème, 15.06.2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 915, pourvoi n° 97-19.522.

[124] Cass. Civ. 1ère, 24.11.1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1797, pourvoi n° 96-16.570.

[125] Cass. Civ. 3ème, 24.03.1999, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 530, pourvoi n° 97 -17.674.

[126] L'on peut également citer un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 2 décembre 1985. Dans cette espèce, parmi les différentes stipulations d'un contrat de prêt, était prévu « un an de franchise totale » quant au paiement des intérêts. Alors que, prise dans son acception courante, l'expression signifiait une exonération pour l'emprunteur, elle voulait dire, dans la terminologie bancaire, un délai pendant lequel il n'y aurait pas de remboursement. Dans cette espèce, le juge a constaté que « la clause de remboursement anticipé ne pouvait s'appliquer que par référence à l'économie générale du contrat, laquelle était conforme à l'usage en matière bancaire ». Il en conclut que « aucun doute ne pouvait raisonnablement subsister sur ce point dans l'esprit des parties », CA Paris, 2 décembre 1985, *R.T.D.Civ*. 1986.743, obs. J. MESTRE. Il nous paraît particulièrement intéressant de constater la référence à une volonté « raisonnable » des parties. Ce n'est donc pas ici la volonté réelle des parties qui est recherchée, mais la volonté telle qu'elle doit se manifester. Nous voyons là le premier indice que la référence à l'économie du contrat exprime, plus qu'un état, un devoir être.

b. L'objectivité des critères de caractérisation de l'économie du contrat

La lecture des arrêts montre que les décisions ne reposent pas tant sur une recherche de la volonté réelle des contractants que sur une analyse globale et finaliste des rapports contractuels.

i) Une analyse cohérente de la relation contractuelle

44. - Parfois, la référence à l'économie du contrat marque une recherche de cohérence au sein de la relation contractuelle. Elle permet ainsi d'interpréter une clause litigieuse à la lumière d'une autre stipulation contractuelle, ou d'un document annexe. Dans l'arrêt du 18 juillet 1995, si l'on a finalement retenu un doublement de la rente viagère, c'est au regard d'une autre clause du contrat permettant au vendeur de « renoncer, moyennant une majoration de rente, au droit d'usage et d'habitation réservée à son profit »[127]. De même, dans l'arrêt du 15 juin 2000, l'ambiguïté de la clause de limitation des droits a été levée par référence au cahier des charges[128]. C'est donc, dans ces deux hypothèses, par un examen global de la relation contractuelle et de son contexte qu'ont pu être interprétées les conventions. Cette démarche relève-t-elle de l'objectivisme ou du subjectivisme ?

La question rappelle celle qu'avait soulevée l'étude de l'article 1161 du Code civil, aux termes duquel : « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». Il n'est pas certain que la « macro-interprétation » du contrat et de ses finalités[129], à laquelle appelle l'article 1161, corresponde à la volonté réelle des parties. Bien davantage, cette disposition semble commander une recherche abstraite, celle de l'intention du contractant moyen[130].

45. - C'est enfin ce même impératif de cohérence qui a dicté la solution rendue dans l'arrêt du 24 novembre 2000[131]. Dans cette espèce, la Cour de cassation a retenu la solidarité entre deux époux emprunteurs, après avoir relevé l'affectation hypothécaire d'un bien commun. Là encore, le contrat a été interprété, par référence à l'économie du contrat, non à la lumière de la volonté réelle des parties, mais à la lumière d'une volonté normale. En effet, rationnellement, la nature du bien hypothéqué est en relation avec la mesure de l'engagement des débiteurs. Mais il reste permis de s'interroger sur la pertinence d'une telle présomption de rationalité des

---

[127] Civ. 1ère, 18 juillet 1995, *préc*.
[128] Civ. 3ème, 15 juin 2000, *préc*.
[129] J. DUPICHOT, *art. préc*., n°15, p. 194.
[130] Voir *supra* n°28 .
[131] Civ. 1ère, 24 novembre 1998, *préc.*

parties[132]. Le même problème est soulevé par l'arrêt rendu le 2 juin 1993[133] par la Cour de cassation. Dans cette affaire, les juges du fond avaient considéré que le prolongement du délai contractuel global avait entraîné le prolongement du délai dont le respect entraînait le versement de la prime d'exactitude (ceci alors même que l'avenant précisait que le contrat se poursuivait aux conditions économiques d'origine). Cette espèce pose elle aussi le problème de la substitution d'une volonté cohérente à l'intention réelle des parties.

La cohérence, « imposée » aux parties par le biais de la référence à l'économie du contrat, trouve son prolongement dans l'analyse finaliste à laquelle appelle la notion.

ii) Une analyse finaliste de la relation contractuelle

46. - Cet examen téléologique de la relation contractuelle apparaît clairement dans deux des arrêts que nous avons précédemment évoqués. Le premier émane de la cour d'appel de Toulouse. Interrogés sur le sens d'une clause prévoyant que « les garanties extra-scolaires sont acquises jusqu'à la rentrée », les juges du fond se sont interrogés sur la finalité du contrat. Or, l'analyse de ce contrat révèle qu'il « visait à éviter une rupture de couverture comme le dit très expressément l'assureur dans sa notice explicative ». Dès lors, pour satisfaire cette finalité, il convenait d'entendre la rentrée comme la rentrée universitaire, et non scolaire[134].

Plus édifiant encore est l'arrêt du 19 décembre 2000[135]. L'espèce amenait les juges à s'interroger sur le sort d'une clause-recettes lors du renouvellement du bail commercial. Le bailleur demandait qu'à cette occasion, le loyer minimum garanti soit fixé au montant de la valeur locative. C'est là encore une analyse téléologique, et économique, qui sera menée sur le fondement de l'économie du contrat. Les juges du fond relèvent le particularisme de la clause-recettes, véritable « pari économique qui ne saurait être unilatéralement remis en cause par la société bailleresse au seul motif de la non-réalisation des résultats qu'elle escomptait, lesquels constituaient l'enjeu aléatoire résultant de l'adoption d'un loyer évalué sur des critères économiques ». C'est donc la finalité même de la stipulation litigieuse qui a commandé son interprétation.

Là encore, la démarche n'est guère subjective. Certes, l'on peut arguer que la volonté des parties tend nécessairement à la réalisation de la finalité[136] de la convention. C'est là encore

---

[132] Voir *infra* n° 162.
[133] Civ. 1ère, 2 juin 1993, *préc*.
[134] CA Toulouse, 19 septembre 2000.
[135] Civ. 3ème, 19 décembre 2000, *préc*.
[136] Finalité dont il faudra s'attacher à déterminer la nature, voir *infra* n°198.

poser une présomption de rationalité, dont le bien-fondé est discutable. C'est finalement bien davantage la considération de l'opération contractuelle qui guidera le juge que celle de la volonté des parties.

Conclusion du § 1

47. - La nature de la démarche interprétative demeure controversée. S'agit-il de découvrir la volonté réelle des parties, au delà même des termes du contrat, ou convient-il de s'attacher à des éléments plus objectifs ? Les dispositions du Code civil n'épuisent pas la question, et la jurisprudence reste hésitante. C'est dans ce contexte que sont intervenues les premières références à l'économie du contrat. Le rapport qu'entretient le concept avec l'intention des contractants est trouble. Sous le couvert d'un révélateur de la volonté réelle des parties, l'économie du contrat nous semble davantage exprimer un « devoir être », une volonté normale et, partant, quelque peu fantomatique. A notre sens, c'est donc bien une objectivation[137] que consacre la référence à l'économie du contrat dans le domaine de l'interprétation explicative. Il convient, maintenant, de vérifier s'il en va de même s'agissant de l'interprétation créatrice.

[137] Il faut nous expliquer ici sur le sens que nous attribuons aux termes « subjectif » et « objectif ». Est subjectif ce qui s'attache à la volonté réelle des parties. L'adjectif est donc employé dans son acception juridique, et non dans sons sens courant de « ce qui est individuel et susceptible de varier en fonction de la personnalité de chacun ». *A contrario*, est selon nous objectif tout ce qui est détaché de la considération de la volonté réelle des parties. C'est dire que la démarche tendant à interpréter le contrat au regard d'une volonté normale est pour nous objective car la référence à la volonté des parties y est parfaitement artificielle. Là encore, l'acception retenue diffère du sens courant de « impartial, qui ne fait pas intervenir d'éléments affectifs dans ses jugements ». En effet, en fixant le contenu normal du contrat, le juge ne saurait être tout à fait impartial.

§ 2 - La normalisation de l'interprétation créatrice du contrat

48. - La problématique de l'interprétation créatrice diffère sensiblement de celle que nous venons d'exposer s'agissant de l'interprétation explicative du contrat. Alors que, dans cette dernière, c'est traditionnellement la volonté des parties qui doit faire référence, l'interprétation créatrice est, elle, dominée par l'objectivisme (A). C'est en effet l'équité qui fonde l'amplification judiciaire du contrat. Mais l'application sans nuances du forçage a entraîné une systématisation de certaines obligations accessoires. L'économie du contrat apparaît alors dans ce contentieux pour adapter l'amplification du contenu obligatoire à la physionomie de la structure contractuelle (B).

A. La prédominance classique de l'objectivisme dans le forçage du contrat

49. - Notre droit est fortement marqué par l'autonomie de la volonté et notamment par l'un de ses corollaires, la force obligatoire du contrat. Néanmoins, une tendance jurisprudentielle s'est fait jour dans le sens d'une hypertrophie du contenu obligationnel du contrat (1). Or, cette amplification judiciaire du contrat ne doit rien à la volonté des parties (2).

1) L'apparition jurisprudentielle du forçage du contrat

Malgré le principe d'intangibilité du contrat (a), le juge a fini par pénétrer la sphère contractuelle en imposant aux parties des obligations non voulues par elles (b).

a. L'intangibilité du contrat

50. - L'autonomie de la volonté, quoiqu'elle n'en soit pas le fondement absolu, n'en a pas moins influencé profondément notre Code civil. L'une des illustrations les plus manifestes de cet ascendant reste l'article 1134 alinéa 1er, qui pose le principe de la force obligatoire du contrat, sous la seule réserve de sa validité.

L'on sait que cette intangibilité concerne au premier chef les parties. Le contrat s'impose à elles, telle une loi. Il n'est pas au pouvoir de l'une d'entre elles d'en modifier les termes. Seul un nouvel accord de volontés peut en infléchir les dispositions. Les parties sont donc liées par leur contrat, qu'elles doivent normalement appliquer en dépit de toute modification des circonstances[138].

[138] Sur la question de l'imprévision, voir *infra* n°355.

51. - Mais l'intangibilité du contrat ne concerne pas que les parties. L'article 1134 alinéa 1er du Code civil s'impose également au juge. Celui-ci n'a donc, traditionnellement, aucun pouvoir sur le contenu du contrat, qu'il est contraint d'appliquer dans les termes choisis par les parties. L'on se souvient, en effet, de la défiance des rédacteurs du Code civil à l'égard des magistrats. Leur imposer le respect de la loi contractuelle, c'était tout à la fois se prémunir contre leur arbitraire et valoriser une conception volontariste du contrat[139]. Tout au plus les juges pouvaient-ils interpréter le contrat, sous la réserve que celui-ci nécessitât d'être interprété[140]. Mais là encore, c'est le fondement volontariste qui a initialement prévalu, de sorte que l'interprétation judiciaire du contrat ne pouvait être conçue autrement que comme la recherche de la commune intention des parties[141]. Malgré la difficulté d'une telle recherche dans l'hypothèse du silence du contrat, il n'était pas loisible au juge de le compléter en lui faisant produire des obligations non voulues par les parties[142].

Cette précellence de la volonté des parties, qui a marqué le 19ème siècle, a cependant été largement infléchie au cours du 20ème. Les critiques du subjectivisme se sont multipliées, mettant en exergue la faiblesse de ses fondements comme l'artifice de ses mises en application[143]. C'est dans ce contexte doctrinal favorable qu'a pu se faire jour le phénomène connu sous le nom de « forçage » du contrat.

b. La perméabilité du contrat à l'intervention judiciaire par le forçage du contrat

52. - L'expression, apparue sous la plume du doyen Josserand[144], désigne l'amplification judiciaire du contenu obligatoire du contrat. Tandis que, normalement, ce contenu obligatoire doit être celui qui a été voulu par les parties, il devient, par le biais du forçage, « tel qu'on le leur impose »[145]. Le phénomène est apparu en jurisprudence en 1911. L'arrêt est connu, qui affirme « Attendu que l'exécution du contrat de transport comporte (…) pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination »[146]. Il a été suivi de deux décisions similaires, rendues consécutivement à des accidents de chemin de fer, dont la

[139] Selon la pensée de GOUNOT, puisque la volonté est autonome, elle ne doit pas pouvoir se faire imposer d'obligations, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912, p. 61 et s.
[140] Sur la question de la dénaturation du contrat, voir *supra* n°29.
[141] Cette conception de l'interprétation judiciaire du contrat est conforme à l'article 1156 du Code civil. L'on sait cependant que le Code civil est beaucoup plus nuancé et que les directives données au juge sont de nature mixte : tantôt d'inspiration subjective, tantôt empreintes d'objectivisme, voir *supra* n°25.
[142] A. RIEG, *J.-Cl. Civil*, Fasc. 1134, 1135, n° 21.
[143] Sur la critique du subjectivisme, voir *supra* n°25s .
[144] L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, *D.H.* 1933, p. 89.
[145] L. JOSSERAND, *art. préc.*, p. 91.
[146] Civ. 21 novembre 1911.

formulation est tout à fait comparable « les compagnies de chemin de fer, s'étant engagées par leur cahier des charges à assurer le transport des agents nécessaires au service des postes, ont, par cela même, l'obligation de les conduire, comme tous les voyageurs, sains et saufs à destination »[147].

53. - Cette obligation de sécurité, « découverte » dans le contrat de transport, a vu s'élargir ensuite son domaine. C'est ainsi que la jurisprudence a créé une obligation de sécurité à la charge d'un exploitant de manège forain[148], de centres de transfusion sanguine[149], d'un vendeur[150], d'un établissement d'enseignement[151]. En outre, le forçage ne s'est pas limité à la découverte de l'obligation de sécurité. Il a également imposé à des contractants une obligation d'information[152] (déclinable en obligation de renseignement, de mise en garde ou de conseil). Si ces deux grands types d'obligations sont les plus représentatifs du mécanisme, d'autres ont été découvertes, plus ponctuellement, par ce même biais. L'on peut ainsi citer l'obligation de surveillance d'un vestiaire, accessoire au contrat de location d'un salon pour une journée de formation[153], ou « l'obligation, pour l'assisté, de garantir l'assistant de la responsabilité par lui encourue, sans faute de sa part à l'égard de la victime d'un accident éventuel »[154]. C'est dire si « le phénomène de renforcement du contenu obligatoire du contrat par le juge est devenu une importante réalité jurisprudentielle »[155]. Or, comment peut-on justifier une telle entorse au principe de force obligatoire du contrat ?

2) L'objectivité du forçage du contrat

Après avoir écarté un certain nombre de fondements proposés en doctrine (a), nous verrons que c'est l'équité qui légitime l'amplification judiciaire du contenu obligatoire du contrat (b).

---

[147] Civ., 27 janvier 1913 et Civ. 21 avril 1913, *D.P*. 1913, 1, 249, note L. SARRUT, S. 1912, 1, 73, note Ch. LYON-CAEN , F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, n° 188.

[148] CA Nancy, 26 juin 1925, *D*. 1927, 2, p. 29. De même, une obligation de sécurité a été imposée à un exploitant de remonte-pente (Civ. 1ère, 4 novembre 1992, *Bull. civ*. I, n° 277), de toboggan (Civ. 1ère, 28 octobre 1991, *Bull. civ.* I, n° 289) ou d'une piste de bob-luge (Civ. 1ère, 17 mars 1993, *Contrats, Conc., conso*., 1993, n° 104, note LEVENEUR).

[149] Civ. 1ère, 12 avril 1995, *Bull. civ*. I, n° 179.

[150] Civ. 1ère, 11 juin 1991, *Bull. civ*. I, n° 201.

[151] Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *Bull. civ*. I, n° 43.

[152] Voir civ. 1ère, 3 juillet 1985, *Bull. civ*. I, n° 211 ; Civ. 1ère, 16 juin 1993, *Contrats, conc., consom*., 1993, n°191. Voir aussi Cass. Com., 18 mai 1995, *Bull. civ*. IV, n° 188.

[153] Civ. 1ère, 13 octobre 1997, *Bull. civ.* I, n° 262.

[154] Civ. 1ère, 17 décembre 1996, *R.T.D.Civ.*1997.431, note P. JOURDAIN.

[155] L. LEVENEUR, Forçage du contrat, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Actes du Colloque de Chambéry du 28 novembre 1997, *Droit et Patrimoine* 1998, p. 69s.

a. Les fondements non retenus

Ni la référence à la volonté tacite des parties (i) ni le recours à la bonne foi (ii) ne permettent de fonder le forçage du contrat.

i) La référence à la volonté tacite des parties

54. - Dans un système dominé par l'autonomie de la volonté, c'est évidemment la volonté des parties qui est apparue comme le fondement le plus naturel au forçage du contrat. Il s'agit alors de considérer que le forçage relève d'une démarche d'interprétation du contrat, et que la recherche de la commune intention des parties a révélé au juge une volonté tacite. Une illustration de ce « forçage inavoué »[156] est la stipulation pour autrui tacite, découverte en 1932[157]. L'artifice saute aux yeux, qui consiste à affirmer qu'un passager, imaginant la possibilité d'un accident, a eu l'intention de stipuler au profit de ses proches. Cette fiction a fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine[158].

Outre qu'on peut ne pas être convaincu par l'idée d'une intention implicite des parties, le recours à la volonté des parties se heurte à un obstacle, plus puissant encore. Que faire, en effet, lorsque les parties ont expressément entendu exclure une obligation que la jurisprudence tend à imposer habituellement par forçage ? *Quid*, par exemple, de l'hypothèse où un contrat de transport stipule que le transporteur n'est pas tenu d'une obligation de sécurité au profit du transporté ? Assigner au forçage un fondement volontariste, c'est exclure d'aller à l'encontre de l'intention clairement exprimée des parties. Certaines décisions semblent aller, il est vrai, dans ce sens[159]. Des arrêts plus récents montrent cependant qu'il n'est pas au pouvoir de la volonté des parties, même expresse, d'éviter l'insertion par le juge de certaines obligations[160].

---

[156] L'expression est de Laurent LEVENEUR, *op. cit*., p. 70.

[157] Civ. 6 décembre 1932, *DP* 1933.I.p.37, note L. JOSSERAND.

[158] « ces interprétations divinatoires ne sont qu'en apparence des interprétations de volonté », J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 11ème éd., 2004, n° 399, p. 307 ; Selon GENY, cette stipulation pour autrui tacite n'est rien d'autre qu'une « tarte à la crème juridique » F. GENY, *S*. 1930, 2, p. 98.

[159] Parmi ces décisions, l'on peut en citer une, rendue par la Cour de cassation en 1933 : « Attendu qu'il n'est pas permis aux juges de modifier, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties et licite ; attendu que la décision attaquée a ajouté arbitrairement à l'objet du contrat, en étendant à la fourniture d'autres boissons une obligation d'approvisionnement exclusif que les débiteurs avaient prise pour la fourniture de bières seules », Civ. 8 mai 1933, *D*. 1833, I, p. 246. Un arrêt rendu en 1947 peut lui être comparé : « si, aux termes de l'article 1135 du Code civil, l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés », Civ. , 2 avril 1947, *Gaz. Pal*. 1948, 1, p. 36.

[160] Voir, pour l'obligation de sécurité, Civ. 1ère, 17 décembre 1996, *R.T.D.Civ*.1997.431, note P. JOURDAIN. Dans cette affaire, il était question d'une convention d'assistance bénévole. La qualification contractuelle de ce genre d'hypothèses est en elle-même suffisamment artificielle pour qu'y soit exclue la volonté comme fondement du forçage.

Des auteurs vont alors jusqu'à prétendre que toute clause contraire à l'obligation que souhaite imposer le juge serait nulle[161].

Il est donc vain de chercher dans la volonté des parties une légitimation de l'amplification judiciaire du contrat.

C'est tout aussi vainement que l'on tenterait de fonder le forçage sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions, telle qu'elle est prescrite par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

ii) Le recours à la bonne foi

55. - La bonne foi est aujourd'hui caractérisée en jurisprudence par un devoir de loyauté entre les parties, mettant au jour une conception morale[162] de l'exécution de l'engagement contractuel. Mais elle reste circonscrite « dans le domaine de l'exprimé »[163], dans le cadre des engagements convenus contractuellement. La bonne foi constitue la garantie d'une exécution loyale de la convention mais ne saurait en aucun cas commander la création d'obligations nouvelles. En outre, l'on pourrait ajouter que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil concerne la phase d'exécution du contrat. Or, le mécanisme du forçage s'inscrit beaucoup plus sûrement dans une logique de formation du contrat. Les obligations insérées par le juge, doivent, à notre sens, être considérées comme ayant fait partie du contrat *ab initio*.

C'est donc finalement l'article 1135 qui a paru constituer le fondement le plus convaincant du forçage. Selon cette disposition : « le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature ». Dans notre hypothèse de forçage, ce n'est pas la loi qui vise à ajouter au contrat. De même, la référence à l'usage manque de pertinence, dans la mesure où, traditionnellement, un usage ne peut être retenu que lorsque les parties ont entendu expressément l'adopter[164]. C'est donc en réalité par le recours à l'équité que les juges justifient cette entorse à l'intangibilité du contrat que constitue son forçage.

---

[161] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 2ème éd., n° 48.
[162] Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *J.C.P* 1988, I, 3318, n° 1.
[163] J. MESTRE, obs. sous Com., 19 décembre 1989 et autres, *R.T.D.Civ*. 1990.651.
[164] L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 71.

b. L'équité, fondement retenu au forçage du contrat

Le recours à l'équité, pour sembler le seul fondement pertinent du forçage (i), n'en est pas moins sujet à critique (ii), ouvrant la voie à l'émergence d'un nouvel instrument : l'économie du contrat.

i) L'équité, facteur d'individualisation des solutions

56. - Rappelons en premier lieu qu'à notre sens, l'équité est un concept objectif. Nous entendons par là qu'il est parfaitement indépendant de toute référence à la volonté, réelle ou supposée, des parties. Elle est pourtant traditionnellement considérée comme une notion subjective, tant elle a partie liée avec l'idée du juste, idée hautement variable d'un individu à un autre. C'est d'ailleurs à ce titre que l'équité est un fondement pertinent au forçage du contrat, puisqu'il s'agit en fait de constituer, par l'adjonction d'une obligation, une protection supplémentaire à l'un des contractants.

A l'origine, cette fonction s'est trouvée fort bien remplie. Le forçage intervenait ponctuellement, motivé par les particularités de l'espèce. L'équité en était alors l'instrument idéal, en ce qu'elle permet une « personnalisation » du droit. « La motivation de toute référence à la notion est bien de rechercher, par l'intermédiaire d'une individualisation de la solution, un équilibre entre des intérêts qui sont opposés »[165]. Cependant, il apparaît que l'évolution du recours au forçage a entraîné un dévoiement du recours au concept d'équité.

ii) L'objectivation à outrance du forçage

57. - Nous l'avons dit, le forçage était conçu, à l'origine, comme devant intervenir ponctuellement, au regard des circonstances particulières de l'espèce. Mais les recours à ce procédé se sont multipliés, allant jusqu'à une systématisation du forçage dans certains domaines[166]. Nous rapportons ici la pensée de M. Albiges, qui nous semble rendre parfaitement compte du phénomène : « Or la détermination d'un régime juridique particulier à ces obligations a progressivement écarté les créations jurisprudentielles de leur fondement, l'article 1135 et la fonction supplétive de l'équité. Les obligations introduites étaient alors liées à la nature du contrat concerné et non plus aux spécificités de la relation contractuelle particulière qui imposait un tel rééquilibrage. Il a ainsi pu être relevé qu'il ne s'agissait plus

[165] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 329, 2000, n° 482.

[166] Ainsi, notamment, si l'introduction d'une obligation de sécurité paraît justifiée dans les matières marquées par une réelle dangerosité, son extension à des domaines ne présentant pas ce caractère est plus critiquable.

de cette subjectivité inhérente à l'équité, mais au contraire d'une réelle objectivation des principes pourtant fortement empreints, à l'origine, de la notion »[167].

La doctrine dresse donc le constat d'une systématisation, que ne justifient plus les particularités d'une espèce. Le recours à l'économie du contrat apparaît donc comme le moyen de réinstaurer une personnalisation du litige, non au regard de la volonté des parties, mais au regard de la particularité de la figure contractuelle.

B. L'adaptation du forçage au particularisme du contrat, par référence à l'économie du contrat

Après avoir relevé les apparitions jurisprudentielles de la référence à l'économie du contrat visant à amplifier le contenu du contrat (1), nous verrons que la notion permet la personnalisation que l'équité était devenue impuissante à assurer (2).

1) L'économie du contrat, fondement de l'amplification judiciaire des obligations

58. - Les décisions sont moins nombreuses, dans ce domaine, mais nous paraissent offrir d'intéressantes potentialités.

Dans une décision du 10 février 1998[168], M. et Mme Lorac avaient cédé à M. et Mme Dautremont l'intégralité des parts de deux sociétés pour un franc chaque. Les conventions étaient soumises à la condition que le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprise (CEPME) dégage les cédants de leur engagement de caution au profit des sociétés cédées. Le CEPME informa les cessionnaires qu'il acceptait, sous réserve qu'eux-mêmes, ainsi que les sociétés dont ils étaient les gérants, se substituent aux cautions actuelles. Or, M. Dautremont ne provoqua pas d'assemblée générale, de sorte que les garanties requises ne purent être données au CEPME. Partant, la cession des actifs ne put être conclue. Les cédants assignèrent alors M. Dautremont en réparation du préjudice causé par la caducité du contrat. La cour d'appel fit droit à cette demande[169], au motif que la caducité de la cession était imputable au comportement fautif de M. Dautremont, celui-ci ayant fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution du contrat de cession. M. Dautremont se pourvut en cassation. Il fit valoir qu'il ne s'était « pas engagé à accomplir quelque démarche que ce soit en vue de recueillir les cautionnements auxquels se trouvait suspendu l'accord litigieux », de sorte que les juges du fond ont, en le condamnant, méconnu l'article 1134 du Code civil. Son pourvoi fut cependant rejeté, en ces termes : « attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que l'acte ne contient

[167] C. ALBIGES, *th. préc.*, n° 494.
[168] Cass. Com., 10 février 1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 411, pourvoi n° 95-21.631.
[169] CA Reims, 11 octobre 1995.

aucune mention d'un engagement de M. Dautremont à recueillir les cautionnements subsitués demandés par le CEPME ou à accomplir telle démarche précisément définie, l'arrêt déduit de l'économie du contrat qui permettait à M. Dautremont d'acquérir l'actif des deux sociétés pour un prix symbolique de un franc chacune et de ses relations particulières avec les personnes dont l'engagement était requis qu'il avait, à tout le moins, une obligation toute particulière de les mettre en état de se déterminer sur les engagements qui auraient permis à la cession de prendre effet ; qu'ainsi, sans se contredire ni méconnaître la portée du contrat, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ».

Il est donc intéressant de constater que la Cour de cassation a, par le recours à l'économie du contrat, imposé à l'une des parties une obligation qu'elle n'avait pourtant pas expressément souscrite. Il y a bien là ce que l'on peut appeler une amplification juiciaire du contenu du contrat, directement fondée sur l'économie de ce contrat.

Dans un arrêt du 1er octobre 1991[170], la société Leduc s'était engagée à mettre à la disposition de la société Seneclauze une capacité de stockage de 30 000 hectolitres pour une durée de 5 ans, tandis que la société Seneclauze s'engageait, de son côté, à réserver à la société Leduc, pendant la durée du contrat, l'exclusivité de certaines opérations pour tous les vins qu'elle traitait à l'importation ou à l'exportation de Marseille. Un an avant la fin du terme contractuellement prévu, la société Seneclauze informe son cocontractant qu'elle met fin à son activité d'import-export et que l'exclusivité consentie par elle est devenue sans objet. La société Leduc l'assigne en paiement de dommages-intérêts.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence fait droit à cette demande. Elle retient que, si la société Seneclauze n'était pas tenue à importer ou à exporter, par l'intermédiaire de la société Leduc, une quantité déterminée, elle devait cependant « mettre en œuvre tous les moyens pour respecter l'économie du contrat »[171], conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Le pourvoi formé par la société Seneclauze est rejeté par la Cour de cassation, se fondant sur la bonne foi contractuelle.

L'on peut également citer, pour mémoire, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 mai 1991[172]. En l'espèce, une centrale d'achat entendait obtenir paiement, par un fournisseur, de la commission stipulée dans le contrat de référencement passé entre eux. Or, le fournisseur refusa de s'exécuter, lui-même n'ayant pas été payé par

[170] Cass. Com., 1er octobre 1991, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1148, pourvoi n° 89-21.591.
[171] CA Aix-en-Provence, 13 septembre 1989.
[172] Cass. Com., 28 mai 1991, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 837, pourvoi n° 88-19.359.

l'intégralité des adhérents de la centrale. La cour d'appel de Colmar le condamna néanmoins à s'acquitter de sa dette[173]. Le pourvoi formé par le fournisseur fut rejeté. En effet, l'arrêt ayant relevé que le rôle de la centrale se limitait à l'intermédiation et à la négociation, la cour d'appel a pu constater que « l'économie du contrat conclu avec la société Mars n'impliquait pas que la société Sopegros fût garante de l'exécution des commandes passées par les membres du groupement ». Cette décision constitue en réalité une illustration *a contrario* du rôle de l'économie du contrat dans le procédé d'amplification judiciaire du contrat. De même que le concept peut fonder l'adjonction d'une obligation non prévue par les parties, comme nous l'avons vu précédemment, il peut également justifier le refus de forcer le contrat.

L'inventaire de ces arrêts nous permet d'en dégager les apports et de comprendre en quoi ils se distinguent des hypothèses traditionnelles de forçage.

2) La normalisation par référence à l'économie du contrat

59. - Dans les deux arrêts que nous venons d'évoquer, il apparaît que les juges dégagent un contenu « normal » du contrat, au delà des obligations stipulées par les parties. Or, la détermination de ce contenu normal ne dépend pas de la qualification du contrat, comme c'est le cas lorsque le forçage est fondé sur l'équité, mais sur la physionomie propre du contrat et, plus particulièrement, sur la finalité que visaient (ou qu'auraient dû viser) les parties par sa conclusion.

Ainsi, dans l'arrêt de 1998, la finalité économique du contrat était d'assurer un courant d'affaires en rapport avec la capacité de stockage mise à la disposition de la société Seneclauze par la société Leduc. Si cette obligation n'a pas été souscrite par les parties, elle apparaît cependant inhérente à l'opération contractuelle même, et aux modalités selon lesquelles elle a été organisée.

Dans la décision de 1998, l'analyse menée par la Cour de cassation est là encore une analyse finaliste. La finalité visée par l'opération contractuelle était la cession des parts de deux sociétés. Là encore, c'est cette finalité, davantage que ce à quoi se sont engagées les parties, qui doit dicter l'ampleur de leurs obligations. Ainsi, et alors que rien ne l'y obligeait formellement, le cessionnaire aurait du obtenir le cautionnement posé en condition par le créancier du cédant, pour permettre la réalisation du but contractuel. La référence à l'économie du contrat entraîne un dépassement de la volonté des parties par la considération

[173] CA Colmar, 15 juillet 1988.

de l'objectif assigné au contrat. En outre, l'obligation imposée par référence à l'économie du contrat apparaît nécessaire afin de garantir l'utilité du contrat[174].

Conclusion de la section 1

60. - La référence à l'économie du contrat apparaît comme une demi-mesure entre objectivisme et subjectivisme. Elle ne se confond pas avec le subjectivisme, en ce qu'elle substitue à la volonté réelle des parties une volonté normalisée. Elle ne relève pas davantage de l'objectivisme pur, dans la mesure où elle se réfère à la physionomie propre du contrat, et à la finalité qu'il vise. Il y a donc une normalisation de la volonté des parties, par une transformation de la volonté réelle en une volonté rationalisée, affectée au but contractuel.

61. - La détermination du contenu obligatoire par référence à l'économie du contrat peut également être étudiée sous une facette plus originale, telle qu'elle est mise en œuvre par les juridictions arbitrales.

[174] En ce sens, l'économie du contrat apparaît comme pouvant se substituer à l'équité dans le forçage du contrat, quelle que soit la nature de l'obligation que la juge chercherait à imposer aux parties. En effet, en appelant à une considération globale et finaliste de l'opération envisagée, la notion d'économie du contrat pourrait parfaitement légitimer l'adjonction d'une obligation de sécurité, comme celle d'une obligation d'information, aux obligations librement souscrites par les parties.

SECTION 2 : LA NORMALISATION DE LA DETERMINATION DES OBLIGATIONS DANS L'AMIABLE COMPOSITION

62. - Dominée par la référence à l'équité, l'amiable composition est largement empreinte d'objectivisme (§ 1). Pénétrant ce contentieux, l'économie du contrat apparaît comme garantissant un respect minimum de la volonté réelle des parties, ce dont il faudra s'assurer au delà des apparences (§ 2).

§ 1 - La prépondérance classique de l'objectivisme dans l'amiable composition

63. - L'amiable composition est un mode original de résolution des conflits, qui permet à l'arbitre d'écarter l'application du droit positif pour rendre une décision en équité (A). Or, dans l'acception où nous l'entendons, l'équité est une référence objective (B).

A. L'équité, fondement des sentences rendues en amiable composition

64. - L'amiable composition est très largement reconnue dans les systèmes juridiques étrangers et en droit du commerce international[175]. En France, c'est l'article 1474 du Nouveau Code de procédure civile qui autorise les parties à conférer à l'arbitre la mission de statuer en tant qu'amiable compositeur[176]. Cette mission d'amiable compositeur a « pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat »[177]. Il s'agit donc d'une « méthode de traitement de conflit »[178], visant à soustraire le litige à toute application rigide du droit positif[179].

65. - L'on peut, alors, s'interroger sur ce qui va fonder la solution rendue par l'arbitre. Une réponse partielle nous est donnée dans un jugement du tribunal de grande instance de Paris :

---

[175] Cf. E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage international*, Litec, 1980, n° 22 et s.

[176] Selon cet article, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ».

[177] CA Paris, 19 avril 1991, Société Parfums Stern France c/ CFFD et autre, *Rev. Arb.* 1991.673, note E. LOQUIN.

[178] J.-M. MOUSSERON, Lex mercatoria – Bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ?, *Mélanges dédiés à L. BOYER*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, n° 22, p. 488.

[179] La philosophie de l'amiable composition est clairement décrite dans une sentence de la chambre de commerce internationale : « l'arbitrage, dans cette optique, répond à des finalités différentes de celles d'une procédure contentieuse classique. Il se caractérise par un affaiblissement du caractère juridique du litige et par la prédominance de ses aspects techniques, psychologiques et commerciaux. La clause d'amiable composition donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise du droit sur le litige au profit d'autres facteurs, et permet de soustraire des situations de fait, qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application de règles rigides », sentence CCI 1981, 3327, *J.D.I.* 1982.971, obs. Y. DERAINS.

« en conférant au tribunal le pouvoir d'amiable composition, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher le litige non pas en application des seules règles de droit mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par une adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties »[180]. Ainsi donc, et alors même qu'aucun texte de droit français n'y fait référence[181], c'est l'équité qui commande la solution de l'arbitre statuant en amiable compositeur.

66. - Il faut cependant apporter une première nuance à cette affirmation. La mission d'amiable compositeur n'exclut pas, pour l'arbitre, la faculté d'appliquer les règles de droit. C'est ce qu'illustre un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 mars 1984. Dans cette affaire, les arbitres, dotés des pouvoirs d'amiables compositeurs, avaient statué en droit sans allusion à l'équité. La cour d'appel de Paris a cependant refusé d'annuler leur sentence, au motif que « si, en leur conférant les pouvoirs d'amiables compositeurs, les parties ont entendu dispenser les arbitres d'appliquer strictement les règles de droit, il n'en demeure pas moins que le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure où il les jugeait propres à donner au litige la solution la plus juste ». La cour d'appel ajouta que les arbitres avaient été « nécessairement mus tant par les règles de droit que par le sentiment de l'équité »[182].

Il apparaît donc que l'application du droit positif reste possible, mais elle est subordonnée à la concordance de ces règles de droit à ce que commande l'équité. L'équité reste donc le référent en matière d'amiable composition. Or, à notre sens, l'équité est un concept objectif.

B. L'équité, un concept de référence objectif

67. - L'affirmation de l'objectivité de l'équité peut surprendre. Elle tranche avec l'idée largement répandue que l'équité est un concept subjectif. Encore faut-il s'entendre sur le sens des mots. Si l'on allègue habituellement que l'équité est subjective, c'est en raison de sa nature « incertaine »[183], de sa dimension « émotionnelle »[184]. « Les décisions empreintes de la notion peuvent effectivement varier en fonction de l'auteur de la décision rendue, selon ses

[180] T.G.I. Paris, 27 mai 1987, *Rev. Arb*.1987.521, note G. FLECHEUX.
[181] C. ALBIGES, *De l'équité en droit français*, Préf. de R. CABRILLAC, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 329, 2000, p. 241.
[182] CA Paris, 15 mars 1984, *Rev. Arb*. 1985. 285, avec le commentaire d'E. LOQUIN p. 199.
[183] Ph. MALAURIE et P. MORVAN,*Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 2003, p. 36.
[184] F. ZENATI, Le juge et l'équité, *Annales de la faculté de droit de Lyon*, Lyon, L'Hermès, 1985, n° 4, p. 90.

sentiments, sa conscience, sa morale »[185]. En ce sens, qui est celui du langage courant[186], il n'est pas contestable que l'équité est une notion « subjective ».

Dans notre démonstration, cependant, le terme « subjectif » n'est pas employé dans son acception courante. Il nous semble que la langue juridique lui prête un tout autre sens. Le subjectif y est entendu comme ce qui a un rapport à la volonté des parties. L'objectif réside dans toutes les références extérieures à la volonté des parties. Dire que l'équité est « subjective », c'est dire qu'elle dépend d'une volonté, certes, mais de la volonté du juge, et non de celle des parties. Notre démonstration est indifférente à cette circonstance. Elle ne vise qu'à opposer les éléments subjectifs (liés à la volonté des parties, ou à leur interprétation) aux éléments objectifs (extérieurs à la volonté des parties). Selon ce point de vue, l'équité est, sans nul doute, un concept objectif, en ce qu'il n'a aucunement partie liée avec la volonté des parties. Elle est certainement tributaire de l'état d'esprit du juge, de la situation des parties, mais non de leur volonté. Aussi bien, l'amiable composition, se fondant sur l'équité, peut être considérée comme dominée par l'objectivisme. Sa philosophie même consiste à prendre en considération des facteurs externes, tels les « aspects techniques, psychologiques et commerciaux du litige », afin d'assurer une « saine politique commerciale »[187].

Mais cette déconnexion de l'amiable composition à la volonté soulève une difficulté, celle de la conformité de la solution rendue par l'arbitre aux stipulations contractuelles.

§ 2 - La référence à l'économie du contrat, facteur de subjectivisme apparent dans l'amiable composition

68. - La référence classique à l'équité a vu ses effets limités par l'impératif de maintien de l'économie du contrat (A). L'examen des décisions montre qu'il s'agit, en apparence, de respecter la volonté des parties (B).

A. Le maintien de l'économie du contrat, limite aux effets de l'équité

L'arbitre, statuant comme amiable compositeur, jouit d'un pouvoir modérateur (1), dont la référence à l'économie du contrat est venue limiter l'étendue (2).

[185] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Préf. R. CABRILLAC, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 329, 2000, p.64.

[186] Le dictionnaire Petit Larousse définit ainsi ce qui est subjectif comme ce qui est individuel et susceptible de varier en fonction de la personnalité de chacun.

[187] Voir la sentence de la CCI précitée.

1) Le pouvoir modérateur de l'amiable compositeur

69. - La mission d'amiable compositeur permet à l'arbitre de s'extirper de l'application de la loi nationale. L'on peut alors se demander si le recours à l'équité l'autorise également à s'affranchir de la « loi des parties », c'est-à-dire du contenu obligatoire du contrat. En d'autres termes, l'arbitre, statuant comme amiable compositeur, peut-il écarter des stipulations du contrat s'il estime que leur application pure et simple conduirait à un résultat injuste ? La jurisprudence française, initialement, ne l'a pas admis[188] . Mais elle est revenue ensuite sur sa position, reconnaissant l'existence d'un pouvoir modérateur de l'arbitre[189].

L'exercice de ce pouvoir modérateur confère un certain nombre de prérogatives à l'arbitre. Si, à l'origine, il a été admis concernant le montant des clauses pénales, son domaine ne se limite plus à cela. Aussi bien, ce pouvoir peut s'exercer sur tout droit né du contrat, peu important à cet égard qu'il soit manifestement excessif ou dérisoire. Il suffit que l'équité en justifie l'usage[190].

70. - Une première limite a cependant été introduite par un arrêt de 1985. La cour d'appel de Paris y avait précisé que les arbitres ne pouvaient sortir des limites que leur imposait le caractère juridictionnel de leur mission[191]. Par là même, il leur était certes possible de modérer les droits échus, mais non de réviser le contrat pour l'avenir[192]. Puis un arrêt rendu par la même juridiction le 6 mai 1988 introduisit un nouveau tempérament au pouvoir modérateur de l'arbitre statuant comme amiable compositeur.

2) La référence à l'économie du contrat, limite au pouvoir modérateur de l'amiable compositeur

71. - L'affaire jugée par la cour d'appel de Paris le 6 mai 1988 mettait aux prises une entreprise française et une entreprise libanaise, ayant conclu un contrat de représentation commerciale pour la promotion et la conclusion de locations d'avions commerciaux. Des

---

[188] V. spéc. Cass. Civ. 1ère, 16 juin 1976, *Krebs*, *JDI* 1977.671, note Ph. FOUCHARD ; *D.* 1978.310, note J. ROBERT ; *Rev. Arb.* 1977.269, note E. MEZGER.

[189] CA Paris, 14 janvier 1977, *Rev. Arb.* 1977.281, note J. ROBERT ; CA Paris, 10 mars 1981, *Rev. arb.* 1982.214, note E. MEZGER ; CA Paris, 6 janvier 1984, *Rev. arb*., 1985.279 ; CA Paris, 12 mars 1985, *Rev. arb*., 1985.299.

[190] Sur l'existence de ce pouvoir modérateur, voir E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Litec, 1980, n° 488 et s., Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur, *Rev. Arb*. 1985.199 ; Arbitrage de droit et amiable composition, *J.-Cl. proc. Civ*., fasc. 1038, n° 103 et s. ; J.-D. BREDIN, L'amiable composition et le contrat, *Rev. arb*. 1984.261.

[191] CA Paris, 12 mars 1985, *précité*.

[192] Sur les critiques à cette limite, voir E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, op. cit., n° 512 et s.

arbitres avaient été saisis suite aux difficultés liées à la dénonciation de ce contrat. Ils avaient décidé de fixer le montant de l'indemnité de non-renouvellement du contrat à la somme minimale contractuellement prévue. La société débitrice de cette indemnité leur reprocha de n'avoir pas modéré davantage le montant de ladite indemnité et, en se conformant aux stipulations contractuelles, de n'avoir pas jugé en équité. Saisie du litige, la cour d'appel de Paris affirma que « si les arbitres appelés en vertu de la clause compromissoire à juger en équité devaient rechercher la solution la plus juste, ils conservaient cependant la faculté, dans la recherche d'une telle solution, d'appliquer la règle de droit, et avaient le pouvoir de modérer les droits créés par le contrat, d'écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles, sans cependant modifier l'économie de la convention »[193]. Le recours à l'équité, qu'autorise la mission d'amiable compositeur, connaît donc une limite : celle du respect de l'économie du contrat. La formule est séduisante, mais nébuleuse. En effet, comment les juges entendent-ils la notion d'économie du contrat ?

B. Le maintien de l'économie du contrat, référence apparente à la volonté des parties

Il a fallu plusieurs décisions pour préciser le concept de maintien de l'économie du contrat (1) et mettre en évidence son caractère apparemment subjectif (2).

1) Les hésitations jurisprudentielles

72. - A cet égard, l'arrêt de 1988 n'est guère éclairant. Si l'on en poursuit la lecture, il nous apprend que « les arbitres, tout en respectant l'économie de la convention quant à l'octroi d'une indemnité de non-renouvellement à I.B.R. et à ses limites, et en se référant à la règle de droit pour rejeter certaines prétentions d'Unijet, ont réduit le montant de cette indemnité à 3 600 000 F (…) ». Selon Eric LOQUIN, l'on peut en déduire, par un raisonnement *a contrario*, que les arbitres n'auraient pas respecté l'économie de la convention en refusant de donner tout effet à la clause pénale contenue dans le contrat, ou en dépassant la limite maximum d'indemnisation prévue par celle-ci[194].

La pensée de la cour d'appel de Paris a été précisée dans un arrêt de 1991. Dans cette affaire, elle énonce que « la mission d'amiable compositeur donne à l'arbitre le pouvoir, notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité, en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne

[193] CA Paris, 6 mai 1988, *Société Unijet SA c/ SARL international Business relations Ltd (I.B.R.), Rev. arb*. 1989.83, note E. LOQUIN.

[194] E. LOQUIN, note sous CA Paris, 6 mai 1988, *précitée*.

pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties »[195].

Cet arrêt rejoint celui de 1988 sous certains aspects. Il réaffirme en effet l'interdiction faite à l'amiable compositeur de se substituer aux parties dans la fixation des obligations. Aussi bien, le pouvoir modérateur n'autorise pas l'arbitre à imposer aux parties des obligations nouvelles, non voulues par elles. Au plan de la théorie, les deux décisions sont donc tout à fait similaires. Il faut remarquer cependant que, dans l'affaire de 1991, la cour d'appel de Paris a admis que l'arbitre accorde une indemnité à l'une des parties alors que le contrat rejetait le principe de toute indemnité de résiliation. Il peut dès lors sembler contradictoire d'interdire de créer une obligation nouvelle, mais d'admettre, parallèlement, une indemnisation que le contrat exclut. Plusieurs explications peuvent être proposées pour expliquer cette apparente contradiction. L'on peut soutenir en premier lieu que les parties, en stipulant une clause d'amiable composition, ont renoncé à l'application stricte des obligations contractuelles. Cette explication n'est pourtant guère satisfaisante, puisqu'elle autoriserait toutes les manipulations du contenu obligationnel du contrat, sans aucune limite. L'on peut dire également que la modération n'a guère de sens lorsqu'une clause prive une partie de toute indemnité. La seule « modération » possible est alors la réintroduction du principe de l'indemnisation. Enfin, et c'est certainement là l'explication la plus convaincante, l'on peut remarquer que, dans l'acte de mission, « la question du maintien en vigueur de cette stipulation en cas de rupture jugée fautive était discutée, et devait donner lieu à interprétation »[196].

73. - Il demeure que la notion de maintien de l'économie du contrat est malaisée à cerner, *a fortiori* à définir. Par principe, le respect de l'économie du contrat paraît interdire l'exclusion d'une stipulation contractuelle, ou son extension au-delà des limites prévues par les parties. Outre que cette conception du respect de l'économie du contrat est critiquée en doctrine[197], elle est délicate à mettre en œuvre comme l'illustre l'arrêt de 1991.

Une décision postérieure permet, à notre sens, d'approcher davantage le sens de la notion. Dans cette affaire, deux sociétés françaises, contrôlées par des sociétés mères étrangères, entrent en désaccord relativement aux conditions d'exécution et de résiliation d'un contrat de

---

[195] CA Paris, 19 avril 1991, *Société Parfums Stern France c/ CFFD et autre*, *Rev. arb*. 1991.673, obs. E LOQUIN.

[196] E. LOQUIN, obs. sous CA Paris, 19 avril 1991, *précitée*.

[197] Selon Eric LOQUIN, « le propre du pouvoir modérateur reconnu aux amiables compositeurs est de pouvoir faire varier, au nom de l'équité, « l'intensité » d'un droit dans toute son étendue possible, en l'anéantissant, ou au contraire en dépassant les limites de son domaine d'application initial », obs. sous CA Paris, 6 mai 1988, *précitée*.

location-gérance conclu en France pour l'exploitation et la gestion d'un fonds de commerce d'hôtel situé à Paris. Ce contrat prévoyait que l'hôtel devait conserver son classement en catégorie quatre étoiles luxe. Or, les arbitres, statuant comme amiables compositeurs, avaient écarté cette disposition, pour juger, en équité, que l'obligation de maintenance avait été correctement exécutée par le débiteur, dès lors que celui-ci avait maintenu la qualité de l'hôtel contractuellement voulue par les parties. Le créancier de cette obligation avait alors formé un recours en annulation contre la sentence, soutenant que les arbitres ne s'étaient pas conformés à leur mission d'amiables compositeurs « en modifiant et en rompant l'équilibre et l'économie du contrat ». La cour d'appel de Paris refusa de faire droit à cette demande : « en composant ainsi avec les droits auxquels les parties pouvaient prétendre en exécution des conventions pour tenir compte de l'équité et de l'opportunité, les arbitres n'ont fait qu'user des pouvoirs d'amiables compositeurs qui leur avaient été conférés »[198].

Ces décisions nous permettent de mieux cerner ce qu'il convient d'entendre par « maintien de l'économie du contrat ».

2) Un concept apparemment subjectif

Le maintien de l'économie du contrat exprime un respect minimum de la volonté des parties (a). Mais il semble également largement dicté par la considération de la finalité économique de la convention (b).

a. La prise en considération apparente de la volonté des parties

74. - Des trois arrêts que nous venons de citer, l'on peut déduire que l'économie du contrat, telle qu'elle y est entendue, est une notion nécessairement subjective. Il s'agit de limiter les effets de l'équité, notion objective, par le respect, non de la lettre du contrat, mais de son esprit, c'est-à-dire de ce que les parties ont voulu. La référence à la volonté des parties se retrouve dans l'arrêt du 19 avril 1991, interdisant à l'arbitre de « substituer aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à la commune intention des parties ». Elle est également évoquée dans un arrêt du 6 mai 1993[199], sous la même formule. Enfin, la référence à la volonté des parties apparaît dans l'arrêt de 1996 « cette volonté commune avait été de se référer exclusivement à un critère de qualité ». L'économie du contrat est donc un concept subjectif, par son rapport très fort à la volonté des parties.

[198] CA Paris, 28 novembre 1996, *Société CN France c/ socité Minhal France*, *Rev. Arb*. 1997.380, note E. LOQUIN.

[199] CA Paris, 6 mai 1993, Rouny c/ soc. Holding RC, inédit.

Il est alors porté atteinte à l'économie du contrat quand l'arbitre crée une obligation totalement nouvelle dans son objet, ou lorsqu'il supprime une obligation fixée par le contrat. « Modérer les effets du contrat serait seulement atténuer ou élargir les obligations existantes »[200].

75. - Ainsi entendue, la définition du respect de l'économie du contrat paraît claire. Sa mise en œuvre suscite pourtant bien des difficultés. Il est malaisé de faire le départ entre modification et respect de l'économie du contrat. C'est ainsi que, nous l'avons vu, la cour d'appel de Paris a admis que l'arbitre accordât une indemnité que le contrat excluait. L'arrêt de 1996 soulève, lui aussi, une difficulté. Il a refusé d'annuler une sentence arbitrale qui écartait pourtant l'application d'une clause du contrat. Comment justifier une telle position au regard de la définition du respect de l'économie du contrat que nous avons pu dégager ? La solution de 1996 est, en réalité, parfaitement cohérente, et nous permet même d'affiner notre conception de l'économie du contrat. Dans cette affaire, la clause prévoyant l'obligation de conserver le classement de l'hôtel en catégorie 4 étoiles était couplée avec une disposition imposant une obligation de maintenance. Les arbitres, analysant le contrat dans son ensemble, ont considéré que l'esprit du contrat visait simplement à assurer le maintien de l'hôtel à son niveau de qualité initial. La clause imposant le classement en catégorie quatre étoiles n'apparaissait donc que comme une modalité, une garantie du respect de l'obligation de maintenance. La lecture de l'arrêt de la cour d'appel de Paris est très éclairante quant à la démarche des arbitres : « les arbitres ont analysé le contrat liant les parties et le contenu des obligations pesant sur la société Minhal France pour rechercher compte tenu de l'esprit de cette convention particulière (…) le manquement allégué (…) ». « Il leur appartenait de définir les obligations de la société Minhal par rapport à « d'autres éléments » déterminés par interprétation de la volonté commune des parties, puis ayant abouti à la conclusion que cette volonté commune avait été de se référer exclusivement à un critère de qualité, en relevant sur la base des rapports produits par les parties et de celui de la société CDM que cette qualité avait été satisfaite, que la société CN n'avait pas agi de bonne foi et qu'elle avait exigé de la société Minhal qu'elle s'engage au-delà de ses obligations contractuelles de maintenance ». Cet arrêt est particulièrement intéressant, et soulève une interrogation sur la mesure de la subjectivisation consacrée par le maintien de l'économie du contrat.

[200] E. LOQUIN, obs. sous CA Paris, 28 novembre 1996, *précitée*, p. 392.

b. Une analyse finaliste du contrat

76. - Dans notre affaire, alors que les arbitres ont refusé de donner application à l'une des clauses du contrat litigieux, la cour d'appel n'a pas considéré qu'il y avait eu une méconnaissance de l'économie du contrat. C'est en effet par une analyse finaliste du contrat que les arbitres ont conclu à l'éviction d'une de ses stipulations. Sur la lettre du contrat, ils affirment la précellence de son esprit. Or, comment convient-il de « découvrir » l'esprit du contrat : en mettant au jour le but contractuellement envisagé. La détermination de ce but permet de faire le départ entre les clauses essentielles à la réalisation de ce but, et les clauses accessoires. Dans cette affaire, il est apparu que la clause imposant le maintien du classement de l'hôtel en catégorie quatre étoiles n'avait, en réalité, pas de valeur intrinsèque. Elle ne constituait en fait qu'un point de référence objectif pour s'assurer que soit maintenu le niveau de luxe de l'hôtel. Aussi bien, le déclassement de l'hôtel n'a-t-il pas été considéré comme un manquement de la société Minhal dans la mesure où le standing de l'établissement était resté le même, ce qui constituait le but de la convention. L'on peut néanmoins s'interroger : ce but est-il celui que les parties avaient réellement en vue, ou ce but est-il celui que permet de dégager une analyse économique de l'opération contractuelle ? Partant, l'on peut s'interroger sur la mesure exacte de la subjectivisation introduite par la référence à l'économie du contrat. En permettant de passer outre une stipulation contractuelle, au nom de la volonté, telle qu'elle est déduite d'une analyse économique du contrat, l'économie du contrat apparaît comme une référence subjective en apparence, mais fortement influencée par le contexte économique dans lequel intervient le contrat.

Conclusion de la section 2

77. - Le pouvoir d'amiable compositeur ouvre des prérogatives très importantes à l'arbitre. Il lui permet d'échapper à l'application des lois étatiques, en fondant sa solution sur l'équité. Or, le concept, flou et variable, ne doit traditionnellement rien à la volonté des parties. L'arbitre peut-il, dès lors, s'affranchir du respect des stipulations contractuelles ? S'il est vrai qu'il dispose, à cet égard, d'un pouvoir modérateur, celui-ci est limité par la nécessité de maintenir l'économie du contrat. Cette référence introduit donc une dose de subjectivisme : elle permet en effet de garantir que la volonté des parties soit globalement respectée. Cependant, il faut nuancer cette allégation. L'analyse des arrêts montre qu'en cette matière, le respect de la volonté des parties se confond avec la réalisation du but économique de la convention. Le subjectivisme introduit par la référence à l'économie du contrat est donc un subjectivisme

« objectivé ». La détermination des obligations des parties paraît donc subir une influence « mixte ».

Conclusion du chapitre 1

78. - La référence à l'économie du contrat semble ouvrir une voie médiane entre objectivisme et subjectivisme. La notion entretient un rapport artificiel à la volonté des parties : présentée comme en étant le révélateur, elle traduit, en réalité, une volonté normalisée par l'intervention du juge. Cette normalisation de la loi des parties permet à la figure contractuelle d'atteindre le but qui en est normalement attendu.

La référence à l'économie du contrat apparaît donc comme un outil de découverte de la loi contractuelle, telle que les parties auraient dû la manifester et telle qu'elles doivent l'appliquer.

79. - La référence à l'économie du contrat, telle qu'elle est utilisée en jurisprudence, n'est pas limitée à la découverte de la loi intrinsèque au contrat. Le juge en a également exploité les ressources pour mettre au jour le régime du contrat. Là encore, la découverte de la loi extrinsèque au contrat va nettement dans le sens d'une normalisation.

Chapitre 2

La normalisation de la loi applicable au contrat

80. - La référence à l'économie du contrat a si bien pénétré le stade de la formation du contrat qu'elle est utilisée aussi bien pour déterminer quelle loi est applicable au contrat international (section 1) que pour définir le régime d'un contrat soumis au droit français, par le biais de sa qualification (section 2).

SECTION 1 : LA NORMALISATION DE LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT INTERNATIONAL

81. - Le parallèle avec le contentieux de l'interprétation du contrat est particulièrement intéressant. En effet, nous verrons que la détermination de la loi applicable au contrat international a donné lieu à des controverses tout à fait comparables entre objectivisme et subjectivisme (§ 1). Puis nous verrons comment, *in fine*, s'est imposée, par la référence à l'économie du contrat, une voie médiane (§ 2), qui rappelle là encore la démarche jurisprudentielle en matière d'interprétation du contrat.

§ 1 – Les hésitations entre objectivisme et subjectivisme

Cette querelle, quoi qu'aient pu en dire certains auteurs[201], n'a rien de vain. En effet, le choix de l'une ou l'autre de ces conceptions emporte des conséquences pratiques profondément différentes.

A. La conception subjective

Selon cette conception, les contractants ont libre choix de la loi appelée à régir leurs relations contractuelles. En l'absence de choix, exprès ou implicite, il appartient au juge de rechercher quelle aurait été la volonté hypothétique des parties. Après avoir étudié les fondements de cette doctrine, nous nous intéresserons à ses implications pratiques.

1) Les fondements du subjectivisme

L'étude des fondements du subjectivisme révèle leur dualité. Tandis que l'un est philosophique (a), l'autre est pragmatique (b).

a. Le fondement philosophique

82. La conception subjective s'est développée au 19ème siècle sous l'influence de la philosophie kantienne et à l'âge d'or du libéralisme[202]. Il ne s'agissait en réalité que de la transposition à l'ordre international de la théorie, alors en vogue, de l'autonomie de la volonté. En effet, selon cette doctrine, la rencontre des volontés suffit à créer des obligations. Or, si la volonté a ce pouvoir, c'est uniquement en elle-même, et non parce que la loi le lui a conféré. Ainsi, la volonté peut créer des obligations en s'affranchissant de toute loi. Cependant, les parties peuvent choisir de soumettre leur accord de volonté à une loi nationale. Dans cette occurrence, leur choix est, par hypothèse, totalement libre.

La justification du subjectivisme n'est pas seulement philosophique, elle tient également à des considérations beaucoup plus pragmatiques.

[201] Voir G. VAN HECKE, pour qui « cela paraît bien une question de mots que de décider si la localisation s'effectue sur base de la volonté présumée ou sur base de données objectives », Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, *Rev. dr. int. et dr. comp*., 1955, p. 84.

[202] Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 8ème éd., Dalloz, 2004, n° 176-1, p. 219.

b. Le fondement pratique

83. - La règle s'explique par la liberté nécessaire aux transactions, surtout internationales, qui conduit les parties à façonner leurs contrats de manière très variée, pouvant intéresser à la fois plusieurs pays différents et à des degrés différents. En outre, l'expérience a montré le caractère trop souvent fortuit ou accidentel du lieu de conclusion[203].

Ainsi, l'argument est celui de la commodité[204]. Cette solution présente en effet trois avantages importants. En premier lieu, elle assure aux parties qui ont exercé leur faculté de choix une parfaite prévisibilité. En permettant ensuite aux contractants d'écarter les lois les moins favorables à l'opération envisagée, elle favorise la conclusion des contrats. Enfin, elle assure aux parties la possibilité d'adapter à leur projet la législation la plus adéquate. Le subjectivisme, en tant qu'il garantit la liberté des partenaires contractuels, se distingue donc par une certaine souplesse, tout à fait propice au développement du commerce international[205].

Le subjectivisme apparaît alors fortement empreint de liberté dans ses justifications. C'est fort logiquement que réapparaît cette liberté dans les conséquences de l'adhésion à cette doctrine.

2) Les conséquences du subjectivisme

Dans son acception pure, le subjectivisme entraîne des conséquences importantes, tant dans les rapports de la volonté à la loi que dans la plénitude de l'exercice de cette liberté.

a. Les rapports de la volonté à la loi

84. - L'adhésion au subjectivisme emporte mécaniquement l'admission du contrat sans loi. En effet, dans la mesure où la volonté « s'auto-suffit », la soumission du contrat conclu à une loi devient superflue. Les parties peuvent, certes, choisir une loi contractuelle de tutelle, mais ils peuvent également faire la loi contractuelle, qui tire son efficacité de l'échange des consentements.

Si l'on s'intéresse maintenant à l'hypothèse où la loi d'un état a été choisie, il est permis de s'interroger sur la hiérarchie existant entre la loi nationale et la loi des parties. Ainsi, le contrat est-il soumis à la loi nationale choisie, ou celle-ci a-t-elle été incorporée au contrat ? Selon la conception classique de l'autonomie de la volonté, le contrat ne s'insère pas dans le

---

[203] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8ème éd., L.G.D.J., 1993, n° 286.

[204] D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé*, MASSON, 1987, n° 1377.

[205] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7ème éd., Domat, Montchrestien, 2001, n° 695.

cadre de la loi qui le régit. C'est au contraire la loi désignée qui prend un caractère conventionnel. On dit alors qu'elle est incorporée au contrat[206].

Ainsi, pour les partisans de la conception subjective, la volonté peut s'affranchir de la loi. Elle peut donc s'exercer tout à fait librement.

b. La plénitude de la liberté de choix

85. - Cette plénitude se manifeste à deux égards. En premier lieu, elle autorise les parties à opter pour n'importe quelle loi nationale. Il faut entendre ici que même une loi sans aucun rapport, ni avec l'opération contractuelle projetée, ni avec les parties elles-mêmes, peut être choisie.

En outre, la liberté étant totale, elle autorise également un panachage de lois. Ainsi, pour les tenants du subjectivisme, les contractants peuvent choisir de « dépecer »[207] leur convention et de soumettre les différentes parties de celle-ci à des droits nationaux différents.

Ces conséquences extrêmes ont amené certains auteurs à se tourner vers une position tout à fait différente, qui ne se caractérise pas tant par son objectivisme que par son rejet du subjectivisme.

B. La conception objective

La dénonciation des excès de l'autonomie de la volonté a permis de dégager une autre position, d'inspiration beaucoup plus objective, qui s'est déclinée en plusieurs degrés.

1) La critique de la thèse subjective

La thèse subjective a fait l'objet de critiques sévères, tant dans ses fondements que dans ses conséquences.

a. La critique des fondements de la thèse subjective

86. - Cette critique rejoint en fait celle qui a pu être adressée à l'autonomie de la volonté. Ressurgit alors la question de l'origine de l'obligation. Un consensus existe : c'est bien la rencontre de volontés qui engendre l'obligation. Sous l'accord de façade, les divergences subsistent : la question n'est en fait que « décalée » : où est l'origine de ce pouvoir créateur d'obligations assigné à la rencontre de volontés ?

---

[206] J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préf. de J.-M. BISCHOFF, Economica, 1983, n° 20, p. 20.

[207] V. P. LAGARDE, Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats, *Rivista di diritto internazionalz privato e processuale* 1975, p. 649 et s.

Pour les tenants de l'autonomie de la volonté, et pour les subjectivistes, la volonté a un pouvoir créateur d'obligations *per se*. Elle ne tient cette prérogative que d'elle-même.

Or, le droit civil interne oppose un démenti à cette affirmation. La lecture de l'article 1134 du Code civil est, à cet égard, édifiante. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Aussi bien, la force obligatoire du contrat est-elle subordonnée à sa légalité. C'est l'illustration que le pouvoir créateur d'obligations de la volonté ne s'exerce que sous la tutelle de la loi. En conclusion, la rencontre des volontés ne peut donner naissance au contrat que parce que la loi lui a donné ce pouvoir.

Transposée au droit international, cette proposition amène à nuancer le principe de loi d'autonomie, à un double niveau. Si la volonté des parties a le pouvoir de choisir la loi applicable au contrat, c'est parce que la règle de conflit de loi le prévoit. En second lieu, si la volonté des parties donne naissance à ce contrat, c'est parce que la *lex contractus* choisie le prévoit[208].

Alors que le fondement même de la thèse subjective peut être remis en cause, ses conséquences ont davantage encore prêté le flanc à la critique.

b. La critique des conséquences de la thèse subjective

87. - La nécessité d'une tutelle de la loi sur la volonté, telle que nous venons de l'évoquer, condamne nécessairement l'idée de contrat sans loi. De même, dans la prolongation des développements qui précèdent, la *lex contractus* ne saurait, comme le soutiennent les partisans du subjectivisme, être incorporée au contrat. Tout au contraire, c'est bien d'elle que l'accord de volontés tire sa force.

La mesure de la liberté accordée aux parties est également un sujet de critiques. En effet, on a argué qu'une liberté totale permettrait aux contractants de se soustraire aux règles impératives posées par les pays avec lesquels le contrat a des liens évidents. Or, l'essence des dispositions impératives est de ne pas permettre de dérogation. S'agissant du « dépeçage du contrat », il n'est pas certain que cette faculté garantisse un meilleur accomplissement de la volonté des parties. En effet, chaque droit national revêt un caractère systématique, et les règles sont souvent posées en contemplation les unes des autres[209] . Or, permettre le « métissage », c'est risquer de détruire la corrélation qui fondait l'équilibre interne du contrat[210].

---

[208] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7ème éd., Domat, Montchrestien, 2001, n°698.

[209] V. CORNU, Regards sur le titre III du livre III du Code civil, *Cours de droit* 1977, p. 77.

[210] Y. LEQUETTE, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 1985, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, p. 194.

Enfin, si la conception subjective permet une prévisibilité des solutions, ce n'est que dans l'hypothèse où la loi applicable au contrat a été expressément désignée. Dans le cas contraire, il appartient au juge de rechercher quelle a été la volonté hypothétique des parties. Les partisans de l'objectivisme ont beau jeu de souligner à quel point est vaine et artificielle une telle recherche[211].

L'ensemble de ces critiques a donc amené certains auteurs à formuler d'autres solutions de résolution des conflits de loi.

2) Enoncé des thèses objectives

88. - Le souci d'objectivisme ne s'est pas exprimé dans la même mesure chez tous les auteurs, de sorte qu'on peut distinguer deux degrés dans les conceptions objectives. La plus marginale de ces doctrines est celle qui limite la liberté de choix des parties aux règles interprétatives ou supplétives[212]. La seconde conception de l'objectivisme est représentée par le doyen Batiffol[213]. Il ne s'agit pas ici de se référer à la volonté des parties, mais de procéder à une localisation objective du contrat, y compris dans l'hypothèse où les parties ont manifesté expressément leur volonté. En effet, la volonté des parties n'est pas retenue pour elle-même, mais à travers la physionomie qu'elle a conférée au contrat. Ainsi, le choix exprès d'une loi sera regardé comme une simple localisation de celui-ci[214]. C'est dans ce dernier aspect que la thèse de Batiffol ne convainc pas toujours En effet, il paraît artificiel de dire que l'expression de la volonté des parties n'est qu'un élément de localisation du contrat[215].

89. - Ainsi, une fois encore, ni le subjectivisme ni l'objectivisme, dans leur forme pure, n'emporte une totale adhésion. C'est donc dans une voie médiane que la loi d'autonomie a trouvé son expression contemporaine.

---

[211] Les critiques rejoignent ici exactement celles qui ont pu être adressées aux partisans du subjectivisme dans l'interprétation des contrats, voir *infra* n°156.

[212]La non représentativité de cette doctrine nous amène à en éluder l'étude. Néanmoins, pour plus de développements, voir DREYFUS, *De l'acte juridique en droit international privé*, Paris, 1904 ; A. AUDINET, *Conflit des lois impératives et prohibitives en droit international privé*, 1922 ; K. H. NEUMAYER, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1957.579 et 1958.53.

[213] V. H. BATIFFOL, *Les conflits de loi en matière de contrats*, Paris, 1938 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, n° 509.

[214] H. BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges Maury*, t. I, p. 39, reproduit in *Choix d'articles*, p. 249.

[215] Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *préc.*, n° 176-1.

§ 2 – L'objectivation par la référence à l'économie du contrat

L'avènement de la loi d'autonomie a été progressif. La portée des arrêts qui l'ont consacrée n'est pas toujours aisée à mesurer. Ainsi, la jurisprudence ne semble pas avoir tranché nettement entre objectivisme et subjectivisme. Elle a choisi une voie médiane, en utilisant la référence à l'économie du contrat.

A. La pénétration du contentieux par la référence à l'économie du contrat

La référence à l'économie du contrat a partie liée avec la reconnaissance de la loi d'autonomie. A cet égard, il est important d'en rappeler l'historique (1), avant que d'aborder l'apparition jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat (2).

1) L'avènement de la loi d'autonomie

90. - Longtemps, les contrats proprement dits se sont vu appliquer les principes de droit romain, en marge de la notion même de conflit de lois[216]. Ainsi, au Moyen Age, les contrats étaient-ils rattachés à la loi du lieu de leur conclusion (*lex loci actum*), tant pour le fond que pour la forme[217]. Esquissée par les derniers des post-glossateurs[218], la loi d'autonomie fut dégagée par Charles Dumoulin, au 16ème siècle, dans sa célèbre consultation aux époux *de Ganey*. Cependant, la volonté des époux y a, en réalité, un rôle relativement modeste : elle vise seulement, pour le rattachement du régime matrimonial légal, à justifier l'éviction de la loi territoriale dominante à l'époque de la réalité des coutumes, en se fondant sur un contrat de mariage tacite[219]. Ce n'est ainsi pas dans la matière des contrats que le choix du droit applicable a trouvé ses premières applications.

A cet égard, le Code civil en prescrit des applications mais, une fois encore, en dehors du domaine contractuel[220], de sorte qu'au début du 19ème siècle, la règle *locus regit actum* est encore largement appliquée en jurisprudence[221]. Peu à peu, les arrêts deviennent plus difficiles

---

[216] P. FRANCESCAKIS, *Droit naturel et droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, 1960, p. 138.
[217] P. MAYER, *préc*., n° 690.
[218] Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *préc*., n° 176.
[219] M. CALEB, *Le principe d'autonomie de la volonté*, Strasbourg, 1927, p. 135.
[220] La loi d'autonomie y est consacrée s'agissant des actes d'état civil (art. 47), du mariage (art. 17), et du testament (art. 999). Il est à noter qu'aucune disposition législative d'ensemble n'a été consacrée en France aux conflits de loi en matière de contrats. Le droit commun a donc été façonné par la jurisprudence.
[221] V. Civ. 10 08.1819, *S*. chr., « la règle *locus regit actum* constitue une législation invariablement observée en France et qui, dans aucun temps, n'a été méconnue ».

à interpréter[222]. S'ils rattachent le plus souvent les contrats au lieu de leur conclusion, le doyen Batiffol considère qu'ils sont ambigus et nuance leur portée[223]. Il faut attendre le début du 20ème siècle pour voir la pleine consécration de la loi d'autonomie.

91. - La première décision française à énoncer clairement le principe de la loi d'autonomie en matière contractuelle intervient en 1910. Selon cet arrêt *American Trading*[224], « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et leurs conditions est celle que les parties ont adoptée ; (…) que non seulement cette volonté peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes mêmes du contrat ». Par cet arrêt, la jurisprudence française a semblé consacrer la doctrine subjectiviste. La formulation de la décision (et plus précisément l'emploi du verbe « adopter ») a même amené certains auteurs à conclure que la Cour de cassation prenait parti pour la thèse de l'incorporation de la loi au contrat[225]. D'autres y ont vu une admission implicite de la faculté de dépeçage du contrat[226].

A contrario, une partie de la doctrine a fait de cet arrêt une analyse beaucoup plus nuancée. L'arrêt *American Trading* ne serait pas univoque. En effet, la décision énonce qu'à défaut de choix, le juge doit appliquer, si les parties sont de nationalités différentes, la loi du lieu de conclusion... Dès lors, on peut noter, avec le doyen Batiffol, que « les deux tendances opposées s'y sont successivement fait jour sans que ses rédacteurs paraissent avoir eu conscience de leur opposition fondamentale »[227]. Aussi bien, cette décision ne ressortit exclusivement ni à l'objectivisme ni au subjectivisme. Les décisions postérieures viennent d'ailleurs confirmer la dualité de la voie choisie en jurisprudence[228].

---

[222] L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé, essai de méthode*, Bruylant, Bruxelles, 2001, n° 284.

[223] H. BATIFFOL, *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, in *Choix d'articles rassemblées par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 265 : « ces arrêts sont ambigus car on ne sait s'ils affirment une règle impérative, n'admettant pas l'expression d'une volonté contraire, ou s'ils ne statueraient pas plutôt pour le *plerumque fit* ».

[224] Cass. Civ., 05.12.1910, , *S*. 1911.1.129, note Lyon-Caen, *Rev. dr. int. pr*., 1911.395, *Clunet*, 1912.1156.

[225] H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ., 06.07.1959, *Rev. cr. dr. int. pr*., 1959, p. 712.

[226] D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, *préc*., n° 1387.

[227] H. BATIFFOL, Sur la signification de la loi désignée par les contractants, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 275.

[228] Il est intéressant de remarquer que cette dualité se retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, l'apparente contradiction entre les arrêts Dame Johnston du 28 janvier 1983 (*Rev. Crit*., 1985, 316, note P. RODIERE), qui prescrit une méthode subjective de résolution du conflit de loi , et les arrêts Epoux Fourny (*Rec*., p. 289), du 08 mai 1968 ou Dame Félicien du 07 janvier 1987 (*D*. 1987. Somm. Comm., p. 350, obs. B. AUDIT), se référant au lieu d'exécution du contrat, peut être dépassée. Le système retenu en droit public est en effet comparable à celui de la jurisprudence privatiste.

2) L'apparition jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat

92. - Les incertitudes relatives à la portée de l'arrêt *American Trading* ont été progressivement dissipées. A cet égard, l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 1959[229] a largement contribué à clarifier les choses. Selon cette décision, « la loi applicable aux contrats en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, *d'après l'économie de la convention* et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ». Les apports de cet arrêt ont été multiples : abandon de la présomption en faveur de la loi de conclusion du contrat[230], abandon de la spécification de la nationalité différente[231], et, enfin, abandon de la référence à la volonté implicite. On se souvient en effet que l'arrêt *American Trading* faisait prévaloir sur tout élément objectif la volonté des parties, qu'elle soit expresse ou implicite. Les décisions postérieures allaient dans le même sens, en visant « l'intention » qui « se dégage (…) soit de la convention soit des circonstances de la cause »[232].

L'arrêt *Fourrures Renel* n'autorise plus la recherche d'une volonté tacite. Il invite à distinguer deux situations. Soit les parties ont expressément choisi la loi applicable à leur contrat, et c'est celle-ci qui doit s'appliquer[233]. Soit les parties n'ont pas formulé de choix exprès, et les juges désigneront la loi applicable en ayant égard à « l'économie de la convention et aux circonstances de la cause ». Comment interpréter cette nouvelle ligne de conduite dans le cadre de l'opposition entre objectivisme et subjectivisme ?

B. L'objectivation du contentieux par référence à l'économie du contrat

L'étude des critères permettant de caractériser l'économie du contrat (1) met clairement en évidence l'influence objective de la notion (2).

[229] Cass. Civ., 06.07.1959, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1959.708, note H. BATIFFOL.

[230] En réalité, la formulation de l'arrêt *American Trading* était trompeuse. Ainsi, les tribunaux français paraissaient-ils préférer la loi du lieu d'exécution à celle du lieu de conclusion quand le premier était déterminé sans équivoque dans le contrat, v. H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ., 06.07.1959, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1959, p. 710.

[231] Là encore, cette précision était malheureuse : elle laissait croire faussement que la communauté de nationalité emportait présomption décisive de référence implicite à la loi commune. La jurisprudence française n'allait, en réalité, pas du tout dans ce sens, v. H. BATIFFOL, *note préc*. p. 710.

[232] Cass. Civ., 31.05.1932, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1934.909 et Req., 02.11.1937, *S.*, 1938.1.30.

[233] Sous réserve, cependant, de l'intervention de l'ordre public et du contrôle, par le juge, du caractère international de l'opération (Paris, 30.11.1972, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1974.723).

1) Les critères caractérisant l'économie du contrat

93. - Commentant l'arrêt *Fourrures Renel*, Henri Batiffol n'avait pas manqué de souligner la référence à l'économie du contrat, devant dicter le choix de la loi applicable à ce contrat, à défaut de volonté expresse. Selon lui, cette expression est plus large que celle de « termes du contrat », dont se servaient les décisions précédentes. « Elle permet de tenir compte de l'ensemble des caractères de l'opération, et on peut y voir la possibilité de se référer au milieu économique dans lequel le contrat s'est formé »[234]. Il est alors intéressant d'étudier la jurisprudence postérieure pour découvrir quels ont été, en pratique, les indices de rattachement du contrat, et, partant, comment les juges ont entendu cette référence à l'économie du contrat.

L'on peut relever deux catégories d'indices guidant les tribunaux dans cette recherche. En premier lieu, ils peuvent se référer à des indices particuliers, tels la nature juridique ou l'objet d'un contrat litigieux. C'est ainsi que la situation d'un immeuble ou d'un fonds de commerce[235], le lien que possède un contrat avec d'autres[236] constituent des présomptions souvent décisives. A titre subsidiaire peuvent être pris en compte la nationalité commune des parties ou leur domicile[237] lorsqu'ils sont en concordance avec d'autres éléments[238] . Cependant, dans la plupart des cas, ce sont des indices plus généraux qui détermineront le choix de la loi applicable au contrat. Le plus décisif est le lieu d'exécution[239]. Si la détermination de ce lieu pose un problème, c'est le lieu de conclusion du contrat qui sera considéré comme dictant la loi applicable.

94. - Il apparaît donc clairement, au vu des indices retenus en jurisprudence, qu'à défaut de choix exprès des parties, le contrat est localisé de façon tout à fait objective. Or, selon l'arrêt *Fourrures Renel*, c'est l'économie du contrat qui dicte ce rattachement. L'application de la méthode du syllogisme nous amène donc à conclure que l'économie du contrat est une référence objective, détachée de la volonté des parties.

---

[234] H. BATIFFOL, note sous cass. Civ. 6 juillet 1959, *préc*., p. 712.
[235] Cass. Civ. 28 mars 1960, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1960. 202, note H. BATIFFOL.
[236] Cass. Civ., 15 février 1972, *Rev. cr. dr. int. pr*., 1973.77, note H. BATIFFOL (pour le cautionnement) ; Cass. Civ., 2 juillet 1946, *Rev. cr. dr. int.pr*., 1958.128, note FRANCESCAKIS (pour le mandat).
[237] Civ. 1ère, 21 novembre 1973, *Bull. civ*., I, n° 319.
[238] Voir Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 8ème éd., Dalloz, 2004, n°377, p. 494.
[239] En effet, c'est l'exécution qu'ont en vue les parties au contrat. Il s'agit pour elles de la finalité de leur accord. En outre, ce lieu correspond à celui dont l'économie est affectée.

2) Les effets de la référence à l'économie du contrat sur le contentieux

95. - Cette nouvelle orientation jurisprudentielle permet de retrancher de chacune des deux conceptions citées ce qu'elle a de plus artificiel[240]. Pour autant, la solution prescrite ne se distingue guère des précédentes.

En donnant effet à la loi choisie par les parties, elle ne réduit pas leur volonté à un simple élément de localisation du contrat. En outre, cette solution a l'avantage de la prévisibilité : en cas de choix exprès des contractants, il est exclu d'appliquer une loi autre qui correspondrait davantage au centre de gravité du contrat[241]. Inversement, en s'affranchissant de la volonté implicite des parties, l'arrêt *Fourrures Renel* se distingue par son réalisme. En effet, nombre d'auteurs ont insisté sur le caractère à tout le moins divinatoire si ce n'est totalement artificiel de la recherche d'une volonté hypothétique. Le plus souvent, le juge, ignorant totalement quel aurait été le choix des parties, se référait tout naturellement à la volonté qui aurait été celle d'un homme raisonnable. Il ne s'agissait plus, dès lors, d'établir un fait, mais de rechercher un « devoir être »[242]. La référence à l'économie du contrat permet donc d'épargner au juge de telles extrapolations.

96. - Pour autant, la démarche prétorienne prescrite par l'arrêt *Fourrures Renel* n'est pas si différente de celle qui lui préexistait. En effet, sous l'empire de la jurisprudence antérieure, en cas d'absence de choix exprès, le juge était amené à s'interroger sur la volonté d'un homme raisonnable. Cette quête de rationalité commandait une analyse approfondie du contrat, ainsi que du contexte de l'opération contractuelle. De cette analyse, le juge présumait la volonté des parties. L'on peut penser que la référence à l'économie de la convention ne se distingue guère d'un tel mode de raisonnement. En effet, les indices d'une volonté implicite sont presque tous des indices également révélateurs d'une localisation objective du contrat[243]. La volonté des parties ne constituait auparavant que le vêtement d'une solution à laquelle le juge aboutissait par une analyse objective des circonstances de la cause[244]. Ainsi, la recherche de la volonté des parties à laquelle les tribunaux affirmaient procéder en l'absence de clause

---

[240] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3ème éd., Dalloz, 1998, p. 265.

[241] Cette solution permet donc de respecter le choix des parties qui souhaitent retenir une loi en raison de sa neutralité par rapport à leurs systèmes juridiques, politiques et économiques respectifs.

[242] H. BATIFFOL, *note préc*., p. 710.

[243] J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préf. de J.-M. BISCHOFF, Economica, 1983, n° 260.

[244] H. LEWALD, *Les obligations en droit international privé allemand*, Répertoire Lapradelle-Niboyet, t. 10, 1931, p. 74.

d'*electio juris* était le plus souvent fondée sur la seule considération des liens objectifs qui unissaient le contrat aux ordres juridiques en conflit[245].

97. - Dès lors, la différence semble fort ténue entre le principe d'autonomie et la théorie de la localisation[246]. Le revirement opéré par l'arrêt *Fourrures Renel* n'est qu'apparent : les insuffisances du subjectivisme l'amènent à se fondre peu à peu dans l'objectivisme. Dans les deux occurrences, il y a simplement rationalisation de la volonté des parties. De sorte que l'on peut s'interroger sur l'intérêt même de la dichotomie objectivisme / subjectivisme. A cet égard, les solutions étrangères sont souvent plus pragmatiques. Ainsi, en Grande-Bretagne, la *proper law of contract* est la loi choisie par les parties. Et la controverse entre objectivisme et subjectivisme y est ressentie comme « *a logomachy* »[247].
L'intérêt de la référence à l'économie du contrat est donc purement rhétorique. Elle a néanmoins le mérite de ne pas manipuler la volonté des parties.

Conclusion de la section 1

98. - Tandis que l'immixtion de l'économie du contrat dans le domaine de l'interprétation est demeurée relativement confidentielle, la pénétration du concept dans le droit international privé a été beaucoup plus remarquée. La notion d'économie du contrat est en effet apparue dans une décision capitale, l'arrêt *Fourrures Renel*[248], qui a permis de trancher enfin le débat

---

[245] V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes*, préf. de P. LAGARDE, GLN éditions, 1990.
[246] Au point que la Cour de cassation de Belgique n'a pas hésité à nier la réalité de cette distinction. V. Cass. Belgique, 27.11.1971, *Rev. cr. dr. int. pr*. 1976.660, note GOTHOT.
[247] J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préc., n° 273.
[248] La voie médiane introduite en France par l'arrêt *Fourrures Ren*el a également été suivie par la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation et du 22 décembre 1986 sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises ainsi que par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Si la philosophie de ces conventions est similaire à la jurisprudence française, les solutions retenues divergent parfois.
Ainsi, la dualité retenue par l'arrêt *Fourrures Renel* apparaît moins tranchée dans les conventions précédemment citées. En effet, elles affirment en substance que le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par là même, elles admettent qu'entre le choix exprès et la volonté hypothétique, il puisse exister des situations intermédiaires.
En outre, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, ces Conventions adoptent, certes, un système de localisation objective, mais celui-ci est régi beaucoup plus précisément que ne le fait la simple référence à l'économie de la convention. En effet, un système de présomptions, instauré à des fins de sécurité juridique, permet de déterminer aisément la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Pour les conventions de La Haye du 15 juin 1955 et du 22 décembre 1986, il s'agit de la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande (article 3 de la Convention du 15 juin 1955) ou son établissement au moment de la conclusion du contrat (article 89 de la convention du 22 décembre 1986). S'agissant de la convention de Rome, elle désigne la loi du pays où la partie débitrice de la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle.

entre objectivisme et subjectivisme dans la détermination de la loi applicable au contrat international. C'est par référence à l'économie du contrat qu'à défaut de volonté expresse sera désignée la loi qui doit être appliquée au contrat. A cet égard, le concept est caractérisé par son objectivité, libéré du carcan traditionnel de la volonté implicite, qui n'était en réalité qu'une volonté normalisée. Pour autant, les auteurs relèvent l'identité des solutions rendues sur le fondement actuel de l'économie du contrat à celles données sous l'empire de la jurisprudence antérieure. Il nous semble tout à fait frappant de constater qu'une fois encore, la référence à l'économie du contrat se confond avec la normalisation de la volonté des parties.

Il convient alors de se demander si pareil phénomène s'observe dans le contentieux de la qualification.

Néanmoins, ce souci de prévisibilité est gravement altéré par les clauses échappatoires qui permettent au juge d'appliquer une autre loi que celle désignée par la présomption, « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » (art. 4§5, Conv. de Rome ; art. 8 – 3, Conv. du 22 décembre 1986).

SECTION 2 : LA NORMALISATION DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT

99. - La référence à l'économie du contrat pénètre, nous l'avons vu, tant la détermination de la loi contractuelle que celle de la loi applicable au contrat international. L'examen de la jurisprudence révèle en outre que le concept est également utilisé dans le contentieux de la qualification du contrat. Par là même, c'est toute la compréhension du contrat qui semble dépendre de son économie. Nous verrons que les principes classiques, qui mêlaient intimement éléments objectifs et subjectifs de qualification (§ 1), semblent dépassés par la référence jurisprudentielle à l'économie du contrat (§ 2).

§ 1 - Les principes classiques en matière de qualification

100. - La qualification est le « procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer son régime »[249]. La qualification n'est donc rien d'autre qu'un passage du fait au droit. Se pose alors la question de la chronologie de cette transition, et plus précisément du rapport de l'interprétation à la qualification. Cette problématique en révèle une autre : celle de la méthodologie même de la qualification.

A. Les rapports de la qualification à l'interprétation

101. - La détermination du fait, c'est-à-dire l'interprétation du contrat, semble devoir logiquement précéder la qualification. En effet, il est traditionnellement entendu que la qualification du contrat par le juge suppose établies les contreparties. Il est cependant possible de soutenir qu'il y a une interpénétration entre le fait et le droit : ainsi, la qualification peut elle-même influer sur l'interprétation. *A minima*, c'est reconnaître que « l'interprétation du contrat dans son économie réelle constitue une opération préalable permettant sa qualification. Mais, par un choc en retour, cette qualification peut servir ensuite à compléter le contrat lorsque la volonté des parties n'a pas tout prévu »[250]. *A maxima*, certains auteurs soutiennent que la qualification peut être une étape préalable à l'interprétation. Ainsi, selon Judith Rochfeld, l'interprétation du contrat peut, le plus souvent, s'induire de la qualification globale. Cette analyse ne vaut cependant que pour les contrats typiques, dont il est possible

[249] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Sirey, 1972, n° 131 bis.
[250] A. BENABENT, *Droit civil*, *Les obligations*, 9ème éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2003, n° 275.

d'isoler rapidement le type[251]. En effet, la qualification du contrat est ici immédiate, par la reconnaissance du type, et permet l'identification corrélative de ce que l'auteur appelle « l'intérêt typique attendu ». L'analyse part du postulat que le choix d'un type est inspiré par celui de la finalité que ce type permet d'atteindre. Dans cette mesure, la qualification du contrat permet effectivement de mettre en évidence le but contractuel, et d'interpréter le contrat à l'aune de la finalité visée.

102. - Au delà des théories défendues en doctrine, il est en réalité extrêment malaisé de retracer le raisonnement du juge, tant est prégnante, en ce domaine, la part laissée à l'intuition. Aussi bien, la frontière entre qualification et interprétation est si ténue que la Cour de cassation les a parfois confondues. François Terré donne l'exemple d'un acte passé, qui comporte toutes les stipulations d'un acte à titre onéreux. A supposer que les parties aient elles-mêmes qualifié l'acte, qu'en déduire ? Il s'agit là d'une stipulation qui, comme telle, doit être soumise à l'interprétation des juges du fond[252]. Il est dès lors évident que qualification et interprétation du contrat sont étroitement imbriquées. C'est reconnaître alors que les problèmes posés dans la phase d'interprétation du contrat resurgissent lors de la qualification. Et, une fois encore, c'est l'importance respective des éléments objectifs et subjectifs de qualification qui retiendra notre attention.

B. La coexistence des critères objectifs et subjectifs de qualification

103. - L'importance de la qualification du contrat réside dans son enjeu : la détermination du régime applicable. C'est dire si l'issue du litige est tributaire de la qualification donnée au contrat. Il est donc capital de comprendre quels sont les critères de la qualification. Nous verrons que deux analyses du contrat sont envisageables : soit le contrat est analysé dans ses éléments, pris isolément, soit il l'est dans sa structure, considérée globalement. Dans les deux occurrences, la volonté des parties a un rôle à jouer.

104. - Outre la qualité des contractants, ou la forme du contrat, qui sont considérées comme des éléments accidentels du contrat[253], le juge a égard, dans sa démarche de qualification, à ce

[251] J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, n°352 s. Rappelons que, selon l'auteur, le type embrasserait « tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés un modèle », n° 46, p. 43.
[252] F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 2, 1957, n° 12.
[253] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 2001, n° 70 s.

qu'il est convenu d'appeler les obligations principales, ou l'objet prédominant[254], ou encore les éléments essentiels caractéristiques[255]. La démarche observée relève alors du syllogisme. La majeure relève habituellement du rôle du législateur[256] : elle consiste à identifier les obligations tenues pour essentielles à un contrat. La mineure est de la fonction du juge : il s'agit de constater que les obligations essentielles ont été souscrites par les parties. Le cas échéant, la conclusion est alors l'application de ce régime au contrat litigieux. « Ce sont donc les obligations principales qui, une fois qualifiées, conditionnent la nature juridique du contrat tout entier »[257]. Les obligations accessoires, qu'elles soient naturelles ou accidentelles[258], ne jouent pas sur la qualification du contrat.

105. - La question se complique lorsqu'est en cause un contrat complexe. En effet, différentes obligations y coexistent, ressortissant chacune à un contrat spécial. Le choix d'une qualification unitaire de la convention impose de hiérarchiser ces obligations. C'est ici que se pose le problème du critère : la hiérarchisation doit-elle être mathématique, ou, à tout le moins quantitative[259] ? La jurisprudence l'a déjà retenu[260]. Il peut cependant paraître souhaitable de lui préférer un rattachement à la structure du contrat, ou bien à la volonté des parties. En effet, la volonté a indubitablement un rôle à jouer dans la qualification du contrat. L'importance de ce rôle varie néanmoins d'une espèce à l'autre.

106. - Il est des contrats qui imposent, pour leur qualification, la présence d'un élément subjectif. Nous pensons ici aux libéralités, qui ne se conçoivent pas, évidemment, sans intention libérale. Mais, au delà de ces hypothèses particulières, quel est le rôle de la volonté sur la qualification ? Il est intéressant de remarquer que, selon la thèse de M. Terré, c'est sur les éléments objectifs de qualification du contrat que la volonté des parties a le plus de prise. Les parties peuvent en effet jouer sur les éléments formels. Elles peuvent également ériger au rang d'obligation principale une obligation qui n'était objectivement qu'accessoire. C'est là une conséquence de la liberté contractuelle. Néanmoins, ce pouvoir de la volonté est limité.

---

[254] Civ. 30.10.1945, *D.* 1946.52.
[255] J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. de J. BRETHE de la GRESSAYE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 91, 1969, n° 142s.
[256] Il est à noter que la jurisprudence a un rôle résiduel dans ce domaine. En effet, elle est parfois amenée à identifier les obligations principales, s'agissant de contrats innomés auxquels seule la pratique a donné un nom.
[257] J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *préc*., n° 82.
[258] F. TERRE, *thèse précitée*, n° 392, p. 330.
[259] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. de D. TALLON, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 93, 1969, , n° 339, p. 466.
[260] Dans une hypothèse d'échange avec soulte, voir Cass. Civ., 10.02.1926, *D.H.* 1926, I, 202 et Cass. Req., 29.04.1927, *J.C.P*. 1927, 742. C'est alors la maxime *accessorium sequitur principale* qui trouve à s'appliquer.

D'une part, elle ne peut se substituer à un élément essentiel du contrat qui fait défaut. D'autre part, elle ne peut faire d'un élément quantitativement résiduel un élément principal du contrat. L'on voit bien, dès lors, comment la qualification, si elle est influencée par la volonté des parties, l'est également par la structure même du contrat.

107. - Il est évident, à la lecture des arrêts, que la considération de la structure du contrat intervient dans le processus de qualification. En effet, le contrat ne peut être réduit à la somme de ses stipulations. L'agencement des obligations entre elles est une grille de lecture pertinente du contrat. Elle permet notamment de faire le départ entre les qualifications nommées exclusives et les qualifications nommées distributives[261]. Dans le premier cas, il s'agit de faire le constat d'une indivisibilité du contrat. Et c'est ici que réapparaît la référence possible à la volonté. En effet, nous savons, et nous aurons l'occasion d'y revenir[262], que l'indivisibilité, si elle est parfois objective, comme érigée par le législateur, est le plus souvent subjective, c'est-à-dire née de la volonté des parties.

108. - Dès lors, il apparaît que la qualification ne semble relever clairement ni du subjectivisme, ni de l'objectivisme. Elle exige en effet une double lecture du contrat : une appréhension de sa structure, qui allie éléments objectifs et subjectifs, ainsi qu'une hiérarchisation de ses éléments, qui, là encore, laisse un rôle à jouer à la volonté des parties. C'est dans ce contexte mixte qu'est intervenue, en jurisprudence, la référence à l'économie du contrat.

§ 2 - L'émergence de la référence à l'économie du contrat, élément objectif de qualification

109. - Nous tenons à citer, à titre préliminaire, un arrêt rendu en 1998. Dans cette espèce, Mme Ciroux avait consenti à M. Laribe un bail qualifié d'emphytéotique sur des immeubles dont elle avait la pleine ou la nue propriété. La cour d'appel de Rennes déclare cet acte non valable. Elle écarte la qualification de bail emphytéotique, au motif qu'aucune contrepartie n'est exigée du preneur. Elle considère ensuite que l'acte ne peut être requalifié en commodat, cette catégorie juridique ne correspondant « ni aux termes employés par les parties ni à

[261] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *préc*., n° 97 et s.
[262] Voir *infra* n°335s.

l'économie générale du bail »[263]. La Cour de cassation censure cet arrêt. Elle lui reproche d'avoir ainsi statué « sans préciser en quoi les clauses et l'économie du contrat interdisaient de retenir la qualification de commodat » et de n'avoir, par là même, pas donné de base légale à sa décision[264].

Cet arrêt a le mérite de poser un garde-fou à l'utilisation jurisprudentielle de l'économie du contrat. Elle en dénonce en effet le recours péremptoire. Il ne s'agit pas ici d'en interdire la référence, mais de rappeler aux juges du fond que celle-ci doit être étayée, comme le montrent les décisions que nous allons étudier.

110. - La première apparition « pertinente » de la référence à l'économie du contrat date de 1985. Dans cette affaire, il s'agissait de qualifier deux conventions successives mettant, pour un temps limité, des parcelles à la disposition d'un preneur en vue de leur exploitation. La cour d'appel d'Angers[265] juge qu'il s'agit d'un bail rural. Elle relève, en effet, que la seconde convention conférait au preneur l'exploitation des parcelles litigieuses et contenait une disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage d'habitation, qu'elle avait été conclue avant l'échéance de la première, « ce qui conférait à l'économie du contrat, pris en son ensemble, un caractère continu ». Si l'arrêt a été censuré[266], il a l'originalité d'adopter une analyse globale de la relation contractuelle, en refusant de la fractionner.

Le deuxième arrêt intervenu dans le domaine de la qualification semble plus probant. Il y est question d'un couple qui commande deux appareils à la société Etablissements chauffages service. Cet achat est financé par un contrat souscrit auprès de la société Ufith, aux termes duquel l'organisme de crédit demeure propriétaire des deux appareils jusqu'à complet paiement. Se plaignant du fonctionnement défectueux du matériel, les époux Kadi ont assigné le vendeur aux fins de faire prononcer la résolution du contrat, et la société Ufith pour obtenir celle du contrat de crédit. La cour d'appel[267] a retenu que « l'économie du contrat rédigé par la société Ufith conférait à celle-ci outre la qualité de prêteur celle de propriétaire bailleresse des époux Kadi ». Elle a donc décidé que l'action intentée par ces derniers constituait une demande de résiliation du contrat de location-vente et de crédit souscrit auprès de cette société, et en a prononcé la résiliation aux torts de ladite société avec les conséquences en

[263] CA Rennes, 25.04.1996.
[264] Cass. Civ. 3ème, 04.11.1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1551, pourvoi n° 96-18.168.
[265] CA Angers, 12.07.1983.
[266] Cass. Civ. 3ème, 13.11.1985, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1311, pourvoi n° 83-16.430.
[267] CA Grenoble, 02.11.1989.

découlant. La Cour de cassation, saisie par la société Ufith, a considéré que les juges du second degré n'avaient fait que restituer au contrat rédigé par la société elle-même son exacte qualification[268]. Cet arrêt met donc en évidence le rôle de l'économie du contrat dans la démarche de qualification.

111. - Ce rôle est illustré par un arrêt plus récent, dans lequel la société Travail et Propriété avait confié à la société Dumez l'édification d'un groupe de pavillons. Les panneaux de béton armé utilisés par l'entrepreneur étaient fabriqués par sa société-mère, dans une centrale qu'elle exploitait en coopération avec le GIE Béton de la Marne. Une convention passée entre eux prévoyait en effet que le GIE devait fournir les ciments et granulats utilisés pour la fabrication, et contrôler les matières premières et le béton produit. Après réception des ouvrages, les propriétaires des pavillons, ayant constaté des malfaçons, ont assigné le maître de l'ouvrage en réparation. Le maître de l'ouvrage a alors attrait l'entrepreneur en garantie et celui-ci a, à son tour, appelé le GIE Béton de la Marne en garantie.
La cour d'appel considère qu'il convient « avant de déterminer le régime procédural applicable à la demande de la société Dumez, de rechercher la nature juridique de la convention intervenue entre les parties (…) ; que toute l'économie du contrat repose à la fois sur une coopération dans la fabrication du béton et une répartition des tâches pour le surplus ; qu'il ne peut, dès lors, être soutenu que cette convention doit s'analyser en un contrat de vente, le fait que les ciments et granulats entrés dans la composition du béton soient facturés par Béton de la Marne à Dumez pour les quantités de béton utilisées par ce dernier ne constituant qu'une disposition mineure de la convention »[269]. Le pourvoi formé par la société Dumez est rejeté. La Haute Juridiction considère en effet que la cour d'appel a légalement justifié sa décision « en se fondant sur les clauses contractuelles produites aux débats », « ainsi que sur la commune intention des parties », « cette convention ne pouvait s'analyser en un contrat de vente dès lors que toute son économie reposait sur une coopération des cocontractants dans l'exploitation de la centrale à béton et sur la répartition des tâches pour le surplus »[270].
Dans cet arrêt, la qualification du contrat, par la référence à son économie, n'est pas fondée sur une recherche de la volonté des parties, mais sur un examen concret des conditions contractuelles et, notamment, sur une hiérarchisation des obligations. Cette mise en

[268] Cass. Civ. 1ère, 19.05.1992, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 753, pourvoi n° 90-10.122.
[269] CA Paris, 07.12.1990.
[270] Cass. Civ. 3ème, 10.02.1993, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 279, pourvoi n° 91-11.058.

perspective de l'importance des obligations ne repose pas davantage sur la volonté des parties, mais résulte d'une analyse concrète, matérielle, de l'accord.

La référence à l'économie du contrat réapparait dans un arrêt du 6 juin 2000[271]. En sa qualité de membre d'une société coopérative agricole, M. Andrieu s'engage à livrer une quantité de raisins de sa production, ces apports de récolte donnant lieu au paiement d'acomptes mensuels suivis, en fin d'exercice, d'un règlement d'apurement du compte. En outre, la cave coopérative paie à M. Andrieu, préalablement aux acomptes, des avances consenties, moyennant un intérêt de 10.25 % l'an, remboursables par déduction sur les acomptes au fur et à mesure de leurs échéances. M. Andrieu est mis en redressement en 1993, et un plan de redressement est arrêté en 1994. La coopérative déduit les montants des avances de 1991 et 1992 lorsqu'en 1994, elle arrête les comptes de ces deux campagnes. Mais M. Andrieu s'y oppose, faisant valoir que ces avances constituent des prêts non déclarés à la procédure collective et, en conséquence, des créances éteintes.
La cour d'appel de Montpellier refuse de suivre cette analyse[272]. Elle considère en effet que « le fait qu'un intérêt destiné à assurer la gestion de l'opération ait été stipulé lors du versement des avances ne saurait modifier l'économie du contrat et autoriser Jacques Andrieu à considérer que la cave coopérative lui a consenti des prêts antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire (…) ; qu'il résulte de l'analyse des documents produits aux débats que la Cave coopérative n'a jamais accordé un quelconque prêt à M. Andrieu, mais a simplement réglé par anticipation la somme due au titre des apports réalisés ». Le pourvoi formé par M. Andrieu est rejeté. La Cour de cassation estime que la cour d'appel a pu écarter l'existence de contrats de prêt « dans l'exercice souverain d'interprétation de la volonté des parties ». Cet arrêt met donc tout à la fois en jeu un problème d'interprétation et de qualification. Nous avons eu l'occasion de rappeler combien était ténue la limite entre ces deux types de contentieux. Nous avons en outre montré que la référence à l'économie du contrat apparaissait de façon récurrente dans les litiges relatifs à l'interprétation des contrats. Cette décision ne nous surprend donc pas. Pour autant, ce n'est pas la considération de la volonté des parties qui semble avoir emporté ici la décision des juges. Ceux-ci se sont finalement fondés sur les « relations contractuelles et financières existant entre les parties »[273], mettant une nouvelle

[271] Cass. Com. (formation restreinte), 06.06.2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1222, pourvoi n° 97-13.572.
[272] CA Montpellier, 18.09.1996.
[273] Cass. Com., 6 juin 2000, *préc.*

fois en exergue l'analyse globale et concrète de la relation contractuelle à laquelle appelle la référence à l'économie du contrat.

L'espèce suivante met aux prises la société Bio-alternative à la société Ateliers de Nissan. La première avait commandé à la seconde un convertisseur et des structures métalliques destinés à une unité de carbonisation, qu'elle a vendue à la société Bail équipement. La société Ateliers de Nissan prétendit qu'elle était liée à la société Bio-alternative par un contrat de vente et a entendu faire jouer la clause de réserve de propriété contenue dans ce contrat afin de revendiquer le solde du prix des matériels et d'en demander le paiement à la société Bail équipement. Celle-ci soutint que le contrat litigieux n'était qu'un contrat d'entreprise.
La cour d'appel retient cependant la qualification de contrat de vente. Elle fait valoir, en effet, que si la société Bio-alternative avait conçu et fourni les plans d'ensemble de l'unité industrielle et les caractéristiques spécifiques de ces matériels, la société Ateliers de Nissan ne s'était pas bornée à une simple exécution, mais avait assuré la fabrication et la livraison, en considération de ses propres études et spécifications techniques, en ses ateliers, avec sa matière première. Elle relève en outre que la mise à disposition, nécessitant l'intervention d'un personnel qualifié pour l'installation et la mise en service présentait un caractère accessoire par rapport à la livraison des matériels. Elle en déduit que « la qualification de vente correspondait manifestement à l'économie du contrat et à la volonté des parties »[274]. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle ne prend pas parti sur la qualification de la convention litigieuse dans la mesure où le bien remis en exécution d'un contrat d'entreprise peut être l'objet d'une propriété réservée[275].
Les juges, chargés de trancher entre la qualification de contrat de vente ou de contrat d'entreprise[276], ont pris soin de relever que les matériels avaient été réalisés par la société Nissan, avec ses matières premières, en considération de ses propres études et spécifications techniques et que la mise à disposition d'un personnel qualifié pour la mise en service des matériels présentait un caractère accessoire par rapport à la livraison des matériels. Enfin, la présence, au contrat, d'une clause de réserve de propriété a conforté les juges dans la qualification de contrat de vente. Aussi bien, il apparaît que c'est la physionomie de l'opération réalisée qui a servi de critère de qualification. La hiérarchisation des obligations,

[274] CA Versailles, 25.06.1998.
[275] Cass. Com. (formation de section), 29.05.2001, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1073, pourvoi n° 98-21.126.
[276] Cass. Com., 28 mai 2000, *préc*.

telle qu'elle a été opérée par les juges du fond, ne s'est pas fondée sur la volonté des parties, mais sur des indices matériels, quantitatifs et, partant, tout à fait objectifs.

112. - La lecture des arrêts répertoriés nous montre que les critères de qualification, fondés sur l'économie du contrat, ne doivent rien à une quelconque recherche de la volonté des parties. C'est au contraire une analyse matérielle de l'opération contractuelle qui commande les solutions rendues.

Conclusion de la section 2

113. - L'économie du contrat, telle qu'elle est exploitée dans le domaine de la qualification, est moins empreinte de l'idée d'une volontée fictive, normalisée, qu'elle ne l'est dans d'autres domaines. Elle est clairement un indice objectif de qualification, elle ne se pare pas des atours de la volonté. Cela tient au fait que l'objectivisme est classiquement très présent dans ce domaine, de sorte que l'introduction d'un nouveau concept objectiviste n'y est guère choquante.

CONCLUSION DU TITRE 1

114. - L'économie du contrat a fortement pénétré la découverte de la loi contractuelle. Elle apparaît comme une référence possible dans le contentieux de l'interprétation ou de la qualification, elle s'est également introduite en droit international privé, pour la détermination de la loi applicable au contrat international. Dans ces domaines, traditionnellement déchirés entre objectivisme et subjectivisme, la référence à l'économie du contrat ouvre une voie médiane. En effet, malgré un rapport affiché à la volonté des parties, l'économie du contrat est clairement fondée sur l'expression d'une volonté normale. Par là même, la référence à l'économie du contrat s'impose en jurisprudence comme garantissant la rationalité des parties.

TITRE 2

L’économie du contrat, garante de la rationalité des parties

115. - La référence à l’économie du contrat, en permettant de faire du contrat une lecture normalisée, vise à y instiller davantage de rationalité. Pour mieux cerner la fonction précise de l’économie du contrat, et, partant, son originalité réelle, il convient de prendre la mesure de cette introduction forcée de rationalité (Chapitre 1), avant de s’intéresser à la nature de la rationalité imposée par le juge (Chapitre 2).

Chapitre 1

La portée de la rationalité imposée par référence à l'économie du contrat

116. - La rationalité n'est pas une notion inconnue du droit français, puisqu'elle constitue une exigence classique du droit des contrats (Section 1). La référence à l'économie du contrat paraît alors ne présenter aucune originalité. Il en va cependant différemment, puisque, par la référence à l'économie du contrat, le juge ne se contente pas de sanctionner l'irrationnel : il lui substitue le rationnel (Section 2).

SECTION 1 : LA RATIONALITE, UNE EXIGENCE CLASSIQUE DU DROIT DES CONTRATS

117. - Il faut nous attacher à comprendre pourquoi le droit des contrats fait de la rationalité des parties une exigence classique (§ 1), avant de décrire les manifestations de cette exigence de rationalité (§ 2).

§ 1 - Les fondements de l'exigence de rationalité

118. - L'exigence de rationalité s'exprime au quotidien dans nos rapports sociaux (A). Elle est plus prégnante encore en droit des contrats, puisqu'elle constitue le postulat même de l'autonomie de la volonté (B).

A. La rationalité, une exigence sociale

119. - La rationalité participe de notre culture même. Elle innerve les rapports sociaux, en ce qu'elle conditionne l'intelligibilité de notre pensée et, partant, sa communication aux autres. « A cet égard, la rationalité est un fait intersubjectif (supra-individuel) donné dans notre culture »[277].

La rationalité est une norme de référence commune à une société. En cela, elle est tout à la fois le vecteur de notre compréhension des autres et l'étalon qui nous permet d'apprécier leur comportement. C'est ainsi que le défaut de rationalité constaté chez un agent nous conduit à penser de lui soit qu'il est dément, soit qu'il appartient à une autre culture que la nôtre.

C'est dire que notre existence sociale et notre agir communicationnel ne fonctionnent que si les présupposés de conséquence et de cohérence sont satisfaits[278]. La rationalité, en tant qu'elle fonde le choix de notre comportement et de notre discours, constitue le ciment de notre sociabilité, dans tous ses aspects. En ce sens, « la rationalité est une idée qui traverse l'existence sociale dans son entièreté »[279]. Il apparaît dès lors avec évidence que l'activité contractuelle doit être soumise à l'exigence de rationalité.

B. La rationalité, une exigence axiomatique en droit des contrats

120. - L'activité contractuelle est, *per se*, une activité rationnelle. Kant dresse en effet le constat que tout contrat exige « la volonté *unifiée* des deux parties » et « la déclaration *simultanée* des deux volontés »[280]. En cela, le contrat traduit la faculté législative pure de la raison. Kant voit en effet dans ces deux modalités de conclusion du contrat la preuve que celui-ci échappe au temps comme à l'expérience. Aussi bien le lien contractuel ne se laisse-t-il pas phénoménaliser et ne prend-il de sens que par les exigences rationnelles pratiques

[277] A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable, La justification en droit*, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992, p. 237.
[278] A. AARNIO, *op. cit*., p. 237.
[279] A. AARNIO, *op. cit*., p. 238.
[280] Le postulat de Kant, constitué par la simultanéité de l'échange des consentements, repose sur un mode, aujourd'hui dépassé, de conclusion des contrats. En effet, la multiplication des échanges et la complexification de leurs modalités ont entraîné une intensification de la période précontractuelle, marquée par la tenue de pourparlers et éventuellement la conclusion de contrats préparatoires.

auxquelles il doit répondre. De là, il ressort que l'obligation puise son sens et sa validité juridiques sur l'horizon transcendantal que déploie la raison pure pratique [281].

A l'évidence, en effet, le contrat, dont la conclusion relève si puissamment de la raison, ne peut-il que voir sa validité subordonnée à la rationalité des parties. C'est là le postulat même de l'autonomie de la volonté. C'est ainsi que, selon le Doyen Cornu « le Code civil est un hymne à l'individu. Etre libre et doué de raison, l'individu est la référence de ses valeurs (…). Lui faire confiance est une maxime, l'autonomie de la volonté l'un des fondements de notre droit civil »[282].

121. - L'autonomie de la volonté est un principe philosophique, inspiré par la philosophie individualiste de la fin du 18ème siècle. Ce courant de pensée considérait que l'homme, étant fondamentalement libre, ne peut s'obliger que s'il l'a voulu, et selon les modalités qu'il a voulues. Puisque seule la volonté de l'homme peut lui dicter son comportement, elle seule peut aliéner sa liberté. Ce faisant, l'autonomie de la volonté se rattache également au libéralisme économique. En effet, faire de la volonté la seule source d'obligations permet d'établir les rapports individuellement les plus justes et socialement les plus utiles, chaque individu étant considéré comme le meilleur juge de ses intérêts.

Le raisonnement est séduisant. Il n'échappe cependant pas à la critique. L'on a pu lui reprocher, en premier lieu, de méconnaître l'intérêt général. En effet, il n'est pas admissible qu'un contrat, dût-il satisfaire ceux qui y sont parties, nuise à l'intérêt de la collectivité. C'est pourtant la conséquence nécessaire de l'individualisme dont se réclame l'autonomie de la volonté. Aussi bien, le Code civil a-t-il corrigé cet effet en son article 6, aux termes duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». En second lieu, la liberté que postule l'autonomie de la volonté n'existe pas toujours dans les rapports contractuels. Si chaque individu demeure aujourd'hui le meilleur juge de ses intérêts, il n'est pas toujours en mesure de les défendre, notamment lorsqu'existe un déséquilibre économique avec son cocontractant. Dans une telle occurrence, la liberté dessert radicalement la partie faible. Enfin, l'autonomie de la volonté n'a de sens qu'autant que les individus sont rationnels. En effet, la seule volonté que l'on doive

[281] S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, PUF, Thémis philosophie, 2004, pp. 110 et 111.

[282] G. CORNU, Droit civil, I, *Introduction, Les personnes et les biens*, Paris, 1980, p. 122.

considérer comme autonome est la volonté rationnelle[283]. La force obligatoire du contrat doit donc, logiquement, être subordonnée à la rationalité des parties, comme l'illustre un certain nombre de règles du droit positif.

§ 2 - Les illustrations de l'exigence de rationalité : la sanction de l'irrationnel

122. - L'exigence de rationalité, qui constitue le fondement même du droit des contrats, se manifeste à travers deux démarches différentes. La première, qui est également la plus moderne, consiste à assurer aux parties un maximum de rationalité. C'est une démarche préventive, dont les illustrations les plus intéressantes sont l'obligation d'information[284], qu'elle soit légale ou prétorienne, et l'instauration, dans certains domaines, d'un « droit de réfléchir » [285], c'est-à-dire de délais de réflexion et de possibilités de rétractation, dont la fonction est de « défendre le consommateur contre ses propres emballements »[286].
C'est la seconde démarche qui retiendra notre attention, puisque, tout comme la référence à l'économie du contrat, elle intervient en aval de la conclusion du contrat, lorsque l'irrationalité des parties s'est déjà manifestée. La sanction de cette irrationalité se manifeste tant par la protection du consentement (A) que par l'assurance d'un équilibre *a minima* des prestations (B). C'est également l'exigence de rationalité qui justifie que soient sanctionnés les comportements incohérents (C).

A. La sanction de l'irrationalité par la protection du consentement

L'irrationalité des parties est garantie par la protection de leur consentement. Or, celui-ci est protégé tant dans sa lucidité (1), que dans sa liberté d'expression (2).

1) La protection de la clairvoyance des parties

La nécessité de s'assurer de l'intégrité de la volonté découle directement du pouvoir que lui confère l'autonomie de la volonté. C'est ainsi qu'ont été introduites, dans le Code civil, les

[283] La rationalité se vérifie lorsque le processus décisionnel est ainsi fragmenté : conception, délibération, décision et exécution. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.
[284] Sur cette question, voir M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992.
[285] J.-L. AUBERT, *Rép. Defrénois* 1985, p. 829.
[286] J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24 et 25 octobre 1985, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Toulouse, p. 48.

dispositions sanctionnant les vices du consentement. Deux de ces vices visent l'atteinte à la volonté dans son élément de compréhension[287], il s'agit de l'erreur (a) et du dol (b).

a. La sanction de l'erreur

123. - L'erreur de l'une des parties est sanctionnée par la nullité relative du contrat. La solution est logique, s'agissant de protéger l'un des contractants dont le consentement ne présentait pas l'intégrité requise. Néanmoins, toutes les atteintes à la clairvoyance ne sont pas également prises en considération par le Code. L'exigence de rationalité n'est, en ce sens, pas absolue. Il convient donc de s'interroger sur la nature des irrationalités rédhibitoires.

L'article 1110 du Code civil limite la nullité aux hypothèses où l'erreur a porté sur la substance de la chose, objet du contrat. Nous ne rappellerons que brièvement les controverses auxquelles a donné lieu l'interprétation du mot « substance ». Fallait-il entendre le terme dans son acception matérielle, ou y voir au contraire une référence aux qualités essentielles de l'objet ? C'est finalement la seconde opinion qui l'a emporté, de sorte qu'aujourd'hui, l'authenticité d'une œuvre d'art[288], le caractère neuf d'une machine[289], la constructibilité d'un terrain[290] sont considérées comme relevant de la substance de la chose.

C'est dire que l'exigence de rationalité posée par le Code vise à garantir une connaissance, par les parties, de ce qui est au cœur du contrat. Dès lors, une fausse représentation des qualités essentielles de l'objet, en ce qu'elle traduit un défaut de rationalité des parties, doit entraîner la nullité du contrat. Cette exigence de rationalité a été poussée si loin qu'elle concerne les erreurs de droit comme les erreurs de fait, et les erreurs sur la contreprestation comme les erreurs sur la propre prestation[291].

124. - Il demeure que certaines méprises ne sont pas prises en considération et, comme telles, ne donnent pas lieu à la nullité du contrat. Il en va ainsi de l'erreur sur la valeur pure de la

---

[287] P. CHAUVEL, *J. –Cl.* Contrats – Distribution, fasc. n° 45, Vices du consentement, n° 203.
[288] Versailles, 7 janvier 1987, *J.C.P.* 1988, II, 21121, note J. GHESTIN.
[289] Cass. Com., 8 juin 1999, *Droit et Patrimoine* 2000, n° 2478, obs. P. CHAUVEL.
[290] Civ. 1ère, 1er juin 1983, *Bull. civ.* I, n° 168.
[291] Cette solution avait semblé initiée dans l'arrêt dit des « fresques catalanes ». En effet, la nullité avait été refusée au vendeur au motif que sa méprise ne portait pas sur la substance, mais bien sur la valeur de la chose. En revanche, le fait que l'erreur ait porté sur sa propre prestation n'avait pas été mentionné comme mettant obstacle au prononcé de la nullité. Il faudra néanmoins attendre l'affaire du « Poussin » pour que soit clairement consacrée la bilatéralité de l'article 1110 du Code civil. Civ. 1ère, 22 février 1978, *D.* 1978.601, note Ph. MALINVAUD, cassant Paris, 2 février 1976, *D.* 1976.325, concl. CABANNES, puis Civ. 1ère, 13 décembre 1983, *D.* 1984.340, note J.-L. AUBERT , *J.C.P.* 1984, II, 20186, concl. GULPHE et Versailles, 7 janvier 1987, *D.* 1987.485, note J.-L AUBERT, *J.C.P.* 1988, II, 21121, note J. GHESTIN.

chose[292], de l'erreur sur les mobiles[293] et, enfin, de l'erreur inexcusable[294]. Dans les deux premières hypothèses, l'indifférence de l'erreur s'explique par son extériorité par rapport à l'objet du contrat. C'est dire que la rationalité des parties est considérée comme acceptable, dans la mesure où leur représentation de l'essentiel du contrat est juste. L'indifférence de l'erreur inexcusable s'inscrit dans une logique tout à fait inverse. Le défaut de rationalité est considéré comme si grossier que le contrat est maintenu à titre de sanction.

L'on peut s'interroger sur la pertinence d'un tel raisonnement. Ne serait-il pas plus orthodoxe de reconnaître que, malgré (ou du fait de) la grossièreté de l'erreur, le consentement n'en a pas moins été altéré, de sorte que le contrat doit être annulé. La sanction de la légèreté de l'*errans* passerait alors, plus logiquement, par une condamnation à des dommages-intérêts. Ce serait faire là une application plus satisfaisante de la théorie des vices du consentement et des règles de la responsabilité civile[295]. En outre, il paraît peu satisfaisant intellectuellement de maintenir un contrat alors que l'irrationalité de l'une des deux parties est manifeste. C'est là une exception fort peu justifiable à l'exigence de rationalité qui innerve tout le droit des contrats, et qui apparaît également dans la sanction du dol.

b. La sanction du dol

125. - Le dol est traditionnellement présenté comme ayant une nature duale. Il est à la fois un vice du consentement, plus précisément une erreur, et un délit civil, constitué par les manœuvres initiées par l'auteur du dol pour induire son cocontractant en erreur. Le régime du dol ne se comprend qu'à la lumière de cette nature duale. Ainsi, l'origine du vice du consentement (les manœuvres) a-t-elle conduit à un assouplissement de ses conditions par rapport à celles que requiert la nullité pour erreur. Nous l'avons vu, l'article 1110 impose la substantialité de la qualité défaillante. Or, une telle exigence n'existe pas s'agissant du dol. Seule reste requise la causalité du vice : il suffit que les manœuvres aient entraîné une erreur déterminante pour que soit annulée la convention et ce quel que soit l'objet de la méprise ainsi provoquée[296].

C'est dire que la faute précontractuelle de l'auteur du dol entraîne une exigence plus forte encore de rationalité. Aussi bien, alors que l'erreur spontanée sur les qualités accessoires est

---

[292] V. par exemple, Cass. Com. 18 février 1997, *Bull. civ*. IV, n° 55 (erreur sur la valeur d'actions de sociétés).
[293] V. *infra* n° 477s.
[294] V., par exemple, Civ. 1ère, 27 juin 1973, *Bull. civ*. I, n° 221 (transporteur ayant acheté un véhicule d'une marque inexistante).
[295] Voir P. CHAUVEL, *J.-Cl. Contrats - distribution*, Fasc. 45, Vices du consentement, n° 117.
[296] Il n'en est ainsi que pour les manœuvres « extériorisées ». S'agissant de la réticence dolosive, l'erreur qu'elle « provoque » sur la valeur pure n'entraîne pas la nullité. Voir Civ. 1ère, 3 mai 2000, *J.C.P*. 2000, I, 272, note G. LOISEAU, *J.C.P*. 2001 éd. E. p. 1578, note P. CHAUVEL, *R.T.D.Civ*. 2001.355, obs. J. MESTRE.

indifférente, elle entraîne la nullité lorsqu'elle a été provoquée[297]. Il en va de même du mobile déterminant[298]. Le dol marque donc une exigence accrue de rationalité, que vient sanctionner une nullité relative.

L'exigence de rationalité amène donc à sanctionner un défaut de lucidité des parties, qu'il soit spontané ou provoqué. Mais la rationalité implique également la liberté des contractants.

2) La protection de la liberté des parties

126. - Rationalité et liberté semblent indissociables. Il ne peut être de consentement rationnel que de consentement libre[299]. Aussi bien le législateur a-t-il entendu sanctionner le défaut de rationalité induit par une atteinte à la liberté de l'un des contractants. Il s'agit ici de sanctionner la violence, au sens de l'article 1111 du Code civil.

La philosophie de la violence est bien différente de celle du dol ou de l'erreur. En effet, la victime, ici, est consciente qu'elle cède à la contrainte, mais elle le fait pour éviter un mal qu'elle croit pour elle plus considérable encore[300]. A l'évidence, un consentement donné dans une telle circonstance ne peut avoir une quelconque valeur et, à la condition que la violence ait présenté un caractère déterminant, la nullité relative du contrat doit être prononcée.

Comme le dol, la violence a une nature duale. Elle est un délit civil entraînant un vice du consentement. On remarque donc les mêmes assouplissements que ceux que nous avions relevés pour l'erreur provoquée : ainsi, il n'est pas besoin que la violence ait porté sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat. Là encore, donc, l'exigence de rationalité s'en trouve accrue. Elle l'est même davantage encore que pour le dol, puisque la violence du tiers est sanctionnée[301], ce qui est exclu dans le cas du dol[302].

127. - Il nous paraît intéressant de constater que l'exigence de rationalité, rendue nécessaire par la doctrine de l'autonomie de la volonté, connaît des degrés divers selon le comportement des parties. C'est ainsi que les agissements illicites de l'une d'elles viennent « gonfler » l'exigence de rationalité de l'autre, et amenant à sanctionner des atteintes moins radicales. Or,

---

[297] V. par exemple, Cass. Com. , 19 février 1963, *Bull. civ*. III, n° 621.
[298] Civ. 3ème, 19 janvier 1982, *Gaz. Pal*. 1982, 2, Pan. p. 206.
[299] C'est ainsi que, selon M. VILLEY, « la volonté la plus libre est aussi la plus rationnelle », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2ème éd., Dalloz, 1962, p. 274.
[300] P. CHAUVEL, *art. préc*., n° 203.
[301] Voir l'article 1111 du Code civil.
[302] Voir l'article 1116 du Code civil.

le seuil de l'exigence de rationalité des parties peut également varier selon leur qualité, comme nous le verrons quand nous évoquerons les clauses abusives.

B. La sanction de l'irrationalité par l'assurance d'un équilibre *a minima* des prestations

Le défaut de cause manifeste assurément un défaut de rationalité (1). En ce sens, la sanction naturelle est la nullité, dont il reste à débattre du caractère relatif ou absolu (2).

1) Le défaut de cause, un défaut de rationalité

128. - L'exigence d'existence de la cause, formulée par l'article 1131, constitue une garantie importante d'une rationalité *a minima*. La cause du contrat incarne, en effet, l'intérêt que trouve chacune des parties à contracter. L'activité juridique n'est pas une activité primaire : aussi bien, conclure un contrat n'a-t-il de sens qu'autant que ce contrat serve les fins visées par les parties. Le contrat n'est qu'un moyen. Un contrat sans cause est un contrat inintelligible aux yeux de la société. Un contrat sans cause ne peut être que le choix d'un dément, ou d'un sot. Toute personne rationnelle ne saurait s'engager contractuellement sans la perspective d'une contrepartie. L'article 1131, formulant l'exigence d'existence de la cause, s'inscrit donc dans l'impératif de rationalité que postule l'autonomie de la volonté. Sanctionner un défaut de cause, c'est sanctionner un défaut de rationalité des parties.

Le contrôle de l'existence de la cause demeure cependant limité. Nous verrons en effet qu'il ne s'agit pas d'assurer une stricte équivalence des prestations, mais de garantir un équilibre *a minima* par le seul contrôle de l'existence d'une contrepartie à l'obligation de chacun[303]. La rationalité requise n'est donc, finalement, qu'une rationalité sommaire. Seule importe, pour la validité du contrat, qu'existe la contre-prestation. Sa consistance, de même que son intérêt réel, sont classiquement indifférents[304].

C'est dire que l'article 1131 du Code civil, bien qu'il sanctionne l'irrationalité de l'une des parties, ne s'attache traditionnellement qu'aux irrationalités grossières. En outre, il est intéressant de noter que l'existence de la cause est présumée. Il paraît en effet logique de tenir pour existante la rationalité des parties. Il est permis néanmoins de s'interroger sur la portée de cette présomption[305], ainsi que sur la sanction de l'irrationalité.

[303] V. *infra* n°319.
[304] V. *infra* n°446s.
[305] Sur le risque d'un glissement d'une présomption simple de rationalité vers une présomption irréfragable, voir *infra* n°162s .

2) La sanction du défaut de cause

129. - L'irrationalité des parties est aujourd'hui sanctionnée par la nullité relative du contrat. Si cela fut toujours le cas des vices du consentement, la solution est toute récente en ce qui concerne l'absence de cause. Elle est apparue dans un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation la 9 novembre 1999[306]. Dans cette affaire, un assureur avait accepté de couvrir un risque déjà réalisé. Il exerça un recours subrogatoire contre d'autres compagnies, qui invoquèrent la nullité du contrat initial, pour défaut d'aléa. La Première chambre civile refusa de faire droit à cette demande. Certes, la cause du contrat d'assurance conclu après la réalisation du risque fait défaut, dans la mesure où la rétroactivité fait disparaître l'aléa. Cependant, la nullité encourue de ce chef n'est qu'une nullité relative que seul peut invoquer celui que la loi entend protéger. En l'espèce, seul l'assureur ayant accepté de couvrir le risque réalisé pouvait agir en nullité.

La doctrine s'est interrogée sur la portée de cet arrêt : modifiait-il la sanction de l'absence de cause en général, ou ne concernait-il que les contrats d'assurance ? Réponse a été donnée le 21 février 2001, par la Première Chambre civile de la Cour de cassation[307]. Dans cette espèce, une société américaine avait conclu avec la CCI une convention pour l'organisation d'un arbitrage dans un litige l'opposant à l'Iran. Plus de cinq ans après, la société en demande la nullité pour défaut de cause. La cour d'appel de Paris déclare l'action prescrite. La société américaine se pourvoit en cassation, faisant valoir que la nullité est une nullité absolue, de sorte que l'action n'est pas prescrite. La Cour de cassation rejette son pourvoi, confirmant que la nullité pour absence de cause est bien une nullité relative.

130. - Jusqu'alors, c'est la nullité absolue qui s'appliquait à l'absence de cause. La solution n'était cependant guère justifiable au regard de la théorie moderne des nullités. Le défaut de cause ne semble léser que les intérêts particuliers de celui dont l'obligation n'a pas de contrepartie. La nullité relative paraît, en ce sens, tout à fait logique. Il est cependant possible de soutenir que le contrat sans cause, et comme tel inutile, ne remplit pas sa fonction socio-économique d'échange. Par là même, c'est l'intérêt général qui est touché par son existence. Cette analyse ne manque pas de pertinence. Au demeurant, elle s'autorise de la doctrine utilitariste, dont l'influence sur notre droit des contrats est indéniable[308]. La fonction même du

[306] Civ. 1ère, 9 novembre 1999, *D.* 2000, Jur., p. 507s., note A. CRISTAU.
[307] Civ. 1ère, 20 février 2001, *Bull. civ.* I, n° 39.
[308] V. *infra* n°430s .

contrat est la satisfaction de besoins, et donc la poursuite rationnelle d'un intérêt[309]. En ce sens, le contrat sans cause est un contrat qui manque à sa fonction. Cette vacuité constitue une perturbation, à tout le moins au plan des principes, de tout le système économique.

131. - Pour conclure, deux analyses de l'absence de cause peuvent être soutenues : l'une, micro-économique, y voit une atteinte à l'intérêt individuel de la partie dont l'obligation n'a pas de cause. Logiquement, l'analyse micro-économique conclut à une nullité relative du contrat. Une analyse macro-économique voit dans le contrat sans cause un contrat inutile, qui, ne remplissant pas sa fonction d'échange, perturbe l'organisation générale du système économique. La nullité encourue ne peut, dès lors, qu'être absolue.

L'on peut également choisir de ne pas juger la question sous un angle purement économique. Ainsi, il est possible de raisonner au regard de l'exigence de rationalité. Les interrogations se rejoignent cependant : l'exigence de rationalité n'existe-t-elle que pour protéger le sot ou le dément, ou est-elle motivée par la nécessité d'assurer un système d'échanges « sain » et cohérent ? L'irrationalité ne nuit-elle qu'à l'être irrationnel, ou menace-t-elle la société dans ses fondements les plus profonds ?

La jurisprudence a clairement fait le choix d'une analyse micro-économique de l'absence de cause et, partant, d'une analyse individuelle de l'absence de rationalité. Cette position est parfaitement illustrée dans le contentieux des lois protectrices du consommateur. Interrogés sur la nature de la nullité sanctionnant la contravention à des lois de protection du consommateur, les juges ont opté pour la nullité relative[310]. Il s'agit bien là de considérer le consommateur individuellement, et non l'intérêt général des consommateurs.

La rationalité n'est donc considérée, en jurisprudence, que comme une protection des intérêts individuels de chacun. Elle constitue pourtant une exigence si forte du droit des contrats qu'elle permet également de sanctionner des comportements irrationnels, en dehors de tout texte.

C. La sanction de l'irrationalité du comportement des parties

132. - Il nous faut ici évoquer une institution du droit international privé appelée *estoppel*. Il s'agit d'un « mécanisme purement défensif, enraciné dans l'équité et tendant à la moralisation des comportements processuels, qui pose l'interdiction de se contredire au détriment

[309] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 117.
[310] Voir, par exemple, Civ. 1ère, 28 novembre 1995, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1259, obs. P. CHAUVEL.

d'autrui »[311]. Cette création anglaise trouve application dans deux séries de circonstances. Tantôt, il s'agit de priver l'auteur d'un acte frauduleux du droit de critiquer celui-ci ultérieurement. Tantôt, un comportement contradictoire est sanctionné en lui-même, sans que l'attitude initialement prise soit, en elle-même condamnable.

L'*estoppel* a été consacré en droit international public, ainsi que par certains droits nationaux. La jurisprudence française en fait souvent application. C'est le cas lorsqu'un arrêt empêche le crédirentier d'agir en résolution, au motif qu'en s'abstenant pendant une longue période de réclamer son dû, il avait suscité chez le débirentier, avec qui il avait entretenu d'importants liens affectifs, la conviction que la rente ne serait jamais demandée[312]. C'est également l'*estoppel* qui s'applique quand un arrêt pose le principe selon lequel une partie ne peut tout à la fois invoquer les obligations de son cocontractant et se soustraire aux siennes propres[313], de même lorsqu'une décision énonce l'incompatibilité entre une demande principale en résolution et une demande accessoire en exécution[314].

Si l'*estoppel* trouve des applications ponctuelles en droit français, il n'y a jamais été véritablement institutionnalisé. Néanmoins, le nombre croissant de décisions qui s'y rapportent laisse accroire à « l'émergence d'un principe de cohérence en matière contractuelle[315] ». Ce principe s'appliquerait tant au comportement processuel des parties qu'au contenu du contrat lui-même. Nous verrons cependant que le principe de cohérence va au-delà de l'exigence de rationalité, et peut être clairement rattaché, dans certains de ses aspects, à une rationalisation de la volonté, phénomène original dont l'économie du contrat pourrait être le vecteur.

---

[311] H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français*, in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303.

[312] Cass. Com., 27.03.1990, *D*. 1991, Jur., p. 503, note BONNARD.

[313] Cass. Civ. 3ème, 13.04.1988, *R.T.D.Civ*. 1989.743, note J. MESTRE

[314] Cass. Civ. 3ème, 07.06.1989, *Bull. civ*. III, n° 134 , *J.C.P* 1990. II. 21456, note Y. DAGORNE-LABBE, *Rép. Defrénois*, 1990. 360, obs. J.-L. AUBERT, *R.T.D.Civ*. 1990.473, obs. J. MESTRE. « alors que le vendeur ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non obtenir l'exécution de l'obligation ».

[315] J. MESTRE, obs. sous Cass. Civ. 3ème, *R.T.D.Civ*. 1990.473.

133. - Il paraît nécessaire ici de distinguer clairement ce qui relève de la sanction de l'irrationnel et ce qui ressortit à une véritable rationalisation de la volonté. L'enjeu est d'importance. Nous venons en effet de montrer qu'il paraissait tout à fait légitime de ne donner effet qu'à une volonté rationnelle, puisque seule une telle volonté est autonome et peut donner au contrat la force obligatoire que lui confère l'article 1134 du Code civil. La rationalisation de la volonté relève, à notre sens, d'une démarche tout à fait différente qui vise à parer la volonté des parties d'atours qui ne sont parfois pas les siens. C'est ainsi qu'il y a rationalisation de la volonté quand, à la volonté réelle des parties, est substituée une volonté cohérente. Cette substitution passe parfois par une façon d'interpréter le contrat, mais elle peut également se manifester par l'annulation. C'est alors l'étendue de la nullité qui nous permettra de découvrir s'il y a simple sanction de l'irrationnel, ou s'il y a rationalisation de la volonté. La nullité totale est, pour nous, la manifestation de la sanction de l'irrationnel : ce qui n'est pas rationnel doit disparaître. Au contraire, la nullité partielle qui n'ôte du contrat que ce qui heurte la rationalité du juge montre bien une manipulation : le juge agit sur le contrat pour en faire ce qu'il n'était pas, mais ce qu'un contractant normal aurait voulu qu'il fût. Ce qui n'est pas rationnel est transformé en rationnel. « L'éradication pose une limite qui ne dépend pas de la volonté telle qu'elle s'est exprimée, mais de ce qu'objectivement ce contrat devait comprendre »[316].

134. - La rationalisation de la volonté des parties n'est pas tout à fait étrangère au droit français : elle a commencé à le pénétrer sous la forme de phénomènes diffus et marginaux, sans véritable cohérence (§ 1). L'économie du contrat apparaît alors comme l'outil possible d'une « institutionnalisation » de ces phénomènes épars de rationalisation (§ 2).

§ 1 - La rationalisation, un phénomène diffus en droit français

Les juges se livrent parfois à une rationalisation de la volonté. Si cette démarche peut être spontanée (A), l'initiative en revient parfois au législateur (B).

[316] J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, n° 442.

A. Les rationalisations à l'initiative du juge

La jurisprudence a mis en œuvre des techniques substituant à la volonté réelle des parties une volonté normale. Cette démarche se manifeste dans le procédé de réduction par conversion (1). Elle apparaît aussi dans l'interprétation des contrats (2).

1) La rationalisation dans le procédé de réduction par conversion

135. - Nous avons vu que la qualification d'un contrat dépendait de la nature de ses obligations principales[317]. Ainsi, « dès lors que les obligations principales sont identifiées, il suffit d'en constater l'existence pour que la qualification soit possible »[318]. Est-ce à dire que l'absence des obligations inhérentes à la qualification du contrat, telle qu'elle a été choisie par les parties, condamne ce contrat, c'est-à-dire en emporte la nullité pour défaut de cause ? La jurisprudence ne l'a pas souhaité et a préféré, dans les hypothèses où l'annulation du contrat n'était pas inéluctable, en opérer une conversion par réduction. Il s'agit alors de trouver une qualification différente de celle que les parties avaient retenue, qui permette à l'accord de volonté de produire des effets[319].

La solution, pour pragmatique qu'elle puisse paraître, n'en demeure pas moins choquante au plan des principes. Comment justifier en effet qu'un acte que les parties n'ont pas voulu puisse s'imposer aux parties et aux tiers [320] ? Selon M. Perrin, l'explication doit être trouvée dans la prévalence du but économique sur le but juridique. Ainsi, si le but juridique, qui s'identifie à la qualification initiale, ne peut être atteint, l'acte produit cependant des conséquences tant que le but économique reste réalisable.

M. Piédelièvre propose du mécanisme une analyse un peu différente. Il l'explique par une présomption de conformité à la volonté des parties. Ainsi, selon lui, « puisqu'il s'agit d'atteindre le but que les parties avaient en vue, il faut qu'il y ait au moins une volonté exprimée dans le sens de ce but, ce qui nous fera donc exclure toute conversion dans les cas

[317] Voir *supra* n°105.

[318] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 2001, n° 82 et s.

[319] Le procédé est connu du droit allemand qui le définit, à l'article 140 du B.G.B. « Lorsqu'un acte juridique nul se trouve satisfaire aux conditions de validité d'un autre acte juridique, ce dernier entre en vigueur, lorsqu'il y a lieu d'admettre que si l'on eût connu la nullité, cette substitution aurait été voulue ».

[320] X. PERRIN, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en Droit français*, thèse, Dijon, 1911, p. 107.

extrêmes où cette volonté initiale ferait totalement défaut »[321]. Dans cette seconde approche, la prévalence ne s'exerce pas du but économique sur le but juridique, mais du but économique sur les moyens d'y parvenir. Il est vrai que la différence est rhétorique.

Le mécanisme, tel qu'il est proposé en jurisprudence et parfois justifié en doctrine, postule que la volonté du moyen est conforme à celle du but[322]. Or, selon M. Terré, « vouloir rechercher une volonté du nouvel acte juridique est purement illusoire et hypothétique »[323]. En effet, il apparaît nettement que, par le biais de la réduction par conversion, la volonté du juge supplée la volonté des parties. « La volonté peut être envisagée tour à tour et au sein d'un même contenu comme agent créateur de l'acte juridique et fait révélateur d'intention. Il en résulte que la volonté, pur sujet de qualification, devient malléable de la part du juge qui puise librement au sein des éléments subjectifs, s'inspire d'un élément plutôt que d'un autre et, dans cette besogne de reconnaissance des éléments subjectifs, fait en définitive prévaloir son point de vue »[324].

136. - Le mécanisme n'est pas sans rappeler ce que nous avons pu dire du recours à l'économie du contrat. Dans ces deux hypothèses, il s'agit de substituer à la volonté réelle des parties, soit que celle-ci soit difficile à découvrir, soit qu'elle ne corresponde pas aux obligations souscrites, une volonté normalisée. Cette normalisation s'effectue toujours en considération du but visé. L'on retrouve ici une analyse téléologique du contrat. La volonté des parties est réduite à la finalité qu'elle visait et le biais contractuel est réaménagé par le juge dans ce sens[325].

La réduction par conversion, tout comme la référence à l'économie du contrat, n'est conforme à l'autonomie de la volonté qu'à la condition d'admettre que la volonté s'incarne dans l'effet économique recherché.

Une telle démarche intellectuelle se retrouve de plus en plus fréquemment dans l'interprétation judiciaire des contrats.

---

[321] PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, paris, 1914, p. 117.

[322] F. TERRE, *Le rôle de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 2, 1927, n° 228, p. 213.

[323] F. TERRE, *thèse précitée*, n° 229.

[324] F. TERRE, *thèse précitée*, n° 230.

[325] Certains auteurs considèrent néanmoins que le procédé de conversion par réduction ampute également la finalité même de l'acte : « dans ces hypothèses, ce n'est pas l'acte initialement voulu par les parties qui est maintenu, mais un acte nouveau, dont les effets sont moindres que ne l'auraient été ceux de l'acte premier s'il avait été valable », M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. de J. MESTRE, P.U.A.M., 1996, n°26, p. 36.

2) La rationalisation de la volonté dans l'interprétation des contrats

137. - On connaît la liberté dont jouissent les juges dans leur mission d'interprétation du contrat. C'est ainsi que les dispositions du Code civil ne doivent être considérées à leur égard que comme de simples directives[326]. Aussi bien le juge n'est-il pas lié par l'article 1156 et la recherche de la volonté réelle qu'il commande. L'examen de la jurisprudence montre assez combien la jurisprudence a entendu se libérer du carcan du subjectivisme et, partant, passer outre l'intention réelle des parties. Pour autant, elle a semblé cultiver un rapport apparent à cette volonté. L'artifice ne convainc pas, et dissimule mal une objectivation croissante dans l'interprétation des contrats.

Pour autant, toute objectivation n'emporte pas nécessairement une rationalisation de la volonté. Il en est ainsi lorsque l'objectivation a pour but la protection de l'une des parties, réputée faible, au contrat[327]. Les tribunaux ont, à cet égard, développé une interprétation systématique contre celui qui a rédigé la convention, qu'il soit débiteur ou créancier, au sens classique de l'article 1162 du Code civil. Seule la volonté de protéger la partie réputée la plus faible peut expliquer une telle solution. Si ce procédé jurisprudentiel traduit certainement une objectivation de l'interprétation des contrats, il n'en marque cependant pas une rationalisation.

138. - Il en va différemment de la jurisprudence affirmant la prévalence des clauses manuscrites ou des clauses individuelles sur les clauses imprimées des contrats types ou des conditions générales[328]. Selon certains auteurs, une telle démarche est d'inspiration subjective, dans la mesure où les documents contractuels spéciaux traduisent mieux la volonté réelle des parties que ne le font les documents généraux[329]. On peut cependant remarquer, avec M. Houtcieff, qu'il est surprenant que l'interprétation de la volonté – par définition casuelle – conduise à une directive de principe. « N'est-il pas contradictoire d'expliquer une règle générale par un raisonnement subjectif ?[330] ». Il faut, en réalité, y voir une présomption de

---

[326] Voir *supra* n°29.

[327] B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, Le droit des contrats face à l'évolution économique, in *Etudes offertes à Roger HOUIN*, Dalloz Sirey, 1985, p. 20.

[328] Civ. 1ère, 17 juin 1986, « Attendu que les clauses des conditions particulières d'une police d'assurance ont prééminence sur celles des conditions générales au cas où elles sont inconciliables avec elles », *Gaz. Pal*. 1986.2. Pan.195 ; Soc. 13 mai 1979, *Bull*. V n° 333 ; Civ. 1ère, 20 novembre 1984, n° 83.14.572 ; Civ. 1ère, 30 juin 1971, *RGAT* 1972.373, note A. BESSON. Pour la prévalence des clauses manuscrites sur les clauses dactylographiées ou imprimées, voir Civ. 31 janvier 1927, *S*.1927.1.190 ; Soc. 4 mai 1945 *RGAT* 1946.29 ; Soc. 27 février 1947 *Gaz. Pal*.1947010205 ; Civ. 23 juin 1952, *S*. 1953.1.86 ; Com. 7 janvier 1969, *J.C.P*. 1969.II.16121, note R. PRIEUR.

[329] J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., L.G.D.J., 2001, n° 38.

[330] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR WATT, t. I, P.U.A.M., 2001, p. 118, n° 114.

rationalité : la volonté du contractant rationnel est mieux exprimée dans le document spécial que dans les conditions générales auxquelles il a souscrit.

139. - Il nous faut remarquer ici que le Code lui-même n'est pas étranger à la rationalisation de la volonté des parties. Certaines de ses dispositions montrent clairement une identification de la volonté que l'on cherche à élucider à une volonté rationnelle. L'article 1157, disposant que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun », ne présume-t-il pas la rationalité de la volonté des parties ? L'interprétation utile du contrat n'en est, à notre sens, qu'une interprétation rationnelle[331]. Il en est de même des articles 1158 et 1161. Selon le premier, « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat », quant au second, il dispose que « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». Ces dispositions mettent en exergue une vision globale et finaliste du contrat, qui est l'apanage d'un contractant rationnel.
En outre, l'examen de la jurisprudence montre que l'article 1158 est le fondement d'une interprétation finaliste, dont l'objectif est le résultat que le type de clause ou d'acte auquel s'apparente l'acte est censé produire[332]. L'interprétation conforme à la finalité objective de l'acte permet tout à la fois de lui donner un sens conforme à la bonne organisation et aux objectifs de la société et de présenter une utilité sociale mieux identifiable[333].

140. - La place faite à la rationalisation de la volonté dans le Code civil et dans la jurisprudence, n'est, de prime abord, guère surprenante. Aussi bien la rationalité est-elle de l'essence même de la démarche interprétative. N'est-ce pas, en effet, le constat de l'irrationalité des parties, à travers l'ambiguïté ou la contradiction, qui justifie une interprétation du contrat ? L'existence d'une incohérence, davantage qu'une déformation de la volonté réelle, motive l'interprétation judiciaire du contrat. En outre, l'interprétation ne doit-elle pas conduire, en restaurant la rationalité, à rendre de nouveau le contrat intelligible ? Il faut ne faut donc voir ici que les effets d'une présomption de rationalité.

---

[331] Cf. Ph. SIMLER, *J.-Cl.*, V° Contrats et conventions, art. 1156 à 1164, n° 43 : « Il y a lieu de considérer que les actes juridiques ont par eux-mêmes une certaine utilité sociale et économique et qu'en conséquence – expression du *favor contractus* – l'efficacité est objectivement préférable à l'inefficacité (…) ».
[332] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, préf. de Y. FLOUR, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 403, 2003, p. 87.
[333] *Ibid*, p. 88-89.

La question est cependant posée de la portée d'une telle présomption. S'agit-il d'une présomption simple ? En ce cas, il faut n'y voir rien de choquant. Le Code civil lui-même est largement fondé sur une présomption simple de rationalité des parties[334]. S'agit-il au contraire d'une présomption irréfragable ? C'est ce que semble indiquer la jurisprudence. En effet, la prévalence des clauses manuscrites sur les clauses imprimée a été érigée en principe. Son caractère systématique nous amène donc à nous interroger sur la portée de la présomption qui le fonde[335].

Au final, et quoique cette démarche soit assez insidieuse, la jurisprudence est parfois amenée à faire du contrat une lecture rationalisée. La volonté réelle des parties se trouve alors fondue dans le moule d'une volonté normale. Ce faisant, les juges ne trahissent guère la volonté du législateur, dont certains des textes invitent à une telle intervention.

B. Les rationalisations à l'initiative du législateur

141. - C'est parfois le législateur lui-même qui prescrit une rationalisation de la volonté. Il en est ainsi lorsqu'il accorde au juge le pouvoir de modérer des clauses manifestement excessives, comme c'est le cas pour la clause pénale. L'article 1152 alinéa 2 dispose en effet que « néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire (…). » Il y a là une « sanction des excès manifestes, notables, c'est-à-dire des disproportions flagrantes, qu'une volonté normalement constituée n'a pu raisonnablement tolérer »[336].

142. - Un autre exemple peut être donné ici : celui de l'éradication des clauses abusives. La rationalité est en effet étroitement liée à la liberté. A cet égard, seule peut être rationnelle une volonté libre. Le rapport de l'une à l'autre de ces notions est si ténu qu'elles s'enchevêtrent parfois, au point que ni le législateur, ni la jurisprudence ne puissent plus démêler l'une de l'autre. Le contentieux des clauses abusives en offre une parfaite illustration. L'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose que doivent être réputées non écrites les clauses consacrant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'on sait que le bénéfice de cette disposition est réservé aux consommateurs, dans leurs rapports avec les

[334] C'est ainsi que l'existence de la cause est présumée. De même, c'est à celui qui prétend son consentement vicié de l'établir.

[335] C'est finalement la question de la fonction même de l'interprétation qui se trouve ici posée. L'interprétation d'un contrat vise-t-elle à le rendre intelligible, ou a-t-elle pour fonction de restituer la volonté réelle des parties, si irrationnelle soit-elle ? Puisque c'est l'irrationalité qui commande l'interprétation, il peut sembler logique de penser que l'interprétation n'est rien d'autre qu'une rationalisation du contrat.

[336] J. MESTRE, obs. sous Com., 17 juin 1997, *R.T.D.Civ*. 1998.101.

professionnels. La question de l'applicabilité de l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'est cependant rapidement posée pour les professionnels agissant hors de leur sphère de compétence. En 1996, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a posé le critère du rapport direct entre le contrat litigieux et l'activité du professionnel invoquant le bénéfice de la législation sur les clauses abusives[337]. Après une brève résistance[338], la Chambre Commerciale s'est finalement elle aussi rangée au critère du rapport direct[339].

La divergence de vue entre le législateur et le juge nous apparaît ici clairement. La faveur du législateur pour le consommateur est justifiée par le déséquilibre de puissance économique qui entrave sa faculté de négociation. Le mécanisme correcteur de l'article L. 132-1 du Code de la Consommation vise donc à pallier un *défaut de liberté* du consommateur.

Le critère du rapport direct, dégagé en jurisprudence, s'attache aux connaissances du débiteur. En effet, l'exclure de la protection parce que son activité a un rapport direct avec le contrat, c'est reconnaître qu'il dispose de suffisamment d'informations pour négocier. A défaut, en l'absence de rapport direct, la protection est justifiée. La jurisprudence, quant à elle, vise donc davantage à pallier le *défaut de rationalité* du consommateur.

Le contentieux des clauses abusives montre donc combien sont liées liberté et rationalité, et combien ces notions innervent tout le droit des contrats. Il demeure cependant difficile de faire clairement le départ entre ce qui est la sanction, légitime nous l'avons vu, d'un défaut de rationalité, et ce qui relève d'une véritable rationalisation de la volonté. Le choix de l'éradication, fait par le législateur dans le contentieux des clauses abusives, montre cependant, à notre sens, une rationalisation de la volonté des parties. Le contrat conclu est maintenu, mais sous la forme socialement acceptable que n'avaient pas su lui conférer ceux qui y étaient parties.

143. - Pour conclure, si la rationalisation de la volonté n'est pas inconnue du droit français, elle ne l'a pénétré jusqu'ici que discrètement, sous la forme de phénomènes isolés et « occultes », en ce qu'il se travestissent le plus souvent sous les traits de la recherche de la volonté réelle. En ce sens, l'économie du contrat apparaît comme l'outil d'une légitimation possible de la rationalisation de la volonté des parties.

---

[337] Civ. 1ère, 10 juillet 1996, *Droit et Patrimoine 1996*, n° 1504, obs. P. CHAUVEL.

[338] Cass. Com., 23 novembre 1999, *J.C.P*. 2000, II, n° 10326, note J.-P. CHAZAL. Le critère consacré dans l'arrêt est celui des besoins du commerce.

[339] Cass. Com., 14 mars 2000, *J.C.P*. 2000, II, n° 10367, note D. TALON.

§ 2 - La légitimation de la rationalisation, par référence à l'économie du contrat

144. - L'économie du contrat introduit en droit français un nouveau phénomène : la rationalisation de la volonté des parties. En effet, cette notion tend à substituer à la volonté réelle des contractants une volonté rationnelle (A). En cela, elle pourrait constituer l'outil d'une légitimation de la démarche de rationalisation qui, nous venons de le voir, n'est pas tout à fait inconnue du droit français. Cela nécessite, cependant, de s'intéresser à la compatibilité d'une telle démarche avec l'autonomie de la volonté (B).

A. L'économie du contrat, outil de substitution d'une volonté rationnelle à la volonté réelle

La référence à l'économie du contrat n'entretient qu'un rapport apparent à la volonté réelle des parties, et dissimule en réalité une normalisation de la loi contractuelle (1). Nous allons démontrer ici que cette normalisation relève bien davantage d'une rationalisation de la volonté que d'une standardisation des figures contractuelles (2).

1) Les mécanismes mis en jeu par la référence à l'économie du contrat

145. - L'inventaire des arrêts, que nous avons dressé précédemment, va nous permettre de mettre en évidence les trois biais par lesquels l'économie du contrat substitue une référence nouvelle à la volonté des parties. Nous verrons que la « normalisation » que nous évoquions plus haut est, en réalité, une rationalisation de la volonté des parties.

146. - La référence à l'économie du contrat est tout d'abord utilisée lorsque plusieurs de ses stipulations se révèlent incompatibles. Or, les incompatibilités sont des incohérences qui révèlent un défaut de rationalité des parties. En imposant à une clause un sens compatible avec les autres stipulations de la convention, la référence à l'économie du contrat emporte nécessairement une rationalisation de la volonté. Cette fonction apparaît dans le contentieux de l'interprétation, où la référence à l'économie du contrat relève d'une analyse globale et cohérente de la relation contractuelle[340]. La rationalisation de la volonté par référence à l'économie du contrat se manifeste donc en premier lieu par la réduction des incompatibilités qu'elle permet.

[340] Voir *supra* n°44s.

147. - La référence à l'économie du contrat permet en second lieu une hiérarchisation des éléments contractuels. Le contentieux de la qualification illustre cette démarche : l'analyse matérielle et concrète des effets de l'accord, telle qu'elle est révélée par référence à l'économie du contrat, permet de faire le départ entre le principal et l'accessoire et, partant, de qualifier le contrat[341]. La détermination de la loi applicable au contrat relève d'une démarche identique : il s'agit là encore de trancher selon l'importance respective des éléments de localisation objectifs du contrat, au vue de l'ensemble des caractères de l'opération[342]. Cette hiérarchisation, permise par référence à l'économie du contrat au regard des effets recherchés du contrat, révèle une fois encore une rationalisation de la volonté des parties.

148. - Enfin, la référence à l'économie du contrat permet au juge d'adapter les moyens choisis par les parties au but contractuel. C'est l'originalité, et l'intérêt même de l'économie du contrat, que d'autoriser le juge à substituer aux stipulations de la convention ce qu'elles auraient dû être afin que soit possible la réalisation de l'objectif contractuel. Ce phénomène apparaît dans tous les domaines d'émergence de la notion. Il est illustré dans le contentieux de l'interprétation, où la référence à l'économie du contrat dissimule en réalité une analyse finaliste du contrat[343]. S'agissant du forçage, ce n'est plus tant, par référence à l'économie du contrat, la nature du contrat qui dicte l'adjonction d'obligations accessoires que la considération de la finalité contractuelle[344]. Dans l'amiable composition, la référence à l'économie du contrat permet d'en transcender les stipulations, même les plus claires, afin de faire prévaloir l'objectif assigné au contrat[345].
C'est donc bien une rationalisation de la volonté qu'entraîne la référence à l'économie du contrat, et non, comme pouvait le laissait craindre l'utilisation du concept, une standardisation des figures contractuelles.

2) La rationalisation de la volonté, par référence à l'économie du contrat

149. - Les manifestations de la référence à l'économie du contrat illustrent la distinction que nous avions faite entre l'exigence de rationalité, classique en droit français, et la rationalisation.

[341] Voir *supra* n°110s.
[342] Voir *supra* n°95s.
[343] Voir *supra* n°46.
[344] Voir *supra* n°59.
[345] Voir *supra* n°76.

L'irrationalité, classiquement sanctionnée par la nullité du contrat, ne devient plus rédhibitoire lorsqu'intervient l'économie du contrat. La convention est maintenue, mais il lui est substitué un modèle rationalisé par le juge, par le biais d'une réduction des contradictions, d'une hiérarchisation de ses éléments et de l'adaptation des stipulations au but contractuel. L'économie du contrat permet donc, non pas de sanctionner l'irrationalité des parties par l'anéantissement du contrat, mais de pallier cette irrationalité par la réintégration de la rationalité dans le contrat.

150. - La démarche est peu orthodoxe et peut susciter plusieurs interrogations. Outre les doutes qu'elle soulève quant à sa compatibilité à l'autonomie de la volonté[346], elle peut laisser craindre une standardisation des contrats. La référence à l'économie du contrat, en effet, n'impose-t-elle pas un modèle, un « devoir être » contractuel ? La liberté des parties n'est-elle pas excessivement affectée par une telle jurisprudence ?
A notre sens, si la liberté des parties est menacée par la référence à l'économie du contrat, ce n'est que leur liberté d'être irrationnelles[347]… Leur imagination, leur créativité contractuelles ne sont pas mises en péril. En effet, l'économie du contrat n'entraîne pas la conformation des contrats à un modèle unique, mais la conformation du contrat à la finalité qui lui a été assignée par les parties. Ainsi, ce n'est pas tant la nature du contrat qui dicte les solutions fondées sur l'économie du contrat, que sa fonction, telle que le juge peut la dégager d'une analyse matérielle de ses effets attendus.

151. - L'économie du contrat constitue donc un véritable outil, un outil original, qui permet au juge de faire du contrat une lecture rationnelle. Cependant, au rang des craintes que peut susciter une telle démarche, il est permis de s'interroger sur sa compatibilité avec l'autonomie de la volonté, qui demeure une référence en droit français.

B. Rationalisation, par référence à l'économie du contrat, et autonomie de la volonté

A n'en pas douter, la rationalisation de la volonté telle qu'elle est opérée par la référence à l'économie du contrat vise, notamment, à dépasser les lacunes du subjectivisme (1). Qu'en est-il, dès lors, du respect de la volonté des parties (2) ?

[346] Voir *infra* n°162s.
[347] Or, cette liberté n'existe pas en droit français qui, nous l'avons vu, sanctionne traditionnellement l'irrationalité des parties par la nullité du contrat.

1) L'opportunité d'un dépassement du subjectivisme par référence à l'économie du contrat

152. - Le subjectivisme est entièrement fondé sur la recherche de l'intention des parties. Or, la doctrine a maintes fois mis en exergue les limites de la démarche. Outre que le postulat de l'existence d'une volonté commune est contestable (a), la recherche de la volonté réelle paraît bien souvent aléatoire (b).

a. L'illusion de la volonté commune

153. - L'accord de volontés est de l'essence même du contrat : il le définit, de même qu'il en conditionne l'existence. Néanmoins, un examen de l'évolution jurisprudentielle relative à la formation du contrat montre un infléchissement du rôle de la volonté. En effet, au 19ème siècle, la validité du contrat était subordonnée à une parfaite conformité de l'offre et de la demande. Les volontés en présence devaient ainsi « consentir, convenir sur la même chose, *in idem placitum* ». L'acceptation devait prendre l'offre telle qu'elle était faite et s'y conformer en tout point[348]. La jurisprudence a tempéré cette exigence dès 1885, en se contentant d'un simple accord sur les éléments essentiels du contrat[349]. Un tel assouplissement dans les conditions de validité du contrat, s'il s'explique aisément, tant par la complexification croissante des figures contractuelles que par l'inflation de la réglementation de nombreux contrats[350], ne manque pas d'agacer l'esprit du juriste. En effet, il est difficile de concevoir que des parties puissent contracter sans avoir trouvé d'accord sur des éléments qui, pour être qualifiés de secondaires, n'en risquent pas moins d'avoir une incidence sur l'opération visée.

Au delà des interrogations théoriques qu'elle suscite, cette décision a une incidence tout à fait pragmatique : elle est l'aveu même que la volonté commune est un mythe. En réduisant le contrat à un accord de volontés sur les éléments essentiels, la jurisprudence tolère nécessairement le défaut d'accord sur les points dits accessoires. Or, le silence du contrat sur ces points pourra malgré tout être source de litiges pour les contractants. Le juge sera alors face à sa propre contradiction puisqu'il va devoir interpréter le contrat et, par là même, rechercher la volonté commune, alors qu'il a lui-même affranchi les parties de cette exigence.

Le subjectivisme achoppe sur l'idée de la volonté commune, dans la mesure où celle-ci, avec l'aval même du juge, n'est pas intégralement requise pour la validité du contrat.

---

[348] M.L. LAROMBIERE, Théorie *et pratique des obligations, Commentaire des titres III et IV du Code Napoléon*, sous l'article 1101, n° 10.

[349] Cass. Civ. 1ère, 01.12.1885, *S.* 1887, *I, 167.*

[350] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002.

154. - En outre, il paraît tout à fait illusoire d'imaginer que les parties aient accordé leur consentement sur tous les points du contrat. En cas d'ambiguïté, il y a fort à parier que chacun aura compris la clause à son avantage. L'on peut dire, en ce sens, que « les parties n'ont pas eu une intention commune, mais des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts[351]. Qu'il y ait une lacune dans le contrat, il devient alors vain de rechercher la solution dans la commune intention des parties car, si cette difficulté avait été envisagée, chacune d'entre elles aurait essayé de la résoudre dans le sens qui lui est le plus favorable[352].

155. - L'illusion de la « commune intention » des parties est particulièrement soulignée dans le contentieux de l'étendue de la nullité d'un contrat. L'on sait que, lorsqu'une stipulation contractuelle est illicite, le juge doit rechercher si celle-ci était déterminante du consentement des parties[353]. Une fois de plus, la tâche du juge risque d'être malaisée, d'autant plus que l'intention commune des parties reste la plupart du temps inexistante, car chacune d'elle a pu concourir à des objectifs qui lui étaient personnels[354]. Pour trancher cette dissension, la doctrine a fait preuve d'audace. Ainsi, un auteur a-t-il pu proposer de distinguer entre le contractant dont le consentement a été déterminé par la clause, qui seul pourra revendiquer la nullité totale, et l'autre partie qui ne pourra aspirer qu'à une nullité partielle, dans la mesure où la clause n'était, pour elle, qu'accessoire[355]. La complexité de cette solution montre assez combien il est difficile de mettre en application toutes les conséquences du subjectivisme. La recherche de la volonté réelle des parties apparaît alors d'autant plus vaine.

b. La nécessité d'une présomption de rationalité

156. - A défaut d'expression claire de la volonté des parties, le juge est tenu de « deviner » quelle a pu être cette volonté lors de la conclusion du contrat. Il est aisé de concevoir combien l'exercice est périlleux. Dans cette démarche de « pronostic rétrospectif »[356], le juge dispose néanmoins d'un certain nombre d'indices qui, nous le verrons, reposent tous sur une présomption de rationalité.

---

[351] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8ème éd., 2002, n° 448, p. 443.
[352] G. MARTY, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Trav. Assoc. H. Capitant, 1949, p. 90.
[353] Voir *infra* n°300s.
[354] O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. de P. ANCEL, PUAM, 1999, n° 538.
[355] Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. de A. WEIL, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969, n° 379.
[356] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8ème éd. Dalloz, 2002, n° 450.

157. - La jurisprudence se réfère assez souvent au comportement des parties postérieurement à la conclusion du contrat pour en déduire leur volonté initiale. L'on citera en exemple l'analyse de l'attitude de l'*errans* qui découvre son erreur. A-t-il immédiatement réagi[357] ou, au contraire, n'a-t-il paru que médiocrement affecté[358] ? A-t-il attendu de longs mois, voire des années[359] avant d'agir en nullité ? Ce sont là les questions que sont amenés à se poser les tribunaux pour se persuader que l'erreur prétendument commise avait bien un caractère déterminant[360]. Au demeurant, c'est la Cour de cassation même qui les y invite. Elle a ainsi censuré un arrêt pour avoir précisément écarté l'argument tiré d'éléments d'appréciation postérieurs à la vente[361].

158. - Il est également loisible au juge d'utiliser ce procédé dans le cadre d'un litige portant sur l'interprétation du contrat. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 23 juin 1998[362] illustre parfaitement cette démarche. Dans cette espèce, une attachée commerciale d'une société de confection se voyait remettre des collections de vêtements dans le but d'en promouvoir la vente. A la fin de la saison, elle ne les restituait pas à son employeur, alors même que le contrat était silencieux sur ce point. Un jour, cependant, la société assigne son employée en paiement du montant des vêtements litigieux. Elle fonde son raisonnement sur l'article 1932 du Code civil, qui impose au dépositaire de restituer la chose reçue. Les juges du fond n'ayant pas fait droit à cette demande, la société Manoukian forme un pourvoi en cassation. La Haute Juridiction le rejettera, après avoir relevé que « la pratique qui s'est instaurée au cours des vingt-trois années de collaboration entre les parties montre que la société n'a jamais demandé la restitution de ces objets, faisant ainsi ressortir que l'attitude prolongée des parties au cours de l'exécution du contrat devait être interprétée dans leur commune intention comme une précision apportée aux stipulations d'origine ». Le comportement des parties lors de la phase d'exécution semble donc exploité en jurisprudence comme un indice fort de la volonté des parties[363]. Il est important de souligner ici que cette

---

[357] Cass. Civ. 1ère, 18.07.1956, *Bull. civ*. I, n° 220.
[358] Cass. Civ. 1ère, 11.03.1958, *Bull. civ*. I, n° 142 ; Cass. Civ. 1ère, 23.01.1967, *J.C.P.* 1968, II, 15358.
[359] Cass. Soc., 23.02.1961, *Bull. Civ*. III, n° 244.
[360] P. CHAUVEL, *J.- Cl.* Contrats-distribution, Fasc. n° 45, « *Vices du consentement* », n° 34.
[361] Cass. Civ. 1ère, 13.12.1983, *D.* 1984, Jur. p. 340, note J.-L. AUBERT.
[362] Cass. Com., 23.06.1998, com. B. FAGES, Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat, *Droit et Patrimoine* 1999, pratique, p. 28s.
[363] La possibilité de s'y référer a été consacrée par plusieurs textes. Ainsi, l'article 8 al 3 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises invite-t-il les juges à tenir compte des habitudes qui se sont établies entre les parties, des usages, ou de tout comportement ultérieur. De même, l'article 4.3 des principes Unidroit, relatif aux circonstances pertinentes, mentionne le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat.

décision n'est pas isolée. Elle s'inscrit dans la lignée ouverte par un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation dès 1955[364] selon lequel « il ne peut être reproché à la Cour d'avoir, pour cette interprétation et dans la recherche de l'intention des parties, tenu compte de la manière dont celles-ci ont appliqué les stipulations auxquelles elles avaient souscrit, dès lors que ce comportement des parties était précisément de nature à révéler le sens que celles-ci avaient attaché à la convention »[365].

Le raisonnement semble, très classiquement, fondé sur une présomption : le comportement des parties dans la phase d'exécution permet de présumer leur volonté lors de la conclusion du contrat. Pour autant, la démarche reste hasardeuse C'est pourquoi il paraît nécessaire de la circonscrire étroitement. Elle ne doit, en effet, trouver à s'appliquer que dans d'étroites limites. Ainsi, on ne saurait avoir recours à ce type de raisonnement que dans la mesure où la volonté des parties est réellement litigieuse. *A contrario*, si le contrat est clair, aucune raison ne peut justifier d'avoir égard au comportement ultérieur des contractants[366]. A défaut, il s'agirait d'une dénaturation flagrante du contrat, soumise comme telle à la censure de la Cour de cassation.

De même, tout comportement ne doit pas être considéré comme signifiant. D'une part, seule peut avoir de valeur une attitude convergente de toutes les parties au contrat. Il est évident qu'une attitude isolée ne saurait être le reflet d'une volonté commune. D'autre part, le comportement considéré ne doit pas être équivoque ni éphémère, *a fortiori* s'agissant d'une abstention[367].

Les possibilités d'application de ce type de raisonnement se trouvent donc limitées. En outre, les conclusions auxquelles il permet d'aboutir restent hasardeuses. En effet, le postulat même qui le fonde est contestable : l'attitude des parties ne permet pas nécessairement de présumer leur volonté réelle. Mais ce défaut de sécurité juridique est inhérent à l'utilisation des présomptions, et plus largement, aux extrapolations induites par le subjectivisme. Ces incertitudes se retrouvent à l'identique quelle que soit la démarche retenue.

---

[364] Cass. Civ. 1ère, 14.03.1955, *Bull. civ. I*, n° 133.

[365] La Cour de cassation est même allée plus loin. Après avoir admis que l'ambiguïté d'un contrat puisse résulter des circonstances de son exécution (Cass. Civ. 1ère, 16.07.1962, *Bull. civ*. I, n° 372), elle a considéré que les juges pouvaient se fonder sur le comportement ultérieur des parties pour requalifier le contrat (Cass. Com., 02.03.1982, *Bull. civ. IV*, n° 85).

[366] Nous venons de voir qu'au contraire, la Cour de cassation avait autorisé que l'ambiguïté du contrat naisse du comportement des parties après sa conclusion (Cass. Civ. 1ère, 16.07.1962, *Bull. civ*. I, n° 372).

[367] B. FAGES, *note préc*., p. 29.

159. - Qu'il s'agisse de se fonder sur le contenu des pourparlers[368] ou des documents publicitaires[369], sur la situation matérielle au moment du contrat[370], voire sur des actes étrangers aux parties s'ils peuvent éclairer le contrat[371], il s'agit toujours de recourir à une présomption. Cette présomption de « constance », qui postule que l'intention manifestée « autour » du contrat correspond à la volonté réelle des parties « dans » le contrat, n'est rien d'autre qu'une présomption de rationalité.

160. - Le subjectivisme, malgré (ou en raison de) son attachement à la volonté réelle implique nécessairement l'utilisation de présomptions de rationalité pour la recherche de cette volonté. En effet, l'interprétation n'a de raison d'être que si la volonté commune des parties ne peut être clairement dégagée[372]. On ne fait donc appel au subjectivisme que lorsque celui-ci est impuissant à jouer. En effet, chercher la commune volonté des parties là où elle ne s'exprime pas, c'est avoir nécessairement recours à des procédés aléatoires. En ce sens, la volonté découverte n'est alors pas la volonté réelle, mais la volonté la plus probable. La présomption de rationalité est de l'essence même du subjectivisme.
Ainsi, la rationalisation de la volonté ne diffère guère, en pratique, du recours au subjectivisme.

161. - Le « raisonnable » apparaît donc comme un moyen d'échapper au dilemme interprétatif de la nécessité d'un choix conforme à la volonté des parties alors que, d'une part, le langage constitue un obstacle presque insurmontable à sa restitution et que, d'autre part, cette volonté commune n'a, dans bien des cas, jamais existé[373]. Le « raisonnable » serait donc un mal nécessaire, dont la contrariété à l'autonomie de la volonté n'est peut-être pas si grande qu'il y paraît.

---

[368] Civ. 1ère, 21 avril 1976, *Bull. civ*., I, n° 135 ; 20 mars 1963, *Bull. civ*., I, n° 174 ; 18 février 1986, *Bull. civ*., I, n° 31.
[369] Civ. 3ème, 2 avril 1979, *Gaz. Pal*. 1980.213. Voir RAWACH, La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, *D*. 2001, chr. 223.
[370] Civ. 1ère, 18 décembre 1961, *Bull. civ*., I, n° 610.
[371] Civ. 1ère, 24 janvier 1967, *Bull. civ*, I, n° 33.
[372] A défaut, il y aurait dénaturation de l'acte.
[373] O. CORTEN, *thèse précitée*, n° 179, p. 170.

2) Rationalisation de la volonté, par référence à l'économie du contrat, et volonté réelle

La rationalisation de la volonté, par référence à l'économie du contrat, paraît peu compatible avec l'autonomie de la volonté. En ne laissant qu'une faible place à la volonté réelle des parties (a), elle offre du contrat une vision renouvelée (b).

a. Volonté rationalisée et volonté réelle

162. - Une certaine confiance en la nature humaine nous pousse à penser que, dans la majorité des cas, volonté réelle et volonté rationnelle se confondent[374]. Présumer la rationalité des parties permet donc de produire, la plupart du temps, un résultat satisfaisant. C'est évidemment l'hypothèse de la volonté irrationnelle qui va nous retenir ici. La rationalisation de la volonté, en ce qu'elle substitue à la volonté réelle irrationnelle, une volonté rationnelle, est-elle réellement contraire à l'autonomie de la volonté ?

163. - L'autonomie de la volonté est fondée sur une présomption de rationalité, qui n'est qu'une présomption simple. En effet, la preuve contraire est admise, et c'est pour sanctionner le défaut de rationalité prouvé que sont sanctionnés les vices du consentement et le défaut de cause[375].

Admettre une présomption irréfragable de rationalité reviendrait à consacrer un non-sens. La rationalité des parties, en ce qu'elle fonde la théorie même de l'autonomie de la volonté, est une condition de la force obligatoire du contrat. Seule la rationalité des parties justifie qu'elles puissent aliéner leur liberté par les liens contractuels. Dès lors, présumer irréfragablement la rationalité des parties tronque le raisonnement : il est inconcevable de présumer irréfragablement une condition de validité du contrat.

164. - Pour autant, nous avons vu que doctrine et jurisprudence, par la fréquence du recours au raisonnable, tendaient à voir dans la volonté des parties une volonté nécessairement rationnelle, et à la transformer comme telle au besoin. Le principe même de l'interprétation est en ce sens : le constat d'une contradiction au sein du contrat ne devrait-il pas entraîner sa nullité, plutôt que de donner lieu à une interprétation ? En ce sens, interpréter le contrat, c'est-

[374] C'est d'ailleurs cette même croyance qui incite les parties à s'engager dans les liens du contrat : « il est bien évident que le stipulant, s'il sait que son cocontractant est comme tout homme un être imparfait, le suppose en revanche, a priori, normalement doué et capable, et en attend donc une exécution normale (…) Et, de son côté celui qui contracte un engagement promet le comportement d'un homme normalement apte », N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. de H. MAZEAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965, n° 166, p. 144.

[375] Voir *supra* n°123s.

à-dire en éliminer les contradictions, les ambiguïtés et les lacunes, c'est ne pas admettre l'expression irrationnelle de la volonté. La démarche relève, à l'évidence, d'une présomption irréfragable de rationalité. Il en va de même lorsque le juge requalifie le contrat, ou lorsqu'il décide qu'une obligation est essentielle au sein d'un contrat[376].

165. - La théorie générale du contrat ne reconnaît pas l'irrationalité. Soit cette irrationalité est criante, et la sanction en sera la nullité du contrat, ou de la clause. Soit cette irrationalité est plus discrète, et la volonté est manipulée afin de rendre le contrat intelligible. Or, cette manipulation est occulte : le juge s'abrite derrière une volonté rationnelle tacite pour aller à l'encontre de la volonté irrationnelle réelle.

La rationalisation de la volonté, telle qu'elle apparaît par le biais du recours à l'économie du contrat mais également telle qu'elle se manifeste dans de nombreux domaines par d'autres biais, semble constituer une limite importante à la liberté contractuelle. Il faut y voir, en réalité, la manifestation d'une vision renouvelée du contrat.

b. Une vision renouvelée du contrat, par référence à son économie

166. - L'autonomie de la volonté est née d'une conception individualiste de la société. La vision du contrat qu'elle consacre en est le témoignage : atteinte consentie à la liberté des parties, le contrat doit assurer leur intérêt dans les conditions qui leur conviennent. Certes, la convention, pour avoir force obligatoire, doit avoir été légalement formée. Certes, les parties ne peuvent choisir de heurter l'intérêt général. Il demeure que l'autonomie de la volonté voit dans le contrat la chose des parties, et, sous la limite de l'ordre public, d'elles seules.

C'était méconnaître gravement le rôle social du contrat. Si celui-ci n'a qu'un effet relatif[377], il n'en a pas moins d'influence sur le groupe social dans son entier. Le contrat est un fait social, une structure qui s'insère dans la structure plus large qu'est la société. En ce sens, il ne saurait demeurer la chose des parties. La rationalisation de la volonté s'intègre dans cette vision « sociale » du contrat[378] : le « raisonnablement acceptable » ne cache en réalité qu'un « socialement acceptable ». En effet, « le concept de raisonnable est révélateur d'une tension entre l'être et le devoir être, entre la réalité sociale et le discours juridique ». Le concept

[376] Sur la détermination de l'obligation essentielle, voir *infra* n°272.

[377] Encore que les atteintes à l'article 1165 du Code civil se multiplient, notamment en raison de l'émergence du phénomène des chaînes de contrats.

[378] Le terme est ambigu. Il ne vise pas une vision solidariste du contrat, comme pourrait le faire accroire la coloration péjorative du terme social. Il ne désigne ici que l'intégration du contrat dans la société, dans les rapports sociaux.

constitue en cela une limite importante à la liberté contractuelle. Les parties se trouvent dépouillées : sous le couvert de restituer leur volonté réelle, la référence à l'économie du contrat transforme le contrat tel qu'il a été conclu en un contrat intelligible, c'est-à-dire socialement acceptable.

167. - La référence à l'économie du contrat apparaît comme permettant un dépassement du subjectivisme. Cependant, ce dépassement est limité puisque formellement, le concept est présenté comme un révélateur de la volonté réelle des parties. Il n'en est rien cependant, et la rationalisation de la volonté qu'il opère, pour être en apparence contraire à l'autonomie de la volonté, traduit en fait une vision renouvelée du contrat, qui tend à le considérer comme un fait social. A cet égard, la rationalité n'est pas neutre : elle est aliénée à une vision « sociale » du contrat. Il nous reste alors à déterminer quel est le rôle « social » du contrat promu en jurisprudence par référence à son économie.

Chapitre 2

La nature de la rationalite imposée par référence à l'économie du contrat

168. - L'économie du contrat, nous l'avons vu, tend à imposer aux parties la rationalité qui leur fait défaut. Tout n'est cependant pas dit : quelle rationalité est en jeu dans la référence à l'économie du contrat ? La question ne manque pas de pertinence, dans la mesure où la rationalité est un concept protéiforme (Section 1). C'est une nouvelle fois l'examen de la jurisprudence qui nous permettra de mettre au jour la nature économique de la rationalisation opérée par référence à l'économie du contrat (Section 2).

SECTION 1 : LA RATIONALITE, UN CONCEPT PROTEIFORME

169. - Dire que la référence à l'économie du contrat introduit de la rationalité dans le contrat n'est pas suffisant à nous éclairer sur son rôle exact. En effet, la rationalité apparaît comme un concept protéiforme : outre qu'il est malaisé à cerner (§1), son utilisation est la plupart du temps idéologique (§2).

§ 1 - La rationalité, un concept difficile à cerner

Si le concept de rationalité est difficile à définir dans l'abstrait (A), il est également malaisé de l'apprécier dans les faits (B).

A. Les difficultés liées à la définition de la rationalité

Il est particulièrement délicat de définir le concept de rationalité, puisqu'il s'agit d'une notion relative qui ne peut jamais s'exprimer sous une forme pure (1). Seuls des critères de rationalité peuvent être proposés (2).

1) Un concept relatif

170. - La rationalité ne saurait prétendre à l'universalité. Son rapport à la culture atteste sa relativité. « Les règles de la rationalité ne sont pas des règles universellement valides dirigeant le processus de pensée humaine. A cet égard, l'acceptabilité rationnelle ne présuppose pas une interprétation métaphysique »[379]. Cela explique, en partie, la grande difficulté à définir la notion.

Ainsi, il n'existe pas de rationalité absolue, comme a pu le noter Max Weber. Selon lui, la discrimination du rationnel et de l'irrationnel implique nécessairement une part de subjectivité, puisque la rationalité n'est pas une propriété inhérente aux phénomènes, mais plutôt une qualité que leur attribue l'observateur, en fonction d'un point de vue donné[380]. Aussi bien, « ce qui est rationnel sous un point de vue peut devenir irrationnel sous un autre angle »[381]. Chaïm Perelman ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « si les raisons les meilleures ne peuvent être déterminées en dehors d'une vision du monde qui, élaborée, donne lieu à une philosophie, l'existence d'une pluralité de philosophies empêche d'admettre que, en toutes circonstances, une seule décision mériterait le qualificatif de raisonnable »[382].

A l'évidence, s'il n'existe pas de rationnel absolu, c'est le « rationnellement acceptable » par le juge qui sera la référence dans le procès. Ce « rationnellement acceptable » ne se confond pas avec le rationnel pur, cette notion apparaissant tout à fait utopique.

171. - Selon Weber, le type idéal demeure le produit d'une rationalisation utopique et, par conséquent, ne mesure jamais immédiatement la réalité[383]. Il n'est qu'un instrument permettant, en raison de sa clarté et de sa rigueur conceptuelle, de rendre intelligible le

[379] A. AARNIO, *op. cit*., p. 238. Selon l'auteur, "ce qui est raisonnable ne peut pas se définir indépendamment d'une prise de position sur les valeurs sociales ou culturelles", p. 265.
[380] M. WEBER, trad. par J. Chavy, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964, p. 51 : « Une chose n'est jamais « irrationnelle » en soi, mais seulement d'un point de vue « rationnel » donné ».
[381] M. WEBER, *op. cit*., p. 42.
[382] C. PERELMAN, *Ethique et droit*, éditions de l'université de Bruxelles, 1990, p. 457.
[383] M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, L.G.D.J., Droit et société, 1995, p. 22.

déroulement concret de l'activité. A cet égard, la rationalité constitue un étalon, répondant à l'impératif de cohérence logique, mais elle ne vise pas à construire un modèle axiologique[384]. Cette affirmation nous paraît éclairer le sens de la démarche du juge. Traditionnellement, celui-ci est amené à apprécier la rationalité de l'activité contractuelle. Il ne s'agit pas de construire *a posteriori* le contrat idéal, et de fondre le contrat, tel qu'il a été conclu, dans ce moule. Il s'agit simplement de s'assurer de la cohérence des dispositions contractuelles, tant dans leur articulation entre elles que dans leur rapport à la finalité visée[385]. Eprouver la rationalité du contrat est une toute autre chose que de rationaliser le contrat. En outre, le juge doit nécessairement tenir compte des limites de la rationalité. Ces limites sont de deux ordres.

172. - La première tient à l'irrationalité de la conduite des parties. « La volonté, et la volonté juridique nécessairement, ne pourra pas être perçue comme l'exercice d'une faculté indépendante, mais, au contraire, comme un phénomène complexe et synthétique où se rencontrent la sensibilité et la connaissance »[386]. La volonté peut, en effet, être influencée par l'émotion (à cet égard, elle n'est parfois que répétition de gestes commandés par la tradition). La conduite de l'agent peut également être irrationnelle par le choix des moyens visant à atteindre un résultat déterminé, en cas d'évaluation erronée des circonstances et des intentions des parties. L'irrationalité des parties peut donc se manifester tant dans la démarche contractuelle même, que dans les modalités de l'activité contractuelle. Cette irrationalité, en ce qu'elle est propre aux parties, peut être appréhendée (et sanctionnée) par le juge, par la mise en confrontation au déroulement qu'il aurait fallu attendre de l'hypothèse d'un comportement purement rationnel[387].

173. - La deuxième limite à la rationalité tient à la notion même. En effet, si la rationalité des parties est, à de nombreux égards, réduite, celle du juge l'est également. Aussi bien sa perception du monde est-elle nécessairement limitée. En outre, nous l'avons dit, la rationalité

---

[384] M. WEBER, trad. par J. Freund, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p. 183. C'est également l'opinion de M. Aarnio, selon qui « la rationalité (l'acceptabilité rationnelle) est seulement un idéal. C'est un modèle au moyen duquel on peut évaluer le discours (juridique) réel », A. AARNIO, *op. cit.*, p. 238.

[385] Nous dépeignons ici la démarche prétorienne traditionnelle. Nous verrons cependant que la référence à l'économie du contrat, par la rationalisation de volonté qu'elle opère, tend à construire un modèle axiologique.

[386] T. R. IONASCO, De la volonté dans la formation des contrats, in *Mélanges Geny, Les Sources du droit*, p. 368. Selon l'auteur, le mouvement volontaire ne peut naître que si un phénomène intellectuel – représentation, se produit. Mais, à lui seul, ce phénomène ne peut enfanter le mouvement volontaire. C'est parce que, à cette représentation, coexiste un phénomène affectif – douleur ou plaisir – que l'esprit conçoit la réalisation d'un but à atteindre.

[387] M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, préc., p. 6.

est un concept subjectif, impliquant un jugement de valeurs. Or, il n'existe aucun procédé scientifique permettant de fonder rationnellement un jugement de valeur. « La rationalisation de l'activité se heurte inévitablement, en conséquence, au polythéisme des valeurs, soit à une irrationalité irréductible »[388]. C'est également le sens de la pensée de Kant, qui distingue la raison théorique, ou spéculative, de la raison pratique. La raison théorique régit ce qui est, avec toute la rigueur scientifique. La raison pratique, au contraire, régit ce qui doit être. Elle ne prétend plus à une connaissance scientifique de même nature, se limitant à un modèle qui guide l'action[389]. C'est dire que nos choix sont nécessairement le fruit d'une rationalité limitée.

Il apparaît alors avec évidence que le contrat ne peut prétendre à une absolue rationalité. Le juge se doit pourtant de déterminer ce qui est « rationnellement acceptable », ce qui impose de d'en définir des critères.

2) Les critères de la rationalité

174. - La rationalité, bien que relative et, sous bien des aspects, utopique, demeure un étalon de l'activité contractuelle. Le juge se doit alors de cerner ce qui est rationnellement acceptable. Plusieurs critères de rationalité ont été proposés. Selon A. Peczenik, par exemple, est rationnelle « une pratique qui satisfait l'exigence de consistance logique et est orientée vers la combinaison optimale de deux idées régulatrices : d'une part, l'idée qu'on devrait être capable d'exprimer la description et l'appréciation de manière générale et, d'autre part, l'idée que la description et l'évaluation devraient être soutenues par des raisons »[390]. R. Alexy voit plutôt dans la consistance, l'efficience, la cohérence, la généralisation et la sincérité les critères du rationnel. Nous préférons à cet énoncé de conditions la vision synthétique de Weber, pour qui la rationalité s'exprime à travers trois niveaux d'analyse. Le premier se centre sur la « cohérence logique ou téléologique d'une prise de position ». A cet égard, est rationnel ce qui répond à « l'impératif de cohérence »[391]. Le second niveau d'analyse s'attache à la « rationalisation au sens de la recherche méthodique d'un but pratique déterminé par un calcul toujours plus précis des moyens adéquats »[392]. Enfin, le troisième niveau, moins pertinent dans le cadre de notre étude, considère l'apparition de structures complexes de

[388] M. COUTU, *op. cit.*, p. 26.
[389] V. E. WEIL, V° Raison, *Encyclopedia Universalis*, Paris, éd. 1985, p. 645.
[390] A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, p. 167 et 189.
[391] M. WEBER, trad. par Ph. Fritsch, *Parenthèse théorique : le refus religieux du monde, ses orientations et ses degrés*, dans *Archives de sciences sociales des religions*, vol. 61, 1986, p. 8
[392] M. WEBER, trad. par J.-P. Grossein, *Introduction à l'éthique économique des religions universelles*, dans *Archives de sciences sociales des religions*, 1992, vol. 77, p. 160.

pensée et d'action, aptes à induire les agents à développer une maîtrise méthodique du monde et de la vie[393].

175. - La synthèse de ces analyses nous amène à proposer une définition de la rationalité, appliquée à l'activité contractuelle. Est rationnel le contractant qui :

1) se représente avec lucidité tant les conditions de l'opération que les circonstances dans lesquelles elle intervient
2) détermine clairement les raisons qui l'amènent à contracter et la finalité visée par la conclusion du contrat
3) choisit les moyens les plus appropriés pour atteindre cette finalité.

Le droit positif, tel qu'il est classiquement mis en œuvre par les juges, parvient à sanctionner l'irrationalité dans les deux premières facettes de la définition que nous venons de proposer. S'agissant de l'exigence de lucidité, celle-ci est garantie, tant par la sanction des vices du consentement que par l'essor de l'obligation d'information. S'agissant de la détermination de la finalité du contrat, les règles relatives à l'existence de la cause et de l'objet permettent de pallier, de façon plus ou moins satisfaisante, le défaut de rationalité de l'une des parties[394]. Cependant, il apparaît que le droit positif est impuissant à corriger une irrationalité dans le choix des moyens adéquats à la réalisation du but visé par les parties. C'est dans cette lacune, à notre sens, que l'émergence de la référence à l'économie du contrat trouve sa raison d'être, comme nous le verrons plus loin.

Cette tentative de définition abstraite de la rationalité ne permet pas de lever toutes les difficultés. La rationalisation de la volonté induite par référence à l'économie du contrat implique de poser un véritable standard, dont le choix est malaisé.

B. Les difficultés liées à l'appréciation de la rationalité : le choix du standard

Deux questions se posent quant à la détermination du standard, qui doit servir de référence par le biais de l'économie du contrat : celle du degré d'exigence dans la raison (1), et celle du rapport du rationnel aux faits (2).

[393] M. COUTU, *op. cit.*, p. 29.
[394] Voir *supra* n°128.

1) Le seuil de rationalité imposé

176. - La première question est celle du seuil de rationalité imposé : le « rationnel » est-il un modèle supérieur ou, au contraire, un homme moyen ? A quel niveau d'exigence le parangon doit-il être fixé ? La question n'a, selon M. Dejean de la Batie, guère de sens. Reprenant Socrate, il affirme en effet que « si l'intelligence est inégalement distribuée aux hommes, la raison – hormis les cas pathologiques – leur est pourtant commune »[395]. Aussi l'auteur dénie-t-il toute pertinence à des formules telles que « une personne moyennement raisonnable ». Selon lui, la raison n'est donc pas susceptible de plus ou de moins, elle n'est que la raison. Nous verrons en effet que le problème véritable que pose la référence au raisonnable n'est pas « quel degré de raison ? », mais bien davantage « quel type de raison ? »[396].

177. - Le « rationnel » renvoie cependant à l'idée de normalité. Or, l'on peut s'interroger : la normalité recouvre-t-elle ce qui est statistiquement ou ce qui doit être ? C'est opposer la normalité descriptive à la normalité dogmatique[397]. En réalité, il est parfaitement vain de s'attacher à définir dans l'abstrait à quelle normalité renvoie le « raisonnable », puisque c'est à l'évidence sur la « normalité du juge » que sera fondée la solution raisonnable.

Cela ne manque pas de poser la question de la juridicité des standards, et plus particulièrement de la référence au « raisonnable », dans la mesure où ils consacrent l'hypertrophie du fait par le juge. Ils suscitent cependant l'adhésion puisque, par référence à la normalité, ils fondent des solutions acceptables socialement. Ainsi, « en passant du normal au normatif, le juge emporte la conviction spontanée des justiciables »[398].

C'est donc la raison du juge qui fait la loi du contrat. Or, la rationalité du juge ne peut que subir l'influence des circonstances.

2) Le rapport de la raison aux faits

178. - La deuxième question tient au rapport du « rationnel » aux faits. Faut-il tenir compte des circonstances ou, au contraire, raisonner dans l'abstrait ? L'exemple du droit international montre que les Conventions faisant référence au « raisonnable » sont unanimes à prendre en considération les faits. C'est ainsi que chacune d'elles, définissant ce que ferait une personne

[395] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. de H. MAZEAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965, n° 191, p. 159.
[396] Voir *infra* n°181.
[397] S. RIALS, Les standards, notions critiques du droit, in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, établissements Bruylant, 1984, p. 39s.
[398] S. RIALS, *art. préc*.

raisonnable, ne manque pas de préciser « placée dans la même situation ». C'est ainsi que doivent être pris en considération les négociations, les usages, l'attitude des parties…[399]. Peut-on parler pour autant d'une appréciation mixte, c'est-à-dire mêlant l'appréciation *in concreto* et *in abstracto* ? Tout dépend, à l'évidence, du sens que l'on attribue à ces termes. M. Dejean de la Batie définit la normalité, et par là même l'appréciation *in abstracto*, comme impliquant de tenir compte des circonstances, mais non de la catégorie d'individus à laquelle appartient le sujet. C'est dire que l'appréciation *in abstracto* n'est pas une appréciation déconnectée des faits.

179. - Les Conventions font cependant également référence à la qualité des parties pour l'appréciation du raisonnable. Il nous semble qu'il s'agit là de déplacer la véritable question. N'est-il pas, en effet, plus convaincant de dire que le « raisonnable » s'apprécie au regard de la finalité du contrat conclu, et que déterminer cette finalité implique d'avoir égard aux qualités des parties. Le contenu « raisonnable du contrat » n'est donc, selon nous, que le contenu du contrat tel qu'il lui permet d'atteindre la finalité qu'a pu identifier le juge. Ce n'est qu'aux fins de déterminer la finalité contractuellement visée que le juge aura égard aux circonstances de fait ainsi qu'à la qualité des parties.

Les travaux de M. Dejean de la Batie confortent cette opinion. Ils rappellent en effet que le « bon père de famille », parangon de l'appréciation *in abstracto*, recherche l'utilité[400]. C'est donc bien l'utilité du contrat qui est recherchée par sa rationalisation. Mais l'on peut alors s'interroger sur le sens de cette utilité et, par là même, sur le sens de la rationalité qui la vise.

§ 2 -La rationalité, un concept « idéologique »

180. - La rationalité, nous l'avons vu, n'a pas de sens dans l'absolu. Elle est nécessairement contingente au système de pensée dans lequel elle intervient et ce qui, dans une société donnée, apparaît comme rationnel peut sembler irrationnel dans une autre. En ce sens, la rationalité peut être orientée : elle n'est pas un concept neutre (A), comme l'illustre un panel de théories doctrinales qui, chacune au travers de la rationalisation de la volonté, relayent une vision différente de la fonction contractuelle (B).

---

[399] Voir *infra* n°210s.
[400] N. DEJEAN DE LA BATIE, *thèse préc*., p. 169.

A. La rationalité, un concept non neutre

181. - La référence à l'économie du contrat identifie la volonté réelle des parties à une volonté rationnelle, ou raisonnable[401]. Le « raisonnable » peut être défini comme traduisant « une conformité aux principes du sens commun et aux jugements de valeur généralement acceptés, une idée de modération et de juste mesure »[402]. Il est vrai que le « raisonnable » a une double résonance : le concept fait appel tant à l'idée de normalité qu'à celle de mesure. Ce n'est que sous sa première acception que le raisonnable doit retenir notre attention. Dans le cadre de cette étude, en effet, le raisonnable renvoie au rationnel, et non à la modération.

182. - La rationalité ne saurait se réduire à la logique[403]. Le concept, de même qu'il n'est pas universel, n'est pas neutre. L'utilisation du « raisonnable » présente un caractère idéologique puisque la notion fonde le choix sur le plan scientifique mais, en même temps, le légitime sous l'angle de l'argumentation[404]. Ainsi, comme le dit M. Salmon, « la revendication rationnelle du discours juridictionnel cache souvent des choix axiologiques et politiques »[405]. Le « raisonnable » n'est-il pas, en effet, l'alibi juridique, commode car péremptoire[406], des valeurs du juge ? Certains philosophes ont montré, dans ce sens, que la raison était reconnue comme l'étalon moderne, ou même, pour reprendre Heidegger, comme « le tribunal de l'être »[407].

183. - L'économie du contrat, en tant qu'elle permet une rationalisation de la volonté, ne peut davantage prétendre à la neutralité. Transformer ce qui est en ce qui doit être nécessite de prédéterminer ce qui doit être. Or, prendre parti sur ce qui doit être implique des choix de valeur. Le « devoir être » du contrat est-il un contrat équitable, est-il un contrat utile, est-il un

---

[401] Nous tenons ici ces expressions pour synonymes. En toute occurrence, rationnel et raisonnable sont nécessaires l'un à l'autre, ils se nourrissent l'un de l'autre et c'est leur coexistence, leur conflit et leur conciliation qui donnent vie au droit. Voir G. KHAIRALLAH, Le « raisonnable » en droit privé français, Développements récents, *R.T.D.Civ*.1984, n°24, p. 456.

[402] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., Quadrige, 3ème éd. 1993.

[403] Si de logique il doit s'agir, c'est plutôt d'une « logique vraiment sûre et féconde parce qu'elle part toute entière de motifs moraux, psychologiques et économiques et qu'elle tend à réaliser l'équité objective, par la combinaison de l'idée de justice et celle de la plus grande utilité sociale », R. POUND, *The administrative application of legal standards*, p. 15. Il s'agit alors « d'une application du droit plus empirique que logique car c'est de la vie qu'elle partira », O. STATI, *Le standard juridique*, Préf. de R. DEMOGUE, Paris, 1927, p. 99.

[404] O. CORTEN, thèse *précitée*, n° 243, p. 262.

[405] J. SALMON, préface de la thèse d'O. CORTEN, *préc.*, p. 4.

[406] En effet, « le juge n'aura plus recours aux procédés de l'induction et de la déduction logique, pour fonder, sur les données subjectives et abstraites fournies par le raisonnement juridique, les solutions qu'on lui réclame », O. STATI, *Le standard juridique*, préf. de R. DEMOGUE, Paris, 1927, p. 98.

[407] R. SEVE, Système et Code, *Archives de philosophie du droit*, 1986, p. 79.

contrat équilibré, est-il un contrat solidaire …? Prétendre faire du contrat une analyse finaliste n'épuise pas la question. En effet, la rationalité impose-t-elle d'avoir égard à ses seuls intérêts, à ceux de l'autre partie, à ceux de la société ? Le choix est large, qui montre que la rationalité est un concept politique. Nous allons tenter d'illustrer cette affirmation en proposant trois courants de pensée doctrinaux qui, chacun, propose une forme différente de rationalisation de la volonté.

B. Les différentes formes possibles de rationalisation de la volonté

184. - Plusieurs théories doctrinales vont dans le sens d'une rationalisation de la volonté. Pour autant, la rationalité proposée au travers de chacune de ces théories n'est pas la même, et cette diversité illustre combien c'est une vision politique du contrat qui est en jeu derrière la rationalité choisie. Nous évoquerons ici le structuralisme contractuel (1), le principe de cohérence (2) ainsi que celui de l'attente légitime (3).

1) Le structuralisme contractuel ou la « rationalisation sociale »

185. - La démarche structurale a été définie par M. Hjelmslev, pour qui il faut reconnaître que « l'essentiel, au fond n'est pas de diviser un objet en parties, mais de mener l'analyse de façon à tenir compte des rapports ou des dépendances qui existent entre ces parties, et d'en rendre compte de manière satisfaisante. (…) tant l'objet examiné que ses parties n'existent qu'en vertu de ces rapports ou dépendances ; la totalité de l'objet examiné n'en est que la somme, et chacune de ses parties ne se définit que par les relations qui peuvent être établies entre elle et les autres parties d'un même niveau »[408]. Cette théorie, qui insiste sur les connexions pour dépasser les divisions, a été transposée à la matière contractuelle.

186. - En matière contractuelle, dépasser les divisions revient à critiquer l'individualisme, sur lequel est pourtant fondée l'autonomie de l'individu. Insister sur la connexion, c'est alors mettre en exergue le rôle de la société. La vision même du contrat s'en trouve bouleversée. Le structuralisme refuse aux seules volontés individuelles le pouvoir de créer le contrat, et voit le fondement de la force obligatoire du contrat dans son rôle social. Dans ce sens, l'obligation n'est pas envisagée comme un rapport de droit entre des individus, créancier et débiteur, mais comme l'affectation d'une contre-prestation pour rétablir l'équilibre des patrimoines voulu

[408] L. HJELMSLEV, *Prolégomènes à une théorie du langage*, Editions de Minuit, Paris, 1968, p. 40.

par l'organisation sociale[409]. L'obligation est alors pensée comme un fait social : « à la conception d'une frontière linéaire enfermant le contrat, il convient de substituer l'idée d'un champ cohérent, non pas déterminé par une limite, mais rayonnant à partir d'un centre, qui est l'échange d'informations et de prestations entre les parties selon un système significatif et utile »[410]. Le contrat n'est donc pas tant la chose des parties qu'une structure qu'il s'agit de replacer dans la structure plus vaste encore qu'est la société. Cette vision du contrat amène nécessairement à en revoir le régime.

187. - La critique de l'individualisme s'accompagne nécessairement d'une critique du subjectivisme. Aussi bien ne peut-on voir dans la volonté individuelle le fondement de la force obligatoire du contrat. « Il faut comprendre le contrat non pas comme le rejeton de l'accord des volontés, mais comme un faisceau de relations préexistant à la volonté des parties, relations que les parties peuvent certes orienter et diriger, mais qu'elles ne créent pas »[411]. Ainsi, le rôle joué par la volonté individuelle est, en réalité, très limité : « la volonté ne crée pas des règles propres aux parties ; elle actualise dans les relations interindividuelles des schémas généraux d'échange en puissance dans la société »[412]. Dès lors, l'interprétation du contrat par le juge ne consiste pas tant dans la recherche de la volonté réelle des parties que dans celle du « sens social complet correspondant à l'exécution d'un schéma d'activité sociale »[413]. Au demeurant, cette opinion n'est pas propre aux tenants du structuralisme. L'influence des données d'ordre social dans l'interprétation des contrats a été maintes fois relevée[414]. L'on ne peut manquer d'y voir, comme M. Batiffol, une forme de rationalisation de la volonté : « Les tribunaux recherchent quelle est la solution raisonnable du différend étant donné les stipulations existantes (…) il ne s'agit plus de retrouver une volonté inexistante mais de dire le juste et le raisonnable étant donnée la situation créée. (…) Du fait qu'elles ont entrepris une certaine activité l'objectivité des conséquences sera appréciée par le juge qui leur imposera des obligations auxquelles elles n'auraient certainement pas consenti »[415].

---

[409] P. DAUCHY, Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat, *Archives de philosophie du droit*, t. XXVI, L'utile et le juste, Sirey, 1981, p. 280.
[410] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 276.
[411] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 273.
[412] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 276.
[413] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 276.
[414] A. WEIL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, p. 41 : « à tout moment, il est nécessaire de faire intervenir des données d'ordre social pour découvrir la volonté des contractants ». J. GHESTIN, *Droit civil, t. II*, p. 132 : « sans nier l'autorité des droits subjectifs, ils doivent être conçus comme des éléments d'organisation de la société et être subordonnés au droit objectif ».
[415] H. BATIFFOL, La « crise du contrat » et sa portée, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, p. 17-18.

188. - Le structuralisme privilégie en fait une vision « macro-sociale » du contrat. Le contrat ne peut être considéré comme un huis clos entre ses parties. Ses effets les dépassent, et c'est finalement l'ensemble social même qui est touché. Le juge ne peut rester indifférent à la perméabilité du contrat et, afin d'en permettre une intégration satisfaisante, il doit en faire un contrat socialement acceptable. « La conception objective du lien d'obligation a pour effet d'amener le juge à nommer le contrat ou même à y intervenir selon les fins sociales que ledit contrat met en œuvre ». « Les parties se trouvent dépossédées du but du contrat, qui est la réalisation d'un des schémas d'échanges sociaux »[416]. L'on peut alors s'interroger sur la détermination de ce but contractuel. Là encore, il s'agit de considérer le contrat comme un fait social, et « on passe d'une finalité interne, propre à chacun des contractants qui ne cherchent que leur intérêt immédiat, à un concert réalisant des finalités sociales externes aux individus et générales »[417].

189. - Le structuralisme impose donc une objectivation de la lecture du contrat. Faut-il y voir pour autant une forme de rationalisation ? Nous avons vu que la rationalité était une notion relative. Or, le structuralisme emporte bien, à notre sens, une rationalisation de la volonté des parties. La rationalité qui sert de référence est ici une « rationalité sociale », soucieuse de faire du contrat tel qu'il a été voulu par les parties un contrat « socialement acceptable ».
Le principe de cohérence, s'il marque également une rationalisation de la volonté des parties, se différencie du structuralisme par la détermination du rationnel qu'il postule.

2) Le principe de cohérence, ou la « rationalisation économique »

190. - Le principe de cohérence a été défini par Célice comme « une exigence absolue du droit, en sorte qu'une ligne de conduite étant choisie, il serait impossible d'en changer »[418]. Le principe peut alors être décliné sous deux formes : la cohérence du contrat même, et la cohérence du comportement du contractant. Les besoins de notre étude étant circonscrits à la première de ces deux acceptions, c'est bien la cohérence du contrat même qui retiendra ici

[416] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 278.
[417] P. DAUCHY, *art. préc.*, p. 279.
[418] B. CELICE, *Les réserves de non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. de J. CARBONNIER, L.G.D.J. 1968, n° 174.

notre attention. Il n'est alors plus tant question de constance que de proscrire toute contradiction instantanée affectant la convention[419].

191. - En ce sens, la cohérence entretient un rapport tenu à la rationalité. A cet égard, M. Aarnio, après avoir relevé que les racines de la rationalité se trouvent dans notre culture, ne manque pas d'affirmer que « les concepts de conséquence et de cohérence sont ainsi des éléments inhérents à notre concept commun de rationalité »[420]. Ce lien entre rationalité et cohérence explique les limites de la cohérence. La cohérence est l'expression dynamique de la rationalité. Or, la rationalité, nous l'avons vu, est une notion relative qui ne s'exprime jamais à l'état pur. De là vient que « le Droit tend à la cohérence, à la complétude et à la rationalité. Il se nourrit de cet idéal qu'il n'atteindra jamais. Aussi se satisfait-il d'une « cohérence raisonnable » »[421].

192. - Les applications du principe de cohérence sont multiples, et pourraient expliquer nombre de solutions du droit positif. L'exigence de cohérence raisonnable dans le contrat se manifeste, par exemple, lors de l'interprétation du contrat. L'application du principe de cohérence amène à préférer l'établissement d'une volonté cohérente à la recherche d'une volonté réelle. Si certains y voient « un instrument permettant d'assurer le respect de la volonté contractuelle »[422], ce n'est, à notre sens, qu'au prix d'une présomption irréfragable de rationalité des parties, dont le bien-fondé est discutable. Le principe de cohérence permettrait également d'apprécier le caractère potestatif de l'une de ses dispositions[423]. Il pourrait également fonder la détermination d'un minimum contractuel[424], et constituer l'instrument de mesure de la portée des documents publicitaires[425].

Ces applications, réelles ou supposées, du principe de cohérence illustrent la place de la rationalisation de la volonté en droit positif. Ici, et à l'inverse de ce que nous avions constaté pour la théorie du structuralisme, la rationalité de référence est une rationalité économique. L'interdiction de se contredire est, en effet, la garantie de la réalisation de l'effet économique recherché à travers la conclusion du contrat.

---

[419] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR WATT, P.U.A.M., 2001, p. 24. Voir également p. 43 : « le principe de cohérence apparaît comme une proscription de la contradiction qui n'ose pas dire son nom ».

[420] A. AARNIO, *Le raisonnable comme rationnel*, L.G.D.J. 1987, p. 237.

[421] D. HOUTCIEFF, thèse *préc*., n° 40, p. 54.

[422] *Ibid*, n° 180, p. 167.

[423] *Ibid*, p. 169s.

[424] *Ibid*, p. 291s. L'auteur critique en effet la notion d'obligation essentielle, utilisée jusque là pour la fixation du minimum contractuel, v. p. 340s.

[425] *Ibid*, p. 427s.

La rationalisation de la volonté s'exprime enfin dans une autre tendance doctrinale : celle de l'attente légitime.

3) L'attente légitime du débiteur ou la « rationalisation solidaire »

193. - « L'attente légitime » tire ses origines d'un courant doctrinal connu sous le nom de « philosophie de la croyance » ou « fidéisme »[426], selon lequel un rapport de confiance légitime crée le droit[427]. L'application de cette théorie à la matière contractuelle conduit à envisager sous un angle nouveau les rapports contractuels.

194. - L'attente légitime déplace la valeur de l'engagement de la personne du débiteur, vers la personne du créancier. Ainsi, ce n'est pas tant la volonté de s'engager du débiteur qui fonde la force obligatoire du contrat, que la confiance que fait naître cet engagement chez le créancier. Cette proposition, pour peu orthodoxe qu'elle puisse paraître, n'en est pas moins conforme à la nature du contrat, acte de prévision. « Respecter le contrat, c'est respecter les prévisions des contractants »[428]. En outre, « il peut sembler naturel que l'on apprécie les conditions de la force obligatoire de la promesse en la personne de celui qui s'en prévaut »[429].

195. - Cette théorie emporte nécessairement une objectivation de la lecture du contrat. En effet, l'attente légitime a un rapport si ténu à la volonté déclarée qu'il faut plutôt voir dans cette dernière le véritable fondement de la force obligatoire du contrat. En effet, l'attente légitime ne s'attache pas à la volonté réelle : l'attente légitime n'est que le résultat d'une projection de la volonté réelle à travers le prisme de la volonté déclarée[430]. « Si la volonté prise en compte par le juge ne correspond pas à l'engagement par lequel il (*le débiteur*) entendait se lier dans son for intérieur, elle est la représentation que pouvait légitimement se faire son cocontractant de cette volonté, cette représentation trouvant appui sur sa volonté

---

[426] V. H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. de A. GHOZI, P.U.A.M., 2002, p. 343.

[427] C'est Emmanuel LEVY qui a conceptualisé la théorie de la confiance légitime. E. LEVY, La confiance légitime, *R.T.D.Civ*. 1910.717 ; Responsabilité et contrat, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 361 ; *La vision socialiste du droit*, Marcel Girard éditeur, 1926, p. 77s.

[428] H. LECUYER, Redéfinir la force obligatoire du contrat ? *P.A.*, 6 mai 1998, p. 44.

[429] G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965, n° 114, p. 409.

[430] « Ce qui, dans l'acte juridique est générateur de confiance n'est point l'activité envisagée du dehors, ce ne sont point les faits extérieurs ou objectifs considérés en eux-mêmes que, sous prétexte de science positive, une école voudrait prendre pour unique base de ses théories, c'est la croyance aux faits intérieurs que normalement ils servent à traduire, c'est la représentation de la volonté interne qu'ils sont censés manifester », E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, p. 147.

déclarée »[431]. Ainsi, le système fondé sur l'attente légitime est nécessairement rattaché au principe de la déclaration[432].

Cette objectivation se confond-elle avec la rationalisation que nous essayons d'identifier ? Il le semble puisque constitue une attente légitime « ce que chacun des contractants a pu raisonnablement considérer comme compris dans la déclaration ou le comportement de son partenaire »[433]. La « légitimité » de l'attente peut, dans ce sens, s'identifier à sa « normalité »[434]. Devant l'ambiguïté de ce terme, nous lui préfèrerons la référence au caractère « raisonnable » de l'attente. La notion d'attente légitime peut d'ailleurs être rapprochée des *reasonable expectations* et de la *reliance* du droit anglo-américain[435]. Aussi bien, pour déterminer les attentes du créancier, le juge doit prendre en considération les éléments matériels à la disposition de celui-ci et rechercher quelle croyance raisonnable ces éléments ont pu faire naître[436].

196. - Cependant, la rationalité qui est en jeu dans la théorie de la croyance légitime ressortit, à notre sens, de la doctrine solidariste. C'est en effet la référence à la confiance dans les rapports contractuels et à une forme de fidélité à soi-même qui innerve cette théorie.

197. - Il apparaît donc, au travers de ces trois exemples, que la recherche de la rationalité n'a, en elle-même, guère de sens. Il faut pousser plus avant l'investigation pour comprendre, une fois encore par l'étude de la jurisprudence relative à l'économie du contrat, quelle rationalité y est en jeu et, partant, quelle vision du contrat est promue à travers l'utilisation du concept.

---

[431] A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. de G. VINEY, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 414, 2004, p. 514-515.

[432] Cependant, si la partie qui invoque l'existence d'un contrat aurait dû ou aurait pu savoir que l'apparence était trompeuse, ne correspondait pas à la réalité, elle ne peut se prévaloir de son attente. V. H. AUBRY, thèse *préc*., p. 351.

[433] J. ROCHFELD, thèse *préc*., p. 188.

[434] E. LEVY, *La vision socialiste du droit*, op. cit., p. 69.

[435] Voir *infra* n°214s.

[436] H. AUBRY, thèse *préc*., n° 237, p. 258.

SECTION 2 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, OUTIL DE RATIONALISATION ECONOMIQUE DE LA VOLONTE

198. - La rationalité, imposée par référence à l'économie du contrat, va dans le sens de la recherche d'un effet économique (§ 1). A cet égard, le recours à l'économie du contrat rejoint l'utilisation du « raisonnable » dans les droits étrangers, qui vise également à promouvoir l'utilité économique de l'acte (§ 2).

§ 1 - L'économie du contrat, ou la recherche de l'effet économique du contrat

199. - L'étude des arrêts, que nous avons précédemment menée, nous a permis de mieux comprendre la démarche du juge, lorsqu'il fait référence à l'économie du contrat. Dans toutes les occurrences, il s'agit d'isoler l'effet recherché au travers de la conclusion du contrat et de définir tout le régime du contrat afin de rendre possible la réalisation de cet effet.
Une nouvelle question se pose alors : comment le juge identifie-t-il l'effet attendu ? Nous venons de démontrer qu'il s'agit de l'effet « rationnellement » attendu, c'est-à-dire de l'effet que chercheraient à obtenir des parties raisonnables. Néanmoins, la rationalité n'étant pas un concept neutre, il faut aller plus avant dans l'identification de la nature de cette finalité contractuelle. L'examen de la jurisprudence révèle nettement que la référence à l'économie du contrat permet de garantir le respect de la finalité économique du contrat, puisque c'est elle qui dictera le sens à donner au contrat (A), l'ampleur des obligations des parties (B), et la loi applicable à la relation contractuelle (C).

A. L'effet économique recherché permet d'en interpréter les clauses, par référence à l'économie du contrat

200. - La référence à l'économie du contrat permet une interprétation de la loi contractuelle conforme à la réalisation de l'objectif économique visé. Plusieurs exemples peuvent en être donnés.
L'on peut faire référence, ici, à l'arrêt relatif à l'interprétation d'une clause-recettes. On se souvient que les juges du fond avaient refusé de fixer le loyer minimum garanti au montant de la valeur locative, en relevant que la clause-recettes est un « véritable pari économique qui ne saurait être unilatéralement remis en cause par la société bailleresse au seul motif de la non-réalisation des résultats qu'elle escomptait, lesquels constituaient l'enjeu aléatoire résultant de l'adoption d'un loyer évalué sur des critères économiques ». Le rejet du pourvoi, fondé sur la

référence à l'économie du contrat[437], avalise l'analyse faite par la cour d'appel. C'est bien une analyse économique de la stipulation qui a révélé son caractère aléatoire et, partant, a déterminé son régime.

C'est encore l'analyse économique de la finalité d'une clause prévoyant le versement d'une prime d'exactitude qui a permis d'en retarder l'échéance lors du prolongement contractuel du délai des travaux. En effet, une telle clause constitue une incitation économique pour l'entrepreneur à achever les travaux avant l'expiration du délai initialement prévu. L'allongement du délai global doit entraîner une modification de la date prévue pour le versement de la prime d'exactitude, afin d'en respecter la finalité économique. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par référence à l'économie du contrat[438].

On peut enfin citer la décision relative à l'interprétation d'une clause prévoyant le doublement d'une rente viagère « si le vendeur manifestait le désir de s'installer ailleurs, dans une maison d'accueil ou de retraite »[439]. Les juges ont pu décider que le doublement de la clause n'était pas limité à l'installation dans les lieux prévus contractuellement. En effet, ce doublement est la conséquence, purement économique, de l'abandon du droit d'usage et d'habitation. Sa finalité, telle qu'elle a été retenue par référence à l'économie du contrat, n'est que de monnayer la renonciation à un droit.

Ces arrêts montrent bien, à notre sens, que seule une analyse économique de la relation contractuelle est en jeu par référence à l'économie du contrat. Aucune considération de justice ou de solidarisme contractuel ne justifie ces solutions, qu'inspire seul le souci de respecter les prévisions économiques des parties. Il en va de même s'agissant de la détermination des obligations des parties.

B. L'effet économique recherché transcende les stipulations contractuelles, par référence à l'économie du contrat

201. - La référence à l'économie du contrat permet d'adapter le contenu obligatoire du contrat à la réalisation de l'effet économique attendu. Cette fonction apparaît tant dans le phénomène du forçage que dans celui de l'amiable composition. Il nous a été donné de constater comment le juge, après avoir identifié la finalité économique visée par les parties, leur imposait de nouvelles obligations, non prévues formellement, ou, au contraire, écartaient des stipulations non-conformes à cette finalité.

[437] Civ. 3ème, 19 décembre 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n°1807, pourvoi n°99-10.949.
[438] Civ. 1ère, 2 juin 1993, *Juridisque Lamy*, arrêt n°878, pourvoi n°91-18.694.
[439] Cass. Civ. 1ère, 18 juillet 1995, *Juridisque Lamy*, arrêt n°1366, pourvoi n°90-19.069.

La Cour de cassation a ainsi pu créer, à la charge d'un cessionnaire, « une obligation toute particulière de mettre (ses associés) en état de se déterminer sur les engagements qui auraient permis à la cession de prendre effet »[440]. C'est donc bien la réalisation de l'effet, purement économique, visé par le contrat, qui a dicté l'adjonction d'obligations à la charge de l'une des parties.

A l'inverse, la considération de la finalité économique du contrat peut permettre au juge d'en écarter certaines clauses. Exemple peut en être donné dans une espèce où un arbitre, statuant comme amiable compositeur, avait refusé d'appliquer une clause imposant à la société exploitant un hôtel de conserver son classement en catégorie quatre étoiles luxe. La cour d'appel avait en effet relevé que la finalité de cette clause était d'assurer le maintien du niveau de qualité de l'hôtel, obligation à laquelle s'était conformé le débiteur. Là encore, il s'agit de découvrir, derrière une stipulation, sa raison d'être économique et d'adapter son régime à cette finalité.

Dans ces hypothèses, on remarquera encore que seules des considérations économiques sont intervenues pour justifier les solutions fondées sur l'économie du contrat. Ce sont ces mêmes considérations qui imposent la loi applicable au contrat.

C. L'effet économique recherché impose la loi applicable au contrat, par référence à son économie

202. - Le contentieux de la loi applicable au contrat international illustre l'analyse économique qu'a permis la référence à l'économie du contrat. En effet, elle apparaît comme une alternative à la loi d'autonomie[441], et met en jeu des critères objectifs de localisation, tels la nature juridique ou l'objet du contrat, ou encore le lien qu'il possède avec d'autres contrats[442]. Batiffol voit d'ailleurs dans la référence à l'économie du contrat une expression plus large que celle de « termes du contrat », qui « permet de tenir compte de l'ensemble des caractères de l'opération, et on peut y voir la possibilité de se référer au milieu économique dans lequel le contrat s'est formé »[443].

La coloration économique de la référence à l'économie du contrat est pareillement illustrée dans le contentieux de la qualification des contrats. Le concept y permet de mener une analyse concrète de l'organisation des rapports entre les parties, et des effets concrets qui en sont attendus. C'est notamment par une mise en perspective de l'importance de chacune des

[440] Cass. Com., 10 février 1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n°411, pourvoi n°95-21.631.
[441] Voir *supra* n°92s.
[442] Cass. Civ., 2 juillet 1946, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1958.128, note FRANCESKAKIS (pour un mandat).
[443] H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ., 6 juillet 1959, *Rev. cr. dr.int. pr.*, 1959, p. 712.

prestations dues que la référence à l'économie du contrat en permet la qualification. Or, cette hiérarchisation des éléments contractuels n'est pas fondée sur la volonté des parties, mais sur des éléments objectifs, purement économiques[444].

203. - Le constat de la coloration économique de l'économie du contrat condamne-t-il son utilisation dans les contrats dits de bienfaisance ? Il ne nous le semble pas. S'il est vrai que la jurisprudence n'a encore, à notre connaissance, jamais fait référence à l'économie du contrat pour de telles conventions, une telle occurrence ne nous paraît pas impossible. En effet, quand nous évoquons l'analyse « économique » du contrat promue par sa référence, nous ne faisons pas tant allusion à une recherche de bénéfices qu'aux modalités prévues de partage des ressources. Le terme « économique » ne vise pas nécessairement un profit attendu du contrat, il s'attache simplement aux règles de distribution des richesses. Aussi bien, la référence à l'économie du contrat, en permettant une rationalisation « économique » du contrat, vise simplement à ce que soit respectée la répartition des ressources que peut raisonnablement en attendre chaque partie. En ce sens, notre référence française à l'économie du contrat présente de nombreuses similitudes avec l'utilisation faite du « raisonnable » dans les droits étrangers.

§ 2 - La convergence avec le « raisonnable » des droits étrangers

204. - Les droits étrangers connaissent un phénomène identique à celui qui se manifeste en France par la référence à l'économie du contrat. Le contrat y est également normalisé afin que puisse être atteinte sa finalité économique. C'est par le biais du raisonnable que cette tendance s'est incarnée en droit international (A). On la retrouve également en droit anglo-américain et, de façon plus discrète, dans certains pays de tradition civiliste (B).

A. Le « raisonnable » en droit international privé

La rationalisation s'exprime en droit international par la référence au « raisonnable ». Les rédacteurs des principes du droit européen des contrats n'y sont pas restés insensibles (1). Il faut dire que de nombreux textes internationaux y faisaient déjà référence (2).

[444] Voir Cass. Civ. 3ème, 10 février 1993, *Juridisque Lamy*, arrêt n°279, pourvoi n°91-11.058, ou Cass. Com., 29 mai 2001, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1073, pourvoi n° 98-21.126, cités *supra*.

1) Le « raisonnable » en droit international prospectif : les principes du droit européen des contrats

205. - La référence au « raisonnable » apparaît de façon récurrente dans les principes du droit européen des contrats. La notion y est utilisée pour exprimer diverses exigences : les qualités d'une personne érigée en référence, les qualités d'un acte, ce qu'une partie est censée pouvoir prendre en considération ou faire, le temps pendant lequel une partie doit attendre avant d'agir, le temps nécessaire pour parvenir à un accord en cas de renégociation, le délai dans lequel un événement doit survenir, quels efforts on doit exiger d'une partie, quelle proportion doit exister entre le coût et le résultat, quelle proportion doit exister entre l'importance de l'inexécution et le moyen utilisé, quelle est la chance de survenue d'un événement futur, et quelle est la solution à appliquer[445].

Toutes ces applications du « raisonnable » ne nous intéressent pas au même chef. La plupart d'entre elles traduisent en effet une exigence de modération, étrangère à l'objet de notre étude. Le « raisonnable » que nous nous attachons à cerner renvoie à la raison, et non à la mesure. Les dispositions concernées sont alors beaucoup moins nombreuses.

206. - Nous citerons en premier lieu l'article 2 : 102, aux termes duquel « l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre ». Cette disposition nous paraît particulièrement intéressante, en ce qu'elle n'attache d'effet aux manifestations de volonté que par la perception qu'en aurait un contractant raisonnable. Le détachement par rapport à la volonté réelle est double : en premier lieu, il y a un détachement de la volonté du débiteur, puisque l'appréciation de la portée de l'engagement est déplacée vers le créancier. En outre, il y a un détachement même de la personne du créancier, puisque le point de référence n'est pas sa propre perception de la portée de l'engagement, mais celle qu'en aurait un contractant raisonnable. Il y a bien, en ce sens, rationalisation de la perception du créancier, qui emporte rationalisation de la volonté du débiteur.

L'on peut citer ensuite l'article 2 : 106 (2), qui exclut l'effet d'une clause d'interdiction de modification orale : « les déclarations ou le comportement de l'une des parties peuvent l'empêcher de se prévaloir de cette clause si l'autre partie s'est fondée raisonnablement sur eux ». Là encore, la raison constitue la mesure de la portée d'un engagement. C'est de

[445] *Principes du droit européen des contrats*, version présentée par G. ROUHETTE, avec le concours de I. LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Société de législation comparée, vol. 2, 2003, p. 85-86.

nouveau la perception raisonnable d'une manifestation extérieure de volonté qui emporte la décision.

Le même principe est mis en application dans l'article 2 : 202 (3) (c), qui dispose que la révocation d'une offre est sans effet « si son destinataire était raisonnablement fondé à la croire irrévocable et s'il a agi sur la foi de l'offre ». C'est la confiance légitime du destinataire de l'offre qui commande le régime de celle-ci. Dès lors, la portée de l'offre ne dépend pas tant de la volonté de son auteur, que de la façon dont elle est accueillie, non par la personne à qui elle est adressée, mais par une personne raisonnable.

Ces dispositions font largement écho à la théorie de l'attente légitime, que nous évoquions précédemment[446]. Il s'agit, à notre sens, de « responsabiliser » le débiteur. Donner effet à ses manifestations extérieures de volonté, telles qu'elles peuvent être raisonnablement perçues, c'est le menacer d'être trahi par ses actes ou ses paroles, et, par là même, l'inciter à calquer son comportement sur sa volonté réelle.

L'on citera enfin l'article 5 : 101 (3), relatif aux règles générales d'interprétation des contrats. Si la primauté est donnée à la commune intention des parties, l'alinéa 3 de l'article 5 : 101 prévoit qu'à défaut de pouvoir découvrir une telle intention, « on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances ». Cette disposition marque non seulement une objectivation de l'interprétation, mais également une rationalisation ostensible de la volonté des parties. Il faut préciser cependant que le juge n'est, évidemment, pas autorisé à bouleverser le contrat sous couvert d'interprétation et à aller contre la volonté non équivoque des parties. L'interprétation « rationalisante » du contrat n'est qu'une méthode subsidiaire d'interprétation.

207. - La lecture de ces dispositions peut conduire à affirmer, en caricaturant quelque peu, que « la force obligatoire et le contenu du contrat selon les Principes pourraient se résumer de la façon suivante : « tout contrat oblige les parties à une exécution de bonne foi dans les limites de leur attente raisonnable » »[447].

Il reste alors à définir le « raisonnable », ce que s'attache à faire l'article 1 : 302 des Principes du droit européen des contrats, aux termes duquel « doit être tenu pour raisonnable (…) ce que des personnes de bonne foi, placées dans la même situation que les parties regarderaient

[446] Voir *supra* n°193.

[447] G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, p. 153.

comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées ».

L'appréciation du « raisonnable » nous paraît rejoindre la référence à l'économie du contrat. La considération de la nature et du but du contrat en révèlent une analyse finaliste. Or, l'identification de la finalité visée, au regard des pratiques des professions concernées, nous semble inviter nécessairement à une analyse économique du contrat, selon la même démarche que celle engagée par référence à l'économie du contrat.

Il nous reste à vérifier si une même utilisation du raisonnable est faite en droit international positif.

2) Le « raisonnable » en droit international positif

Le « raisonnable » occupe, dans les textes internationaux, une place très importante (a), comme l'illustre la multitude des références qui lui sont faites (b).

a. L'importance du « raisonnable » en droit international privé

208. - L'unification du droit du commerce, qu'elle soit encouragée ou imposée, se fonde souvent sur des standards. A cet égard, la recherche des solutions « raisonnables » constitue un principe très utilisé en droit international, repris dans les traités internationaux. C'est ainsi que les principes relatifs au droit du commerce international élaborés par Unidroit, ou la Convention de Vienne relative aux ventes internationales de marchandises mettent particulièrement en exergue la référence au « raisonnable », au point que l'on a pu dire de la Convention qu'elle avait voulu ériger le « raisonnable » en règle de droit[448].

Deux raisons expliquent l'importance de la référence au « raisonnable » dans la Convention de Vienne. La première tient à son inspiration anglo-saxonne. Or, le « raisonnable » tient, en *Common Law*, une place importante[449]. En second lieu, il faut y voir une manifestation de la volonté des auteurs de la Convention de faire prévaloir dans le contrat de vente ce qui va dans le sens de la validité ou de la survie du contrat plutôt que dans le sens de son anéantissement[450].

[448] On peut ainsi dénombrer 39 références au « raisonnable » dans les Principes Unidroit, et 46 dans la Convention de Vienne. V. F. DIESSE, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, *Revue de droit des affaires internationales* 1999, p. 765-766.

[449] V. *infra* n°214s.

[450] C'est ainsi que les auteurs de la Convention eux-mêmes ont défini ses objectifs.

209. - Plus largement, le raisonnable, comme tout standard, a pour mérite de faciliter l'adhésion, en apparence tout au moins. Son utilisation n'emporte-t-elle pas cependant un risque d'arbitraire ? Si le risque existe, il demeure fortement encadré par la référence, objective, à la pratique commerciale internationale. En effet, la définition du raisonnable doit donc tenir compte, tant de la nature des relations qu'elle régit que du contexte dans lequel il s'inscrit. C'est dire que le comportement raisonnable doit se jauger à l'aune des usages du commerce, par rapport à ce qu'aurait fait une personne rompue aux affaires commerciales internationales. En outre, l'appréciation, en tant qu'elle est propre aux affaires internationales, se doit d'être détachée de toute connotation nationaliste. Le droit du commerce international n'en appelle pas à une entité abstraite qui serait trop éloignée des réalités économiques qu'il entend maîtriser. Si la personne raisonnable est un modèle de contractant, celui-ci doit être placé dans la même situation et être de même qualité que la partie soumise au test. Le contractant raisonnable constitue donc une référence médiate, permettant de réaliser un équilibre original entre l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto*, comme le montre l'utilisation qu'en font les textes[451].

b. Les illustrations de la référence au « raisonnable » en droit international privé

210. - La référence au « raisonnable » innerve toute la vie contractuelle, depuis la conclusion du contrat, jusqu'à sa disparition. Nous allons ici rappeler ses principales manifestations dans les textes internationaux.

La référence au « raisonnable » est utilisée pour régir la formation du contrat. C'est ainsi que les principes Unidroit en font le critère du caractère déterminant de l'erreur, vice du consentement. Aussi bien l'erreur n'est-elle sanctionnée que si elle a été « d'une importance telle qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou se serait engagée à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable » (article 3 – 5)[452].

211. - Le « raisonnable » apparaît également comme une référence d'importance dans le contentieux de l'interprétation des contrats. Quoiqu'y étant un critère subsidiaire, il n'en demeure pas moins une véritable grille de lecture du contrat. Ainsi, si le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention de Vienne énonce que le contrat doit être interprété selon

[451] V. FORTIER, Le contrat du commerce à l'aune du raisonnable, *J.D.I.* 2, 1996, p. 318.
[452] Précisons ici que la convention de Vienne exclut, quant à elle, la question des vices du consentement, comme étant un domaine réservé des règles étatiques.

l'intention des parties, le paragraphe 2 préconise, à défaut, d'avoir égard au « sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie placée dans la même situation leur aurait donné ». La disposition est une invite, faite aux parties, à la clarté et à la précision. Le paragraphe 3 détaille enfin les circonstances à prendre en considération dans l'appréciation du raisonnable. C'est ainsi qu'il devra être tenu compte des négociations intervenues entre les parties, de leurs habitudes, des usages et de tout comportement ultérieur[453].

Les arbitres du commerce international adoptent une position identique. « La volonté clairement exprimée des contractants est la pierre angulaire de l'interprétation mais la cohérence de l'interprétation fondée sur la volonté contractuelle est mesurée à l'aune du raisonnable »[454]. Il faut dire que la Convention Vienne n'est pas le seul texte à prescrire une interprétation raisonnable du contrat. L'on peut citer également la Convention de La Haye du 1er juillet 1964, dont le premier alinéa de l'article 74 dispose que « à défaut d'intention des parties il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique ». Enfin, les principes Unidroit, en leur article 4 – 1, paragraphe 2 préconisent également, lorsque la volonté ne peut être établie ou décelée facilement, d'interpréter le contrat selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation. Là encore, le critère d'interprétation n'est pas général et abstrait, puisque l'article 4 – 2 précise que doivent être pris en considération les négociations préliminaires, les pratiques entre les parties, le comportement de celles-ci postérieurement à la conclusion du contrat, la nature et le but du contrat, le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche commerciale considérée et les usages.

212. - La référence au raisonnable est également utilisée dans la phase d'exécution du contrat. Les juridictions arbitrales l'utilisent notamment pour apprécier la teneur d'une obligation de moyens. Plus largement, le « raisonnable » sert à jauger la gravité d'une contravention au contrat. L'article 25 de la Convention de Vienne dispose ainsi que « une contravention au

---

[453] La personne raisonnable ne doit donc pas être appréciée *in abstracto*, comme le note M. FARNSWORTH : « *paragraph 2 requires a tribunal to hypothesize a reasonable person of the same kind as the other party wih respect, for example, to such matters as linguistic background and technical skill. And it requires the tribunal to hypothesize that this person is in the same circumstances as the other party with respect, for example, to knowledge of prior dealings and negociations between the parties and awareness of world markets and events*.", Interpretation of contract, in *Commentary on the international Sales Law*, ouvrage sous la direction de Bianca et Bonell, Giuffré, 1987, p. 99.

[454] V. FORTIER, *art. préc*., p. 322. A cet égard, l'on peut souvent relever, dans les sentences arbitrales, des formules telles que « il est raisonnable d'admettre » ou « (…) semble une interprétation raisonnable et plausible de la volonté des parties », ou « signification raisonnable ».

contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ». Les principes Unidroit sont approchants sur la question.[455].

213. - Il est frappant de constater la récurrence des critères économiques dans l'appréciation du raisonnable en droit international. La référence au but du contrat et aux usages dans la branche commerciale visée nous apparaissent illustrer l'influence de l'économique sur le raisonnable. Il faut y voir une illustration supplémentaire du souci de pragmatisme et d'efficacité qui domine le commerce international. En outre, nous l'avons dit, la pénétration du « raisonnable » en droit international privé doit beaucoup à l'influence anglo-saxonne. C'est pourquoi nous devons nous intéresser maintenant au « raisonnable » tel qu'il apparaît dans les droits étrangers.

B. Les manifestations du « raisonnable » dans les droits étrangers

La référence au « raisonnable » apparaît le plus nettement en droit anglo-américain (1). Pour autant, certains droits de tradition civiliste connaissent des phénomènes comparables (2).

1) La rationalisation de la volonté en *Common Law*

L'exemple du droit anglo-américain nous paraît extrêmement intéressant, à deux égards. En premier lieu, une place très importante y est faite au « raisonnable » (a). D'autre part, ce droit a développé des techniques de rationalisation de la volonté qui nous semblent très proches de celles que fonde la référence à l'économie du contrat (b).

a. La place du reasonable en droit anglo-américain

214. - La notion anglo-saxonne de standard est issue des techniques particulières de la Cour Suprême (*rule of reasonableness, due process of law*), ainsi que des idées du doyen de Harvard, Roscoe Pound. C'est ainsi que la référence au « raisonnable » innerve tout le droit

[455] Lorsqu'un contractant invoque l'inexécution essentielle de l'article 7-3-1, il ne pourra mettre fin au contrat que si le débiteur démontre qu'il n'avait pas prévu ou n'avait pu raisonnablement prévoir que l'inexécution était essentielle pour l'autre partie. Il faut relever ici que la condition est alternative, tandis qu'elle est cumulative dans la Convention de Vienne.

anglo-américain[456]. Elle se manifeste en droit public (*public law*), en droit pénal (*criminal law*), en droit de la famille, de la responsabilité civile, et enfin en droit des contrats. C'est évidemment ce domaine qui retiendra notre attention.

Le principe général y est que « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier – de ce à quoi il pouvait s'attendre – raisonnablement. »[457]

Le caractère raisonnable des dispositions contractuelles constitue donc la mesure de leur force obligatoire[458]. C'est là un effet important de la référence au raisonnable, qui exige qu'on en précise quelque peu le sens.

215. - Le « raisonnable » a bien des mérites, communs à tous les concepts à contenu variable. On peut imaginer le ranger parmi les valeurs universelles, admises par tous. Si le principe d'une telle référence apparaît si louable, il reste à le définir, ce qui ne manque pas de susciter certaines difficultés. Comme le dit Chaïm Perelman, « en fait, ces valeurs font l'objet d'un accord universel dans la mesure où elles restent indéterminées ; dès qu'on tente de les préciser, en les appliquant à une situation ou à une action concrète, les désaccords (…) ne tardent pas se manifester »[459]. Le *reasonable* du droit anglo-américain n'échappe pas à cet écueil.

216. - La première difficulté tient au niveau d'exigence où l'on doit placer le « raisonnable ». Le standard de référence est-il, en ce sens, le contractant moyen ou le contractant idéal ? Sur la question, N. Maccormick a soin de préciser que « *the reasonable man, that convenient legal fiction, is of course no paragon of virtue. He is neither saint, hero not genius. He represents the Aristotelian virtue of prudence, in its ideal-typic form as a golden mean between over cautiousness and rashness*"[460]. Nous ne pouvons que partager le réalisme d'une telle solution. Toutes les difficultés n'en sont pas pour autant levées.

---

[456] N. MACCORMICK, On reasonableness, in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VAN DER ELST, Travaux du CNRL, Bruylant 1984, p. 132 : « *in many branches of the law, « reasonableness » is the standard set by the operative principles and rules of conduct and judgement* ».

[457] J. CARBONNIER, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 24-25 octobre 1985, P.U.F., p. 35.

[458] Un principe similaire existe en droit italien, sous le nom de « confiance du créancier », à l'initiative de G. GORLA, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Edition de l'Institution universitaire d'études européennes de Turin, 1958, spé. p. 90s.

[459] Ch. PERELMAN, *L'Empire Rhétorique, Rhétorique et Argumentation*, Paris, 1977, p. 40.

[460] N. MACCORMICK, *art. préc.*, p. 152.

217. - Il faut encore se demander comment il convient d'apprécier le « raisonnable » : *in concreto* ou *in abstracto* ? Si Adam Smith représente l'homme raisonnable comme « *the ideal impartial spectator* »[461], cette opinion philosophique nous paraît juridiquement peu pertinente. Il nous semble en effet tout aussi vain qu'artificiel de vouloir isoler le contractant de son environnement[462]. Il ne s'agirait alors que d'une fiction. Le rapport au fait est de l'essence du droit, et ne peut être occulté de l'appréciation du raisonnable. A cet égard, « *a just judge is not an objective and disinterested spectator whose judgements are just because in describing faithfully what he sees they conform to some exterior reality. The judge cannot stop at letting the facts speak for themselves : he must take a position with respect to them*"[463]. Au final, le "raisonnable" apparaît certes comme un modèle abstrait, qu'il convient cependant d'apprécier dans le contexte factuel auquel il est soumis.

Il apparaît donc très difficile de définir le « raisonnable ». Pour autant, le concept joue un rôle très important en *Common Law*. Le droit anglo-américain a en effet développé une approche très pragmatique des relations contractuelles, qui se manifeste également dans les techniques d'interprétation du contrat.

b. Les techniques anglo-américaines d'interprétation du contrat

218. - Deux techniques d'interprétation développées en *Common Law* nous paraissent illustrer parfaitement le procédé de rationalisation de la volonté.

La première est la *repugnancy*. Elle signifie qu'il est « répugnant » de promettre de faire quelque chose et, dans le même temps, de s'exonérer de sa responsabilité de faire cette chose. En ce sens, si un document contient des stipulations contradictoires, une partie du document est réputée non écrite[464]. En effet, le juge doit lire le contrat dans son ensemble et essayer d'y cerner les intentions réelles des parties afin de lui donner une interprétation validante[465].

---

[461] A. SMITH, *The theory of Moral Sentiments*,ed. D.D. Raphael and A.L. Mac Fie, Oxford, 1976, p. 129.

[462] V. N. MACCORMICK, pour qui « *such an appeal to an ideal impartial spectator or reasonable man represents our common desire to find common criteria of moral and practical judgement which have at least inter-subjective, if not absolutely objective, validity within a given social milieu* », *art. préc*., p. 153.

[463] Ch. PERELMAN, *Justice, Law and Argument : Essays on Moral and Legal Reasoning*, Dordrecht, Boston, London, 1980, p. 67.

[464] G.L. WILLIAMS, The doctrine of Repugnancy, (59) LQR, p. 343 "*If a document contains mutually inconsistent provisions it is said to be repugnant… The general rule of interpretation in English law is a sensible one : the document must be read as a whole, and effect must be given to the part that is calculated to carry out the real intention of the party or the parties, the other parts being rejected*".

[465] R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. De J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 336, 2000. Sur le droit français, voir *infra* n°272s.

La seconde technique de rationalisation de la volonté peut être rapprochée de la première. Il s'agit de la technique de l'objectif principal (*main objects*), utilisée par la jurisprudence dans l'affaire *Glynn v. Margeston*[466]. En l'espèce, une clause du contrat (clause « standard » imprimée sur un connaissement) donnait à l'armateur la « liberté d'accoster et de séjourner dans tout port ou dans n'importe quel ordre de rotation ». Or, le navire, chargé d'une cargaison d'oranges à destination de Liverpool, fit escale dans un port qui n'était pas sur la route de Liverpool. La cargaison se trouvant endommagée, du fait du retard, les ayants droit du cocontractant de l'armateur se retournèrent contre lui. Celui-ci leur opposa alors les termes du contrat, l'autorisant à s'arrêter au cours du voyage. La Chambre des *Lords* identifia dans un premier temps l'objectif principal du contrat au regard de l'intention des parties : le voyage convenu de Malaga à Liverpool. Ensuite, la Cour interpréta la clause de liberté à la lumière de cet objectif. Elle décida alors que la liberté du navire était limitée à la possibilité de s'arrêter aux ports se situant sur le trajet. On reconnaît dans cette phase du raisonnement l'utilisation de la technique de la *repugnancy*. Une fois défini l'objectif principal, il s'agit d'éradiquer les clauses qui portent atteinte à sa réalisation.
La rationalisation de la volonté est évidente, qui fait abstraction des stipulations, librement acceptées par les parties, entravant la finalité du contrat[467].

La *Common Law* connaît donc plusieurs techniques de rationalisation. Le rapport qu'elle entretient au « raisonnable » est très fort, et la volonté des parties est interprétée à la lumière de la finalité économique du contrat. En ce sens, il nous semble que l'influence anglo-saxonne est manifeste sur le concept d'économie du contrat. Il ne faudrait cependant pas en conclure que la rationalisation de la volonté n'est pas connue d'autres systèmes.

2) Des références comparables dans les pays de tradition civiliste
L'Allemagne (a) et la Suisse (b) connaissent des techniques de rationalisation de la volonté, ayant évolué d'une normalisation de la volonté à une rationalisation de la volonté.

[466] (1893) A.C. 351.
[467] Il faut remarquer, ici, que la finalité du contrat est celle que visent les parties. Ainsi, « *main objects are not to be confused with so-called « fundamental terms » or « fundamental obligations »…they are not terms of the contract at all… but they are the main commercial or other purposes which the parties intent to effect by their contract* », B. COOTE, Exception Clauses, Sweet and Maxwell, 1964, p. 95.

a. La rationalisation économique en droit allemand

219. - La rationalisation de la volonté s'est manifestée en droit allemand à travers la règle de l'inhabituel. D'origine prétorienne, cette règle, fondée sur l'idée de typicité des contrats, postule que le consentement s'attache, non au contrat réellement conclu, mais à l'image abstrait de ce contrat telle que la renvoie le modèle imposé[468]. Dès lors, la volonté des parties ne portant que sur le type, toute disposition s'écartant de ce type doit être éradiquée. En effet, les parties, lorsqu'elles n'ont pu négocier leur contrat et qu'elles ont adhéré à un type contractuel, sont censées n'avoir consenti qu'à son contenu habituel[469]. Doit en conséquence être écartée toute clause à laquelle le contractant (consommateur ou professionnel) ne pouvait « honnêtement et équitablement » s'attendre eu égard à la nature du contrat et aux circonstances ayant présidé à sa conclusion[470]. L'article 3 de la loi du 9 décembre 1976 reprend cette idée. Il dispose en effet que « des dispositions contenues dans les conditions générales d'affaires qui, compte tenu des circonstances, en particulier de l'aspect extérieur du contrat, sont tellement inhabituelles que le partenaire contractuel du stipulant n'a pas à s'y attendre, ne deviennent pas partie du contrat[471] ».

La règle de l'inhabituel sanctionne donc tout écart au type, sans plus de justification. L'écueil d'une telle référence, purement sociologique, est la validation de l'inéquitable habituel. En effet, peu importe qu'une stipulation soit profondément injuste, son appartenance au modèle habituel la met à l'abri de l'éradication. En outre, la règle de l'inhabituel conduit à une véritable standardisation des figures contractuelles, qui, bridant l'imagination des rédacteurs, aboutit à une sclérose des modèles de contrats. La jurisprudence allemande, en donnant sa faveur à l'article 9 de la loi de 1976, est parvenue à dépasser les travers de la règle de l'inhabituel.

220. - L'article 9 interdit toute clause qui, en méconnaissant la bonne foi, cause un préjudice excessif à l'autre partie. Or, l'existence d'un tel préjudice est présumée, dans les contrats nommés, si la clause « est incompatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte ». C'est dépasser l'exigence stricte d'une conformation au modèle, pour ne prescrire qu'une conformité à « l'image directrice » que le droit supplétif donne du

---

[468] Il faut en effet préciser que la règle de l'inhabituel ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion.

[469] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 191.

[470] D. BEN ABDERAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. de M. PEDAMON, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 196, 1985, n° 102.

[471] § 3, loi du 9 décembre 1976 (dans la traduction d'A. RIEG, Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays CEE – République fédérale d'Allemagne, *R.I.D.C.* 1989.1.104s, n° 23.

type de contrat considéré[472]. S'agissant des contrats innommés, le préjudice est présumé si la clause « restreint les droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but du contrat est menacée ». Cette disposition nous paraît extrêmement intéressante.

En premier lieu, elle commande une analyse téléologique du contrat : « cette disposition renvoie ainsi à l'idée d'un contrat, structure logique et cohérente, dont les éléments doivent s'organiser autour du résultat à atteindre »[473]. L'on ne peut alors manquer d'établir un parallèle avec la technique anglo-saxonne du *main objects*, couplée à celle de la *repugnancy*. Dans les deux cas, l'identification de la finalité du contrat est l'étape préalable dont dépendront ensuite l'interprétation, et l'éventuelle éradication, des différentes stipulations.

En second lieu, cette disposition nous permet d'insister ici sur la distinction qu'il convient de faire entre la rationalisation et la standardisation. La règle de l'inhabituel, en ce qu'elle prescrit la conformation à un modèle figé, emporte une standardisation, une uniformisation des figures contractuelles. La référence à la nature du contrat emporte certes une normalisation, mais non une standardisation. Il n'est pas question d'exiger de la volonté qu'elle se fonde dans un moule préétabli. Il n'est question de lui imposer que la cohérence à sa finalité économique.

La rationalisation de la volonté n'emporte donc pas nécessairement une uniformisation des contrats. C'est également ce que démontre l'analyse du droit suisse.

b. La rationalisation économique en droit suisse

221. - Le principe général de bonne foi, posé par l'article 2 du Code civil suisse, limite l'accord des volontés à ce que chacune des parties a pu raisonnablement considérer comme compris dans la déclaration ou le comportement de son partenaire[474]. La jurisprudence suisse en a conclu à l'éradication des clauses « inhabituelles » ou « insolites ». Là encore, l'habituel est apprécié par référence à la pratique contractuelle, qui « revêt alors une portée normative »[475]. Limiter ainsi l'attente légitime à celle de la reproduction du type conduit à une pérennisation de la pratique contractuelle, sans égard à ses mérites.

---

[472] A. RIEG, *art. préc.*, n° 36.
[473] J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 204.
[474] J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 194.
[475] F. DESSEMONTET, Le contrôle judiciaire des Conditions générales, in *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Travaux de la journée d'étude du centre de droit de l'entreprise, 10 mars 1988, Université de Lausanne, p. 80.

222. - Face aux mêmes écueils, le droit suisse a connu une évolution comparable à celle du droit allemand. Aussi bien l'article 8 de la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 prohibe-t-il les conditions générales qui « sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui dérogent notablement au régime légal directement ou par analogie (a), ou prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat (b). »

Désormais, une clause est insolite si elle est incompatible avec la « nature du contrat », c'est-à-dire si elle contrarie sa cohérence interne, telle que la commande sa finalité, qu'elle soit typique ou atypique[476].

Le droit suisse nous inspire fort logiquement les mêmes commentaires qu'avait suscités l'étude du droit allemand. A la conformation à un modèle préétabli a été préférée la conformité à la finalité contractuelle, permettant de passer d'un contrôle quantitatif (le contrat s'aligne-t-il sur la majorité ?) à un examen qualitatif (le contrat est-il cohérent ?).

223. - Il apparaît donc que la jurisprudence française, par l'utilisation qu'elle fait de la référence à l'économie du contrat, consacre un concept original, dont l'intérêt rejoint cependant des phénomènes bien connus des droits étrangers. Aussi bien, qu'il s'agisse de se référer à l'économie du contrat, au « raisonnable », ou à l'insolite, la démarche demeure résolument finaliste et économique.

[476] F. DESSEMONTET, Que reste-t-il de l'article 8 sur les conditions générales ?, *Société anonyme suisse*, 1987, p. 111.

CONCLUSION DU TITRE 2

224. - La rationalisation du contrat opérée, en jurisprudence, par référence à son économie, ne peut guère surprendre. L'exigence de rationalité fonde classiquement la force obligatoire du contrat. S'il est une chose d'exiger la rationalité des parties, et une autre chose de substituer à leur volonté réelle une volonté rationalisée, la limite entre les deux mécanismes est si ténue que la jurisprudence passe insensiblement de l'un à l'autre. L'économie du contrat apparaît cependant comme l'outil idéal d'une institutionnalisation de ce phénomène de rationalisation, qui ne s'exprimait jusqu'alors que de façon très diffuse. L'intérêt d'une telle démarche est pourtant flagrant : en réintroduisant dans le contrat la rationalité qui y faisait défaut, elle permet la réalisation de sa finalité. Il reste alors à déterminer quelle est la finalité contractuelle. C'est le rôle social même du contrat qui est en jeu derrière l'identification de sa finalité : le contrat est-il un instrument politique, éthique ou économique ? L'analyse du contrat, telle qu'elle est relayée par référence à son économie, est résolument économique.

225. - Aussi bien, l'économie du contrat, en proposant une grille de lecture rationalisée du contrat, permet-elle d'assurer la réalisation de sa finalité, économiquement considérée. Il s'agit alors de garantir que chaque partie tirera du contrat ce qu'elle pouvait objectivement en attendre.

Conclusion de la première partie

226. - L'économie du contrat nous est apparue comme un instrument de rationalisation de la volonté. Agissant sous les traits d'un révélateur de la volonté réelle des parties, le concept sert en réalité ce que nous pouvons appeler, non sans une certaine ironie, le « contractuellement correct ». En présumant irréfragablement la rationalité des parties, il livre le contrat aux mains du juge. « Alors, il semblerait que les parties elles-mêmes soient devenues des esprits tellement désincarnés que leurs personnes concrètes doivent être autorisées à reposer en paix. A leur place, s'élève la figure de l'homme juste et raisonnable. Et ce fantôme, qui ne représente après tout que la conception anthropomorphique de la justice, est et doit être le juge lui-même »[477]. S'il est vrai que la démarche semble peu respectueuse de la volonté réelle des parties et, partant, de l'autonomie de la volonté, ses mérites ne peuvent être contestés.

227. - L'identification de la finalité économique de la convention et l'adaptation de tout son régime à cette finalité constituent dans la plupart des cas une protection des parties contre leur propre irrationalité. La limite à la liberté des parties n'est guère choquante, qui n'est qu'une entrave à leur liberté d'être irrationnelles… En outre, le phénomène n'emporte pas, comme on pouvait le craindre, une standardisation des figures contractuelles. Il n'est en effet nullement question de fondre la volonté dans un moule préétabli, mais de s'assurer de la conformité de l'expression de cette volonté à la finalité qu'elle visait.

228. - Enfin, si le concept d'économie du contrat apparaît comme une originalité française, son utilisation rejoint en réalité celle qui est faite du « raisonnable » dans nombre de droits étrangers. C'est ainsi que le droit anglo-saxon connaît un certain nombre de mécanismes dont les effets sont tout à fait comparables à ceux que notre jurisprudence fait produire à l'économie du contrat. En ce sens, il nous semble que le concept traduit, en droit français, l'émergence d'un souci de pragmatisme et de dépassement des théories classiques.
Le même souci traverse la seconde fonction assignée à l'économie du contrat : celle d'étalon contractuel.

[477] *Davis contractors* (1956) *A.C.*, p. 729.

SECONDE PARTIE

L'ECONOMIE DU CONTRAT,

ETALON CONTRACTUEL

229. - L’économie du contrat, nous venons de le voir, a introduit en droit français une façon originale de lire le contrat. C’est là la première fonction que lui a assignée la jurisprudence. Cependant, la détermination du régime applicable au contrat n’épuise pas le contentieux mettant en jeu l’économie du contrat.

La notion apparaît également dans d’autres types de litiges, où c’est la survie même du contrat qui est en question. L’économie du contrat s’y est imposée comme une nouvelle façon d’évaluer le contrat, comme un véritable étalon contractuel. Nous entendons par là qu’elle est la mesure de référence à l’aune de laquelle le juge va décider du sort du contrat. Elle apparaît en cela comme un grille d’évaluation économique du contrat (Titre 1). L’étalonnage qu’elle introduit s’organise autour de l’utilité du contrat, dont elle s’impose comme la garante (Titre 2).

TITRE 1

L’économie du contrat, grille d’évaluation économique du contrat

230. – L’économie du contrat a permis aux juges de formuler un nouveau critère de validité ou de survie du contrat. Dans de nombreuses espèces, c’est en effet au regard de l’économie du contrat que s’est joué le sort de la convention. La question se pose alors de l’originalité des solutions fondées sur cette notion par rapport à celles qu’aurait dictées l’application des règles traditionnelles.

Nous verrons ainsi que l’économie du contrat apparaît comme une grille d’évaluation économique du contrat, puisqu’elle permet le maintien des contrats présentant un intérêt économique (chapitre 1), et autorise l’immixtion du juge dans les contrats ne présentant pas un tel intérêt (chapitre 2).

Chapitre 1

Le maintien des contrats présentant un intérêt économique

231. - La référence à l'économie du contrat permet d'apprécier l'intérêt économique présenté par le contrat tant dans sa phase de formation (section 1), que lors de son exécution (section 2).

SECTION 1 : LE MAINTIEN DES CONTRATS PRESENTANT UN INTERET ECONOMIQUE *AB INITIO*

232. - La référence à l'économie du contrat permet, par sa malléabilité, de valider des opérations « atypiques », justifiées par des situations de crise, que le droit traditionnel parvient mal à appréhender. A cette fin, l'économie du contrat est utilisée pour apprécier l'opportunité économique de l'opération (§ 1), et pour opérer un arbitrage économique entre les intérêts en jeu (§ 2).

§ 1 – L'appréciation de l'opportunité économique de l'opération, par référence à l'économie du contrat

233. - Nous visons ici une hypothèse particulière, celle de la vente à prix symbolique. La vente à prix symbolique a longtemps été, et demeure encore, une question dérangeante. Prenant le contre-pied des postulats civilistes les plus classiques, elle a suscité de nombreuses

hésitations jurisprudentielles (A). La référence à l'économie du contrat a finalement permis la validation de ces opérations économiquement opportunes (B).

A. Les insuffisances des concepts classiques face aux ventes à prix symbolique

234. - Il est nécessaire de décrire la problématique des ventes à prix symbolique (1) pour comprendre les errements jurisprudentiels en la matière (2).

1) La problématique des ventes à prix symbolique

235. - Alors que les ventes à prix symbolique sont, le plus souvent, économiquement opportunes (a), elles se heurtent aux limites de l'analyse classique (b).

a. Les enjeux économiques de la vente à prix symbolique

236. - Il faut préciser, en premier lieu, que ces opérations ne sont légitimées que par la spécificité du contexte dans lequel elles interviennent. Aussi bien ne pourrait-on envisager la validité de la vente à prix symbolique d'un bien isolé, ayant une valeur marchande. En définitive, le contentieux se concentre surtout autour des cessions de droits sociaux ou d'entreprises en difficulté. Or, en de telles occurrences, l'abandon pour la somme d'un franc (ou d'un euro) trouve de nombreuses justifications, expliquant d'ailleurs l'entêtement de la pratique à une époque où ces opérations étaient condamnées en jurisprudence.

237. - D'une part, et quoique l'idée puisse paraître « culturellement inacceptable »[478], il n'est pas rare que la valeur d'une société ne soit pas nulle, mais négative. Il existe plusieurs raisons à cela. La première est la supériorité du passif sur la valeur réelle de l'actif. Les dettes étant attachées à la société, elles sont transmises au cessionnaire de la même façon que la société elle-même. La seconde tient à la nécessité d'injecter de l'argent pour permettre la pérennité de l'activité. A cet égard, il faudra financer le fonds de roulement, la trésorerie, les investissements matériels et immatériels[479]. En outre, l'acquéreur devra, dans de nombreuses hypothèses, se substituer au cédant dans les cautionnements que celui-ci avait accordés aux créanciers sociaux. C'est dire que la notion de prix négatif, juridiquement choquante, correspond à une réalité économique. Pour autant, chacun des partenaires peut trouver un intérêt à la cession.

[478] J. PAILLUSSEAU, La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, *J.C.P*. 1992. I. 3578, p. 196.
[479] J. PAILLUSSEAU, *art. préc*., p. 197, n° 66..

238. - S'agissant du cédant, l'intérêt premier de l'opération peut être d'éviter un redressement judiciaire, voire une liquidation[480] (qui est susceptible d'entraîner pour lui une condamnation au paiement de tout ou partie du passif social). Il peut également résider dans la possibilité de négocier, lors de la vente, le transfert à l'acquéreur des cautions personnelles que les dirigeants ont pu accorder aux créanciers sociaux[481]. En outre, la vente de droits sociaux pour le prix d'un franc (ou d'un euro) est particulièrement adaptée à une stratégie de groupe, dans l'hypothèse d'une filiale déficitaire. Le groupe peut avoir intérêt à s'en délester pour « recentrer ses activités au moyen de la *defeasance* du contrôle d'une société dont la présence dans l'organigramme péjore les résultats consolidés et ne se justifie plus sur le plan économique »[482].

239. - L'opération peut également contenter le cessionnaire. Celui-ci peut y trouver le moyen d' « aborder un segment de marché nouveau ou de se mettre à l'abri d'une concurrence jugée nuisible à sa propre exploitation », ou de « recueillir des éléments d'actif non négligeables qui compenseront l'importance des investissements à engager pour rétablir un équilibre financier compromis »[483].

240. - Il appert que la vente à prix symbolique est économiquement opportune. Il est donc capital de pouvoir garantir aux protagonistes la validité de l'opération. En effet, il serait tout à fait choquant que l'un des deux contractants puisse demander, et obtenir, la remise en cause de la cession. L'on ne saurait concevoir que le cédant puisse ainsi profiter de la « remise à flots » de la société opérée par le cessionnaire ou, qu'inversement, celui-ci, devant son impuissance à redresser l'activité, puisse s'en désengager.
L'enjeu économique de telles opérations impose d'en assurer la validité. Cependant, les concepts civilistes classiques vont plutôt dans le sens d'une remise en cause de ce type de cessions.

[480] C'est le cas, par exemple, d'un groupe dont l'image de marque serait particulièrement affectée par le redressement ou la liquidation de l'une des filiales.
[481] J. PAILLUSSEAU, *art. préc*., p. 197, n° 68.
[482] C. FREYRIA, Le prix de vente symbolique, *D*. 1997, p. 54, n° 8.
[483] C. FREYRIA, *art. préc*., p. 54, n° 8.

b. Les limites de l'analyse classique

241. - Plusieurs exigences classiques viennent mettre obstacle à la validité des ventes à prix symbolique. Certaines relèvent du droit spécial de la vente (i), d'autres de la théorie générale du contrat (ii).

i) Les limites posées par le droit spécial de la vente

242. - On le sait, le droit français est indifférent à la lésion[484] . Le droit spécial de la vente connaît cependant certains tempéraments à ce principe.

D'une part, le prix doit être sérieux[485]. Cela explique qu'une vente puisse être annulée pour vileté du prix[486]. En outre, traditionnellement, il est exigé que la contrepartie consiste en le versement d'une somme d'argent.

La combinaison de ces deux exigences condamne la vente à prix symbolique. En effet, si la contrepartie au transfert de propriété est réduite au prix, il est évident que son caractère symbolique le disqualifiera en prix vil ou dérisoire. Seule la portée des engagements pris donne à la contre-prestation sa consistance. Le refus de les prendre en considération dans l'appréciation de la contrepartie implique nécessairement l'anéantissement de l'opération.

243. - Il faut souligner, enfin, que si la vente à prix symbolique porte sur un immeuble (qui peut être compris dans l'actif de la société cédée), une rescision pour lésion est envisageable. L'on sait, en effet, que la vente d'immeuble est l'une des exceptions à l'indifférence de la lésion (articles 1674 à 1685 du Code civil). Là encore, la vente à prix symbolique est menacée, dans la mesure où elle entraîne nécessairement une lésion de plus des sept douzièmes – seuil de la rescision.

Il apparaît donc avec clarté que les principes classiques du droit spécial de la vente mettent en danger les cessions à prix symbolique. Il n'en va pas autrement de la théorie générale du contrat.

ii) Les limites de la théorie générale du contrat

244. - Le caractère symbolique du prix peut disqualifier le contrat de vente en contrat innommé, entraînant l'application de la théorie générale du contrat. C'est alors sur l'exigence d'une cause à l'obligation de chaque partie que vont achopper les ventes à prix symbolique.

---

[484] Aux termes de l'article 1118 du Code civil, « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes ».

[485] Civ. 3ème, 26 mars 1969, *Bull. civ*. III, n° 265.

[486] Civ. 1ère, 16 mars 1999, *Bull. civ*. I, n° 95.

En effet, le contrôle de l'existence de la cause est traditionnellement réduit à l'examen sommaire de la contrepartie immédiate[487]. Le danger est, une fois encore, de voir dans le seul prix symbolique la prestation due par l'acquéreur. Or, ce prix est impuissant à justifier le sacrifice consenti par le vendeur. Le contrat encourt alors la nullité, sanction naturelle de l'absence de cause[488].

Ces exigences traditionnelles sont autant de freins aux cessions à prix symbolique et expliquent largement les hésitations de la jurisprudence en cette matière.

2) Les hésitations jurisprudentielles

245. - L'inventaire de la jurisprudence révèle un manque de cohérence criant. La question a d'abord été résolue pour des actes qui comportaient vente d'un bien déterminé assortie d'engagements précis imposés à l'acquéreur. Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a pas admis la validité d'une telle convention, la contrepartie ne pouvant être « considérée comme un prix »[489]. La Juridiction suprême s'est cependant ravisée quelques années plus tard, et a finalement considéré que « la vente d'une chose peut être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'une somme d'argent ».

246. - La voie semblait donc ouverte à l'admission des cessions de titres majoritaires à prix symbolique. Tel fut effectivement le cas pour les opérations « simples », c'est-à-dire les cessions assorties du remboursement d'un compte courant d'associé[490], ou d'un engagement de renflouer le passif social à hauteur d'une somme déterminée[491] . La question demeurait cependant ouverte pour les opérations plus complexes, ne permettant pas de cerner avec précision la mesure des engagements du cessionnaire. Dans une décision rendue en 1992, la Cour de cassation censure un arrêt d'appel pour avoir pris en considération la masse salariale

[487] Sur la question du contrôle de l'existence de la cause, voir *infra* n°446s.

[488] L'on peut préciser ici que, depuis les arrêts Civ. 1ère, 9 novembre 1999 (*D*. 2000, Jur., p. 507, note A. CRISTAU) et Civ. 1ère, 20 février 2001 (*Bull. civ*. I, n° 39), la nullité sanctionnant le défaut de cause est une nullité relative. C'est dire que, dans notre hypothèse, seul le vendeur peut désormais l'invoquer. Cela permet d'exclure l'hypothèse où le cessionnaire se raviserait, devant l'impossibilité de redresser la situation de la société objet de la cession.

[489] Civ. 3ème, 17 mars 1981, *Bull. civ*. III, n° 56 ; *R.D.imm*. 1982, p. 545, obs. DAGOT ; *D*. 1981, IR, p. 442, obs. C. LARROUMET. En outre, en l'espèce, la contrepartie du transfert de propriété avait fait l'objet d'une évaluation chiffrée dans l'acte.

[490] CA Paris, 4 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 906.

[491] Cass. Com., 11 février 1992, *RJDA* 1992-5, n° 466. Le passif social a été considéré, dans cette affaire, comme le prix effectif de cession.

reprise par l'acquéreur dans l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes exercée ultérieurement, par un syndic, à l'occasion de la vente des immeubles[492].

247. - Plus récemment, une décision, intervenue dans le domaine des régimes matrimoniaux, a contribué à la confusion. Cette affaire concernait la cession de parts de société, pour un franc symbolique, avec substitution dans la charge d'une caution souscrite par le cédant. La question était alors de savoir si l'opération, pouvant donner lieu à l'engagement de biens communs, nécessitait le concours de la femme, conformément à l'article 1832-2 du Code civil. Il a été jugé que la somme purement symbolique d'un franc ne constituait point une valeur patrimoniale dont il y aurait lieu de déterminer le caractère propre ou commun[493].
Une telle analyse démontre, à notre sens, un dépeçage artificiel de l'opération contractuelle. C'est justement cet écueil qu'a permis d'éviter la référence à l'économie du contrat.

B. L'appréhension de l'intérêt économique de l'opération par référence à l'économie du contrat

248. - L'apparition de l'économie du contrat a constitué un véritable revirement de jurisprudence (1) et marqué la prévalence d'une analyse économique et pragmatique de l'opération (2).

1) L'apparition de la référence à l'économie du contrat

249. - La référence à l'économie du contrat est apparue dans un arrêt rendu par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation le 03 mars 1993[494]. L'affaire posait une nouvelle fois la question de la cession à prix symbolique[495]. Dans cette espèce, une société avait acquis de M. Chiaffi un terrain grevé d'hypothèques, pour la somme d'un franc. Parallèlement, elle avait repris la société implantée sur ce terrain – société dont M. Chiaffi était l'un des principaux actionnaires - , le prix de cession étant composé, d'une part d'une somme déterminée et d'autre part de la reprise de dettes pour un montant de près de deux millions de

[492] Civ. 3ème, 8 janvier 1992, *Bull. civ*. III, n° 9 ; *R.T.D.Civ*. 1992. 777, obs. P. -Y. GAUTIER ; *Defrénois* 1993, p. 443, note Y. DAGGORNE-LABBE.
[493] Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D*. 1995, jur., p. 401, note D.R. MARTIN ; *J.C.P*. 1995, I, n° 3869, n° 12, obs. Ph. SIMLER ; *R.T.D.Civ*. 1995, p. 914, obs. P-Y. GAUTIER.
[494] Civ. 3ème, 03 mars 1993, *Bull. civ*. III, n° 28, p. 18, *Rép. Defrénois* 1993.art 325601, p. 927, obs. Y. DAGORNE-LABBE, *J.C.P*.1994..I.3744, obs. M. FABRE-MAGNAN, *R.T.D.Com*.1993.665, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, *R.T.D.Civ*.1994.124, obs. P.-Y. GAUTHIER.
[495] Voir, sur cette question, C. FREYRIA, Le prix de vente symbolique, *D*. 1997, p. 51 s ; T. LAMBERT, L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, *Rev. Sociétés* 1993.11 ; B. GARRIGUES, La contre-prestation du franc symbolique, *R.T.D.Civ.* 1991.459s.

francs. A la suite d'un conflit avec un créancier hypothécaire, M. Chiaffi demanda la nullité de la cession de l'immeuble, pour défaut de prix sérieux[496]. Les juges du fond le déboutèrent et le pourvoi formé devant la Cour de cassation fut rejeté : « mais attendu qu'ayant souverainement retenu, par motifs propres et adoptés, que la vente du terrain sur lequel était bâtie l'usine, pour le prix d'un franc, était une condition de réalisation de l'opération, cette vente ne pouvant être dissociée de celle des bâtiments et de la reprise des dettes de la société Chiaffi par la société Cerinco, l'ensemble concernant la vente de l'entreprise de briqueterie formant un tout indivisible, et que cette vente permettant l'apurement des dettes et la poursuite de l'activité, M. Chiaffi avait un grand intérêt à sa réalisation, tant à titre personnel pour éviter les poursuites de ses créanciers, qu'à titre d'actionnaire de la société Chiaffi dont il détenait avec son épouse près de la moitié des parts sociales, la Cour d'appel a pu en déduire que, dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente du terrain était causée et avait une contrepartie réelle ». La solution, saluée par la doctrine, s'inscrit dans un dépassement des principes traditionnels, à plusieurs égards.

250. - En premier lieu, la Cour de cassation a refusé de se limiter à un contrôle formel de la contrepartie. Une telle démarche, dans notre espèce, aurait abouti à la nullité. Nul doute que le franc symbolique ne peut être considéré comme une contrepartie sérieuse à l'acquisition d'un immeuble. Or, il est patent que la contrepartie réelle de cette cession n'est pas le versement d'un franc, mais la prise en charge par l'acquéreur des dettes de la société.

2) Une approche réaliste et économique de l'opération contractuelle

251. - L'arrêt Chiaffi se distingue par une analyse très réaliste de l'opération visée (a). Il donne également la primauté à l'économique sur le juridique (b).

[496] On peut s'étonner ici que M. CHIAFFI n'ait pas préféré une action en rescision pour lésion. On sait en effet qu'alors, la jurisprudence sanctionnait la lésion quand l'aspect immobilier d'un contrat plus vaste était lésionnaire, quand bien même l'accord dans son ensemble était-il équilibré. L'on peut citer, à titre d'illustration, un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 8 janvier 1992. Dans cette affaire, deux sociétés en difficultés cèdent leur entreprise à un acquéreur, pour un certain prix ; parmi les biens vendus figurent deux fonds de commerce, incluant le matériel, et deux immeubles. L'une des conditions de la cession est le maintien intégral du personnel à son poste. Plus tard, le liquidateur des sociétés cédantes intente une action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes. Les juges du fond le déboute, au motif que la cession des immeubles s'inscrit dans une opération globale, imposant de prendre en compte, notamment, « l'économie réalisée au titre des indemnités de licenciement ». L'arrêt d'appel est cassé, au motif que la Cour « n'avait pas à prendre en considération ni la valeur des fonds de commerce, ni la masse salariale reprise par l'acquéreur ». La solution choisie par la Cour de cassation, choisissant d'isoler les biens immobiliers de l'entreprise, manque de réalisme, mais n'en est pas moins conforme à la conception traditionnelle, selon laquelle le montant du prix est le seul équivalent considéré par le vendeur. Voir P.-Y. GAUTIER, obs. sous Civ. 3ème, 8 janvier 1992, *R.T.D.Civ*. 1992.777 ; *Rép. Defrénois* 1993, 35506, note Y. DAGORNE-LABBE.

a. Une analyse réaliste de l'opération contractuelle

252. - L'arrêt Chiaffi est parvenu à saisir les enjeux réels de la cession à prix symbolique. En effet, si la contrepartie formelle du transfert du terrain est le prix symbolique, d'évidence, la substance de la prestation due par le cessionnaire est ailleurs.

Le franc symbolique « exprime la rencontre des volontés sur un échange des droits. Il est véritablement un symbole, c'est-à-dire une indication qui n'a pas de valeur en soi, mais comme signe d'autre chose »[497]. Le franc symbolique n'est que la manifestation extérieure de l'existence d'une contre-prestation véritable. Il a pour seule fonction « d'affirmer l'équivalence subjective des prestations prévues au contrat »[498]. Est-ce à dire que le contrat n'a pas de cause ? Evidemment non : le transfert de propriété a bien une cause, mais celle-ci réside ailleurs. « Le franc symbolique s'analyse comme la mention libératoire de l'existence d'une contrepartie, qui reste la cause de l'engagement ». Il « marque un affranchissement volontaire à l'égard des règles traditionnelles d'appréciation de la valeur statique de l'objet de la propriété »[499].

253. - La référence à l'économie du contrat a permis de mettre en évidence la véritable identité du prix : le véritable prix est évidemment constitué par « le coût des prestations incombant à l'acquéreur, dont l'importance rend compte d'un prix global sérieux »[500]. Or, seule une analyse économique du contrat permet d'aboutir à cette conclusion.

b. Une analyse économique du contrat

254. - La conception strictement objective de la cause de l'obligation a récemment montré ses limites, notamment en raison de la complexification des rapports contractuels. Il est alors apparu que la cause de l'engagement pouvait dépasser largement la contre-prestation, ce dont ne pouvait rendre compte l'idée de cause de l'obligation telle qu'elle est classiquement entendue. La jurisprudence a donc été amenée à revoir le concept, notamment par la référence à l'économie du contrat.

Cette référence à l'économie du contrat évite le dépeçage des obligations contractuelles, consistant à considérer le prix comme la seule contrepartie du transfert de propriété. Ce faisant, elle opère un véritable « décloisonnement » de l'opération contractuelle, d'autant plus remarquable qu'en l'espèce, les parties aux deux cessions n'étaient pas les mêmes. Si le

[497] B. GARRIGUES, La contre-prestation du franc symbolique, *R.T.D.Civ*. 1994.462.
[498] B. GARRIGUES, *art. préc*., p. 462.
[499] B. GARRIGUES, *art. préc*., p. 463.
[500] C. FREYRIA, *art. préc*., p. 52, n° 4.

contrat de vente portant sur le terrain a été conclu par M. Chiaffi, le second l'a été par une société, dotée d'une personnalité juridique distincte. La Cour de cassation a pourtant considéré que ces deux opérations contractuelles formaient « un tout indivisible ». Cette analyse est justifiée par la position privilégiée occupée par M. Chiaffi au sein de l'entreprise cédante, de sorte qu'il trouvait grand intérêt à l'opération, tant à titre personnel qu'à titre d'actionnaire. Cette décision marque donc une approche nouvelle du contentieux, marquée par la rupture avec les principes classiques et par une analyse plus pragmatique de l'opération contractuelle.

255. - La référence à l'économie du contrat a permis de valider des cessions complexes que le concept causal seul était impuissant à légitimer. La solution, économiquement opportune, est fondée sur une analyse globale de l'opération contractuelle elle-même. L'on y retrouve le critère de rationalité, appréciée selon des critères économiques, que nous avons précédemment dégagé. La même démarche a été employée, en jurisprudence, pour apprécier la validité d'une opération aussi peu orthodoxe que le « coup d'accordéon ».

§ 2 – L'arbitrage économique des intérêts en jeu, par référence à l'économie du contrat

256. - La référence à l'économie du contrat permet un arbitrage des intérêts économiques en jeu. En ce sens, c'est un outil qui nous paraît pouvoir servir de référence dans l'appréciation de la validité d'une opération économique, comme l'illustre l'utilisation faite du concept dans une espèce mettant en cause un « coup d'accordéon ».
Ainsi, certaines opérations sur le capital social, bien cernées par le droit des sociétés (A), peuvent avoir, en droit des contrats, des répercussions auxquelles les concepts civilistes sont mal adaptés. Nous avons rencontré cette hypothèse dans le cas de figure d'un « coup d'accordéon ». C'est alors la référence à l'économie du contrat qui a dicté la solution du litige, par un arbitrage économique entre les intérêts en jeu (B).

A. L'appréhension du « coup d'accordéon » par le droit des sociétés

257. - Le « coup d'accordéon » est une opération qui, quoique très originale (1), a recueilli l'assentiment de la jurisprudence (2).

1) Une opération originale

258. - Le « coup d'accordéon » consiste, pour une société, généralement en difficulté, à procéder à un double mouvement de réduction de capital, éventuellement jusqu'à zéro, puis d'augmentation du capital corrélative, qui se réalise le plus souvent grâce à l'arrivée de nouveaux actionnaires[501]. Cette technique permet ainsi une reconstitution des fonds propres, parfois dictée par la loi. L'article L. 225-248 du Code de commerce impose en effet la dissolution ou la recapitalisation de la société au cas où les capitaux propres seraient inférieurs à la moitié de son capital social. En outre, aux termes de l'article L. 224-2 du même Code, la réduction du capital social à un montant inférieur au minimum légal est subordonnée à une augmentation de capital destinée à atteindre ce minimum. Au delà de cet impératif légal, la reconstitution conditionne la confiance des partenaires.

L'intérêt majeur du coup d'accordéon est l'apurement des pertes par la réduction du report à nouveau débiteur. La diminution du capital traduit l'absorption des apports pour compenser les dettes. En outre, tant que les pertes n'ont pas été apurées, la valeur vénale du titre demeure inférieure à sa valeur nominale, ce qui peut dissuader d'éventuels souscripteurs en rendant le titre peu attractif.

Le coup d'accordéon peut donc relever d'une exigence légale, mais il est surtout dicté par des impératifs économiques. Cependant, s'il s'avère nécessaire au renflouement de la société, il porte gravement atteinte aux intérêts des associés.

259. - L'intérêt commun est défini en doctrine comme en jurisprudence comme un « intérêt identique à chaque associé et permettant à chacun d'eux de retirer un bénéfice personnel à proportion du bénéfice collectif »[502]. Or, à l'évidence, le « coup d'accordéon » affecte durement l'intérêt commun des actionnaires. En effet, la réduction du capital social à zéro, première phase du « coup d'accordéon », annihile la valeur des titres dont ils sont titulaires. De là, deux hypothèses sont envisageables : soit l'augmentation consécutive de capital est assortie d'un droit préférentiel de souscription, et les actionnaires pourront conserver leur qualité (au prix, cependant du rachat de titres), soit tout droit préférentiel de souscription a été supprimé et l'opération s'apparente alors à un « suicide collectif ». En effet, « chaque

[501] Sur la technique du coup d'accordéon, voir S. SYLVESTRE-TOUVIN, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, préf. de P. LE CANNU, P.U.A.M., 2003.

[502] D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, *J.C.P.* 1994 *E.*, I, n° 404. Cette définition a été consacrée par Cass. Com., 10 octobre 2000, *J.C.P.* 2001 *E*, p. 85, note A. VIANDIER.

actionnaire perd sa qualité d'associé et donc tout droit à participer aux résultats futurs de sa société »[503].

Pour autant, la jurisprudence a validé le « coup d'accordéon », et c'est l'opportunité économique de l'opération qui semble avoir commandé cette validation.

2) La validation jurisprudentielle du « coup d'accordéon »

260. - C'est en 1994 qu'a été validée la pratique du « coup d'accordéon ». Les opérations concernaient alors la société Usinor, dont les pertes accumulées excédaient le capital social. La société ayant décidé de ne pas prononcer sa dissolution, il fallait, à la clôture de l'exercice, réduire le capital. En raison de l'importance des pertes, deux augmentations de capital, suivies l'une et l'autre d'une réduction, dont la première l'avait ramené à zéro, furent nécessaires. Les actionnaires minoritaires contestèrent la validité des opérations. Déboutés par les juges du fond[504], ils se pourvurent en cassation. Ils firent valoir que l'opération entraînait une augmentation de leurs engagements (subordonnée, par l'article 1836 alinéa 2 du Code civil, au consentement de chaque associé), ainsi que leur exclusion de la société. La Juridiction suprême rejeta cependant leur pourvoi[505]. Elle constata en effet que le « coup d'accordéon » ne met aucune obligation nouvelle à la charge des associés, puisque l'actionnaire n'est nullement tenu de participer à l'augmentation de capital. La mesure prise ne conduit pas, par conséquent, à « imputer les dettes aux actionnaires au-delà du montant de leur souscription ». En second lieu, il n'est pas possible de soutenir que les actionnaires, ou certains d'entre eux, ont été exclus, dès lors que leur a été reconnu un droit préférentiel de souscription. Enfin, la réduction de capital, fût-elle à zéro, ne fait que constater la perte des apports. Or, la contribution aux pertes sociales (dans la limite de son apport) est, faut-il le rappeler, une des obligations essentielles de l'actionnaire.

261. - Cette solution a été confirmée très nettement par la suite[506], et suivie par de nombreuses juridictions du fond. Or, toutes ces décisions, validant la pratique du « coup d'accordéon », ont écarté le grief d'exclusion des actionnaires par le constat de la préservation du droit préférentiel de souscription. Etait-ce à dire que la reconnaissance de ce droit préférentiel

[503] H. HOVASSE, note sous Cass. Com., 18 juin 2002, *J.C.P.* 2002, II, 10180, p. 2084.

[504] CA Versailles, 29 novembre 1990, *D.* 1991, 113, note Y. GUYON ; *J.C.P.* 1991, éd. E, II, n° 168, note M. JEANTIN ; *Bull. Joly* 1991, p. 277, note A. VIANDIER.

[505] Cass. Com., 17 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 816, § 219, note J.-J. DAIGRE ; *Dr. Sociétés*, juillet 1994, n°142, note LE NABASQUE ; *Rép. Defrénois* 1994, art. 35881, n° 6, p. 1035, obs. H. HOVASSE ; *Rev. Sociétés*, 1994, 485, note S. DANA-DEMARET ; *RJDA*, 8-9/ 1994, p. 740.

[506] Cass. Com., 10 octobre 2000, *J.C.P* éd. E, p. 85, note A. VIANDIER ; *Dr. Sociétés* 2001, n° 20, note T. BONNEAU.

subordonnait la validité de l'opération ? La Cour de cassation a démenti cette analyse dans un arrêt rendu le 18 juin 2002[507].

262. - Dans l'affaire du 18 juin 2002, une société anonyme, au capital de 17 563 920 F avait accumulé des reports déficitaires d'un montant de 141 446 311 F. Un investisseur conçut cependant un plan de renflouement, passant par la réduction du capital à zéro et la souscription à une augmentation de capital de 80 000 000 F, lui étant intégralement réservée. Des actionnaires minoritaires contestèrent alors la validité de l'opération. A cette fin, ils mirent notamment en exergue la suppression du droit préférentiel de souscription : « la réduction à zéro du capital et l'augmentation subséquente réservée à un tiers par suppression du droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires caractérisaient une expropriation de ces derniers illégale comme non justifiée par une cause d'utilité publique ni précédée d'une indemnisation ». L'argument ne prospéra pas devant la Cour de cassation, qui releva classiquement que « la réduction du capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports ». La Juridiction suprême dénia, en outre, toute atteinte à l'intérêt commun des associés, arguant que les actionnaires « d'une façon ou d'une autre – réalisation de l'opération ou dépôt de bilan -, auraient eu une situation identique » et que les actionnaires majoritaires avaient subi le même sort que les minoritaires.

263. - Ce faisant, la Cour de cassation semble subordonner la licéité de l'opération au seul constat de sa nécessité économique. Une telle analyse s'autorise en outre de la lecture d'arrêts récents. Il a ainsi pu être jugé que « l'opération commandée par les pertes de la société était licite »[508] , ou que « il suffit qu'une telle opération résulte d'un choix social commandé par la survie de la société ; que, dès lors que les conditions préalables à ce choix sont réunies, il n'appartient pas au juge d'en apprécier l'opportunité »[509]. Dans la décision du 18 juin 2002, La Cour de cassation ne manque pas de relever que l'opération litigieuse a été effectuée « afin de préserver la pérennité de l'entreprise ». L'on peut alors en déduire que « si l'opération de « coup d'accordéon » s'impose au plan économique, elle se justifie au plan juridique tant sur

[507] Cass. Com., 18 juin 2002, *J.C.P*. 2002, II, 10180, note H. HOVASSE ; *J.C.P*. éd. E. 2002, p. 1556, note A. VIANDIER ; *D*. 2002, AJ p. 2190, obs. A. LIENHARD et *D*. 2002, Somm. p. 3264, J.-C. HALLOUIN.
[508] Cass. Com., 10 octobre 2000, *préc*.
[509] CA Versailles, 20 mai 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 189, note S. SYLVESTRE ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 248, obs. M. GERMAIN et M. - A. FRISON-ROCHE.

l'intérêt social que sur l'intérêt commun des associés »[510], la suppression du droit préférentiel de souscription apparaissant alors comme un élément indifférent. L'on peut, comme certains auteurs, ne pas être convaincu par le raisonnement, et penser qu' « il reste néanmoins souhaitable que cette prise en compte toujours plus grande de l'économie par le droit connaisse des limites raisonnables et ne conduise malgré une vigoureuse mise en garde à la primauté des seuls intérêts matériels immédiats et changeants et à l'instrumentalisation des règles de droit pour tout ce qui touche à l'économie »[511]. Cette mise en garde nous paraît prendre tout son sens dans le contexte de cette étude sur l'économie du contrat. Ce concept n'est-il pas l'illustration parfaite de l'instrumentalisation du droit à des fins économiques ? Cette fonction apparaît d'ailleurs dans ce contentieux particulier, pour régir les répercussions du « coup d'accordéon » en droit des contrats.

B. L'appréhension des répercussions civilistes du « coup d'accordéon » par référence à l'économie du contrat

264. - Le droit des sociétés se distingue traditionnellement par son pragmatisme. La validation du « coup d'accordéon » n'est, en ce sens, guère surprenante. Mais que dire des conséquences civilistes d'une telle opération ? Doivent-elles, elles aussi, subir l'influence des impératifs économiques ? C'est ce que permet la référence à l'économie du contrat (1) telle qu'elle apparaît dans un arrêt du 6 mai 2002 (2).

1) L'apparition jurisprudentielle du concept dans ce contentieux

265. - Un arrêt du 6 mai 2002[512] met en jeu la référence à l'économie du contrat dans un litige consécutif à un « coup d'accordéon ». Il faut relever cependant que l'économie du contrat n'a pas été utilisée pour apprécier la validité de l'opération même, mais pour en régir les conséquences au plan du droit des contrats.

Dans cette affaire, le capital de la société SEMACS est détenu par trois actionnaires : la Lyonnaise des eaux (36.6 %), le GAN (33.4 %) et PGT Participation (30 %). En outre, les actions appartenant à PGT Participation ont fait l'objet d'un nantissement auprès de la BIF (banque française pour l'industrie), filiale du GAN. Suite à des difficultés entre les actionnaires, la Lyonnaise des eaux propose au GAN de racheter ses actions, et celles dont la BIF peut devenir titulaire, pour le prix global de 70 millions de francs. Le 13 décembre 1994,

[510] D. COHEN, La validité du « coup d'accordéon » (à propos d'une jurisprudence récente), *D*. 2003, chr. p. 412.
[511] D. COHEN, *art. préc*., p. 413.
[512] Cass. Com., 6 mai 2002, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 905, pourvoi n° 98-22.745.

le GAN et la Lyonnaise des eaux concluent un protocole d'accord aux termes duquel il est convenu que la Lyonnaise des eaux rachète la participation du GAN pour 41 millions de francs et s'engage à acheter pour 28 millions de francs les actions dont la BIF deviendrait attributaire. Devenue actionnaire majoritaire, la Lyonnaise des eaux provoque une assemblée générale extraordinaire et décide d'effectuer un « coup d'accordéon ». Le capital social est donc réduit à zéro puis augmenté à 65 millions de francs. Or, PGT ne souscrit pas à cette augmentation de capital, de sorte que ses actions perdent toute valeur. En conséquence, la Lyonnaise des eaux se trouve contrôler la quasi-totalité des actions de la société SEMACS. Elle refuse alors de payer la BIF, celle-ci ne s'étant, de fait, pas vu attribuer d'actions.

266. - La BIF assigne alors la Lyonnaise des eaux en paiement de dommages-intérêts. Elle fait valoir que l'exécution du « coup d'accordéon », rendant impossible l'attribution des actions à la BIF, et permettant à la Lyonnaise des eaux d'acquérir la propriété de la totalité du capital pour 36 millions de francs au lieu des 70 millions prévus, n'était pas conforme à l'économie du contrat et à la loyauté contractuelle. La Cour de cassation refuse de se ranger à ces arguments. Selon elle, « le « coup d'accordéon » constitue une opération légitime qui était commandée par la nécessité de reconstituer les fonds propres », « une augmentation de capital, sans réduction préalable de celui-ci, aurait constitué une formule plus lourde pour PGT Participation », « la cour d'appel n'a pas omis de rechercher si le « coup d'accordéon » n'était pas contraire à l'économie du contrat et à la loyauté contractuelle, retenant, tout au contraire, que c'était le mécanisme le plus favorable au maintien des droits sociaux de PGT Participation et, par voie de conséquence, aux intérêts de la BIF ».

La référence à l'économie du contrat est donc l'instrument de la légitimation des répercussions d'un « coup d'accordéon » sur le créancier d'un des actionnaires. Ce faisant, le concept arbitre les intérêts en conflit.

2) La légitimation civiliste des répercussions du « coup d'accordéon »

267. - Le « coup d'accordéon » a suscité l'attention de la doctrine par l'atteinte qu'il porte aux intérêts des actionnaires minoritaires. L'on s'est plus rarement interrogé sur les répercussions de l'opération en droit des contrats, notamment quand les titres disparus consécutivement à la réduction du capital à zéro avaient été donnés en nantissement, comme c'est le cas dans l'affaire que nous venons d'évoquer. Il existe cependant un précédent jurisprudentiel qui, s'il conclut également à la spoliation du créancier nanti, ne peut être tout à fait comparé à l'arrêt du 6 mai 2002.

La question des répercussions civilistes d'un « coup d'accordéon » a été posée dans un arrêt du 10 janvier 1995[513]. En l'espèce, le président-directeur général d'une société anonyme s'était porté caution des dettes de cette société envers une autre. Pour garantir l'efficacité de son cautionnement, il avait donné en nantissement des titres qu'il détenait dans une troisième société, la société Dopff et Irion. Quelques temps plus tard, il cédait ces titres à un tiers : M. Ricard. Or, un « coup d'accordéon » intervint au sein de la société Dopff et Irion. Le capital fut porté à zéro, puis augmenté. M. Ricard souscrivit une certaine quantité d'actions de la société dans le cadre de cette augmentation. C'est alors que la société bénéficiaire du cautionnement l'assigna en attribution des actions nanties à concurrence du montant de la créance. Une difficulté surgit : les titres nouveaux devaient-ils être considérés comme s'étant substitués aux anciens et partant, être, à leur place, objets du nantissement ? La Cour de cassation ne l'a pas retenu. Elle a dénié l'application de la théorie de l'accessoire aux titres nouveaux, les juges du fond n'ayant « pas fait apparaître que les actions nouvelles aient été souscrites par l'exercice d'un droit attaché aux actions anciennes ». Il est alors difficile de préjuger de la solution rendue si les actions nouvelles avaient procédé de l'exercice d'un droit préférentiel de souscription[514]. La solution est proche de celle de notre arrêt du 6 mai 2002. La question n'était cependant pas posée dans les mêmes termes.

268. - Dans l'arrêt du 6 mai 2002, l'actionnaire, dont les titres étaient l'objet du nantissement, n'avait pas souscrit à l'augmentation de capital. Les titres objets du nantissement avaient donc complètement disparu. En outre, l'affaire se distingue en ce que l'actionnaire majoritaire, qui a décidé le « coup d'accordéon », est la même personne qui a promis d'acheter les titres dont serait attributaire le créancier nanti. L'on pouvait dès lors s'interroger sur la bonne foi de la Lyonnaise des eaux qui, par l'opération, a acquis l'intégralité des titres de la SEMACS pour une somme bien inférieure à ce que lui aurait coûté l'exécution de la promesse de vente.
C'est donc avec une certaine pertinence que la BIF (le créancier nanti) a dénoncé la contrariété de l'opération à l'économie du contrat et à la loyauté contractuelle. L'on connaît en effet le succès jurisprudentiel de la référence à la bonne foi et l'argument avait, nous

[513] Cass. Com., 10 janvier 1995, *D.* 1995, jur., p. 204, note A. COURET.
[514] Pour Alain COURET, même dans une telle hypothèse, l'assiette du nantissement n'aurait pas été étendue aux actions nouvelles. En effet, conformément aux dispositions de l'article 2671 du Code civil, le nantissement est un contrat, ce dont on peut déduire que l'assiette du droit exercé par le créancier gagiste est nécessairement déterminée par l'accord des parties. Si elles n'ont pas convenu d'un accroissement possible du gage, ce serait aller contre leur volonté commune que d'attribuer au créancier les nouvelles actions. Il faut donc un nouveau nantissement pour que le créancier-gagiste puisse exercer son pouvoir sur des actions nouvelles qui n'étaient pas comprises dans l'objet primitif de son gage. Voir note sous Cass. Com., 10 janvier 1995, *D.* 1995, jur., p. 205.

semble-t-il, quelque chance de prospérer. Il imposait en tout cas aux juges de faire un arbitrage entre les intérêts en jeu. Or, l'attendu de l'arrêt révèle un certain embarras. La Cour de cassation s'attache en effet à démontrer l'opportunité économique du « coup d'accordéon » pour en déduire que cette opération n'a « pas été contraire à l'économie du contrat ». Or, il ne s'agissait pas de juger la conformité de l'opération à l'économie du contrat de société, mais à l'économie du protocole passé entre l'actionnaire majoritaire et le créancier nanti. Par cette « confusion », la Cour de cassation montre une prééminence de l'analyse économique sur l'analyse purement civiliste. C'est la justification économique de l'opération, appréciée par référence à l'économie du contrat, qui permet de régir les conséquences du « coup d'accordéon » en droit des contrats. Elle opère donc un arbitrage entre les différents intérêts en jeu : l'intérêt social, d'une part et, de l'autre, non l'intérêt commun des actionnaires, mais l'intérêt d'un créancier nanti. La référence à l'économie du contrat permet de neutraliser les répercussions civilistes du « coup d'accordéon » économiquement opportun. C'est, là encore, à l'aune d'un critère de rationalité économique de l'opération qu'a été prise la décision du juge.

269. - La référence à l'économie du contrat s'impose donc dans des opérations atypiques, que le droit des contrats, tel qu'il est traditionnellement appliqué, ne parvient pas à régir. Il en va ainsi des ventes à prix symbolique comme des répercussions d'un « coup d'accordéon ». Ces opérations, que justifient le plus souvent des situations de crise, renversent les postulats classiques. Leur opportunité économique est pourtant indéniable. C'est ce qui explique l'émergence de la référence à l'économie du contrat qui, palliant l'impuissance des concepts traditionnels à cerner ces opérations, en permet la validation ou la légitimation. A cet égard, l'économie du contrat paraît un outil efficace dans l'appréciation de la fraude pour les montages créés par la pratique[515].

Or, la référence à l'économie du contrat, si elle permet une appréciation économique du contrat *ab initio*, permet également d'en jauger l'intérêt dans sa phase d'exécution.

[515] Voir *infra* n°518s.

SECTION 2 : LE MAINTIEN DES CONTRATS CONSERVANT LEUR INTERET ECONOMIQUE : LA QUESTION DE LA RESOLUTION

270. - L'article 1184 du Code civil dispose, assez maladroitement[516], que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Si le prononcé de la résolution paraît inévitable en cas d'inexécution totale, l'hypothèse où le manquement d'un contractant à ses obligations n'est que partiel soulève quelques difficultés. En effet, le Code civil ayant très peu réglementé cette question, c'est la jurisprudence qui en a dégagé tant les contours que les effets. Il appartient donc au juge de rechercher, dans chaque espèce, si les défaillances du débiteur sont telles qu'elles justifient que soit résolu le contrat. Tandis que la jurisprudence peine à dégager un critère net de résolution (§ 1), la référence à l'économie du contrat semble offrir une nouvelle voie, en permettant le maintien des conventions présentant encore un intérêt économique (§ 2).

§ 1 - Les différentes appréciations possibles de la gravité du manquement

271. - L'analyse de Maurice Picard et André Prudhomme[517] met en concurrence deux critères pour la résolution du contrat. Le premier tient à la qualité de l'obligation mal exécutée (A), le second, qu'il faudra lui combiner, réside dans l'ampleur de l'inexécution (B).

A. La hiérarchisation des obligations

272. - L'étude de la jurisprudence révèle une forte imbrication entre les concepts d'économie du contrat et d'obligation fondamentale. La question de la résolution met en exergue ce rapprochement, puisque le juge, interrogé sur l'opportunité de cette sanction, s'attachera souvent à l'importance de l'obligation non, ou mal, exécutée. Une fois encore, nous verrons que la hiérarchisation des obligations peut être fondée sur des critères objectifs (1) ou subjectifs (2).

[516] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., n° 623.
[517] M. PICARD et A. PRUDHOMME, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, *R.T.D.Civ*. 1912, p. 69s.

1) Les analyses objectives de l'obligation fondamentale

273. - Cette approche se fonde sur une analyse structuraliste et fonctionnelle du contrat, selon laquelle le contrat « dépasserait la volonté des parties » et, par son agencement propre, dicterait lui-même sa hiérarchie. Ainsi, selon Philippe JESTAZ, « c'est plutôt de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale. Il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle »[518]. A l'appui de cette analyse objective, selon laquelle c'est le contrat lui-même qui dicte une hiérarchie entre les obligations qu'il impose, l'auteur cite un arrêt de la Chambre des requêtes : « il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée et à l'entretenir pendant toute la durée du bail »[519]. Il mentionne également un jugement du tribunal de commerce de Paris[520] : « les juges anglais et américains…refusent d'appliquer les clauses odieuses et utilisent, pour rétablir l'équilibre des conventions, la théorie dite de l'obligation fondamentale : par elle, le juge peut déclarer inopposable une clause permettant à une seule des parties de s'exonérer de l'obligation qui est l'essence même du contrat »[521]. C'est la position retenue par les principes Unidroit. L'article 5-1 du chapitre 5 relatif au contenu contractuel précise le champ couvert par la force obligatoire. Sont prises en compte non seulement les obligations conventionnelles expresses mais aussi les obligations implicites (que l'on peut rapprocher de nos obligations fondamentales). Ces dernières découlent : a) de la nature et du but du contrat, b) des pratiques établies entre les parties et des usages (art. 5-2)[522].

274. - Cette analyse peut être critiquée. Selon certains auteurs, en effet, la « nature des choses » n'est pas un fondement convaincant à l'obligation fondamentale : « ou bien la dénomination est imprécise, ou bien le raisonnement est purement circulaire. La nature des choses nous permet de déceler l'obligation fondamentale et inversement »[523]. La même

[518] Ph. JESTAZ, L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p. 273s.
[519] Req., 19 janvier 1863, *D.* 1863, 1, 248.
[520] Trib. Com. Paris, 14 avril 1972, *GP* 1972-2-750.
[521] Cette décision nous paraît intéressante à plus d'un titre. Outre qu'elle consacre une analyse objective de l'obligation fondamentale, en la tirant de l'essence du contrat, elle met en exergue l'enjeu de cette qualification, car il n'est question ici que de l'équilibre de la convention. C'est dire que la recherche de l'obligation fondamentale ne peut être détachée de celle de l'analyse des conditions économiques prévues par le contrat, ce qui constitue, là encore, une référence objective.
[522] Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 1994, p. 105s.
[523] R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2000, T. 336, , n° 610, p. 381.

remarque peut d'ailleurs être faite relativement à l'économie du contrat. Les rapports de la notion à celle d'obligation fondamentale nous paraissent tout aussi confus : ainsi, l'on tirera l'obligation fondamentale de l'analyse de l'économie du contrat, et l'économie du contrat s'organise autour de l'obligation fondamentale. Les concepts sont par trop abstraits, justifiant le recours à la volonté des parties.

2) L'analyse subjectiviste de l'obligation fondamentale

275. - Il faut ici distinguer les auteurs qui pensent que la volonté est la seule source de l'obligation fondamentale, de ceux qui incluent la volonté dans les sources possibles de l'obligation fondamentale.

Dans la première catégorie, l'on citera Paul Durand. Selon lui, « l'intention des parties est seule déterminante et pour projeter cette notion sur le plan juridique, seule la cause du contrat permet de faire la discrimination nécessaire[524]. Il n'existe pas, dans un contrat, d'obligations essentielles en soi, mais seulement celles que les parties ont qualifiées implicitement comme telles, parce qu'elles dépendent du but qu'elles veulent atteindre »[525]. L'analyse peut être rapprochée de celle de Philippe Delebecque, pour qui la notion d'objet « évoque irrésistiblement les aspects quantitatifs du contrat. Elle (…) ne rend pas suffisamment compte de toutes les virtualités de ladite obligation fondamentale, et n'est, d'un autre côté, pas assez fine pour que l'on puisse faire la part entre les allégements tolérables du contenu fondamental du contrat avec ceux qui restent intolérables »[526]. L'on retrouve, chez d'autres auteurs, cette opposition entre la hiérarchie dictée par la volonté et celle découlant de la structure contractuelle : « Le départ entre les obligations principales et les accessoires doit se faire d'après l'intention des parties, l'obligation principale étant celle qui a emporté le consentement du créancier, qui l'a déterminé à consentir, même si, d'un point de vue objectif, elle n'est pas nécessaire au contrat »[527].

---

[524] Voir, *contra*, Dimitri HOUTCIEFF, pour qui « toute tentative consistant à fonder l'obligation essentielle sur la notion de cause aboutit à un échec. Au mieux, l'obligation essentielle paraît une excroissance de la cause destinée à toucher le terrain de l'exécution du contrat. Au pire, il s'agit d'une notion inutile, dont la fonction pourrait être assumée par la cause », *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 1, préf. H. MUIR WATT, P.U.A.M. 2001, n° 438, p. 373.

[525] P.-J. DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, éditions Godde, 1931, n° 92, p. 235 – 236.

[526] Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant la responsabilité dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981, n° 165, p. 199.

[527] E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thèse Caen, Dalloz, 1934, n° 86.

276. - D'autres auteurs, ayant opté pour des critères objectifs de détermination de l'obligation fondamentale, n'en reconnaissent pas moins à la volonté la possibilité de hisser des obligations accessoires au rang d'obligations essentielles, cette volonté pouvant être implicite ou explicite[528]. La jurisprudence prévoit également cette hypothèse[529].
Mais l'analyse subjective n'est pas exempte de critiques. Son bien-fondé nous semble remis en question par la jurisprudence Chronopost[530]. Comment remettre en cause des stipulations contractuelles, acceptées par les parties, sur le fondement d'une obligation fondamentale appréciée subjectivement ? Il paraît, en effet, « difficile d'expliquer la survie de l'obligation par la volonté qui prétend l'exclure »[531].

277. - Là encore, bien des incertitudes demeurent, et la notion d'obligation fondamentale semble se dérober à l'analyse tout autant que l'économie du contrat. « La notion se délimite par elle-même, la quête étant en quelque sorte vouée à l'échec par la difficulté, l'insaisissabilité de la détermination de l'essence du contrat. A l'instar de son paradigme, l'essence du contrat, l'obligation fondamentale échappe, à son tour, à tout effort pour la déterminer, l'identifier, comme le reflet de l'image dans le miroir »[532].
La question de l'ampleur du manquement ne semble pas susciter davantage de certitudes.

B. L'ampleur du manquement

278. - Une fois qualifiée l'obligation mal exécutée, il reste encore à s'interroger sur l'étendue de cette inexécution. Certaines hypothèses ne soulèvent guère de difficultés. Il en va ainsi de l'inexécution totale d'une obligation fondamentale. La résolution est alors encourue, sans le moindre doute. Cependant, lorsque l'inexécution est partielle, ou lorsqu'elle porte sur une obligation accessoire, il appartient au juge du fond de s'assurer que la résolution est une sanction appropriée. La démarche est délicate et, là encore, plusieurs approches semblent envisageables.

---

[528] Ph. JESTAZ, *préc*., p. 290.
[529] Voir, par exemple, Civ. 1ère, 2 décembre 1997, *P.A.* 24 juillet 1998, p. 27s, note M. BRITON. « Mais attendu que l'arrêt relève que l'obligation faite à la société Brink's, en cas « d'intervention dynamique », d'appeler « si possible » les responsables du magasin avait été stipulée au contrat par une clause expresse, de sorte qu'elle en constituait une des conditions substantielles ».
[530] Cass. Com., 22 octobre 1996, voir *infra* n°461s..
[531] D. HOUTCIEFF, *thèse précitée*, n° 440, p. 374.
[532] R. SEFTON-GREEN, *thèse précitée*, n° 601, p. 337.

Ainsi, Eugène Gaudemet affirmait-il qu'en cas d'inexécution partielle, « la résolution ne sera possible que si l'inexécution porte sur un point considéré par les parties comme essentiel »[533]. L'on peut également citer Baudry-Lacantinerie et Barde, estimant que la sanction d'un manquement partiel « dépend de la volonté des parties contractantes »[534]. Dans cette optique, le juge est alors amené à se demander s'il estime que l'altération du lien contractuel est telle que le demandeur n'aurait pas contracté s'il l'avait prévue[535].

279. - Le droit international, quant à lui, offre d'autres solutions. La Convention de la Haye de 1964, portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, attribuait ainsi un caractère essentiel à la contravention « toutes les fois que la partie en défaut a su ou aurait dû savoir, lors de la conclusion du contrat, qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la situation de l'autre partie, n'aurait pas conclu le contrat si elle avait prévu cette contravention et ses effets »[536]. Selon un auteur, cette formule, en se référant à l'état d'esprit d'une partie, imprimerait à la notion un caractère subjectif[537]. Il est, selon nous, permis de douter de la subjectivité d'une telle prescription. Certes, le référent n'est pas le contrat lui-même, ou l'ordre qu'il impose. Mais il n'est pas non plus le créancier de l'obligation mal exécutée. En effet, il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la volonté du contractant victime, *in concreto*, mais bien davantage sur celle d'un contractant *lambda*, c'est-à-dire *in abstracto*. Cette référence à une « personne raisonnable » est exclusive de toute qualification subjective. En revanche, il est vrai que la démarche semble moins objective que celle que propose l'analyse structuraliste du contrat.

280. - Une dernière analyse peut être évoquée, qui est issue de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Selon ce texte, est essentielle « la contravention qui prive substantiellement l'autre partie de ce qu'elle était en droit d'attendre selon le contrat ». Dès lors, c'est le résultat de la carence du débiteur, le préjudice qui en

---

[533] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publié H. DESBOIS et J. GAUDEMET, réimpression de l'édition publiée en 1937, Sirey, 1965, p. 417.

[534] G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. II, *Des obligations*, 3ème éd. Sirey, 1907, n° 92.

[535] Cette démarche rappelle évidemment celle qui est utilisée par le juge pour déterminer l'étendue de la nullité d'un contrat, par la référence au caractère déterminant de la clause illicite, v. *infra* n°292s . Elle évoque également l'appréciation de la causalité du vice dans le domaine des vices du consentement. L'on sait en effet que la nullité pour erreur, dol ou violence n'est encourue que dans la mesure où le vice a déterminé le contractant à s'engager. Le juge doit alors se demander comment aurait agi la victime si elle avait connu la réalité de l'objet de son obligation (ou de celle de son cocontractant), ou si elle avait pu s'engager librement.

[536] Article 10.

[537] V. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, n° 675.

découle, qui devient la mesure du caractère essentiel de la contravention. L'analyse semble, ici, beaucoup plus objective.
Au vu de la diversité des solutions possibles, il est particulièrement intéressant d'étudier la position de la jurisprudence et, par là même, l'émergence de la référence à l'économie du contrat.

§ 2 - L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat

281. - L'inventaire des arrêts se référant à l'économie du contrat (A) montre une objectivation de la matière, permettant le maintien des contrats ayant rempli leur fonction économique (B).

A. Les apparitions jurisprudentielles de la référence à l'économie du contrat

282. - Les premières apparitions de la notion (2) ne se comprennent qu'à la lumière du contexte jurisprudentiel (1).

1) Le contexte jurisprudentiel

283. - Il est essentiel de préciser, en tout premier lieu, que la détermination de la gravité ou de l'importance de l'inexécution relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ce qui rend malaisée toute systématisation des décisions de justice[538]. Aussi bien, la typologie des faits générateurs est impossible à dresser[539] : les juges se déterminent, certes, en fonction de la gravité de l'inexécution, mais ils peuvent également avoir égard à l'opportunité de la sanction, de même qu'à la notion d'abus dans la rupture. En outre, cette souveraineté des juges du fond, empêchant toute uniformisation par la Cour de cassation, assure un certain pragmatisme des solutions rendues.

284. - S'agissant du critère qui nous intéresse, le degré de gravité du manquement, les décisions sont là aussi contrastées. A titre d'illustration, l'on peut citer l'arrêt Ceccaldi[540], selon lequel le juge doit « rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement et, en cas d'inexécution partielle, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive immédiatement

[538] C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préf. de C. JAMIN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003., n° 26.
[539] S. LE GAC-PECH, *thèse précitée*, n° 694.
[540] Cass. Civ., 14.04.1891, *D.P.* 1891, 1, 329, note M. PLANIOL.

être prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts ». L'on peut constater qu'il évoque successivement l'intention des parties, les termes du contrat et les circonstances de fait. D'autres arrêts, assez nombreux, se réfèrent à la cause en tant que critère du manquement lorsqu'une obligation essentielle est inexécutée[541]. Selon la thèse de Mme Le Gac-Pech, « l'idée d'équilibre n'est sans doute pas absente de l'esprit des juges, mais elle n'apparaît pas de façon explicite dans leur motivation[542]. Ainsi, la jurisprudence contemporaine s'efforce-t-elle de « proportionner dans toute la mesure du possible les inexécutions et préserver ce qui peut être conservé du contrat »[543].

En conclusion, il apparaît que les juges tentent de concilier la volonté des parties et les éléments objectifs issus du contrat lui-même[544], ce qui explique aisément l'émergence, en jurisprudence, de la référence à l'économie du contrat.

2) Les premières apparitions du concept

285. - L'on peut souligner, en premier lieu, que la première référence à l'économie du contrat dans le domaine de la résolution n'est pas jurisprudentielle, mais doctrinale. Elle est tirée de l'article, désormais classique, de Maurice Picard et André Prudhomme, selon lequel, l'inexécution totale d'une obligation essentielle « va porter gravement atteinte à l'économie du contrat. Les deux obligations essentielles cessent de se faire contrepoids : une rupture d'équilibre s'ensuit »[545]. C'est finalement dans cette voie que s'engage progressivement la jurisprudence.

Dans un arrêt du 18 décembre 1990[546], des franchisés demandent la résiliation de leur contrat au motif que leur franchiseur s'était réservé la faculté de changer à son gré de fournisseurs et de distributeurs. La cour d'appel de Pau[547] les déboute, et le pourvoi qu'ils forment en cassation est rejeté. La Haute Juridiction approuve en effet les juges du fond d'avoir relevé que le franchiseur avait veillé au maintien de la continuité de l'approvisionnement par les fournisseurs habituels ainsi que des livraisons par des transporteurs et d'avoir fait ainsi ressortir qu'il n'avait pas modifié l'économie du contrat.

---

[541] Cass. Civ. 1ère, 05.10.1954, *Bull. civ.* I, n° 265, p. 226 : les juges apprécient souverainement si l'obligation inexécutée "était la cause juridique de l'obligation incombant à l'autre » ; Cass. Civ.1ère, 31.10.1962, *D.* 1963, Jur., n° 363.

[542] S. LE GAC-PECH, *thèse préc*., n° 694.

[543] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd. L.G.D.J., 2001, n° 463.

[544] C. RIGALLE-DUMETZ, *thèse préc*., n° 27.

[545] M. PICARD et A. PRUDHOMME, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, *R.T.D.Civ.*1912, p. 69.

[546] Cass. Com., 18.12.1990, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1525, pourvoi n° 89-14.853.

[547] CA Pau, 21.02.1989.

Dans une espèce jugée en 2000, une banque avait consenti à son client un prêt destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier. Quelques mois plus tard, l'établissement de crédit fournit un tableau d'amortissement dont la ventilation faite entre le montant de la prime d'assurance et celui des intérêts différait de l'offre initiale. Le client, considérant qu'il s'agissait d'un défaut d'exécution du contrat, en demande la résolution. La cour d'appel de Versailles[548] le déboute de cette prétention, au motif que la discordance relevée ne causait aucun préjudice à l'emprunteur et ne modifiait en rien l'économie du contrat, dans la mesure où le montant global de la somme due au titre des intérêts et de l'assurance est exactement la même. Le pourvoi formé par le client est rejeté[549], la Cour de cassation s'en remettant au pouvoir souverain des juges du fond.

La dernière espèce est très intéressante. Elle met en jeu la société Griffet qui, après avoir effectué des réparations sur une grue appartenant à la société Câbles Pirelli, l'endommage à l'occasion d'un accident de la circulation survenu lors de sa livraison, après réparation. La société propriétaire de la grue s'oppose au paiement du coût des réparations en demandant la résolution du contrat. La cour d'appel de Nancy la déboute de cette demande[550]. Elle estime en effet que l'obligation de transport de la grue était séparable de l'obligation de réparation. Elle relève ensuite que la valeur des prestations prévues pour les travaux de réparation et celle indiquée pour son transport montre que l'économie du contrat était essentiellement fondée sur la prise en considération des travaux de réparation. Elle en déduit que l'obligation essentielle et déterminante de la volonté contractuelle des parties était celle se rapportant à la réparation, de sorte que la seule inexécution partielle du transport en retour de la grue réparée ne saurait caractériser un manquement de la société Griffet à ses obligations contractuelles, justifiant la résolution du contrat. La Haute Juridiction[551] approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'obligation essentielle du contrat était de réparer la grue et que l'obligation de transport n'en était que l'accessoire.

---

[548] CA Versailles, 13.06.1997.
[549] Cass. Civ. 1ère, 28.03.2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 632, pourvoi n° 97-17.601.
[550] CA Nancy, 05.12.1997.
[551] Cass. Civ. 1ère, 30.05.2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1025, pourvoi n° 98-965.

B. L'économie du contrat, un critère économique de résolution

286. - La lecture de ces décisions nous semble faire clairement apparaître un nouveau critère. La référence à l'économie du contrat permet de mettre obstacle à la résolution lorsque, malgré l'inexécution, le contrat a pu remplir sa fonction économique[552].

C'est ainsi que, dans l'arrêt de 1990[553], les juges se sont appuyés sur le maintien de la continuité de l'approvisionnement par les fournisseurs habituels pour justifier leur refus de prononcer la résolution du contrat. En cela, ils ont relevé que l'inexécution alléguée n'avait pas affecté la finalité économique visée par le contrat, de sorte que celui-ci devait être maintenu.

Le même constat s'impose à la lecture de l'arrêt du 28 mars 2000[554], les juges ont refusé de prononcer la résolution du contrat après avoir relevé que le montant global de la somme due par l'emprunteur, au titre des intérêts et de l'assurance, était exactement le même. C'est dire, là encore, que l'intérêt économique attendu du contrat n'était pas entamé par l'inexécution, excluant, par là même, sa résolution.

Enfin, la même démarche se retrouve dans l'arrêt du 30 mai 2000. La finalité économique du contrat a été identifiée par comparaison du coût respectif des prestations contenues dans le contrat. Il est alors apparu que l'inexécution, affectant un point du contrat annexe à cette finalité économique, ne justifiait pas la résolution du contrat. C'est donc le constat que le contrat avait rempli sa fonction économique qui a fondé la solution. L'on peut remarquer ici la référence, factice à notre sens, à la volonté des parties. En effet, les juges déduisent de l'analyse purement économique du contrat que « l'obligation essentielle et déterminante de la volonté contractuelle des parties était celle se rapportant à la réparation ». Ici, la volonté des parties a été induite d'un constat objectif. Il faut y voir, une fois encore, une rationalisation de la volonté, une présomption que la volonté des parties tend nécessairement vers la réalisation de la finalité économique du contrat.

287. - La référence à l'économie du contrat permet de valider des opérations économiquement opportunes, quoique atypiques. En cela, elle comble les lacunes du droit positif, souvent dépassé par l'originalité de certains montages. Pour s'assurer que l'économie du contrat est

[552] La solution n'est pas tout à fait nouvelle, certains auteurs ayant déjà relevé une telle appréciation dans la démarche du juge : « arbitre de la vie ou de la mort du contrat, le juge peut tout aussi bien liquider celui-ci si la punition du débiteur est à ce prix et si l'intérêt du créancier l'exige que maintenir la convention si elle peut encore être exécutée dans des conditions satisfaisantes pour le créancier », M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. de J. MESTRE, P.U.A.M., 1996, n° 321, p. 266.

[553] Cass. Com., 18 décembre 1990, *préc*.

[554] Civ. 1ère, 28 mars 2000, *préc*.

réellement fondée sur une analyse économique du contrat, il nous reste à nous assurer que, comme elle permet la validation d'opérations économiquement utiles, elle fonde l'anéantissement des opérations qui ne présentent pas d'intérêt économique.

Chapitre 2

L'immixtion dans les contrats ne présentant pas d'intérêt économique

288. - La notion d'intérêt doit, ici, être précisée. L'intérêt est un mot générique qui s'applique à des réalités parfois très différentes. C'est ainsi qu'il faut distinguer, à notre sens, l'intérêt « final » du contrat de son intérêt « financier ». L'intérêt final du contrat vise, selon nous, son aptitude à atteindre la finalité qui en est attendue. L'intérêt « financier » du contrat vise, quant à lui, les conditions économiques dans lesquelles s'inscrivent la conclusion, et l'exécution, du contrat. Ces précisions données, nous devons dresser le constat que l'économie du contrat permet de protéger l'intérêt « final » du contrat, en anéantissant les contrats inaptes à l'atteindre (section 1). Mais la référence à l'économie du contrat ouvre également la voie à l'imprévision en semblant autoriser une modification des contrats ne permettant plus de garantir l'intérêt financier de l'une des parties (section 2).

SECTION 1 : L'ANEANTISSEMENT DES CONTRATS INAPTES A ATTEINDRE LEUR FINALITE ECONOMIQUE

289. - Le constat de l'irrationalité des parties est parfois sans appel. Dans ces occurrences, où une normalisation du contenu du contrat est inenvisageable, la référence à son économie en

permet l'anéantissement, que l'impossibilité d'atteindre la finalité économique se soit manifestée *ab initio* (§ 1) ou dans la phase d'exécution (§ 2).

§ 1 - L'anéantissement des contrats inaptes, *ab initio*, à atteindre leur finalité

290. - La référence à l'économie du contrat permet de jauger l'intérêt économique d'un contrat dont une stipulation seulement est illicite (A). Elle induit également une analyse affinée de l'existence de la cause (B).

A. Intérêt économique du contrat et étendue de la nullité

291. - La référence à l'économie du contrat intervient dans un domaine particulier des nullités : celui de la détermination de l'étendue de cette sanction. L'on sait en effet que, lorsqu'une seule stipulation contractuelle est illicite, la question de l'ampleur de la nullité se pose. Celle-ci doit-elle s'appliquer à l'acte dans son entier, ou n'affecter au contraire que la clause litigieuse ? Nous verrons une fois encore que ce domaine d'intervention de l'économie du contrat se caractérise par la polémique qu'il suscite entre partisans du subjectivisme et tenants de l'objectivisme (1). L'immixtion de l'économie du contrat dans ce contentieux marque, une fois encore, une objectivation de la question (2).

1) Les hésitations classiques entre objectivisme et subjectivisme

292. - Pour les partisans de la théorie classique, la nullité ne pouvait être que totale. En effet, ils envisageaient la nullité comme un état de l'acte, et tout le système était donc axé sur cet acte « malade »[555]. Cette solution s'inspirait également de l'idée que le contrat est une création indivisible, de sorte que la nullité partielle aboutirait à « ébranler jusqu'à ses bases le principe essentiel de force obligatoire des contrats librement consentis »[556]. Enfin, par la sévérité de ses conséquences, elle avait, pensait-on, une fonction de prévention et de dissuasion[557].

[555] Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969, n° 327.
[556] F. GENY, La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *R.T.D.Civ*. 1926, 630.
[557] O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, P.U.A.M., 1999, n° 516.

293. - Il faut préciser ici que le droit français ne comporte aucune disposition de portée générale relativement à l'étendue de la nullité[558]. Dans le Code civil français, deux textes, bien connus, semblent s'opposer : l'article 900 dispose que « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites ». Les raisons qui ont motivé le vote de ce texte sont connues, et le rapport de Barrère à l'Assemblée constituante confirme que l'inspiration de l'article 900 était largement politique et révolutionnaire[559]. Il s'agissait, en effet, de condamner les clauses tendant à faire revivre des solutions abolies par les acquis de la Révolution française[560]. L'annulation totale de la libéralité aurait dissuadé le bénéficiaire d'en dénoncer l'illégalité et aurait permis au disposant de reprendre les biens donnés. L'article 1172 du Code civil prescrit au contraire que « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». Ainsi, tandis que la nullité doit être totale s'agissant d'actes à titre onéreux, elle ne doit être que partielle quand l'acte est à titre gratuit. Longtemps, la jurisprudence a appliqué à la lettre les directives posées par le Code. Ainsi, au 19ème siècle, et au début du 20ème, affirmait-elle qu'un acte à titre onéreux ne pouvait être annulé que totalement[561].

294. - Cette application aveugle de l'article 1172 n'a pas manqué d'en mettre en évidence les effets pervers. L'examen de la jurisprudence a montré que la nullité totale pouvait aisément se retourner contre le contractant que la loi avait entendu protéger[562]. Dès lors, les auteurs ont commencé à réfléchir à l'idée d'une nullité partielle. Le « terrain doctrinal » y était alors plus propice. En effet, le contrat n'était plus envisagé comme un tout indivisible, l'on admettait qu'au contraire, les obligations contractuelles n'étaient pas toujours interdépendantes. En outre, il est apparu que la nullité totale pouvait dissuader les parties de dénoncer l'illégalité d'une clause de leur contrat. La police des contrats s'en trouvait, finalement, affaiblie. Enfin, c'est le renouveau de la théorie des nullités qui a joué comme un véritable déclic. La doctrine s'est en effet accordée à penser que la nullité n'est pas un état de l'acte, mais une sanction des règles impératives qui s'appliquent à sa formation. Ainsi analysée, la nullité permet d'accepter le maintien de certains effets du contrat en considération du but ou de la nature

[558] Au contraire de ses voisins européens. Ainsi, l'Allemagne (article 139 du BGB) et l'Italie (article 1419-1 du Code civil italien) ont-elles opté pour un principe de nullité totale. A l'inverse, le postulat retenu par la Suisse est celui de la nullité partielle (article 20 al 2 du Code fédéral des obligations).
[559] Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 38.
[560] Sur cet article, voir H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, 3ème éd., p. 454 à 465.
[561] Cass. Req., 14.11.1843, *S.* 1844, I, p. 228 ; Cass. Civ., 04.02.1896, *DP* 1896, 1, 580.
[562] Voir, à titre d'illustration, Cass. Civ., 13.02.1906, *DP* 1907, note M.P. Dans cet arrêt, l'illicéité d'une clause supprimant le délai de préavis d'un contrat de travail avait entraîné la nullité de l'intégralité de ce contrat.

particulière de ses conséquences[563]. Une fois admise l'idée d'une nullité partielle, il restait à imaginer un moyen de déterminer l'étendue de la nullité.

Là encore, la doctrine s'est divisée. Là encore, objectivisme (b) et subjectivisme (a) ont été au centre de la querelle.

a. Les partisans du subjectivisme

295. - Le subjectivisme est fondé sur l'idée que l'étendue de la nullité dépend de la volonté des parties, et, plus précisément, de l'importance qu'elles accordent à la clause illicite. Ainsi, si, dans l'esprit des contractants, la clause frappée de nullité était essentielle, la nullité doit être totale. *A contrario*, si elle n'apparaît qu'accessoire, le contrat est maintenu pour le surplus. Le fondement du subjectivisme se trouve, évidemment, dans l'autonomie de la volonté. En effet, dans un système consensualiste, le fondement de la force obligatoire est la volonté des parties. Il est donc logique que l'on se réfère à cette même intention pour déterminer l'étendue de la nullité, lorsqu'une partie seulement d'un acte est viciée[564].

Cette doctrine implique une démarche particulière pour le juge : il s'agit pour lui de se demander si les parties, ayant eu connaissance du vice qui affectait la clause, et donc, de sa disparition, auraient choisi de conclure ou non le contrat. Il apparaît qu'en dehors des cas particuliers où les parties auront pris soin de préciser, par le biais d'une clause, l'importance qu'elles attribuent à telle ou telle disposition du contrat[565], la tâche du juge risque d'être malaisée autant qu'aléatoire. Le second risque lié à la mise en application du subjectivisme pur tient à une possibilité de refoulement de l'ordre public, défendu ardemment par les objectivistes.

b. Les partisans de l'objectivisme

296. - N'attacher d'effet qu'à la volonté des parties peut de toute évidence menacer le redressement de l'ordre juridique troublé, en ce sens qu'elle risque de faire manquer les objectifs que s'était assignés une législation donnée[566]. L'exemple cité par M. Farjat est édifiant « sous prétexte que le contrat ne permet pas, contrairement à la loi, au locataire d'obtenir le renouvellement de son bail, donc de rester plus longtemps dans les lieux que son

[563] O. GOUT, *op. cit.*, n° 520.
[564] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 395.
[565] Sur ce point, voir O. GOUT, *thèse précitée*, n° 595s.
[566] O. GOUT, *thèse précitée*, n° 540.

bail ne l'y autorise, on l'évincerait de suite ! Quelle qu'ait été la volonté des parties, l'annulation partielle ne fait pas de doute… »[567].

Une nouvelle approche de l'étendue de la nullité a donc été proposée, qui repose sur des critères purement objectifs. Ainsi, Mme Guelfucci-Thibierge a-t-elle avancé que la nullité devait être proportionnée à la violation de la loi[568]. Le critère réside alors uniquement dans l'efficacité de la sanction. Si le rétablissement de la légalité transgressée suppose l'annulation totale de l'acte, le juge doit soulever la nullité intégrale du contrat. Si le rétablissement de cette légalité est satisfait par la nullité partielle, le contrat doit être maintenu pour le surplus, indépendamment de la volonté des parties[569].

297. - Cette thèse a cependant fait l'objet d'une critique. L'on a pu faire remarquer que l'efficacité de la sanction n'était pas toujours tributaire du caractère total ou partiel de la nullité[570]. Il est vrai que le maintien ou l'anéantissement de l'acte partiellement vicié est, bien souvent, indifférent au regard des objectifs de la légalité transgressée[571].

Ainsi, devant les lacunes respectives du subjectivisme et de l'objectivisme, il est revenu, une nouvelle fois, à la jurisprudence de trancher.

2) L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat

298. - La lecture des arrêts mettant en jeu l'économie du contrat dans la détermination de l'étendue de la nullité (a) fait apparaître clairement un détachement total de cette référence par rapport à la volonté réelle des parties (b).

a. Les apparitions jurisprudentielles de l'économie du contrat

299. - Les juges ont recours aux deux critères, sans poser clairement un ordre hiérarchique entre eux. Ainsi, les décisions s'inspirent souvent de considérations subjectivistes. La référence à l'intention des parties est cependant masquée par le recours à deux concepts : celui de la cause[572], et celui de l'indivisibilité subjective[573]. Que la jurisprudence ait recours à l'une

---

[567] G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1963, p. 362-363.

[568] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1992, n° 495.

[569] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *thèse précitée*, n° 495.

[570] O. GOUT, *thèse précitée*, n° 571.

[571] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 395.

[572] Voir, par exemple Cass. Soc. 04.05.1956 : « lorsque dans l'intérêt des parties, toutes les stipulations d'un contrat sont intimement liées entre elles et que les unes sont la cause déterminante des autres, la nullité des clauses illicites invalide les clauses licites », *D.* 1957, jur. 313, note Ph. MALAURIE. Voir aussi Cass. Civ. 1ère, 02.07.1958, *Bull. civ. I*, n° 352 ; Cass. Civ. 3ème, 24.06.1971, *D.* 1971, Somm. Comm., p. 131 ; Cass. Com.,

ou l'autre de ces théories, il n'est pas douteux qu'il s'agisse ici d'une application pure et simple du principe d'autonomie de la volonté[574]. Le juge doit alors se demander ce que les parties auraient voulu si elles avaient eu connaissance des causes d'inefficacité de l'acte. Il faut préciser ici que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain en la matière. Ils ont néanmoins l'obligation de motiver le choix de la nullité totale ou partielle[575].

Mais l'examen de la jurisprudence invite à la nuance. La considération de l'ordre public joue également un rôle. Ce rôle peut être occulte. Dans ce cas, le juge préfère « habiller l'ordre public avec une prétendue volonté contractuelle », il continue à « présenter des règles impératives sous la forme d'interprétation de volonté tacite »[576]. Parfois, la prévalence de l'ordre public sur la volonté des parties est affichée[577]. C'est dans ce contexte « mixte » que sont apparus les arrêts faisant référence à l'économie du contrat.

300. - La première référence à l'économie du contrat dans le contentieux de l'étendue de la nullité remonte au 20 mars 1929. Selon cet arrêt de la Cour de cassation[578], « attendu que même si les juges du fond avaient le pouvoir de supprimer d'un contrat, maintenu en son surplus, une seule clause illicite qui, à raison de son caractère accessoire, paraîtrait pouvoir disparaître sans que l'économie de la convention en fût atteinte, l'arrêt attaqué serait encore dépourvu de base légale à défaut de toute appréciation portée sur le caractère secondaire ou au contraire essentiel que la clause illicite pouvait avoir dans l'esprit des parties… »

301. - Cet arrêt est très intéressant. Il semble diviser la démarche du juge en deux étapes : en premier lieu, il s'agit de vérifier que la clause litigieuse est détachable du reste du contrat, ou, plus exactement, que le contrat peut survivre à la suppression de cette clause. C'est ici qu'interviendrait le concept d'économie du contrat. Il est alors utilisé comme une référence, un « étalon contractuel », auquel il faut confronter la nouvelle figure de la convention (après

---

13.11.1963, *Bull. civ. IV*, n° 474, Cass. Civ. 3ème, *Bull. civ.* III , n° 134 ; Cass. Com., 22.02.1967, *Bull. civ*. IV, n° 87.

[573] On citera l'arrêt précurseur de la Cour d'appel de Colmar, selon lequel « dans l'intention des parties, ces stipulations diverses se rattachaient au contraire intimement entre elles…, qu'elles formaient un ensemble indivisible ; que la nullité des premières invalide conséquemment les autres » CA Colmar, 23.03.1965, *D.P*., 1836.II.113. Voir également dans ce sens Cass. Civ. 1ère, 02.07.1958, *Bull. civ*. I, n° 352 ; Cass. Soc., 05.03.1959, *Bull. civ. IV*, n° 333 ; Cass. Civ., 1ère, 27.11.1963, *Bull. civ. I*, n° 520, Cass. Civ. 1ère, 1964, *Bull. civ*. I, n° 134, Cass. Civ. 1ère, 06.02.1973, *Bull. civ*. I, n° 47 ; Cass. Civ. 1ère, 27.11.1982, *JCP* 1983, IV, p. 20.

[574] B. TEYSSIE, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, *D*. 1976, chr. p. 281.

[575] Cass. Com., 17.01.1963, *Bull. Civ*. IV, n° 305.

[576] Ph. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, thèse, éd. Matot-Braine, 1953, n° 136.

[577] Cass. Civ. 3ème, 20.02.1969, *Bull. civ*. III, n° 165. Cass. Civ. 3ème, 09.07.1973, *D*. 1974, jur., 21, Cass. Civ. 3ème, 14.06.1983, *Bull. civ*. III, n° 136.

[578] Cass. Civ., 20.03.1929, *DP* 1930, I, 13, note P. VOIRIN.

amputation des stipulations illégales). Si la suppression des clauses litigieuses atteint l'économie du contrat, la nullité est nécessairement totale. En revanche, si la suppression n'atteint pas l'économie du contrat, la nullité partielle est envisageable, et seulement envisageable. C'est là que s'ouvre la deuxième étape du raisonnement, tel qu'il semble dicté par cet arrêt du 20 mars 1929 : après s'être assuré de la « divisibilité matérielle de l'acte »[579], le juge devra sonder la volonté des parties, afin de déterminer si la stipulation litigieuse était ou non essentielle pour elles.

302. - La confrontation de cette décision à celles qui sont intervenues ultérieurement est également très intéressante. En effet, l'on peut remarquer que la première phase du raisonnement – l'examen de la divisibilité matérielle – n'apparaît pas nettement dans les décisions. Pour autant, selon M. Gout, elle existe, « même si la plupart du temps elle est inconsciente ou invisible aux yeux de l'observateur »[580].
Les décisions postérieures, relatives à l'étendue de la nullité et mettant en jeu l'économie du contrat, sont difficiles à analyser. L'on remarquera en premier lieu qu'elles sont intervenues sous l'empire de l'interprétation ancienne de l'article 1129 du Code civil. Dans un arrêt du 11 janvier 1984[581], opposant une compagnie pétrolière à un pompiste, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel[582] qui avait refusé de prononcer la nullité du contrat. La Haute Juridiction relève en effet que les tarifs des lubrifiants étaient soumis à l'arbitraire de la société AGIP et que la fourniture de lubrifiants ne pouvait être considérée comme accessoire dans l'économie du contrat.

303. - Tous les litiges suivants mettent en jeu des contrats de location-entretien de matériel téléphonique. Ces conventions stipulent l'obligation, pour le preneur, de recourir au bailleur pour toutes les modifications ultérieures de l'installation, mais sans aucune indication relative au prix. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure, il ne fait aucun doute que la nullité était encourue. C'est néanmoins l'étendue de cette nullité qui pouvait poser un problème. Après avoir relevé que, s'agissant de contrats de longue durée (entre 5 et 10 ans), les modifications de l'installation étaient inévitables, les cours d'appel saisies ont toutes prononcé la nullité

[579] L'expression est d'Olivier GOUT, qui en fait une analyse très intéressante, v. O. GOUT, *thèse précitée*, n°522 à 526.
[580] O. GOUT, *thèse précitée*, n° 524.
[581] Cass. Com., 11.01.1984, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 48, pourvoi n° 82-12.679.
[582] CA Aix-en-Provence, 19.02.1982.

intégrale des conventions qui leur étaient soumises[583]. Dans tous ces cas, les pourvois formés ont été rejetés par la Cour de cassation au motif que les prestations visées par les clauses litigieuses étaient « indissociables de l'économie du contrat »[584], ou en raison du « caractère essentiel » que revêtaient ces clauses « dans l'économie de ces contrats »[585]. Mais quel est le sens de cette référence à l'économie du contrat ?

b. L'économie du contrat, une référence objective

304. - L'arrêt du 20 mars 1929 est, à notre sens, particulièrement éclairant quant au rôle qu'il convient d'attribuer à l'économie du contrat. En effet, en distinguant la première phase du raisonnement, posant comme référence l'économie du contrat, de la seconde phase, posant comme référence la volonté des parties, cette décision met en exergue l'objectivité de la notion d'économie du contrat. C'est dire que ce que dicte la structure contractuelle, telle qu'elle est comprise par la référence à l'économie du contrat, ne se confond pas nécessairement à la volonté réelle des parties. Aussi bien, une clause que l'analyse de l'économie du contrat ferait apparaître comme détachable de ce contrat pourrait-elle être, cependant, déterminante dans la volonté des parties.

Prise dans cette acception, l'économie du contrat dépasse les volontés des contractants, elle est un critère autonome permettant de jauger les évolutions tolérables ou non de la figure contractuelle. Elle peut alors être définie comme un minimum contractuel abstrait, ne se confondant cependant pas avec le minimum contractuel que les parties ont réellement souhaité se ménager. L'arrêt de 1929 montre donc une dissociation nette de l'économie du contrat et de la volonté des parties.

305. - Un arrêt postérieur introduit cependant davantage d'équivoque dans le rapport de l'économie du contrat à la volonté des parties. Dans une décision du 24 juin 1974, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation affirma que « aux termes de l'article 1172 du Code civil, toute condition qui dépend d'une chose prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. Il en est ainsi, au moins lorsque la clause illicite a été dans

[583] CA Paris, 05.02.1985 ; CA Angers, 06.11.1989 ; CA Paris, 26.06.1990 et CA Colmar, 12.05.1995.

[584] Cass. Com., 09.06.1987, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 554, pourvoi n° 85-12.383 ; Cass. Com., 02.07.1991, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1026, pourvoi n° 90-10.874 ; Cass. Com., 07.04.1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 914, pourvoi n° 95-18.278. S'agissant de cette dernière décision, il est à noter que le caractère indissociable de l'économie du contrat était surabondant, puisque l'annulation du contrat était fondée sur le risque de perpétuité de la convention : « l'arrêt retient (…) que, sauf à se priver de toute adaptation de l'installation à ses besoins, nécessairement fluctuants, la locataire se trouve tenue envers la bailleresse pour une durée pouvant se prolonger indéfiniment, par le jeu de la clause de prorogation ».

[585] Cass. Com., 13.10.1992, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1436, pourvoi n° 90-22.141.

l'esprit des parties, une condition essentielle de leur accord de volontés et que sa suppression aurait pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat »[586]. La proposition est ambiguë : le caractère essentiel de la clause implique-t-il nécessairement un bouleversement de l'économie du contrat dans l'hypothèse de sa suppression, ou ces deux conditions sont-elles cumulatives, de sorte qu'économie du contrat et volonté des parties apparaissent indépendantes l'une de l'autre ? La formulation de la décision laisse subsister le doute, que seule peut dissiper l'étude d'arrêts plus récents. L'examen de la jurisprudence montre que les décisions postérieures sont intervenues dans le contentieux de l'indétermination du prix dans les contrats-cadre[587].

306. - La portée des arrêts relatifs à l'indétermination du prix est difficile à dégager. Ils peuvent sembler une parfaite illustration du raisonnement conduit dans l'arrêt de 1929. En effet, l'on peut considérer que la démarche des juges a consisté en un examen préalable de la « divisibilité matérielle » des clauses litigieuses. Face au constat de l'indivisibilité, il n'était d'autres conclusions possibles que celle de la nullité totale, indépendamment de la volonté des parties. Cette analyse nous conduit logiquement à considérer que l'économie du contrat est un élément purement objectif.

307. - Une seconde lecture de ces arrêts est cependant envisageable : l'on peut également considérer que la référence à l'économie du contrat n'est pas un préalable à l'examen de la volonté des parties, mais qu'elle s'y substitue. Dans cette seconde occurrence, l'objectivité de la notion ne disparaît pas totalement, mais elle se mélange avec la considération de l'intention des parties.

S'agissant du contentieux de l'indétermination du prix, l'affirmation systématique de la nullité intégrale, fondée sur la seule inévitabilité d'une modification des installations, nous semble relever bien davantage de la politique jurisprudentielle que d'une recherche de la volonté des parties. L'on se souvient ainsi des effets pervers de la jurisprudence antérieure à 1995. A plus d'un titre, la traque judiciaire menée contre les contrats-cadre sans prix était une

[586] Civ. 3ème, 24 juin 1974, *J.C.P*. 1972, II, 17190, obs. J. GHESTIN.

[587] Voir les décisions précitées sur les contrats de location-entretien d'installations téléphoniques : CA Paris, 05.02.1985 ; CA Angers, 06.11.1989 ; CA Paris, 26.06.1990 et CA Colmar, 12.05.1995 ; Cass. Com., 09.06.1987, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 554, pourvoi n° 85-12.383 ; Cass. Com., 02.07.1991, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1026, pourvoi n° 90-10.874.

chasse aveugle[588]. Cet aspect n'en est qu'une autre illustration, mettant en exergue l'appréciation purement objective de l'étendue de la nullité fondée sur l'économie du contrat.

308. - La référence à l'économie du contrat dans le contentieux de l'indétermination du prix met en évidence l'identification, par les juges, d'un minimum contractuel. Cependant, ce minimum contractuel ne se confond pas avec l'intérêt que les parties ont entendu tirer du contrat. Ce minimum contractuel est déterminé par le juge. Il peut donc se situer en deçà[589] de ce que les parties attendaient de l'exécution du contrat. Au contraire, il peut parfois être plus pesant que ce que souhaitaient les contractants[590].

B. Intérêt économique du contrat et existence de la cause

309. - S'il est un domaine où objectivisme et subjectivisme se sont ardemment confrontés, c'est bien celui de la cause, et, plus précisément, celui du contrôle de l'existence de la cause. Alors que l'objectivisme semblait l'avoir emporté (1), un arrêt fondé sur l'économie du contrat est venu bousculer les solutions traditionnelles, permettant l'anéantissement d'un contrat ne présentant pas d'intérêt économique (2).

1) La prédominance classique de l'objectivisme dans le contrôle de l'existence de la cause

310. - Après avoir retracé les différentes conceptions de la cause défendues en doctrine (a), nous nous attacherons à dégager les solutions du droit positif (b).

a. Bref historique doctrinal des conceptions de la cause

311. - La théorie moderne de la cause est traditionnellement présentée comme puisant ses racines dans les écrits de Domat[591]. Selon lui, les conventions devaient être réparties en quatre catégories. S'agissant des trois premières, *do ut des*, *facio ut facias*, *do ut facias*, l'obligation de chacune des parties trouve « sa cause de la part de l'autre ». Le quatrième groupe étant composé des conventions unilatérales, cette définition de la cause ne vaut plus. Il faut alors lui substituer une autre notion, qui peut être soit l'intention libérale de celui qui s'engage, soit un service rendu ou un mérite particulier de celui en faveur de qui l'on s'engage. De ces deux

[588] C'est ainsi par exemple que le choix de la nullité absolue – choix que ne saurait fonder la théorie moderne des nullités – empêchait toute confirmation, et, partant, permettait au plaideur de critiquer un contrat exécuté par lui des années durant.
[589] C'est ce qui ressort de l'arrêt précité du 20 mars 1929.
[590] C'est ce qui nous semble découler des arrêts relatifs à l'indétermination du prix. Ceux-ci considèrent comme essentiels à l'économie du contrat des clauses qui, à notre sens, ont pu être considérées comme accessoires par les parties. En toute occurrence, il ressort de ces arrêts que la volonté des parties à ce sujet n'a guère été sondée.
[591] DOMAT, *Lois civiles*, livre I, titre I, n° 5 et 6.

acceptions possibles émerge la première opposition entre objectivisme et subjectivisme. En effet, si la cause, dans ce type de conventions, est ramenée à l'intention libérale, la démarche paraît tout à fait objective. Si, en revanche, l'on « sonde » davantage tant les cœurs que les mobiles plus lointains, évidemment, l'appréciation de l'existence de la cause s'en trouvera subjectivée.

L'on voit que l'hésitation entre objectivisme et subjectivisme apparaît dès, et dans, les travaux de Domat. Cette hésitation perdurera très longtemps, jusqu'aux développements contemporains de la jurisprudence comme de la doctrine.

312. - En assimilant la cause à l'intention libérale dans les libéralités, Pothier s'est rangé à une conception objective du concept causal[592]. En effet, le seul constat de l'intention libérale suffisant à causer la libéralité, l'on s'affranchit de la recherche du bien-fondé de cette intention libérale, par là même d'une appréhension subjective des rapports entre les parties. Une telle approche a été relayée par MM. Ripert et Boulanger qui, s'agissant des contrats synallagmatiques, cette fois, ont assimilé la cause de l'obligation de chacun des contractants à la « considération de la contreprestation procurée par le contrat »[593]. Si la définition se veut teintée d'un certain subjectivisme par la référence, non à la contreprestation, mais à la « considération » de la contreprestation, nul doute que cette volonté est tout à fait désincarnée, de sorte que la cause, ainsi entendue, est totalement objective. Aussi bien, la cause de la libéralité est appréhendée tout aussi objectivement, puisqu'elle est réduite à la seule volonté de conférer un bienfait, sans remonter davantage en amont de la chaîne de volition.

313. - Cette théorie, dite classique, de la cause présente une lacune. Satisfaisante quant au contrôle de l'existence de la cause, elle s'avère tout à fait impuissante à en sanctionner l'illicéité. En effet, la cause envisagée comme la contrepartie permet un contrôle superficiel de la relation contractuelle. La seule question posée par le juge est celle de l'existence d'une contrepartie à l'obligation de chacun. Dans cette optique, il ne s'interroge ni sur la consistance de cette contreprestation, ni sur le caractère moral des motifs qui ont inspiré sa souscription. Une telle question imposerait évidemment une recherche beaucoup plus détaillée de la

[592] POTHIER, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. BUGNET, T. II, *Eloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Paris, Videcocq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1848.

[593] RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil* (d'après le traité de Planiol), t. 2, L.G.D.J., 4ème éd., 1952, n° 289, p. 108.

psychologie des contractants que ne le permet la considération de la seule contrepartie. La contrepartie, qui se retrouve à l'identique par type de contrat, est, en effet, moralement neutre.
C'est sur ce constat que se sont fondées les critiques adressées à la théorie classique de la cause, et notamment les théories anticausalistes. Les auteurs se réclamant de ce courant de pensée ont tenté de démontrer que les concepts de consentement, d'objet et de capacité rendaient superfétatoire le recours à la cause. Dans les contrats synallagmatiques, l'absence de cause ne serait rien d'autre qu'un défaut d'objet, tout comme la cause illicite se confondrait avec l'illicéité de l'objet. S'agissant des libéralités, l'intention libérale n'apporte rien de plus que la seule considération de l'intégrité du consentement[594].
Face aux reproches adressés à la théorie classique, deux courants de pensée se sont développés en doctrine. Le premier a persisté dans une approche objective du concept causal, tandis que le dernier s'en est éloigné, en retenant de la cause une acception plus extensive.

i) Les théories objectivistes

314. - Ce courant doctrinal[595] concentre sa pensée sur l'aspect matériel de la notion de cause. Selon M. Louis-Lucas, la cause est « la traduction juridique d'un élément économique »[596]. Elle est « la nécessité compensatoire qui se dégage d'un enrichissement d'une consistance suffisante ». « De par son caractère objectif, la cause doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre subjectif : elle n'intéresse que le patrimoine et non la personne. De par son caractère quantitatif, elle doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre qualitatif : elle exprime l'équilibre des patrimoines et non l'indépendance des personnes »[597].
L'auteur, s'il ne dénie pas tout rôle à la volonté, l'isole cependant nettement du concept de cause. Les deux seraient même, selon lui, inversement proportionnels. Ainsi, les situations où la volonté s'exprime à plein ne laissent que peu de place à la cause – c'est l'hypothèse de la donation – tandis qu'à l'inverse les figures contractuelles fondées sur la cause ne sont que peu influencées par la volonté – c'est l'exemple du contrat synallagmatique[598].

---

[594] Pour une étude plus détaillée de la doctrine anticausaliste, voir de BOIS-JUZAN, *De la cause en droit français*, Bordeaux, 1930, p. 266 et s.
[595] Représenté par des auteurs tels E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912, LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, thèse, Dijon, 1918.
[596] LOUIS-LUCAS, *thèse précitée*, p. 93.
[597] LOUIS-LUCAS, *thèse préc*., p. 146.
[598] LOUIS-LUCAS, *thèse précitée*, p. 119.

ii) Les théories extensives

315. - La théorie de MAURY – Nous avons vu précédemment que l'approche objective réduisait l'existence de la cause à la présence d'une contrepartie à l'obligation de chacun, sans aller plus avant dans l'appréciation de la consistance de cette contrepartie. La thèse du doyen Maury s'éloigne de cette conception en posant une exigence particulière quant à la contrepartie : il exige qu'elle soit « l'équivalent voulu »[599]. « La volonté précise la qualité de l'équivalent en considération duquel on s'oblige ; la qualité générale objective et par là même la nature ainsi que la portée du contrat d'où naît l'obligation ; la qualité particulière subjective et ainsi la convention concrète, individualisée, qui a été passée ; quand la première manque il y a absence de cause ou fausse cause ; quand c'est la seconde, il y a erreur sur la cause. Mais pour qu'il puisse être question de cause, il faut que soit en jeu la détermination de l'équivalent : tout motif qui ne s'intègre pas dans cette notion d'équivalent reste extérieur à la cause ; elle n'est pas souveraine ; n'est cause que ce qui est équivalent »[600] .

Ainsi, l'existence d'une contrepartie est ici envisagée comme une condition nécessaire à la validité de la convention, mais non comme sa condition suffisante. La conformité aux motifs prévus est également requise, tant que ces motifs s'appliquent à la contrepartie. Dans cette approche, la contrepartie ne doit pas seulement exister, elle doit se conformer aux attentes exprimées par les parties.

L'analyse est intéressante, qui allie subtilement objectivisme et subjectivisme, par la pénétration des mobiles, mais seulement en tant que qualités voulues de la contrepartie. Il est à signaler ici qu'il n'est pas question d'exiger un équilibre « objectif » entre les prestations, c'est-à-dire un contrôle de la lésion, mais de s'assurer que la contreprestation présente les qualités exigées par les parties.

316. - La théorie de CAPITANT – Capitant juge avec sévérité l'idée que, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant aurait pour cause l'obligation de l'autre. Selon lui, il ne peut s'agir que d'un « truisme », revenant à simplement constater « que chaque partie s'oblige, parce que l'autre s'oblige également »[601]. Aussi bien, sa définition du concept causal s'éloigne de cette conception traditionnelle, puisque selon lui, « dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir

[599] MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p. 32.
[600] MAURY, *thèse précitée*, p. 156-157.
[601] H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923, Paris, Dalloz, n° 13.

l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour »[602]. Son analyse est doublement originale. Outre qu'elle impose la pérennité de la cause dans l'exécution du contrat[603], elle en affine les traits par la référence au but visé par chacun des contractants[604]. C'est si vrai que, selon Capitant, « une obligation n'est valable qu'autant que le but visé est, d'une part susceptible d'être atteint et, d'autre part, licite, c'est-à-dire ni interdit par la loi ni contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »[605]. En intégrant le consentement à l'idée de cause, Capitant a fondu ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler la cause de l'obligation et la cause du contrat. L'unicité du concept est expliquée dans ces termes : « séparer le consentement de la cause, c'est, nous l'avons déjà dit, mutiler la manifestation de volonté du contractant »[606]

Si l'assimilation de la cause au but à atteindre relève bien d'une démarche subjective, il faut préciser que l'auteur distingue nettement la cause du motif. Celui-ci est « la raison contingente, subjective et par là même variable avec chaque individu qui détermine une personne à conclure un contrat »[607]. Ce motif n'est pas juridique. Il ne prendra corps juridiquement que dans la mesure où il sera intégré, par les parties, au champ contractuel. L'on peut déplorer que l'auteur n'ait pas davantage détaillé les conditions d'une telle intégration[608].

317. - La théorie de JOSSERAND – Josserand opère, lui aussi, une distinction intéressante. Il fait le départ entre les mobiles intentionnels, qui sont intrinsèques à l'acte et se retrouvent à l'identique pour une catégorie juridique donnée, et les mobiles extrinsèques, variables, individuels[609]. Dans cette seconde catégorie, il faut encore distinguer les motifs, qui sont les antécédents de l'acte, des mobiles-buts ou mobiles téléologiques, qui sont au contraire une anticipation des effets du contrat[610]. L'auteur considère que la prise en considération des seuls

---

[602] H. CAPITANT, *thèse préc*., n° 14.

[603] Il est à noter que l'exigence du maintien de l'existence de la cause lors de l'exécution du contrat était, alors, imposée en jurisprudence. Voir l'arrêt Albertini, Cass. Civ., 14 avril 1891, *D.* 1891, I, p. 329 : « Dans un contrat synallagmatique, l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation de l'autre, en sorte que si l'obligation de l'une n'est pas remplie quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ». Voir également, dans le même sens, Cass. Civ., 22 novembre 1921, *S.* 1921, I, p. 81, « attendu que dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune des parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie ».

[604] « Quoiqu'on en dise, le but visé par chacun des contractants est le lien qui unit leurs obligations réciproques et donne ainsi au contrat son véritable caractère », *thèse précitée*, n° 16.

[605] H. CAPITANT, *préc*., n° 6.

[606] H. CAPITANT, *thèse préc*., n° 16.

[607] H. CAPITANT, *thèse précitée*, n° 4, p. 11.

[608] L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947, p. 162 et s.

[609] L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques*, 1928.

[610] L. JOSSERAND, *préc*., p. 25.

mobiles intentionnels n'autorise qu'une analyse superficielle du contrat. Il prescrit au contraire d'avoir égard au but « ultime » visé par les parties. C'est ainsi Josserand qui introduit en droit français la distinction, désormais classique de la « cause du contrat par opposition à la cause des obligations »[611]. La subjectivisation opérée ne semble cependant pas s'appliquer, dans la pensée de Josserand, au contrôle de l'existence de la cause, mais bien se limiter à celui de la licéité de la cause.

318. - La théorie de BOYER – M. Boyer met en exergue la distinction entre l'absence de cause et l'erreur sur la cause. « Tandis que l'erreur sur la cause s'apprécie en fonction d'un certain nombre d'éléments psychologiques, c'est à des éléments objectifs et indépendants de la volonté humaine qu'il faut s'attacher pour déterminer si la cause du contrat fait défaut »[612]. Dans cette approche, l'absence de cause est envisagée classiquement. Elle recouvre les hypothèses où les « éléments catégoriques » font défaut. La pensée de l'auteur est plus originale s'agissant de ce que l'auteur appelle « l'absence de cause casuelle », et qui peut être rapprochée de l'erreur sur la cause. M. Boyer part du constat qu'il existe, à la base de la volonté de contracter, des éléments variables selon les diverses conventions d'un même type. La valeur de ces éléments casuels dépendrait du comportement psychologique des parties[613]. L'examen de ces éléments permet de dépasser la question de l'existence de la contrepartie, en lui substituant celle-ci : « le résultat juridique voulu peut-il être atteint ? Les éléments nécessaires pour y parvenir existent-ils ? »[614].
Face à la diversité, et parfois à la complexité, de ces théories doctrinales, c'est finalement une approche fonctionnaliste qu'a retenue la jurisprudence classique contemporaine.

b. Les solutions du droit positif

319. - La jurisprudence contemporaine classique n'a, en réalité, exclu ni la conception objective de la cause, ni sa conception subjective. En effet, les deux acceptions du concept causal cohabitent aujourd'hui en jurisprudence, mais à chacune a été assignée une fonction différente. Il est classiquement admis que la cause dite subjective, recouvrant les mobiles qui animent l'une ou l'autre des parties, est utilisée pour en jauger la licéité. Il est en effet apparu que la conception objective de la cause était tout à fait impuissante à remplir cette fonction.

[611] L. JOSSERAND, *préc*., p. 163.
[612] L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947, p. 186.
[613] L. BOYER, *thèse précitée*, p. 198.
[614] L. BOYER, *thèse précitée*, p. 196.

Réduire la cause à la contrepartie, c'est en postuler nécessairement la licéité[615]. Pour autant, la conception objective de la cause, telle qu'elle a été définie par Domat, n'a pas été abandonnée. C'est ainsi que, traditionnellement, c'est par référence à la cause objective qu'est appréciée l'existence de la cause dans les contrats synallagmatiques. L'existence d'une contrepartie à l'obligation de chacun des contractants atteste l'existence de la cause. Cette approche duale – objective quant à l'appréciation de l'existence de la cause, subjective quant à sa licéité - a été parfaitement illustrée dans un arrêt rendu le 12 juillet 1989 par la Première chambre civile de la Cour de cassation[616]. Dans cette affaire, une femme avait fait l'acquisition, auprès d'un parapsychologue, d'ouvrages et de matériel d'occultisme. N'en ayant pas acquitté le prix de vente, elle fut poursuivie par le vendeur et invoqua, pour sa défense, l'illicéité de la cause de son obligation[617]. Les juges du fond ayant effectivement retenu l'illicéité de la cause, le vendeur se pourvut en cassation. Il argua alors que « la cause du contrat ne réside pas dans l'utilisation que compte faire l'acquéreur de la chose vendue, mais dans le transfert de propriété de cette chose ». Le pourvoi fut rejeté, donnant l'occasion à la Cour de cassation de consacrer l'approche fonctionnelle du concept causal : « mais attendu, d'abord, que si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété de la chose vendue, en revanche la cause du contrat consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé ».

320. - Aussi bien, s'agissant du contrôle de l'existence de la cause, peut-on dire qu'il met en jeu une conception objective de la cause. Traditionnellement donc, s'interroger sur l'existence de la cause revient simplement à se demander si l'obligation de chaque partie trouve une contrepartie dans les obligations de l'autre, sans aller plus avant, que ce soit dans l'examen de la consistance de cette contrepartie que dans celui de la chaîne des motivations des contractants. Cependant, l'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat est venue remettre en cause cette affirmation, dans ses deux pans.

2) La prise en compte de l'intérêt du contrat par référence à son économie

321. - L'arrêt du 3 juillet 1996 a changé la donne du contrôle de l'existence de la cause (a). Il paraît alors essentiel de mesurer la portée de cette décision (b).

[615] C'était d'ailleurs là un argument important de la doctrine anticausaliste.
[616] Civ. 1ère, 12 juillet 1989, *J.C.P.* 1990, II, n° 21546, note Y. DAGORNE-LABBE.
[617] A l'époque des faits, l'activité de devin était prohibée par l'article R. 34 du Code pénal.

a. L'anéantissement du contrat économiquement inutile

322. - C'est dans un arrêt du 3 juillet 1996[618] que la référence à l'économie du contrat est venue quelque peu ébranler la jurisprudence classique relative au contrôle de l'existence de la cause. En l'espèce, un couple avait conclu un contrat de création d'un point club vidéo et de location de cassettes avec une société de diffusion de cassettes. Or, il apparut que l'exploitation de ce point club vidéo était vouée à l'échec, en raison de son implantation dans un petit village trop peu peuplé. Saisi d'une demande en paiement présentée par la société nouvelle DPM, le tribunal de grande instance annula le contrat de location pour erreur. La Cour d'appel préféra à ce fondement celui de l'absence de cause. Elle releva en effet que « le mobile déterminant de l'engagement de ces derniers (les époux) était la diffusion certaine de ces cassettes auprès de leur clientèle, et que cette exploitation était vouée à l'échec dans une agglomération de 1314 habitants ». Le pourvoi formé par la société mit en avant, avec une certaine pertinence, la confusion opérée par les juges du fond entre cause de l'obligation et cause du contrat, confusion dénoncée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 juillet 1989. Le pourvoi est cependant rejeté. La Juridiction suprême argua en effet que « s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible ». Elle approuva alors la Cour d'appel d'avoir « déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes ».

323. - Cet arrêt n'a pas laissé de surprendre la doctrine. En effet, à reprendre la définition de Domat, selon laquelle « la cause des obligations d'une partie résid[e] lorsque le contrat est synallagmatique dans l'obligation de l'autre »[619], l'on ne pouvait guère douter de l'existence d'une cause à l'obligation des époux Piller. Leur obligation de payer a une contrepartie, résidant dans l'engagement de la société DPM de livrer les vidéo cassettes et de leur en procurer la jouissance paisible. A cet égard, la solution rendue par la cour d'appel paraît bien peu orthodoxe. Que penser, en effet, de l'affirmation selon laquelle « la cause, mobile déterminant de l'engagement de ces derniers, était la diffusion certaine de ces cassettes » ? La rupture est consommée avec les principes les plus classiques et les « solutions de droit les plus éprouvées »[620]. N'y a-t-il pas là une frappante confusion entre ce qu'il est convenu d'appeler

[618] Civ. 1ère, 3 juillet 1996, bull. civ. I, n° 286, *J.C.P*. 1997, I, 4015, obs F. LABARTHE, *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE, *R.T.D.Civ*. 1996.903, obs. J. MESTRE, *D*. 1997. 500, note Ph. REIGNE, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503, note P. CHAUVEL.
[619] Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, partie I, livre I, titre I, section I, § IV et V.
[620] J. MESTRE, *R.T.D.Civ* . 1996. 901.

la cause objective et la cause subjective ? Si l'analyse de la Cour de cassation est plus nuancée, le hiatus avec les solutions traditionnelles demeure. La Cour de cassation, pour ne pas assimiler la cause de l'obligation aux mobiles, n'en retient pas moins une acception plus subjective qu'à l'accoutumée par la référence à une exécution impossible du contrat « selon l'économie voulue par les parties ».

324. - C'est donc par le biais du concept d'économie du contrat que la Juridiction Suprême a entendu infléchir l'objectivité du contrôle de l'existence de la cause. Or, il est frappant de constater que c'est toujours par la référence à cette notion qu'elle a introduit un examen plus approfondi de la consistance de la contrepartie.

b. La portée de la décision

325. - Qu'elle soit critiquée[621] ou saluée[622], cette décision a suscité de vives réactions doctrinales. Parmi les auteurs enthousiastes, l'on remarquera que la décision apparaît diversement fondée. Pour Philippe Reigné, l'arrêt introduit une nouvelle acception de la cause, d'inspiration subjectiviste : « la cause serait le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres ; le défaut de cause s'identifierait à l'impossibilité, pour les parties, d'atteindre ce but contractuel »[623]. Une telle lecture de la décision s'autorise des écrits de Maury, tendant à introduire, par la notion d'équivalent voulu, une prise en compte de la volonté motivée, de la volonté causée[624]. Elle connaît en outre un antécédent jurisprudentiel. La Cour de cassation avait déjà jugé que « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant ; cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère nulle, soit de réalisation impossible »[625].

326. - Mme Rochfeld trouve, à cette décision, une justification un peu différente. Celle-ci relève en effet la singularité de la figure contractuelle litigieuse. Bien davantage que d'un bail, il s'agit ici d'une « véritable fourniture de moyens pour la création d'une activité

---

[621] J. MESTRE, *R.T.D.Civ*., 1996.901 ; F. LABARTHE, *J.C.P*. 1997, I, n° 4015.
[622] J. ROCHFELD, *thèse préc*., n° 263 et n° 576 ; Ph. DELEBECQUE, *Rép*. *Defrénois* 1996, art. 36381 ; Ph. REIGNE, *D*. 1997, jur., p. 501 ; P. CHAUVEL, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503.
[623] Ph. REIGNE, note préc. et *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993, n° 246.
[624] MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.
[625] Cass. Civ., 30 décembre 1941, *D. A.* 1942, 98.

commerciale »[626]. La Cour de cassation insiste d'ailleurs sur l'affectation (si l'on peut dire) de la location de cassettes vidéo « pour l'exploitation d'un commerce ».

L'analyse de la Cour de cassation a donc refusé de réduire le contrat à une simple fourniture de biens. Rappelons qu'alors, il n'était guère possible de dénier l'existence de la cause, celle-ci se ramenant simplement à la mise à disposition des cassettes vidéo par la société DPM. La Cour de cassation a préféré jouer sur la qualification même de la figure contractuelle, y intégrant les aspirations économiques des parties, afin de montrer que la contrepartie attendue ne pouvait être obtenue. C'est donc par une qualification affinée et, si l'on peut dire « économique » du contrat, que la Cour de cassation parvient à démontrer l'absence de cause.

Le Professeur Chauvel, enfin, voit dans l'espèce une hypothèse d'erreur sur les qualités substantielles. Selon lui, « contrairement à l'apparence, il ne s'agit pas d'un simple mobile, lequel est tout subjectif. Tout commerçant sollicité eût raisonné de même et l'impossibilité d'un écoulement adéquat des cassettes sur le marché local eût été identique pour tous. Compte tenu des particularismes de l'opération, la fin poursuivie par les époux Piller devait, à notre sens, être considérée comme une véritable qualité substantielle de la prestation qu'ils entendaient recevoir, précisément parce qu'elle était parfaitement objectivée »[627].

327. - Ces dernières analyses nous paraissent tout à fait pertinentes. Il nous semble en effet que l'arrêt consacre, davantage que l'idée d'équivalent voulu, celle d'équivalent normalement attendu[628]. C'est pourquoi il est inexact, à notre sens, d'affirmer que cette décision emporte une subjectivisation de la cause. Certes, les juges ont ici égard aux mobiles pour apprécier l'existence de la cause, mais ils n'ont égard à ces mobiles que parce que ceux-ci sont « normaux » et tout à fait prévisibles. Il s'agit de mobiles « objectifs », ce qui remet en cause l'idée de subjectivisation de la cause. Il nous paraît beaucoup plus pertinent de parler d'une approche économique de la cause. Le contrat a été anéanti, non en ce qu'il ne répondait pas aux attentes des parties, mais en ce qu'il ne remplissait pas sa finalité économique. Il demeure qu'il s'agit là d'une rupture flagrante avec les principes classiques. La cause, telle qu'elle est

[626] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 264.
[627] P. CHAUVEL, *note préc*.
[628] Il faut remarquer cependant qu'il est difficile de parler de contre-prestation dans la mesure où la rentabilité de l'affaire est un fait sur lequel la société DPM est sans pouvoir.

traditionnellement conçue, ne permet pas de faire disparaître systématiquement les contrats ne présentant pas d'intérêt économique. L'économie du contrat semble le pouvoir[629].
C'est également le cas pour les contrats ne présentant plus d'intérêt économique.

§ 2 - L'anéantissement des contrats devenus inaptes à atteindre leur finalité

328. - La référence à l'économie du contrat permet de jauger la gravité d'une inexécution (A). Elle constitue également une mesure des conséquences économiques de la disparition d'un contrat dans un ensemble contractuel (B).

A. Intérêt économique du contrat et gravité de l'inexécution

329. - Nous avons vu, précédemment, que l'économie du contrat avait pénétré le contentieux de la résolution[630]. L'analyse des arrêts nous a permis de voir qu'elle y avait introduit un critère : celui du maintien (ou non) de la finalité économique de l'opération, malgré l'inexécution alléguée. La référence à l'économie du contrat permet ainsi de refuser la résolution du contrat qui a rempli la fonction visée. Nous allons vérifier ici que la référence à l'économie du contrat (1) permet également d'entraîner la résolution des contrats ne remplissant plus cette fonction (2).

1) La référence à l'économie du contrat, fondement de la résolution

330. - Une décision en date du 24 février 1998[631] prononce la résiliation d'un contrat de franchise, après avoir constaté que l'inexécution par le franchiseur de son obligation précontractuelle d'étude et de renseignement a remis en cause l'économie générale du contrat. Les faits révèlent en effet que l'étude fournie aux franchisés contenait non seulement des incertitudes, mais également des résultats fantaisistes, supérieurs de près de 40 % à ceux qui pouvaient être effectivement réalisés. Le franchiseur avait, en outre, dissimulé l'existence d'un hypermarché à proximité.

---

[629] A cet égard, l'on peut s'inquiéter des répercussions de cette jurisprudence : « tout contrat relatif à l'exploitation d'un commerce pourrait faire présumer l'espérance d'un profit, selon une économie voulue par les parties. Comment savoir, avec certitude, au moment de la formation du contrat, si un commerce prospérera ou échouera ? Devra-t-on annuler tous les contrats relatifs à l'ouverture d'un commerce parce que celui-ci, mal implanté, n'a finalement aucune chance de réussir ? », F. LABARTHE, *note préc*.
[630] Voir *supra* n°282s.
[631] Cass. Com., 24.02.1998, *R.J.D.A* 7/98, n° 854.

Dans une affaire jugée en 1998, la société Pullman avait conclu un contrat de bail avec la société Choc Bay, aux termes duquel le loyer était composé d'une partie fixe et d'une partie variable, assise sur le résultat dégagé par l'exploitation. La société mère de Pullman décida ensuite de remettre en cause les comptes prévisionnels de sa filiale. Le bailleur demanda alors la résolution du contrat de bail, aux torts du preneur. La cour d'appel de Paris[632] fit droit à cette demande. Elle fit valoir que, si les comptes prévisionnels de Pullman ne constituaient pas des engagements formels, ils n'en étaient pas moins des éléments essentiels sur lesquels les parties s'étaient appuyées pour contracter. Elle en déduisit que l'économie du contrat s'était trouvée bouleversée, autorisant le bailleur à dénoncer le contrat. Le pourvoi formé par le preneur fut rejeté[633]. La Cour de cassation approuva en effet les juges du fond d'avoir retenu que la modification des comptes prévisionnels entraînait un bouleversement de l'économie du contrat. Il s'agissait en effet d'éléments essentiels pour prévoir le montant du loyer, loyer qui constituait la seule rémunération des investissements consentis par le preneur.

Dans une affaire plus récente, un franchisé, après en avoir vainement demandé plusieurs fois l'autorisation, décide de violer la clause d'approvisionnement exclusif qui le lie à son franchiseur. Débouté de sa demande en annulation de cette clause, le franchisé voit le contrat résilié à ses torts par la cour d'appel de Paris[634]. Les juges du fond, approuvés ensuite par la Cour de cassation[635], ont en effet estimé que Mme Daubresse avait directement violé la clause d'approvisionnement exclusif, qui était essentielle dans l'économie du contrat de franchise. La lecture de ces arrêts révèle clairement que la référence à l'économie du contrat fonde une analyse économique du contrat.

2) La référence à l'économie du contrat, fondement économique de la résolution

331. - Dans les trois arrêts que nous venons d'évoquer, c'est un critère économique qui a emporté la décision du juge.

S'agissant de la faute précontractuelle du franchiseur, les faits relevés par les juges sont les données économiques montrant l'impuissance de la convention à remplir la fonction économique qui lui avait été assignée, et notamment à assurer la rentabilité attendue sur la base des informations fournies.

---

[632] CA Paris, 29.11.1996.
[633] Cass. Civ. 3ème, 17.11.1998, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1692, pourvoi n° 97-11.969.
[634] CA Paris, 17.06.1996.
[635] Cass. Com., 06.04.1999, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 795, pourvoi n° 96-20.606.

L'arrêt du 17 novembre 1998[636] semble plus nuancé. La décision fait, en effet, référence à la volonté des parties, relevant que les comptes prévisionnels, modifiés par la société mère, étaient « des éléments essentiels sur lesquels les parties s'étaient appuyées pour contracter et spécialement déterminer les éléments et prévoir le montant des loyers auxquels la bailleresse pouvait prétendre ». La décision semble alors teintée de subjectivisme. Mais la suite montre la prévalence de l'analyse économique de l'opération, puisque, selon les juges, ces loyers « constituaient la seule rémunération des investissements qu'elle avait consentis ». Le critère est alors plus objectif. Il montre que c'est l'intérêt économique tel qu'il ressort du contrat qui, s'étant révélé impossible à atteindre, en fonde la résolution.

332. - Enfin, l'arrêt rendu le 6 avril 1999[637] illustre avec la plus grande netteté l'analyse économique induite de la référence à l'économie du contrat. En effet, dans cette décision, l'affirmation du caractère essentiel à l'économie du contrat de l'obligation d'exclusivité semble, au premier abord, quelque peu péremptoire. Ce défaut de justification peut s'expliquer par l'évidence de l'importance d'une telle obligation dans un contrat de franchise. Ce serait donc l'essence même du contrat qui aurait déterminé la qualification d'obligation fondamentale. Cependant, une lecture plus complète de la décision montre que les arguments utilisés pour valider la clause d'approvisionnement exclusif attestent également l'importance de cette stipulation. Selon les juges du fond, « la clause précitée (…) devait être regardée, eu égard au domaine d'activité considéré et à la nature des produits distribués, comme indispensable à la préservation de l'identité du réseau de franchise (litigieux) ainsi que de l'homogénéité de l'image de marque de celui-ci ». Cette analyse, fondée sur un examen global de la relation contractuelle, replacée dans le réseau auquel elle s'intègre, nous paraît justifier le caractère fondamental de l'obligation d'approvisionnement exclusif. C'est pourquoi la référence à l'économie du contrat paraît viser, ici, la prise en compte du contexte économique dans lequel s'insère la convention. Elle met en évidence la disparition de l'intérêt économique attendu par le franchiseur du fait de la violation, par le franchisé, de son obligation d'exclusivité.

333. - C'est dire, qu'en l'espèce, l'obligation d'exclusivité a été considérée comme essentielle. Or, ce n'est pas toujours le cas dans les contrats de franchise. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider que « l'exclusivité territoriale n'est pas, en elle-même, un élément

[636] Civ. 3ème, 17 novembre 1998, *préc*.
[637] Cass. Com., 6 avril 1999, *préc*.

essentiel de la franchise et qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier en quoi cette exclusivité pouvait être « déterminante de la volonté des parties de contracter »[638]. Mais elle a parfois jugé le contraire, ainsi qu'elle l'a fait dans une décision du 9 mars 1993, où elle releva le manquement à « l'obligation essentielle du franchiseur » qui était « d'assurer le respect de l'exclusivité au profit de son franchisé »[639]. Une telle divergence semble aller à rebours du mouvement de normalisation que nous décrivions précédemment. Selon nous, en effet, l'économie du contrat permet de substituer à la volonté réelle des parties une volonté rationnelle, induisant un contenu contractuel normal. Le fait qu'une même obligation puisse être considérée comme essentielle ou non dans un même type de contrat ne nous paraît pas incompatible avec ce phénomène de normalisation. En effet, la normalisation ne nous semble pas jouer par type de contrat. Elle nous paraît centrée autour de la finalité économique de l'opération visée. C'est ainsi que, pour reprendre l'exemple de la franchise, l'exclusivité territoriale est essentielle lorsqu'elle est « indispensable pour protéger l'investissement opéré par le franchisé »[640]. La volonté est ainsi « formatée » pour que le contrat réalise l'opération projetée. En ce sens, la normalisation se différencie de la standardisation, elle en est une forme très atténuée[641].

334. - La référence à l'économie du contrat permet ainsi de mesurer la portée des atteintes au contrat. Or, il apparaît qu'elle a également été utilisée pour mesurer la portée des atteintes portées à l'opération contractuelle.

B. Intérêt économique du contrat et indivisibilité

335. - L'économie du contrat a fait une apparition remarquée dans un domaine largement sujet à la controverse, celui de l'indivisibilité. Alors que l'indivisibilité suscitait déjà de nombreuses interrogations[642], notamment sur sa qualification objective ou subjective (1), la référence à l'économie du contrat a relancé le débat (2).

---

[638] Cass. Com., 9 novembre 1993, *D*. 1995. Somm. 78, obs. D. FERRIER.
[639] Cass. Com. 9 mars 1993, pourvoi n° 91-11.479, *Lettre de la distribution* oct. 1993.
[640] CA Paris, 16 décembre 1992, *D*. 1990.Somm.369, obs D. FERRIER.
[641] Nous nous démarquons ainsi de la thèse de Dimitri Houtcieff, pour qui « la protection du contrat est en effet d'autant mieux assurée que l'évacuation progressive de la notion fausse d'obligation essentielle au profit de la notion de contradiction évite l'émergence d'un contenu normal du contrat : c'est la cohérence du contrat qui est imposée, non sa rigidité », *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, P.U.A.M., 2001, t. 1, p. 411, n° 487. Nous voyons dans cette affirmation un amalgame entre contenu normal et contenu standard du contrat. Le contenu normal n'implique pas, à notre sens, une uniformité par type, mais par fonction économique visée, recouvrant alors parfaitement la notion de contenu cohérent du contrat.
[642] Voir J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préface M. CABRILLAC, Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999.

1) Les hésitations entre objectivisme et subjectivisme dans l'appréciation de l'indivisibilité

336. - La métaphore du labyrinthe, que l'on doit à Dumoulin[643], exprime toute la confusion du concept d'indivisibilité. Elle se retrouve tant dans sa définition[644] que dans son domaine d'application. C'est ainsi que, initialement conçu comme n'intéressant que les obligations[645], le recours à l'indivisibilité s'est finalement étendu aux contrats, faisant dire à un auteur que « l'indivisibilité a sans conteste aujourd'hui pris comme terrain d'élection le domaine des relations entre les contrats eux-mêmes[646] ». L'enjeu en est alors de nouer le sort de contrats entre eux : la nullité[647] affectant l'une des conventions de l'ensemble contractuel contamine les autres contrats. Il en va de même s'agissant de la résolution ou de la résiliation.

337. - Or, ce traitement de l'ensemble contractuel déroge au principe de l'effet relatif des contrats, tel que l'édicte l'article 1165 du Code civil. En effet, « s'il est vrai que chaque contractant ne sera pas, du seul fait de cette indivisibilité, engagé à l'égard de personnes autres que ses cocontractants, ni au-delà de ce qui est stipulé dans le contrat auquel il est partie, chacun sera exposé à subir, à travers la disparition subséquente de celui-ci, l'anéantissement d'une convention dont il n'est pas lui-même signataire. L'on ne peut donc considérer, pour reprendre la lettre de l'article 1165, que chacun des contrats composant l'ensemble indivisible n'a d'effet qu'entre les parties à ce contrat et ne peut nuire aux tiers »[648].

Comment, dès lors, justifier une telle entrave au principe d'effet relatif des conventions ?
C'est traditionnellement par la complexification des relations contractuelles que l'on légitime l'indivisibilité. La solution, pour être pragmatique, n'en doit pas moins être juridiquement fondée. Or, il apparaît que des hésitations demeurent, tant sur la caractérisation (b) que sur les fondements (a) de l'indivisibilité.

---

[643] *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, *Œuvres de Dumoulin*, 1681, t. III, p. 89 à 285.
[644] A propos de l'indivisibilité, J. MOURY parle de son caractère « obscur et fuyant », De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *R.T.D.Civ*. 1994, p. 255. Ph. SIMLER la présente comme un des concepts « les plus confus », *La nullité partielle des actes juridiques, thèse préc*., p. 355.
[645] Voir, à cet égard, les articles 1217 à 1225 du Code civil, consacrés aux obligations divisibles ou indivisibles. Et, pour une vue d'ensemble, Ph. DELEBECQUE, *J.-Cl. Civil*, art. 1217 à 1225 et F. DERRIDA, *Rép. Civ. Dalloz*, V° L'indivisibilité, 1973.
[646] J. MESTRE, note sous CA Paris, 17 novembre 1994, *R.T.D.Civ*. 1995.363.
[647] C'est là une autre nouveauté puisqu'à l'origine, l'indivisibilité ne concernait que l'exécution du contrat.
[648] J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *R.T.D.Civ*. 1994, p. 270.

a. Les fondements possibles de l'indivisibilité

338. - Le concept d'indivisibilité est trop souvent décrié en doctrine pour être considéré comme le fondement autonome de l'unité de traitement de deux (ou plusieurs) contrats. C'est pourquoi l'on a bien souvent cherché un fondement plus sûr à cette solution. Plusieurs théories ont été proposées, avec un inégal bonheur.

i) La théorie de l'accessoire

339. - L'on a pu évoquer, pour expliquer la communauté de sort entre les contrats, un rapport d'accessoire à principal. Cette justification n'est, en réalité, guère convaincante. En effet, elle postule une hiérarchie entre les contrats qui n'existe pas dans l'ensemble contractuel. Alors que l'idée d'accessoire suppose un contrat principal, et un autre, qui lui est inféodé, l'ensemble indivisible est marqué par une égale dépendance des contrats les uns aux autres. C'est ainsi que la théorie de l'accessoire ne permet de justifier que la disparition du contrat accessoire, consécutivement à celle du contrat principal. Mais elle reste impuissante à expliquer l'hypothèse inverse. Elle se révèle donc inadaptée[649].

ii) Le concept de cause

340. - Le concept de cause est également parfois présenté comme un fondement de l'anéantissement total de l'ensemble contractuel. L'idée est alors que chacun des contrats de l'ensemble est uni par un but commun qui constitue « leur cause profonde, leur véritable raison d'être juridique et économique »[650]. Si l'explication est séduisante, elle n'en prête pas moins le flanc à la critique. Aussi bien lui a-t-on reproché de n'être pas conforme à la conception traditionnelle de la cause de l'obligation. L'on sait ainsi que notre droit distingue la cause objective, considération de la contrepartie, utilisée traditionnellement pour apprécier l'existence de la cause, de la cause subjective, constituée par les mobiles des parties, servant classiquement à s'assurer de la licéité de la cause. Or, ici, il s'agirait d'avoir égard aux mobiles pour juger de l'inexistence de la cause, ce que ne permet pas notre conception classique du concept causal. En outre, la disparition de la cause est habituellement sans effet sur le contrat. En effet, l'existence de la cause étant une condition de formation du contrat, son contrôle ne s'exerce qu'*ab initio*. Aussi bien, le fait que la cause disparaisse ensuite doit

[649] B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975, p. 183.
[650] B. TEYSSIE, *thèse préc*., p. 35.

rester indifférent[651]. Il faut en conclure que le concept de cause n'est pas une explication satisfaisante à l'indivisibilité[652], sauf à prendre d'importantes libertés avec sa conception traditionnelle, ce que la jurisprudence actuelle semble néanmoins incline à amorcer[653].

iii) La condition

341. - C'est enfin par le concept de condition que l'on peut expliquer l'indivisibilité d'un ensemble contractuel[654]. Ainsi, « plus justement que par référence à la cause impulsive et déterminante, l'indivisibilité des différents éléments d'un ensemble paraît pouvoir s'induire de ce que chacun d'eux a été envisagé par les parties comme une condition de l'existence des autres, en d'autres termes de ce que toutes les composantes de l'ensemble ont été regardées par les contractants comme autant de conditions non seulement de sa validité, mais également de son exécution »[655]. Cette théorie semble la plus satisfaisante, et la jurisprudence y fait d'ailleurs référence[656]. Retenir la condition comme fondement d'une communauté de sort au sein d'un ensemble contractuel, c'est faire jouer un rôle majeur à la volonté des parties. Or, il apparaît que l'indivisibilité s'induit, tant d'éléments subjectifs, que d'éléments objectifs.

b. La caractérisation de l'indivisibilité

342. - L'indivisibilité est dite objective[657] dans l'hypothèse où l'une des opérations ne peut se réaliser qu'à la condition de s'inclure dans l'autre. L'ensemble des contrats tend ainsi vers une opération unique. L'indivisibilité est alors induite par cette unité d'opération. Il faut

---

[651] Pour une illustration du principe, voir Civ. 3ème, 9 juillet 1980, *D*. 1980, I.R. 312, obs. J. GHESTIN. Soutenant, dans le prolongement de la doctrine de CAPITANT, que la cause est un élément permanent du contrat : A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. de J. MESTRE, P.U.A.M., 2001.

[652] Sur cette question, voir J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préface de M. CABRILLAC, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, p. 217, n° 182s. L'auteur met surtout en exergue le problème de rétroactivité lié à la sanction de l'absence de cause.

[653] Sur cette question, voir *infra* n°461s. .

[654] Pour une appréciation critique du lien entre indivisibilité et condition, v. J.-B. SEUBE, *thèse préc*., p. 228, n° 196s.

[655] J. MOURY, *note préc*., p. 264.

[656] Voir, par exemple CA Aix-en-Provence, 13 février 1998, *J.C.P* 1998, II, 10213, note C. RENAULT-BRAHINSKI. Dans cet arrêt, les juges du fond relèvent que « chacun des contractants ne s'est engagé qu'en considérant l'engagement de chacun comme une condition des engagements des autres ».

[657] On parle également d'indivisibilité matérielle, technique, organique ou encore fonctionnelle. Il faut noter, cependant, qu'il existe une sous-distinction entre l'indivisibilité naturelle absolue et l'indivisibilité naturelle relative. La première vise l'obligation relative à une chose qui ne peut se diviser matériellement. Son exécution partielle est donc impossible. C'est le cas, par exemple, de l'obligation de livrer un animal vivant. L'indivisibilité naturelle relative recouvre les situations où la chose ou le fait de l'obligation, quoique divisibles en eux-mêmes, cessent de l'être à raison du rapport sous lequel ils sont devenus l'objet de la prestation. V. D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, préface J. MESTRE, P.U.A.M.1998, p. 212, n°348.

cependant noter que ce critère objectif de l'indivisibilité n'est pas considéré, en doctrine, comme une condition suffisante de la communauté de sort des contrats au sein d'un ensemble. La référence à l'idée de condition, que nous évoquions précédemment, montre que le juge ne peut faire l'économie de la prise en compte de la volonté des parties, érigeant ainsi l'élément subjectif en critère nécessaire de l'indivisibilité.
Aussi bien, de l'opinion commune, le critère économique seul serait impuissant à révéler une indivisibilité. La volonté des parties en est une condition déterminante. Ainsi, « s'il est vrai que certains contrats s'ordonnent aisément en ensembles, il reste que, en application du principe d'autonomie des actes juridiques, ils se peuvent toujours concevoir isolément, se rencontrent par ailleurs simplement juxtaposés, de sorte que rien, en dehors de l'hypothèse d'une indivisibilité qui serait imposée par le législateur, ne semble pouvoir les unir indivisiblement sans que les contractants en aient exprimé, explicitement ou implicitement, la volonté »[658].

343. - La précellence du critère subjectif est tempérée par la possibilité de ne retenir qu'une volonté tacite des parties. Il demeure que celle-ci ne peut être présumée, exigeant du juge qu'il s'attache à des indices de cette volonté, tels la concomitance de la conclusion des contrats, leurs conditions d'exécution, l'unité de durée, d'*instrumentum*, ou encore le comportement ultérieur des parties.

344. - Au final, il est permis de s'interroger sur la pertinence du concept d'indivisibilité objective, notamment au regard de ces deux observations : d'une part, l'indivisibilité objective est insuffisante, *per se*, à entraîner un traitement unitaire de l'ensemble contractuel. D'autre part, la Cour de cassation se contente souvent uniquement d'une indivisibilité purement subjective, et juge surabondante la recherche d'une indivisibilité objective. L'indivisibilité objective n'est donc ni une condition suffisante, ni même une condition nécessaire d'une communauté de sort des contrats de l'ensemble. Dans ce contexte purement subjectiviste, la référence à l'économie du contrat est venue, à notre sens, bouleverser profondément les choses, consacrant une vision très objectiviste de l'indivisibilité.

[658] J. MOURY, *note préc*., p. 261. Voir également en ce sens F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1957, p. 392, n° 488 : « l'indépendance des actes juridiques constitue donc la règle. L'indivisibilité qui, en l'absence de textes précis, ne saurait résulter que de la volonté des parties, doit donc être prouvée ».

2) L'émergence de la référence à l'économie du contrat dans l'appréciation de l'indivisibilité

345. - Par deux arrêts du 15 février 2000 (a), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a imposé l'économie du contrat comme une véritable référence dans le domaine de l'interdépendance des conventions, en la faisant primer sur la volonté clairement exprimée des parties (b).

a. L'apparition de la référence à l'économie du contrat dans le contentieux de l'indivisibilité

346. - Deux arrêts rendus en 2000 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation sont venus perturber les rares certitudes acquises en doctrine relativement à l'indivisibilité. Les faits de ces deux arrêts sont en tous points identiques. Un pharmacien s'était engagé envers une société de publicité à diffuser dans son officine des vidéos sur un matériel fourni par cette société et financé en crédit-bail. La société de publicité ayant cessé ses prestations de diffusion, le pharmacien, dépourvu de ses recettes publicitaires, invoqua l'anéantissement du contrat de crédit-bail, le matériel se trouvant dépourvu de toute utilité. La cour d'appel d'Angers fait droit à cette demande, et le pourvoi formé par la société de crédit-bail est rejeté. La Chambre commerciale de la Cour de cassation relève en effet que « il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images[659], ce dont il (l'arrêt) déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit-bail devait être prononcée »[660]. A s'en tenir là, la chose n'est guère surprenante. Un certain nombre d'indices, relevés par les juges du fond, justifiait en effet pleinement, et sans originalité, une interdépendance des contrats : unité de date et de durée des documents contractuels, autorisation par le crédit-bailleur que le matériel loué soit exploité chez le pharmacien par la société de publicité, spécificité du matériel loué, identité du coût des loyers dus par le pharmacien à celui des redevances mensuelles[661].

---

[659] Il est très intéressant de remarquer que la référence à l'économie du contrat marque tout à la fois une subjectivisation de la cause (ici, le concept n'est en effet pas entendu dans le sens de la considération de la contrepartie), et une objectivation de l'indivisibilité. La décision montre bien, dès lors, qu'il existe une solution médiane entre objectivisme et subjectivisme, dont nous nous attacherons à comprendre les modalités.

[660] Cass. Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*. 2000.325, obs. J. MESTRE, *J.C.P*. 2000, I.272, note A. CONSTANTIN, *P.A*. 29 décembre 2000, p. 12s, note G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ.

[661] Des arrêts antérieurs avaient statué dans le même sens, en relevant « l'effet déterminant qu'a eu, pour susciter l'adhésion des commerçants (au montage) la gratuité de l'accès au réseau »Cass. Com., 4 avril 1995, 2 esp., *RJDA* 1995, p. 414, Rapport P. LECLERCQ ; *J.C.P*. 1995, éd. E, Pan., 594 *; J.C.P*. 1996, éd. E., I, 523, obs. J.-B. SEUBE ; *J.C.P*. 1996, éd. E, II, 792, note E. TARDIEU-GUIGUES, M.-C. SORDINO. Sur la seconde espèce, *D*. 1995, somm., p. 231, obs. L. AYNES ; *Gaz. Pal*. 18-20 fév. 1996, Pan. p. 13 ; *D*. 1996, p. 141, note S. PIQUET ; *Banque et droit* 1996, n. 1289 ; *R.T.D.Civ*. 1996.908, note J. MESTRE.

347. - L'intérêt de cet arrêt tient à la prudence du crédit-bailleur, qui avait pris soin d'insérer une clause stipulant clairement que le locataire serait « tenu de régler les loyers jusqu'au terme de la convention, même au cas où le contrat d'exploitation conclu par ailleurs avec la société de publicité ne serait pas exécuté ou serait résilié ou annulé ». La cour d'appel éradiqua cette clause, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Or, il est acquis en jurisprudence que la législation relative aux clauses abusives ne peut jouer entre deux professionnels[662]. C'est donc sur un autre fondement que la Cour de cassation a dû écarter cette clause de divisibilité : « dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision ».

348. - Un arrêt rendu par la même chambre le 3 mai 2000 statue dans le même sens, démontrant qu'il ne faut pas voir dans la solution un « couac » jurisprudentiel. Dans cette affaire, tout à fait similaire, la Cour de cassation releva que « la durée des deux contrats était identique, que les conditions de rémunération de l'adhérent étaient en concordance avec le montant des redevances dues à la société CMV, et que la mise en place du système télématique ne pouvait avoir de réelle utilité qu'autant que la diffusion des messages publicitaires était assurée par la société conceptrice, nommément visée dans le contrat conclu avec la société CMV, ce dont il (l'arrêt) déduit que la résiliation du contrat d'adhésion par la société DCM entraînait celle du contrat de crédit-bail ; qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée par la société CMV était en contradiction avec l'économie générale du contrat, telle que résultant de la commune intention des parties, la cour d'appel qui a légalement justifié sa décision a pu statuer comme elle l'a fait »[663]. Ce second arrêt est intéressant en ce que, se référant à la commune intention des parties, il pose le problème du rapport de l'économie du contrat à la volonté des contractants.

---

[662] L'existence du rapport direct est aujourd'hui le critère commun à toutes les chambres de la Cour de cassation, permettant d'exclure du champ d'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation les contrats passés entre professionnels, V. Civ. 1ère 24 janvier 1995, *D*. 1995.327, note G. PAISANT, *Contrats, conc, consom*. 1995, n° 84, obs. L. LEVENEUR ; 3 et 30 janvier 1996, *D*. 1996.228, note G. PAISANT, *J.C.P*. 1996, II, 22654, note L. LEVENEUR, 1996.I.3929, n° 1, obs. LABARTHE, *Rép. Defrénois* 1996.766, obs. D. MAZEAUD ; 17 juillet 1996, *J.C.P*. 1996, II, 22747, obs. G. PAISANT, et Cass. Com. 14 mars 2000, *J.C.P*. 2000, II, n° 10367, note D. TALLON.

[663] Cass. Com., 3 mai 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 964, pourvoi n° 98-18.782.

b. L'économie du contrat, un indice objectif de l'indivisibilité

349. - Sous des dehors subjectivistes (i), la solution posée par les arrêts du 15 février et du 3 mai 2000 ne doit, rien, en réalité, à la volonté des parties (ii).

i) L'illusion d'un rapport à la volonté des parties

350. - La Cour de cassation, dans ces deux arrêts, entretient une nouvelle fois l'illusion que l'économie du contrat n'est utilisée que comme le révélateur de la volonté profonde des parties. Formellement, tout d'abord, elle relie les deux notions par l'affirmation selon laquelle « le texte de la clause invoquée par la société CMV dans ses écritures d'appel était en contradiction avec l'économie générale du contrat, telle que résultant de la commune intention des parties »[664]. Au fond, ensuite, l'énoncé d'éléments de fait, telles l'unité de date des documents contractuels ou la spécificité du matériel loué, est censé démontrer que l'indivisibilité résulte « de la volonté tacite des parties »[665] . Partant, l'économie du contrat est présentée comme un simple révélateur de la volonté réelle des parties.

Il est cependant permis de douter de la réalité des liens entre l'économie du contrat et la volonté profonde des contractants. Il est en effet difficilement justifiable de faire primer une volonté tacite (révélée par l'analyse de l'économie du contrat) sur une stipulation contractuelle, *a fortiori* quand celle-ci est claire et précise[666]. Comment expliquer que « une clause de divisibilité résultant d'un accord exprès de volontés, tombe devant une simple divisibilité conventionnelle tacite découverte par le juge à l'issue de sa recherche… de la volonté des parties ! »[667] ?

Le paradoxe rappelle celui qu'évoque Dimitri Houtcieff relativement à la jurisprudence Chronopost et à l'appréciation subjective de l'obligation fondamentale : il est « difficile d'expliquer la survie de l'obligation par la volonté qui prétend l'exclure »[668]. Les arrêts du 15 février et du 3 mai 2000 peuvent faire l'objet du même commentaire : il est difficile d'expliquer l'anéantissement du contrat de crédit-bail par la volonté qui prétendait l'empêcher.

---

[664] Cass. Com., 3 mai 2000, *préc*.
[665] A. CONSTANTIN, note sous Cass. Com., 15 février 2000, *J.C.P.* 2000, I, 272, p. 2070.
[666] Voir J. MESTRE, note sous Cass. Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*. 2000.326.
[667] A. CONSTANTIN, *note préc*., p. 2070.
[668] D. HOUTCIEFF, *thèse préc*.., n° 440, p. 374.

L'on ne peut être que dérouté devant une telle solution. Si l'économie du contrat « se pare (…) des vertus de la recherche de l'intention des contractants »[669], ce n'est là qu'un artifice, masquant mal l'inspiration objective du concept.

ii) Le fondement économique de l'économie du contrat

351. - A l'évidence, l'économie du contrat n'est pas le révélateur de la volonté tacite des parties. Elle nous semble en revanche exprimer, non ce qu'est l'intention des contractants, mais ce qu'elle devrait être, notamment au regard du contexte économique dans lequel s'insère le contrat[670]. Il n'est guère contestable, en l'espèce, que la solution de la Cour de cassation respecte la cohérence du montage imaginé par les parties. L'opération était conçue pour ne rien coûter à ceux qui acceptaient d'entrer dans le réseau télématique. La logique économique commandait donc l'anéantissement du contrat de crédit-bail. C'est dire que la référence à l'économie du contrat relève bien davantage d'une approche économique que d'une recherche de la volonté des parties. Certes, la plupart du temps, les deux se confondent, puisque la volonté des parties tend le plus souvent vers la réalisation de la finalité économique. Mais, lorsque les deux sont en opposition, comme c'était le cas en l'espèce, la référence à l'économie du contrat fait primer la logique économique, mais dissimule cette approche sous le couvert d'une recherche de volonté, qui n'est en réalité qu'une volonté normalisée, affectée au but dégagé par le juge.

352. - Les conséquences d'une telle analyse sont multiples. Elle amène à s'interroger en premier lieu sur le pouvoir des parties. La Cour de cassation semble avoir instauré ici une indivisibilité que les parties sont impuissantes à empêcher, ce qui malmène quelque peu l'autonomie de la volonté[671]. Dans ce sens, la référence à l'économie du contrat permet « d'ériger l'interdépendance entre deux contrats en un principe auquel les parties ne peuvent déroger »[672]. La jurisprudence pose ainsi une présomption irréfragable de volonté rationnelle, dont on peut contester l'orthodoxie[673]. Mais cette décision pose également un certain nombre de questions sur la cause. Le contentieux de l'indivisibilité a entraîné une certaine déformation du concept causal. Tandis que celui-ci était traditionnellement limité à l'examen

---

[669] A. CONSTANTIN, *note préc*., p. 2070.
[670] C'est pourquoi Philippe DELEBECQUE propose de parler d'économie de « l'opération », plutôt que d'économie du contrat, voir obs. sous Cass. Com., 15 février 2000, *D.* 2000, *Somm.*, p. 364.
[671] C'était d'ailleurs un des arguments de la demanderesse au pourvoi : « l'autonomie de la volonté permet aux parties de répartir comme elles l'entendent la charge des risques, notamment en matière commerciale ».
[672] A.-M. L, note sous Cass. Com., 15 février 2000, *P.A.* 6 juillet 2000, p. 9.
[673] Sur cette question, voir *supra* n°152s.

de l'existence d'une contrepartie au moment de la formation du contrat, il a été étendu à la prise en compte des mobiles dans la phase d'exécution[674]. A cet égard, on a pu relever un phénomène de subjectivisation de la cause. Or, notre arrêt y introduit une nouvelle nuance : en ayant égard aux mobiles, la décision suit cette tendance à la subjectivisation, mais en prenant en considération des mobiles rationnels, normalisés en fonction de la logique économique de l'opération, il consacre une cause hybride « subjective-objective » dont on ne sait plus dire ce qu'elle doit à la volonté des parties.

Conclusion du § 2

353. - La référence à l'économie du contrat a pénétré à grand bruit le contentieux de l'indivisibilité. Dans ce domaine, traditionnellement dominé par la volonté des parties, l'économie du contrat intervient, sous l'apparence d'un révélateur de cette volonté, pour fonder des solutions que seule justifie une approche économique de l'opération envisagée. Si la solution paraît satisfaisante en pratique, elle ne convainc pas au plan des fondements. Elle met en évidence une manipulation de la volonté, substituant à l'intention des parties telle que l'exprime clairement le contrat, une volonté rationalisée, tendue vers la réalisation de la finalité économique de l'acte. Elle infléchit également le mouvement de subjectivisation de la cause, en normalisant les mobiles, de sorte qu'apparaît aujourd'hui une cause objective subjectivée objectivée, bien malaisée à cerner.

354. - La référence à l'économie du contrat dans la mesure des atteintes portées au contrat met en exergue le rôle « d'étalon contractuel » joué par le concept, permettant de fixer, et de ménager aux parties, un « minimum contractuel ». Or, la détermination de ce minimum contractuel implique nécessairement d'établir une hiérarchie entre les différents éléments du contrat. Traditionnellement, l'on s'interrogeait sur les critères d'une telle hiérarchisation : devait-elle s'attacher à la volonté des parties, c'est-à-dire à l'importance des stipulations dans l'intention des contractants, ou bien à des éléments plus objectifs, telle la structure même du contrat ? L'économie du contrat, apparue comme un élément de référence dans la hiérarchisation des éléments du contrat[675], est largement empreinte d'objectivisme. Le

[674] G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, note sous Cass. Com., 15 février 2000, *P.A.* 29 décembre 2000, p. 14.

[675] Cela se vérifie dans l'utilisation jurisprudentielle faite du concept en droit maritime. L'on peut citer ainsi un arrêt rendu le 16 janvier 1996 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans cette affaire, des conteneurs isothermes renfermant des colis de poisson avaient été confiés au transporteur maritime. Après leur déchargement, ils avaient été entreposés sur le quai, mais n'avaient pas été branchés au système de réfrigération. A l'arrivée à destination, des avaries par décongélation avaient été constatées. Le destinataire des marchandises

« minimum contractuel » qu'elle permet de fixer nous est apparu comme n'entretenant que des rapports factices à la volonté réelle des parties. La mesure des atteintes portées au contrat ne se fait donc pas à l'aune de la volonté des parties, mais bien davantage à celle de l'intérêt économique visé par le contrat. Or, cet intérêt économique ne peut guère être apprécié dans l'absolu. Il nous paraît à tout le moins artificiel d'isoler l'aptitude du contrat à réaliser sa finalité des conditions financières dans lesquelles l'opération est menée. En ce sens, la référence à l'économie du contrat semble ouvrir la voie à un contrôle des conditions financières d'une opération par l'admission de l'imprévision.

---

assigna le transporteur maritime en réparation. La cour d'appel de Paris refusa de faire droit à cette demande, en raison de l'existence d'une clause de livraison sous palan, figurant sur le connaissement, limitant la responsabilité du transporteur au moment du déchargement du navire. La Cour de cassation rejeta le pourvoi : « attendu que la clause par laquelle le chargeur et le transporteur maritime conviennent du moment de la livraison par une clause de livraison sous palan figurant sur le connaissement est une stipulation qui concerne l'économie même du contrat de transport en précisant, sans déroger à une règle générale, l'étendue des obligations du transporteur ; qu'en conséquence, pareille clause est opposable au destinataire sans qu'il soit nécessaire que celui-ci ait spécialement manifesté la volonté de l'accepter ». Si la solution est spécifique au droit maritime, il est intéressant de remarquer que, dans ce domaine, l'économie du contrat est aussi conçue comme un élément de hiérarchisation des éléments du contrat. Aussi bien, les clauses faisant partie de l'économie du contrat (l'équivalent de ce que Pothier appelait les *naturalia*) sont elles opposables au débiteur sans que celui-ci ait spécialement manifesté sa volonté de les accepter, voir note Ph. DELEBECQUE, *DMF*, juin 1996, p. 627s. Pour d'autres exemples Cass. Com., 07 juillet 1992, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1293, pourvoi n° 90-13.720 et Cass. Com., 9 janvier 2001, pourvoi n° 98-13910. Ces décisions peuvent être mises en parallèle avec l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation, le 25 novembre 1986, aux termes duquel « l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction ; cette clause s'applique aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français subrogé et doit produire ses effets », *Rev. cr. dr. int. pr.* 1987.397, note H. GAUDEMET-TALLON ; *R.T.D.Civ.* 1987.548, note J. MESTRE. Selon Jacques MESTRE, l'appartenance de la clause à l'économie du contrat se justifie par son « importance » tant dans la « négociation » que dans l' « équilibre général » du contrat. Le critère ainsi proposé nous semble mixte : la référence à la négociation semble viser la volonté des parties, tandis que la mention de l'équilibre général du contrat se rattache davantage à la structure contractuelle. Il demeure que l'économie du contrat se définit, là encore, comme le « noyau dur » de l'opération envisagée.

SECTION 2 : LA MODIFICATION DES CONTRATS AYANT PERDU LEUR INTERET ECONOMIQUE, LA QUESTION DE L'IMPREVISION

355. - « Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »[676]. Si le contrat offre effectivement aux parties contractantes de s'approprier le futur[677], cette appropriation demeure toute relative. Il est en effet des hypothèses où l'avenir se dérobe cruellement à ce qu'en avaient espéré les parties, et l'on peut alors s'interroger sur le devenir de ce contrat qui n'a pas su anticiper l'enchaînement des circonstances. C'est toute la question de la théorie de l'imprévision. L'on sait combien le droit français est rétif à toute révision judiciaire du contrat à raison d'une modification des circonstances ayant présidé à sa conclusion.

Cependant, la position hostile de la Cour de cassation semble aujourd'hui fragilisée, tant au regard de la majorité des droits étrangers, qui ont finalement consacré la théorie de l'imprévision, que par la poussée doctrinale de plus en plus forte en faveur de cette théorie (§ 1). En outre, la jurisprudence française semble avoir développé, relativement à d'autres questions, des outils nouveaux qui pourraient lui permettre de fonder la révision judiciaire du contrat pour imprévision. L'économie du contrat semble faire partie de ces concepts émergents, propres à mettre un terme à la jurisprudence « Canal de Craponne » (§ 2).

§ 1 – L'obstination française à refuser la révision du contrat pour imprévision

356. - La jurisprudence française, malgré son isolement et les critiques doctrinales dont elle est l'objet (B), maintient son refus de réviser le contrat en cas de modification des circonstances (A).

A. La constance du rejet de la théorie de l'imprévision

357. - La jurisprudence du canal de Craponne, qui consacre le rejet de la théorie de l'imprévision (1) n'a subi que de faibles infléchissements, dont la portée a souvent été exagérée (2).

---

[676] M. HAURIOU, Principes de droit public, 1ère éd., p. 206.

[677] J.-M. TRIGEAUD, Promesse et appropriation du futur, in *Le droit et le futur*. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 63.

1) La jurisprudence classique : le refus de la théorie de l'imprévision

358. - C'est en 1876, faut-il le rappeler, que la Cour de cassation a condamné dans les termes les plus sévères la révision du contrat pour imprévision[678]. Les faits sont bien connus : par des conventions conclues en 1560 et 1567, une société s'était engagée à fournir l'eau destinée à alimenter les canaux d'irrigation de la plaine d'Arles. Au cours du XIXème, cette société, faisant état de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse du coût de la main d'œuvre, demanda un relèvement de la taxe fixée contractuellement. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 31 décembre 1873, fit droit à cette demande, au vu de trois éléments. Elle releva en premier lieu que l'article 1134 alinéa 1 du Code civil avait été pris antérieurement aux conventions litigieuses. Elle fit ensuite valoir qu'en toute occurrence, l'intangibilité des conventions n'était pas un principe applicable aux contrats à caractère successif. Enfin, elle affirma qu'il relève du devoir des juges de modifier le contrat lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre.

359. - Ces arguments furent un à un réfutés par la Cour de cassation. Au premier d'entre eux, la Chambre civile répondit que les dispositions de l'article 1134 ne sont que « la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles », de sorte qu'elles devaient régir la situation litigieuse. La Cour de cassation dénia ensuite formellement l'inapplicabilité de cet article aux conventions à caractère successif : « la règle qu'il consacre est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature ». La Juridiction Suprême affirma enfin, dans un attendu célèbre, que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les parties ».

La sévérité de cette position n'a pas même été infléchie pendant la période d'inflation consécutive à la première guerre mondiale. C'est ainsi que dans l'arrêt dit « du cheptel de fer »[679], malgré une multiplication par cinq du prix des bêtes, la Cour de cassation a appliqué la clause du bail selon laquelle le troupeau était restituable en nature ou en valeur, celle-ci devant être appréciée à la date de la conclusion du contrat.

---

[678] Canal de Craponne, Cass. Civ., 06 mars 1876, *DP* 1876, I, p. 193, note A. GIBOULOT ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 11ème éd., n° 163.

[679] Cass. Civ., 06 juin 1921, *D*. 1921.I.73, rapport A. COLIN, *S*. 1921.I.193, note HUGUENEY.

Ce refus de toute révision du contrat, malgré un profond bouleversement des circonstances ayant entouré sa conclusion, n'a été que rarement infléchi en jurisprudence.

2) Des infléchissements jurisprudentiels de portée limitée

360. - On a pu, récemment, voir dans certains arrêts l'annonce d'un revirement de jurisprudence sur la question de l'imprévision (a). Ces décisions n'ont, à notre sens, pas la portée qu'une partie de la doctrine a pu lui prêter (b).

a. Les tempéraments jurisprudentiels

361. - L'on citera, en premier lieu, l'arrêt EDF contre Shell Française[680]. En vue de satisfaire aux besoins de ses centrales thermiques, EDF, souhaitant bénéficier de fuel lourd à des prix préférentiels, s'était liée avec la Shell française au moyen de contrats d'une durée de 10 ans. Chaque contrat comportait notamment une clause d'indexation, prévoyant une valeur plafond (équivalente au cours américain) et une valeur plancher (équivalente au cours français). La valeur plafond tendait à éviter que le consommateur français puisse se trouver dans une situation plus défavorable que celle du consommateur américain. La valeur plancher devait assurer au fournisseur une rémunération toujours suffisante. Dans le contrat était également incluse une clause de sauvegarde, imposant une renégociation aux parties en cas de modification du prix du fuel supérieure à six francs la tonne. Mais, à la suite de la guerre du Kippour, il s'est produit une interversion permanente des limites inférieure et supérieure du prix. La formule d'indexation avait ainsi perdu toute signification. Après une tentative de conciliation infructueuse (intervenue en application de la clause de sauvegarde), les parties ont saisi le tribunal de commerce de Paris. Celui constata qu'il convenait de procéder à un véritable réaménagement du contrat, ce qu'il n'était pas en son pouvoir de faire. Il en conclut à la nullité des contrats, dans la mesure où la volonté initiale des parties ne pouvait être satisfaite. Il est en effet apparu aux juges de première instance que l'indice disparu n'était pas directement substituable et que le réaménagement du contrat se situait hors de la portée de l'intervention judiciaire. L'arrêt d'appel, lui, s'est fondé sur la clause de sauvegarde pour renvoyer à nouveau les parties dos à dos. L'originalité de cette décision est double. Tout d'abord, elle impose aux parties, dans cette nouvelle négociation, la présence d'un « observateur ». Ensuite, elle réserve à la Cour, en cas d'échec de ces négociations, d'analyser

[680] Paris, 20 septembre 1976, *J.C.P.* 1978, II, 18810, note J. ROBERT.

les formules proposées et, soit d'annuler le contrat si elles en modifient les données, soit de l'imposer d'office si elles n'en altèrent pas l'économie.
Cet arrêt est remarquable en ce qu'il tend à dépasser les lacunes de la volonté des parties, tout en en étant le plus respectueux possible. Il marque en cela un dépassement des solutions classiques, en trouvant support sur une volonté des parties exploitée à ses dernières limites. Plus récemment, c'est la Cour de cassation elle-même qui a semblé infléchir quelque peu la rigidité de la jurisprudence Canal de Craponne.

362. - Dans un arrêt « Huard », rendu le 3 novembre 1992[681], la Chambre commerciale de la Haute Juridiction sanctionna un fournisseur alors que celui-ci s'était pourtant strictement conformé aux stipulations contractuelles. Le litige concernait en effet un contrat de distribution de produits pétroliers, conclu pour une durée de quinze ans entre la société BP et un garagiste. Aux termes de cette convention, le garagiste s'engageait à acheter à la société BP une certaine quantité de carburants au prix « pompiste de marque » et, en contrepartie, BP devait mettre à sa disposition un ensemble de matériel de distribution et, de plus, consentait un prêt amortissable pendant la durée du contrat. Les difficultés du garagiste apparurent après la libération des prix par les pouvoirs publics, alors qu'un commissionnaire proche de son garage commença à vendre le même carburant à des prix inférieurs. Tenant à fixer librement ses tarifs, il refusa la proposition de BP de lui accorder le statut de commissionnaire. Devant la persistance de ses difficultés, il sollicita finalement une aide de BP, qui la lui refusa. Il l'assigna alors en paiement de dommages intérêts, pour ne pas lui avoir permis de pratiquer des tarifs concurrentiels. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé contre la décision d'appel, fit droit à cette demande, considérant que la société n'avait pas « exécuté le contrat de bonne foi », en ne donnant pas au garagiste la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels.

363. - Dans la même veine jurisprudentielle, l'on peut également citer un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 novembre 1998[682]. Dans cette affaire, un agent commercial avait reçu de plusieurs fabricants d'agroalimentaire un mandat exclusif de distribution pour le territoire de l'Océan indien, mais il subit la concurrence de certaines

[681] Cass. Com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 241, p. 325 ; *R.T.D.Civ*. 1993, n° 7, p. 124, obs. MESTRE ; *J.C.P*. 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY.
[682] Cass. Com., 24 novembre 1998, *Rép. Defrénois* 1999, art. 36953, p. 371, note D. MAZEAUD ; *R.T.D.Civ*. 1999, p. 98, obs. J. MESTRE ; *R.T.D.Civ*., 1999, p. 646, obs. P.-Y. GAUTIER *; Contrats, Conc., Consom*. 1999, p. 14, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *J.C.P.* 1999, I, 143, n° 6, note C. JAMIN ; *J.C.P*. 1999, II, 10210, note Y. PICOD.

centrales d'achat qui s'étaient approvisionnées en métropole et revendaient les biens à des prix moindres que ceux qu'il proposait lui-même. Il demanda alors en justice la résiliation de ses mandats aux torts de ses cocontractants, ainsi que des dommages intérêts. Les juges du fond le déboutèrent, après avoir relevé l'absence de faute des mandants. En effet, ce n'était pas à leur instigation qu'avaient été approvisionnées les centrales. En outre, ils n'avaient aucune obligation d'intervenir dans les rapports de libre concurrence entre leur mandataire et les importateurs parallèles. La Cour de cassation censura la décision des juges du fond, au visa de l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, pour n'avoir pas recherché si, informés des difficultés de leur agent commercial, ses mandants avaient pris des mesures concrètes pour lui « permettre de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ». Ainsi donc, il ne suffit plus de se conformer aux stipulations contractuelles. Dès lors que les conditions financières convenues initialement entre le mandant et son mandataire ne permettent plus à celui-ci de rester compétitif au regard des circonstances nouvelles, le mandant doit accepter le principe d'une évolution de ces conditions pour que son partenaire puisse demeurer compétitif[683]. Il s'agit là d'une affirmation spectaculaire de l'immixtion judiciaire dans le contrat[684]. Il faut cependant, à notre sens, en nuancer la portée.

b. La portée de ces infléchissements jurisprudentiels

364. - Ces arrêts peuvent-ils être interprétés comme ouvrant la voie à une révision judiciaire du contrat pour imprévision ? Il ne nous le semble pas, pour plusieurs raisons.

Au premier chef, aucune de ces décisions n'a consacré le principe d'une telle révision. Pas une fois le juge n'a véritablement réaménagé le contrat librement accepté par les parties. Dans l'arrêt Shell, les juges du fond n'ont pas revu le fond du contrat, nous entendons par là l'équilibre financier qu'il instaurait. Les modifications introduites ont porté sur la clause de sauvegarde, les juges ayant imposé, pour la renégociation du contrat, prévue contractuellement, la présence d'un observateur. L'on admettra qu'il est difficile de parler ici de « révision » du contrat pour imprévision. Quant aux arrêts de 1992 et 1998, ils n'ont pas non plus consacré une intervention directe du juge sur le contrat. Dans les deux cas, seuls des dommages intérêts ont été accordés. Certes, sanctionner le contractant qui s'est formellement conformé aux prescriptions contractuelles équivaut à agir sur le contenu de ce contrat. Cependant, l'effet de cette action est limité au passé et, il demeure que, techniquement, on ne

[683] J. MESTRE, *note précitée*.
[684] P.-Y. GAUTIER, *note précitée*.

peut parler de « révision » du contrat par le juge. En réalité, ces arrêts sanctionnent davantage le refus de renégocier les termes du contrat[685] en cas de modification importante des circonstances ayant entouré sa conclusion plutôt qu'ils ne consacrent une véritable révision pour imprévision.

365. - En second lieu, il est nécessaire de remarquer le particularisme du contexte contractuel dans lequel s'inscrivent les décisions de 1992 et 1998. S'agissant de l'arrêt du 24 novembre 1998, le contrat litigieux est un contrat d'agence commerciale. Or, il existe en ce domaine un devoir accru de bonne foi et de loyauté, traduit légalement par des obligations de coopération et d'information[686]. Ce n'est donc pas l'application du droit commun, mais celle du droit spécial des mandats d'intérêt commun, qui a commandé la solution rendue dans cette affaire[687]. En effet, la bonne foi qui y est imposée nous semble d'une intensité supérieure à celle que prescrit l'article 1134 alinéa 3 du code civil.

C'est pourtant bien cet article auquel la Cour de cassation a fait référence dans l'arrêt Huard[688]. Peut-on, dès lors, donner à cette décision une portée plus large ? Là encore, nous doutons qu'il faille tirer de l'arrêt de 1992 un principe général de révision pour imprévision. En effet, si, formellement, le contrat litigieux dans l'arrêt Huard ne peut être qualifié de contrat d'intérêt commun, il demeure que les parties « partageaient bien un intérêt au développement de la clientèle ». S'agissant d'un contrat de distribution, assorti d'une clause d'approvisionnement exclusif, l'objectif de l'un est d'attirer les clients vers son entreprise et de les y fixer durablement, le but de l'autre consistant à assurer la meilleure

---

[685] Cette obligation de renégocier a d'ailleurs été très récemment réaffirmée, dans un arrêt Civ. 1ère, 16 mars 2004. Dans cette affaire, un contractant a été débouté de sa demande d'indemnisation, au motif qu'il « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié (de ses cocontractants) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ».

[686] Article 4 de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 : « les contrats conclus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties », tenues par « une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information ». Le texte précise également que « le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ». C'est au visa de cet article qu'est intervenue la cassation de l'arrêt d'appel dans l'affaire Chevassus-Marche contre société Groupe Danone.

[687] Le même raisonnement peut être tenu dans l'arrêt Expovit (Cass. Soc., 25 février 1992, *Bull. Civ*. V, n° 121, p. 74 ; *D*. 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ ; *D*. 1992, somm. P. 294, obs. A. LYON-CAEN ; *J.C.P*. 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. GATUMEL ; *R.T.D.Civ*. 1992, p. 760, n° 5, obs. J. MESTRE). Dans cette affaire, une salariée responsable du fichier informatique avait été licenciée pour suppression de poste. Son employeur avait engagé une facturière dix jours plus tard. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi ». Cette jurisprudence est propre au droit du travail, parce qu'elle s'inscrit dans une recherche de maintien de l'emploi existant. Voir C. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Droit et Patrimoine* mars 1998, p. 48.

[688] La Cour de cassation ne cite pas l'article 1134 alinéa 3 (l'arrêt est en effet un arrêt de rejet), mais elle reproche à la société BP de n'avoir « pas exécuté le contrat de bonne foi ».

commercialisation possible de son produit[689]. Or, s'agissant d'un tel contrat, il nous semble que l'exigence de bonne foi est, là encore, supérieure à celle que requiert l'article 1134 alinéa 3. Aucun texte n'en pose le principe, mais il existe une tendance jurisprudentielle à réserver des régimes d'exception à certains contrats, en dehors de toute disposition légale en ce sens[690]. Dans ces hypothèses, il ne s'agit, à notre sens, que d'obligations marginales, inhérentes à la nature des relations contractuelles existant entre les deux parties. L'on ne peut transposer l'exigence de bonne foi requise par ces arrêts à tous les litiges. Un tel devoir de loyauté est largement commandé par l'idée d'un intérêt commun, ce qui rend hasardeuse toute tentative de généralisation, notamment aux figures contractuelles caractérisées par un antagonisme d'intérêts.

366. - Enfin, pour nuancer la portée des arrêts évoqués précédemment, nous soulignerons, outre qu'ils sont peu nombreux, qu'ils ont été rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Or, l'on sait combien est pragmatique cette formation. La vision qu'elle a développée du contrat est nécessairement inspirée par la nature du contentieux dont elle est saisie. C'est dire que la facette économique des relations contractuelles y est largement intégrée à la résolution des litiges. L'on peut douter que pareilles considérations jouent devant les chambres civiles.

367. - Il nous faut cependant évoquer ici un arrêt récent, qui tempère quelque peu cette analyse. Dans cette affaire, une société avait obtenu, en vertu d'un contrat de sous-concession conclu pour une durée de dix ans, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises et devait, en contrepartie, verser un loyer annuel au concessionnaire initial et une redevance au concédant. A mi-parcours contractuel, cette société, invoquant un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, en demanda la résiliation (elle avait cessé de l'exécuter). La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par elle contre la décision d'appel, au motif que le déséquilibre dénoncé existait dès la conclusion du contrat, et ne résultait pas d'un « refus injustifié de la commune et de l'AFJT de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du

[689] Y. PICOD, *note précitée*, p. 2153.
[690] C'est ainsi que la jurisprudence a fait une exception au principe de réticence sur la valeur pure dans les contrats pour lesquels existe un intérêt commun aux parties. Voir Cass. Com., 27 février 1996, *Rép. Defrénois* 1996.1205, note Y. DAGORNE-LABBE, *J.C.P.* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN et *D.* 1996, Jur., p. 518, note Ph. MALAURIE.

sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi »[691]. Cette décision est digne d'être relevée. Il est permis de s'interroger sur sa portée. On relèvera tout d'abord qu'elle émane, cette fois, d'une chambre civile de la Cour de cassation. En second lieu, il faut souligner que le contrat concerné, pour n'être pas un contrat de distribution, n'en demeure pas moins un contrat d'intérêt commun, au sens large du terme. Enfin, et cela rejoint les réflexions que nous avaient inspiré les arrêts de 1992 et 1998, la décision ne consacre pas une révision du contrat pour imprévision, mais semble instituer une obligation de renégociation, fondée sur la loyauté contractuelle et la bonne foi, en cas de modification des circonstances. Il faut néanmoins remarquer que l'affirmation de l'existence d'une telle obligation apparaît *a contrario*, ce qui amoindrit la portée de l'arrêt[692].

368. - Ainsi donc, la tendance française est clairement dans les sens d'un refus de la révision du contrat pour imprévision. Les arrêts que l'on évoque régulièrement pour en sonner le glas n'en sont, à notre sens, que de légers infléchissements, tant dans leur principe que dans leur champ d'application. Aucune décision n'a réellement ouvert la voie, ce qui semble aujourd'hui relativement surprenant.

B. Une jurisprudence contestée

369. – L'obstination prétorienne française à refuser la révision pour imprévision est tout à fait singulière. Elle est parfois présentée comme un archaïsme, tant au regard des droits étrangers (2) que face à la poussée doctrinale interne de plus en plus forte en faveur d'une révision pour imprévision (1).

1) Une jurisprudence de plus en plus contestée par la doctrine

370. - Nombre d'auteurs contemporains dénoncent la position de la Cour de cassation. Cette critique passe par une remise en cause des justifications classiques du refus de la théorie de l'imprévision. Des trois considérations traditionnellement présentées comme fondant le refus d'une révision pour imprévision, aucune n'a échappé à la contradiction doctrinale. Aussi bien, les auteurs contestent-ils à la fois la justification historique (a) que celle qui tient à l'impératif de sécurité juridique (b). Mais c'est certainement sur la justification par la référence à l'intangibilité des conventions que les discussions sont les plus riches (c).

[691] Civ. 1ère, 16 mars 2004, *D*. 2004, Jur., p. 1754, note D. MAZEAUD.
[692] La portée de cette décision est d'ailleurs très controversée, v. *J.C.P*. éd. E, p. 817s., note O. RENARD-PAYEN, *R.T.D.Civ*. 2004.290, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

a. La critique des justifications historiques

371. - Dans son arrêt Canal de Craponne, la Cour de cassation avait affirmé que l'article 1134 du Code civil n'était que la « reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles »[693]. Or, certains auteurs ont mis en évidence l'inexactitude de cette allégation. L'article 1134 apparaît en réalité comme une rupture brutale avec l'ancien droit[694]. Cette formule, empruntée à Domat, « ne se retrouve guère que sous sa plume »[695]. En outre, c'est en vain qu'on chercherait à puiser les racines de la force obligatoire du contrat dans le droit romain tant sont diverses, en la matière, les interprétations proposées en doctrine[696]. Enfin, au Moyen-Age, sous l'influence des glossateurs et des canonistes, s'est développée une doctrine de l'imprévision de portée générale, avec l'admission de la clause *rebus sic stantibus*. Si cette théorie a décliné au 19ème siècle, ce n'est qu'en raison de la conception simple que la doctrine se faisait du contrat .

Il semble donc erroné de justifier le refus de la révision pour imprévision par des considérations historiques dont la teneur est, en réalité, beaucoup plus nuancée que ne l'a affirmé la Cour de cassation.

C'est ensuite sur l'impératif de sécurité juridique, régulièrement invoqué à l'appui du refus de la révision pour imprévision, que s'est interrogée la doctrine.

b. La critique de la justification par l'impératif de sécurité juridique

372. - Le raisonnement est par trop simpliste qui érige l'immutabilité de la convention comme le garant unique de la sécurité juridique. Les choses sont, en réalité, beaucoup plus nuancées. « La situation, en effet, oppose un contractant voulant modifier le contrat, parce que ses prévisions originelles ont été déjouées, et un autre qui estime ne pouvoir se voir imposer une modification du contrat, qui déjouerait ses propres prévisions. Le choix d'admettre ou non l'imprévision est alors un choix de politique juridique, car le respect des prévisions de l'un semble aussi impérieux que celui des prévisions de l'autre »[697]. C'est dire combien est fuyante, et toute relative, la notion de sécurité juridique, car elle impose des solutions fort différentes selon qu'on a égard à la sécurité de l'une ou de l'autre des parties au contrat. Aussi

---

[693] Cass. Civ., 6 mars 1876, *préc*.

[694] L'article 1134 al 1 a été imaginé pour contraindre les citoyens, après la Révolution, à respecter leurs engagements, sans trahir et quel qu'en soit le prix. L'idée n'était donc que d'assurer le maintien de l'ordre social.

[695] C. JAMIN, *note précitée*, p. 51.

[696] Voir A. GIBOULOT, *note précitée*, p. 193.

[697] H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, éditions J.-Cl., PUF, 1999, p. 658.

bien, la doctrine s'est-elle attachée à définir ce qu'il fallait entendre par sécurité juridique, en donnant une vision fort éloignée de la définition classique du concept.

A l'inverse d'une stricte conformation aux stipulations contractuelles, considérée traditionnellement comme permettant seule le respect des prévisions des parties, la doctrine a vu dans la révision l'unique garant possible de la sécurité juridique. En effet, les prévisions des parties ne portent pas sur la lettre du contrat, mais, plus globalement sur l'équilibre de l'opération qu'il organise. Ainsi, permettre une révision du contrat en cas de bouleversement des circonstances qui entouraient sa conclusion, c'est passer « d'une sécurité statique, trompeuse, à une sécurité dynamique authentiquement protectrice des prévisions contractuelles »[698]. Ce paradoxe a été plusieurs fois souligné en doctrine. C'est ainsi que pour Delmas-Saint-Hilaire, « contrairement aux apparences, adapter le contrat c'est donc sauvegarder sa stabilité »[699]. De même, selon Carbonnier, « les affaires (…) pourraient gagner en sécurité si les parties étaient certaines de pouvoir obtenir une révision équitable du contrat »[700].

373. - Au delà de ces considérations théoriques, que nous aurons l'occasion de développer, tant elles sont étroitement liées à la question de la force obligatoire du contrat, la doctrine s'est également attachée à montrer que, dans la pratique, l'admission de la révision pour imprévision ne mettait pas sérieusement en danger la sécurité juridique. L'admission, par les droits étrangers, de la théorie de l'imprévision offre aux auteurs français un formidable champ d'investigation. L'observation de ce qui se passe dans ces pays a ainsi permis à la doctrine de contrecarrer certains des arguments avancés contre la révision pour imprévision. C'est ainsi que, selon Denis Tallon, « il n'apparaît pas (…) que le pouvoir modérateur accordé au juge ait porté une atteinte sérieuse à la sécurité des contrats »[701]. Aussi bien, l'effet de réactions en chaîne redouté par certains n'a pas été relevé. Deux raisons peuvent être trouvées à cela. La première est que le pouvoir modérateur du juge ne doit intervenir qu'exceptionnellement. Comme nous l'avons relevé, tous les systèmes étrangers, qu'ils soient légaux ou jurisprudentiels, mettent l'accent sur la marginalité de l'immixtion du juge dans le contrat. Seul un déséquilibre important peut justifier une intervention judiciaire.

---

[698] VOIRIN, *De l'imprévision dans le rapport de droit privé*, thèse NANCY, 1922, p. 55.

[699] DELMAS-SAINT-HILAIRE, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etude de droit privé sous la direction de P. DURAND, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 189.

[700] Carbonnier, *Droit civil, tome 4*, collection Thémis, P.U.F., 16ème édition, 1992, n° 149.

[701] D. TALLON, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements su droit comparé, in *Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 410.

En second lieu, l'observation amène à conclure que, chaque fois que le juge reçoit un pouvoir modérateur, il en use avec prudence. C'est le cas à l'étranger, mais c'est également le cas en France. L'on peut citer ici la jurisprudence relative à la révision du montant de la clause pénale. Nul ne contestera que c'est avec une grande prudence que le juge a usé de cette prérogative exorbitante du droit commun. Nous mentionnerons également la faculté ouverte au juge de contrôler l'abus dans la fixation du prix dans les contrats-cadre. Là encore, c'est peu de dire que les juges ont fait une utilisation parcimonieuse du concept.
Ainsi donc, la sécurité juridique ne semble, selon de nombreux auteurs, guère menacée par la reconnaissance d'un pouvoir modérateur du juge. Subsiste alors le dernier fondement attribué au refus de la révision pour imprévision : celui de l'intangibilité du contrat.

c. La critique du fondement de l'intangibilité du contrat.

374. - Un courant doctrinal de plus en plus fort tend à démontrer que la force obligatoire, quels qu'en soient les fondements, n'est pas une justification admissible au refus de la théorie de l'imprévision.

i) La force obligatoire du contrat, fondée sur la volonté des parties, ne justifie pas le refus de l'imprévision

375. - Un important courant doctrinal dénie la primauté de la « volonté passée, morte » du créancier sur la « volonté vivante, actuelle »[702] du débiteur. Pourquoi, en effet, si l'on trouve l'explication de la force obligatoire dans la volonté des parties, décider que leur volonté initiale devrait s'imposer contre leur volonté présente. Cette façon d'appréhender la volonté a partie liée avec la perception du temps qu'avaient les rédacteurs du Code civil. L'on sait que le modèle sur lequel le code a été imaginé est celui du contrat de vente, qui s'exécute, en principe, instantanément. C'est dire que les règles édictées ne l'ont pas été en considération d'un étalement des effets du contrat dans le temps. En outre, le Code civil considère le temps « abstraitement, comme le cadre homogène, indifférencié et vide dans lequel les événements naissent et se continuent dans la stabilité, ou alternent par rupture ». Il n'est donc que « la prolongation d'un état statique »[703]. Selon cette conception désincarnée du temps, celui-ci peut être réduit à une « continuité abstraite séparée de la durée réelle, ce qui correspond à l'éternisation d'un acte ponctuel, à sa projection dans un absolu rationnel où chaque moment

[702] G. ROUHETTE, thèse, n° 311.
[703] G. ROUHETTE, *thèse précitée*, n° 3.

est censé reproduire le moment qui l'a précédé tout en étant une unité distincte »[704]. Partant, la volonté présente se confond nécessairement avec la volonté passée, justifiant ainsi l'immutabilité des conventions. « Ce qui est (ainsi) formellement valide 'dure' inconditionnellement »[705]. La conception du temps qui implique l'immutabilité des conventions est un archaïsme, dont les conséquences doivent être dépassées.

376. - En second lieu, fonder la force obligatoire des conventions sur la volonté des parties, c'est postuler la rationalité de ces mêmes parties. Or, si l'on peut présumer cette rationalité s'agissant d'un contrat à exécution instantanée, il en va différemment lorsque la convention conclue est amenée à dérouler ses effets sur une longue période. La rationalité peut être définie comme la capacité de fonder ses choix sur un raisonnement. En matière contractuelle, la rationalité d'une partie s'exprime par la mesure du rapport de l'avantage escompté au sacrifice consenti, à l'aune des circonstances entourant la conclusion de la convention. Or, l'appréciation des circonstances ne vaut que pour une durée limitée. La lucidité est éphémère, l'anticipation hasardeuse, et il apparaît avec évidence que la rationalité des parties ne peut plus être présumée quand le contrat conclu est à exécution successive. « Lorsqu'il y a incertitude, la capacité d'élaborer des contrats suffisamment détaillés se heurte vite aux limites de la rationalité des acteurs »[706].

377. - Il appert que le fondement volontariste de la force obligatoire du contrat ne peut justifier le refus de la théorie de l'imprévision. D'une part, il est suranné d'imaginer qu'une volonté présente se confond nécessairement avec une volonté passée. D'autre part, la force obligatoire du contrat est subordonnée à la rationalité de la volonté des parties. Si cette rationalité peut être présumée dans les contrats instantanés, elle devrait au contraire être démontrée dans les contrats à exécution successive. Et le constat d'un défaut de rationalité, transparaissant dans une mauvaise anticipation des circonstances, mettrait alors obstacle à l'exécution du contrat dans les termes où il a été consenti.

---

[704] J.-M. TRIGEAUD, Justice et fidélité dans les contrats, *Archives de philosophie du droit*, tome 28, Sirey 1983, p. 215.
[705] J.-M. TRIGEAUD, *note précitée*, citant E. OPPOCHER, Diritto e tempo, dans *Riv. Internaz. Filosofia del diritto* 1981, p. 135.
[706] C. MENARD, Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute d'un juriste, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 661.

ii) La force obligatoire du contrat, fondée sur le respect de la parole donnée, ne justifie pas le refus de la théorie de l'imprévision

378. - L'idée de fonder la force obligatoire du contrat sur le respect de la parole donnée se retrouve notamment sous la plume des canonistes. Or, il apparaît que dans leur esprit, l'objet de cette parole donnée ne devait pas être apprécié formellement, mais bien plutôt comme portant sur l'équilibre initial de la convention. Ainsi, pour Saint Thomas d'Aquin, le contractant « n'est pas (…) infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les conditions ont changé »[707].

Ce fondement du respect de la parole donnée est d'essence morale. Or, l'on peut s'interroger sur la conformité à la morale des conséquences qu'on lui assigne, et notamment, de l'immutabilité des conventions. Ne peut-on soutenir au contraire que « l'éternel présent est le fait d'une validité formelle et non axiologique… La fidélité qu'il désigne est la contrefaçon la plus achevée de la fidélité morale » ?[708] C'est ainsi que pour Jean-Marie Trigeaud, l'homme doit éviter l'attachement à la lettre du contrat. La fidélité au contrat ne doit pas être réduite à l'observation de ses strictes stipulations. Elle doit être comprise comme le maintien de la proportion voulue par les parties lors de la conclusion de ce contrat.

Ainsi donc, les justifications classiques du refus de la théorie de l'imprévision sont de plus en plus critiquées en doctrine. Il apparaît en effet que, ni la tradition historique, ni la force obligatoire, qu'elle soit fondée sur la volonté des parties ou sur le respect de la parole donnée, ne permettent de fonder les réserves de la Cour de cassation à l'encontre d'une révision judiciaire du contrat, dans l'hypothèse d'un bouleversement des circonstances. La pression de la doctrine se fait sentir d'autant plus fortement qu'elle est relayée par l'exemple des droits étrangers qui, dans une grande majorité, ont retenu la théorie de l'imprévision.

2) Une jurisprudence isolée

379. - Au XIXème siècle, la position exprimée par la jurisprudence du Canal de Craponne était également très largement admise dans les autres pays. Mais, à la différence de ce qui s'est produit en France, elle a été abandonnée depuis lors, que ce soit par le biais d'une loi, ou par la voie jurisprudentielle[709]. Nous nous attacherons à dresser un panorama des solutions choisies par les droits étrangers, mais surtout à étudier les théories qui fondent ces solutions.

---

[707] Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Iia, Iiae, q. 110, art 3.
[708] J.-M. TRIGEAUD, *note précitée*, p. 215.
[709] Voir R. DAVID, L'imprévision dans les droits européens, in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211s.

a. Les fondements objectivistes retenus à l'étranger

380. - En Italie, le juge a la faculté de prononcer la résolution d'un contrat déséquilibré, à moins que le défendeur ne propose un réajustement. L'article 1467 du Code civil italien prévoit en effet que « dans les contrats dont l'exécution est continue et périodique ou dont l'exécution est différée, si la prestation d'une des parties est devenue excessivement onéreuse par l'effet d'événements extraordinaires et imprévisibles, la partie qui est débitrice de cette prestation peut demander la résolution du contrat… La partie à l'encontre de laquelle est demandée la résolution du contrat peut éviter que celle-ci soit prononcée en offrant de modifier selon l'équité les termes du contrat ». En doctrine, l'on s'est interrogé sur les fondements de *l'eccessiva onerosita*. Plusieurs théories ont été élaborées. Aux théories subjectives, on a reproché leur caractère artificiel. Aux analyses causalistes, on a opposé cette question : pourquoi la disparition de la fonction du contrat
n'entraînerait-elle sa disparition qu'en cas de fait imprévisible[710] ? C'est finalement sur l'équité que la doctrine s'accorde à fonder *l'eccessiva onerosita*. Les travaux préparatoires montrent d'ailleurs que l'article 1467 est motivé, notamment, par des considérations d'équité. C'est alors à une recherche objective de déséquilibre des prestations que devra se livrer le juge[711].

381. - Un autre fondement objectiviste de l'imprévision réside dans la référence à la bonne foi. C'est notamment l'exemple néerlandais. Jusqu'à la promulgation du nouveau Code civil, la Cour suprême des Pays-Bas s'était toujours refusé à admettre une révision du contrat en cas de bouleversement de l'économie contractuelle. Cependant, en doctrine, plusieurs théories avaient été proposées afin de fonder une telle intervention.
L'on citera, parmi ces analyses, celle de Levenbach[712], dite « surtension de l'équilibre économique », développée après la première guerre mondiale. L'on peut évoquer également

[710] R. SACCO, *Il contratto*, 1975, p. 983.
[711] De *l'eccessiva onerosita* du droit italien, on peut rapprocher les dispositions du code civil grec, entré en vigueur en 1940, et plus précisément, l'article 388, selon lequel : « si les circonstances sur lesquelles, eu égard à la bonne foi et aux usages admis dans les affaires, les parties se sont principalement basées pour la conclusion d'un contrat synallagmatique, ont ultérieurement changé pour des raisons extraordinaires et ne pouvant être prévues et que, par suite de ce changement, la prestation du débiteur, eu égard aussi à la contre-prestation, soit devenue **démesurément onéreuse**, le tribunal peut, à la demande du débiteur, la ramener, suivant son appréciation, à la mesure convenable, ou même décider la résolution du contrat tout entier, ou dans la partie non encore exécutée ».
[712] G. LEVENBACH, *De spanning van de kontraktsband*, thèse, Amsterdam, 1923, p. 243 à 251. Elle consiste à considérer que, lors de la conclusion, les parties ont fait porter leur consentement sur un certain équilibre entre leurs prestations respectives. Or, certains facteurs sont susceptibles, au cours de l'exécution du contrat, de modifier cet équilibre. Les parties, qui en sont conscientes, acceptent ce risque, mais dans une certaine mesure. Ainsi, il s'agit de faire le départ entre une tension acceptable de l'équilibre initial, qui doit être assumée par les

la théorie de la lacune[713], selon laquelle il convient, en premier lieu, d'interpréter le contrat, afin de découvrir si le changement des circonstances a été pris en considération par les parties. Si cela n'a pas été le cas, il reviendra au juge de compléter cette lacune, sur le fondement des articles 1374 alinéa 3[714] et 1375[715] de l'ancien Code civil. Dans le prolongement de la théorie de la lacune, l'on peut également évoquer la relativité de la norme contractuelle, développée par Löwensteyn[716]. Selon lui, la norme contractuelle a une signification relative dans le sens où sa validité est « limitée et déterminée par sa relation à la représentation des circonstances que se sont faite les parties »[717].

Ces fondements n'ont finalement pas été retenus. Aux termes de l'article 6.258-1[718] du nouveau Code civil néerlandais, « le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou partie en raison de circonstances imprévues d'une nature telle que d'après les critères de la raison et de l'équité[719], l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat. La modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif ». Les travaux préparatoires soulignent à maintes reprises que c'est la bonne foi qui fonde la possibilité de réviser le contrat en cas de modification des circonstances. A cet égard, une telle solution n'est envisageable que dans les cas extrêmes, et le juge devra se référer le plus possible à la convention des parties[720].

382. - La référence à la bonne foi se retrouve en droit portugais. L'article 437 du Code civil, entré en vigueur en 1966, dispose en effet que « si les circonstances dans lesquelles les parties ont fondé la décision de conclure un contrat ont subi un changement anormal, la partie lésée a droit à la résolution du contrat, ou à une modification de ce contrat par le juge selon l'équité,

---

parties, ou, plus exactement, par l'une d'entre elles, et les modifications plus profondes de cet équilibre, telles que le risque sur lequel reposait l'engagement est dépassé. Il appartient alors au juge de rétablir l'équilibre rompu en partageant la charge du risque entre les parties. Il faut signaler, cependant, que cette théorie n'a pas trouvé d'écho en jurisprudence.

[713] Cette théorie a été élaborée par M. H. BREGSTEIN. Voir la thèse de D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préf. de M. FONTAINE, établissements Emile BRUYLANT, 1986, p. 487 et 488.

[714] Cet article prescrivait l'exécution de bonne foi des conventions.

[715] Cette disposition correspondait à notre article 1135.

[716] F.J.W. LOEWENSTEYN, *De relativiteit van de contractuele norm*, Zwolle, 1967.

[717] Dès lors, si la situation concrète diffère de cette représentation, de façon telle que l'exécution de la norme ne permettrait plus de réaliser la portée du contrat, le juge doit rechercher ce que des contractants raisonnables auraient fait pour adapter le contenu du contrat à sa portée. D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 489.

[718] Ce texte est entré en vigueur le 1er janvier 1992.

[719] il faut préciser que l'expression a été préférée à une référence à la bonne foi, jugée trop subjective. Voir D. TALLON, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAY*AG, Litec, 1997, p. 407.

[720] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 528 et 529.

si l'exécution forcée des obligations assumées conformément à ce contrat heurte gravement le principe de bonne foi … »

383. - C'est également la bonne foi qui fonde la solution suisse, introduite par la voie jurisprudentielle. En effet, le Code fédéral de 1881 ne contient aucune disposition relative à cette question. Les juges admettent la révision du contrat, si la charge pesant sur le débiteur est devenue « si lourde, choquante, excessive » qu'en exiger l'accomplissement s'analyse, de la part du contractant, en une exploitation abusive de la situation de nécessité où se trouve le défendeur[721]. Mais, dans certains droits, la bonne foi intervient en complément d'une référence à la volonté des parties.

b. Les fondements subjectivistes retenus à l'étranger

384. - Volontairement éludée par les rédacteurs du BGB, la question de la révision pour imprévision s'est posée avec une acuité particulière au lendemain de la première guerre mondiale. Les bouleversements économiques ont alors rendu nécessaire une intervention jurisprudentielle. C'est ainsi qu'en 1922, le *Reichsgericht* a été amené à reconnaître le pouvoir modérateur du juge. Il s'agissait de cas où l'on demandait, après la guerre, l'exécution de contrats passés avant 1914, prévoyant la livraison de marchandises provenant de l'étranger et qui n'avaient pu être exécutés pendant la guerre en raison du blocus des ports allemands. Le *Reichsgericht* déclara alors, à plusieurs reprises, que ces contrats étaient devenus caducs car dans les conditions où ils pouvaient être exécutés après la guerre, ils devenaient tout autre chose que ce qui avait été stipulé.

385. - La jurisprudence allemande s'est fondée sur la théorie de Paul Oertmann de la disparition du fondement contractuel, voisine de la formule de Lord Radcliffe[722]. Il s'agit de déclarer qu'un contractant cesse d'être tenu en cas de défaillance du fondement du contrat (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). Oertmann définit ainsi la *Geschäftsgrundlage* : « la *Geschäftsgrundlage* est formée par la représentation que se sont faite les parties de la présence ou de la survenance de certaines circonstances sur la base de laquelle la volonté contractuelle s'est construite. Elle vise également une pareille représentation, propre à l'une des parties mais qui, apparue à la conclusion du *negotium*, a été reconnue par le partenaire

[721] *ATF* 59 II 372.
[722] Voir *infra* n°390.

éventuel dans sa signification réelle et n'a pas été contestée par lui »[723]. Cette théorie a fait l'objet de plusieurs critiques doctrinales. La principale tient certainement à la confusion qu'elle semble réaliser entre la *Geschäftsgrundlage* et les motifs. Oertmann se défend pourtant d'une telle confusion. Selon lui, la *Geschäftsgrundlage* est plus qu'un simple motif, en ce qu'elle se rapporte au contrat dans son ensemble. En outre, « le fait que le motif ait été communiqué au partenaire contractuel ou que le motif erroné soit commun ne permet pas de déduire que le motif constitue la *Geschäftsgrundlage*. Il faut encore que le contrat, soit d'un point de vue objectif, soit du point de vue des parties contractantes, ait été conclu de manière reconnaissable, en fonction de la représentation de circonstances considérées comme existantes ou comme devant adopter dans l'avenir un déroulement déterminé »[724]. La distinction, ainsi formulée, peut ne pas convaincre. Aussi bien, Larenz met-il l'accent sur la vanité d'un concept intermédiaire entre le motif unilatéral et la représentation commune aux deux parties contractantes[725]. L'auteur propose alors une distinction entre l'*objektive* et la *subjektive Geschäftsgrundlage*. La première s'attacherait au but du contrat (*Zweck des Vertrages*), l'autre aux représentations partagées par les parties. Mais l'analyse de Larenz, qui prétend affiner celle d'Oertmann, n'est pas totalement satisfaisante. Lehmann lui reproche notamment d'inclure dans *l'objektive Geschätsgrundlage* la disparition du but du contrat, alors même que celui-ci est déterminé par la volonté des parties[726].

C'est enfin le fondement même de la *Geschäftsgrundlage* qui invite au débat. Oertmann, suivi par la jurisprudence unanime, la fonde sur le § 242 BGB, qui prescrit l'exécution de bonne foi des obligations. Ainsi, le *Reichsgericht* posa comme règle que l'exécution des contrats passés par un commerçant ne pouvait être exigée si cette exécution devait avoir pour conséquence sa ruine et la destruction de son commerce (*Einrede der Existenzvernichtung*)[727].

---

[723] P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, 1923, p. 37.
[724] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 229.
[725] K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p. 9.
[726] ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14ème édition, 1954, p. 172 et 173.
[727] Cette solution n'est pas sans évoquer l'analyse solidariste, proposée en doctrine, pour apprécier l'abus dans la formation du prix dans les contrats-cadre. Ainsi, pour Thierry REVET, « le devoir de respecter son contractant consiste, pour celui qui est en situation d'arrêter le prix que l'autre acquittera, dans l'obligation de tenir compte, dans sa décision, de l'intérêt de ce dernier (T. REVET, Les apports au droit des relations de dépendance, Colloque : La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *R.T.D.Com*. 1997, p. 45). De même, l'on peut citer la formule de Christophe JAMIN, considérant que la fixation du prix est abusive dès lors que « le comportement du maître de réseau porte atteinte à la rentabilité que peut raisonnablement attendre le distributeur de l'exécution du contrat » (C. JAMIN, Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *JCP G* 1996, 3959, n° 26.)
Il faut noter cependant que cette analyse, qui s'inspirait directement de l'arrêt « HUARD » (Cass. Com., 3 novembre 1992, *R.T.D.Civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE), n'a pas prospéré en jurisprudence (voir , par exemple, Cass. Com., 11 mai 1999, *Droit et Patrimoine*, décembre 19999, n° 2454, note P. CHAUVEL. Dans

Le principe est donc qu'il serait contraire à la bonne foi que le créancier persiste, dans les circonstances de l'espèce, à exiger du débiteur l'exécution de sa prestation. Or, il paraît tout à fait paradoxal de fonder la *Geschäftsgrundlage*, qui procède d'une approche psychologique, sur une disposition relative à l'exécution des conventions, et non sur le § 157 BGB[728].
Selon René David, l'analyse de Oertmann, qui est celle de la jurisprudence allemande, n'est rien d'autre qu'une combinaison des notions de cause et de bonne foi[729].
Il nous est, une nouvelle fois, donné de voir combien est malaisé le départ entre objectivisme et subjectivisme et combien, disons-le, ces débats sont vains. En effet, tandis que se succèdent les controverses relatives tant à la détermination de la *Geschätsgrundlage* qu'à son fondement, il existe un consensus, en doctrine comme en jurisprudence, autour du pouvoir du juge de revoir ou de dissoudre le contrat en cas de profond changement des circonstances[730]. Ce pragmatisme se retrouve dans l'approche judiciaire de la *Geschäftsgrundlage*.

386. - Les débats théoriques qui ont rattaché la *Geschäftsgrundlage* tantôt au subjectivisme tantôt à l'objectivisme se sont traduits par une approche judiciaire « mixte ». Le fondement du contrat y est apprécié *in abstracto* en ce que le juge se réfère à ce qui est généralement admis dans le commerce, selon la nature du contrat, mais également *in concreto* en ce qu'est prise en considération toute circonstance à laquelle les parties ont entendu donner une importance fondamentale. C'est dire que la liberté d'appréciation du juge est grande, ce qui ne manque pas d'aboutir à certaines incohérences. C'est ainsi qu'en 1959, le *Bundesgerichtshof* a subordonné la révision du contrat à une modification du fondement du contrat qui soit « si fondamentale et radicale que maintenir la réglementation contractuelle originaire aboutisse à un résultat insupportable, nettement inconciliable avec le droit et l'équité »[731]. En conséquence, la diminution de deux tiers du pouvoir d'achat de la rente fixée contractuellement n'a pas été considérée comme justifiant une révision du contrat. A l'inverse, on a pu permettre à un vendeur d'invoquer l'imprévision pour demander le réajustement d'un contrat, fixant le prix en livres sterling, lorsque, de façon inattendue, la

cette espèce, l'abus n'a pas été retenu, alors même que le commissionnaire de la compagnie Total reprochait à celle-ci de ne pas lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels).
[728] Selon cet article, les contrats doivent être interprétés comme le requiert, eu égard aux usages, la bonne foi.
[729] R. DAVID, L'imprévision dans les droits européens, in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 217.
[730] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 249.
[731] NJW 1959, 2203.

livre fut dévaluée en 1933[732]. De telles disparités paraissent inévitables. Elles sont inhérentes à la liberté laissée au juge et à la souplesse du système.

387. - A titre de synthèse, l'on peut dire que la *Geschäfstrundlage* peut être envisagée comme le but du contrat, et notamment dans « l'intention de l'utilisation de la prestation (*Verwendungszweck*) nourrie par le créancier de cette prestation lorsque son débiteur a fait siennes ces intentions d'utilisation, en les prenant en considération dans la détermination des conditions du contrat »[733]. Elle peut également être constituée, dans les contrats synallagmatiques, par la « représentation de l'équivalence entre la prestation et la contreprestation »[734].
Ces deux concepts, qui constituent les deux facettes de la base contractuelle, nous semblent extrêmement proches du concept jurisprudentiel français d'économie du contrat. Comme lui, ils tiennent compte non seulement du but direct, immédiat et abstrait du contrat, mais également de la fonction concrète du contrat. Ce qui semble en jeu ici, c'est bien le concept de cause, mais une cause plus largement comprise et englobant les intérêts matériels, économiques de souscrire au contrat[735]. Concluons en précisant que la Cour Suprême allemande a affirmé sa préférence pour l'adaptation par rapport à la caducité[736].

388. - Nous avons évoqué l'exemple italien, en expliquant qu'il était d'inspiration objective, par sa référence à *l'eccessiva onerosita*. Cependant, le droit italien a développé un second concept en matière de bouleversement de l'économie contractuelle. Il s'agit de la « présupposition », inspirée de Windscheid[737]. La jurisprudence la rattache parfois à à l'article 1467, mais d'autres arrêts y voient une institution *sui generis*. Selon la Cour de cassation italienne, « la présupposition s'applique lorsqu'une situation de fait déterminée – qui est commune aux deux contractants, dont la survenance est indépendante de la volonté des parties et prend donc un caractère objectif, que l'on peut déduire du contexte du contrat et que les parties ont tenu présentes sans y faire explicitement référence, de manière à former le

[732] RGZ 141, 212.
[733] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 261. Ce concept, qui semble inconnu du droit français, l'a pourtant, à notre sens, pénétré dans l'arrêt DPM du 3 juillet 1996, voir *supra* n°321..
[734] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 269, citant P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1923, p. 25 et 26 et K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, p.79.
[735] J.-M. TRIGEAUD, Justice et fidélité dans les contrats, *Archives de philosophie du droit*, tome 28, philosophie pénale, Sirey, 1983, p. 219.
[736] Voir, par exemple, l'arrêt du 14 décembre 1992 (*BGHZ* 120.10) : « il convient par principe de maintenir dans la mesure du possible le contrat et de l'adapter dans l'intérêt des parties aux nouvelles circonstances ».
[737] B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, *A.c.P.*, Bd. 78, 1892, p. 161 à 202.

présupposé du contrat conclu – se révèle finalement distincte de celle qui était présupposée »[738]. La *presupposizione*, admise unanimement en jurisprudence, a pour effet la dissolution du contrat. Si elle semble fermement établie en droit italien, elle n'en suscite pas moins des controverses. Aussi bien, la doctrine reproche-t-elle à la jurisprudence de se fonder fréquemment sur des éléments objectifs pour appliquer le concept, alors même que la présupposition est censée reposer sur la volonté des parties[739].

c. Les particularités du droit anglo-américain

389. - Le droit anglais connaît un mécanisme original, instauré par les tribunaux sous le nom de *frustration*. C'est l'arrêt *Jackson v. Union Maritime Insurance Co*. qui, en 1874, reconnut que le contrat devenait caduc lorsque dans les conditions nouvelles où il pouvait soi-disant être exécuté, ce serait en réalité une autre opération commerciale que celle prévue qui serait réalisée[740]. Différentes explications ont été proposées pour fonder ce mécanisme.

390. - La première d'entre elles est la théorie des *implied terms*. Elle consiste à dire que le contrat est complété par les termes tacites découlant de la loi, de la coutume, de la nature même du contrat, ou de son contexte. Le *leading case*, en la matière, est l'arrêt *Le Moorcock*[741], dans lequel on considéra que « le droit peut déduire, de l'intention claire des parties, certaines dispositions contractuelles tacites afin de donner à la convention l'efficacité que les deux parties devaient, dans des circonstances similaires, avoir voulu lui donner »[742]. Or, cet *implied term* peut être une *implied condition*, servant ainsi de fondement à la frustration, comme l'illustre l'arrêt *F.A. Tamplin Steamship Company Ltd v. Anglo-mexican petroleum products company Ltd*[743] : « Le juge n'a pas le pouvoir de délier les contractants de leurs engagements, mais il peut déduire de la nature du contrat et des circonstances extrinsèques qu'une condition non exprimée constituait le fondement sur base duquel les parties ont contracté… Les circonstances ont-elles changé de manière telle que, si les parties avaient envisagé ce changement, elles en auraient assumé le risque ou bien elles auraient dit, raisonnablement : « si cela arrive, bien entendu, tout est fini entre nous » ? ». Cette théorie subjective, en ce qu'elle s'attache à l'intention réelle des parties, a fait l'objet de critiques.

[738] Cass., 14 juin 1974, n. 191, *Rep. Foro it*., 1974. Traduction libre par D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 440.
[739] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 464.
[740] *Jackson v. Union Marine Insurance Co., Ltd* (1874) L.R. 10 C.P. 125.
[741] (1889), 14 *P.D*., p. 64 et s.
[742] D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Préf. de M. FONTAINE, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1986, p. 346.
[743] 1916, 2 *A.C*., p. 397 et s.

L'on sait, en effet, combien il est hasardeux de vouloir deviner rétrospectivement la volonté commune des parties, si tant est qu'une telle volonté commune existât réellement. Un pan objectif de la théorie de *l'implied condition* s'est donc fait jour. Elle eut pour but de pallier le caracère artificiel de *l'implied condition*, en ne s'attachant pas aux individus concernés, à leur tempérament ou opinion, mais en déterminant ce qu'un homme juste et raisonnable aurait inclus dans le contrat s'il avait pu prévoir cet événement au moment de sa conclusion. Il appert cependant qu'il s'agit là de remplacer une fiction par une autre. L'on citera ici la critique de Lord Radcliffe : « Alors, il semblerait que les parties elles-mêmes soient devenues des esprits tellement désincarnés que leurs personnes concrètes doivent être autorisées à reposer en paix. A leur place, s'élève la figure de l'homme juste et raisonnable. Et ce fantôme, qui ne représente après tout que la conception anthropomorphique de la justice, est et doit être le juge lui-même »[744]. Les critiques l'ayant finalement emportée, la théorie de *l'implied condition* est aujourd'hui définitivement abandonnée.

391. - La théorie de la disparition du fondement du contrat peut être rapprochée de celle de *l'implied condition*. Elle consiste à considérer que le contrat est dissout lorsque son fondement disparaît. Intéressante, en ce qu'elle met fin aux difficultés relatives à la volonté des parties, elle s'est révélée lacunaire, puisque le concept central sur lequel elle s'appuie – celui de *foundation of the contract* - n'a pu être clairement défini[745]. Le même reproche a été adressé à une théorie similaire, celle du *true meaning of the contract* [746].
La théorie de la *just and reasonable solution* se situe à l'opposé des analyses que nous venons d'évoquer. Elle consiste à reconnaître que le juge a le pouvoir d'apprécier, selon ce qui est juste et raisonnable, ce qu'il doit advenir du contrat. Ce fondement n'en est pas véritablement un. Il consacre certes une solution pragmatique et, pour le moins, dénuée de tout artifice, mais il n'explique pas cette solution. En outre, l'extrême latitude laissée au juge semble pour le moins heurter le principe de sécurité juridique[747].

392. - C'est finalement le fondement du « *radical change in the obligation* » qui s'est imposé, dans l'arrêt *Davis contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*[748]. La méthode alors proposée par Lord Radcliffe est la suivante : il s'agit, pour le juge, d'opérer une comparaison

[744] *Davis contractors* (1956) *A.C.*, p. 729.
[745] Voir D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 352 à 355.
[746] D.-M. PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 356.
[747] D.-M PHILIPPE, *thèse précitée*, p. 356 à 359.
[748] *Davis contractors Ltd v. Fareham Urban District council* (1956) *A.C.*, p. 696 et s.

entre le contrat, tel qu'il a été accepté par les parties, tant dans sa nature que dans les circonstances qui ont entouré sa conclusion, et le contrat tel qu'il s'inscrit dans les circonstances nouvelles. Ce n'est qu'à la condition que ces « deux » contrats soient totalement différents que la *frustration* sera amenée à jouer. Le critère retenu par les Cours anglaises est donc, de façon nette, celui de l'identité du contrat. C'est dire qu'une hausse ou une baisse des prix ne peuvent constituer, en eux-mêmes, des hypothèses de *frustration*. « La présence de la frustration est vérifiée lorsque le droit reconnaît que, sans que l'un ou l'autre des contractants n'ait commis de faute, l'obligation contractuelle n'est plus susceptible d'exécution, parce que les circonstances dans lesquelles elle devrait être exécutée la rendrait radicalement différente de l'obligation assumée en contractant »[749]. Les conditions de mise en jeu de la *frustration* paraissent donc plus sévères que celles qui sont posées par les droits continentaux. De même, les effets de la *frustration* sont plus radicaux que ceux que ces mêmes droits continentaux assignent en principe à l'imprévision.

393. - Il s'agit ici, non de réviser la convention, mais de « mettre fin aux obligations pour l'avenir… Les sommes d'argent payables en vertu du contrat cessent d'être payables en cas de frustration »[750] . La solution est conforme à la formule de Lord Radcliffe, selon laquelle le contrat n'est plus celui qui a été voulu par les parties. L'on peut signaler une tentative du droit américain en faveur, non de la disparition du contrat, mais de son adaptation aux circonstances, par l'arrêt « Alcoa », mais cette tentative est demeurée isolée[751].
Si, initialement, la disparition du contrat jouait sans effet rétroactif, les conséquences fâcheuses d'une telle solution se firent rapidement jour et le législateur intervint en 1943 pour la modifier. Depuis lors, il appartient aux juges anglais de régler, selon l'équité, les conséquences de la *frustration*[752].

d. L'imprévision en droit international

394. - Selon l'article 6-2-2 des principes élaborés par l'Unidroit, « il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait

[749] *Davis contractors Ltd v. Fareham Urban district Council* (A.C. 1956, 696s)
[750] J. BELL, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Ouvrage collectif, Paris, L.G.D.J., Tome 196, 1987, n° 63, p. 246.
[751] *Aluminium Co of America v. Essex Group*, 499 F Supp 53 (1980, US Dist. Ct, WD Pa 1980).
[752] R. DAVID, *note préc.*, p. 223.

diminué ». En outre, pour qu'il y ait *harsdhip*, il faut que ces événement soient « survenus » ou aient « été connus de la partie lésée » « après la conclusion du contrat »[753].

L'on peut remarquer que le déséquilibre survenu en cours d'exécution ne sera corrigé que s'il est fondamental. Il faut voir là une véritable exigence de disproportion[754]. A cette condition, la partie lésée peut demander à son cocontractant l'ouverture d'une renégociation. Cependant, en cas d'échec des négociations, il reviendra au tribunal saisi « d'adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations »[755]. L'étendue des pouvoirs du juge n'est pas précisée par le texte : l'équilibre visé par l'article 6-2-3 doit-il être entendu objectivement (autant qu'il soit possible de mesurer une équivalence objective) ou doit-il être conçu subjectivement, comme un retour au rapport d'équivalence consenti par les parties lors de la conclusion du contrat ? Dans le silence du texte, c'est au juge qu'il appartiendra de choisir entre ces deux conceptions. Sa mission est de répartir le risque entre les parties, sous une réserve : il ne peut refaire le contrat[756]. Il pourra également choisir de faire disparaître le contrat. Si, pour certains auteurs, il ne doit s'agir là que d'une solution exceptionnelle, les principes Unidroit ne privilégient pas expressément le maintien du contrat.

395. - Les Principes du droit européen des contrats prévoient, à l'instar des Principes Unidroit, une obligation de renégocier les termes du contrat[757]. En outre, en cas de refus de renégocier ou en cas de rupture abusive, l'auteur de ce refus ou de cette rupture devra réparer le dommage causé à l'autre partie. Cette réparation est différente de l'indemnité d'imprévision qui pourrait être allouée en vue de rééquilibrer le contrat.

396. - En conclusion, qu'il s'agisse de réviser ou de faire disparaître le contrat, cette solution est toujours conçue comme ne devant intervenir qu'à titre exceptionnel. Cette exigence se retrouve dans les références récurrentes à l'excès, la démesure, l'anormalité…

---

[753] Art. 6-2-2 a). Voir, cependant, en faveur d'une solution similaire quelle que soit l'origine du déséquilibre, à partir du moment où celui-ci rompt la proportionnalité entre les droits et obligations du contrat, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, p. 370 et 371.

[754] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, p. 369. En effet, l'article 6-2-1 des principes Unidroit affirme que « les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse ».

[755] Art. 6-2-3 al 4 b).

[756] D. TALLON, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAY*AG, Litec, 1997, p. 409. L'auteur explique, à titre d'exemple, que le juge ne peut imposer à une partie de fournir une prestation différente de celle qui avait été promise.

[757] Selon l'article 6 ; 111 (2), une obligation de renégocier s'impose aux contractants « en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si (son) exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles à raison d'un changement de circonstances ».

La jurisprudence française, critiquée au plan interne, isolée au plan international, semble bien fragile. Elle perdure cependant, ne subissant que des infléchissements limités. Ce maintien du refus de la révision pour imprévision s'explique, à notre sens, par le constat de l'impuissance des concepts classiques à justifier une telle intervention judiciaire. L'économie du contrat peut, dès lors, apparaître comme l'instrument possible d'un revirement de jurisprudence en la matière.

§ 2 - Une admission possible de la théorie de l'imprévision par référence à l'économie du contrat

397. - Le constat de l'impuissance des concepts classiques à justifier la révision du contrat par le juge en cas de modification des circonstances (A). L'économie du contrat semble, dans ce contexte, donner au juge les moyens d'une telle intervention (B).

A. L'impuissance des concepts classiques à justifier la révision pour imprévision

398. - La doctrine est prompte à critiquer les justifications classiques du refus de l'imprévision. Cependant, il paraît plus malaisé de proposer un fondement à l'admission de l'imprévision. A cet égard, il est apparu rapidement que le droit des obligations, dans ce qu'il a de plus traditionnel, n'offrait pas de réelles possibilités dans ce sens (1). Ce n'est donc que par une interprétation nouvelle des concepts classiques que la doctrine a pu fonder le pouvoir de révision du juge (2).

1) Les limites des concepts traditionnels

399. - Maintes propositions de la doctrine, fondées sur des concepts classiques de la théorie générale du contrat, se sont avérées impuissantes à fonder la théorie de l'imprévision, soit qu'elles étaient inadaptées, soit qu'elles étaient par trop artificielles.

a. L'enrichissement sans cause

400. - Il a parfois été envisagé de fonder la révision du contrat sur l'enrichissement sans cause. L'on se souvient que cette théorie, d'origine jurisprudentielle[758], permet de rétablir un équilibre indûment rompu entre deux patrimoines. La justification même de l'action *de in rem*

[758] Arrêt « Patureau Mirand », Cass. Req., 17 mars 1857, *DP* 1857. 1. 150.

verso se trouve dans l'absence de cause à l'enrichissement. Or, dans notre hypothèse de bouleversement des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat, l'enrichissement des parties a bien une cause, qui se trouve dans l'existence même du contrat[759]. La condamnation de ce fondement apparaît avec évidence. D'autres ont été proposés.

b. La force majeure

401. - L'on a pu imaginer de se fonder sur la force majeure pour obtenir, non pas une révision du contrat, mais sa résolution en cas de modification importante du contexte contractuel. Là encore, il est apparu rapidement que ce fondement n'était, en réalité, pas envisageable. En effet, malgré un large assouplissement prétorien des conditions de la force majeure[760], il reste que celle-ci requiert une impossibilité totale, absolue d'exécuter le contrat. Or, l'imprévision ne rentre pas dans cette hypothèse, puisqu'elle suppose « seulement » une exécution plus difficile, souvent parce que plus onéreuse, du contrat.

Il a également été proposé de fonder la révision sur la clause *rebus sic stantibus*.

c. La clause rebus sic stantibus

402. - En vertu du principe de liberté contractuelle, il est au pouvoir des parties d'aménager le contrat comme elles l'entendent et notamment, d'y introduire une clause *rebus sic stantibus*. Cette stipulation prévoit que le consentement est subordonné à la persistance de l'état de fait existant au jour où il a été exprimé. Aussi bien, en cas de circonstances imprévues des parties, le contrat devient-il caduc. Certains auteurs ont donc proposé de considérer que la clause *rebus sic stantibus* était contenue tacitement dans tous les contrats. Or, si la validité d'une telle clause n'est pas douteuse lorsqu'elle est librement acceptée, il est tout à fait artificiel de présumer son existence dans les contrats où les parties n'ont rien prévu. Une telle interprétation de la volonté a fait l'objet des critiques les plus sévères « les parties n'ayant pas prévu… de révision du contrat, c'est qu'elles ont, au contraire, entendu courir les risques, favorables ou défavorables, des variations économiques ou monétaires »[761].

---

[759] Voir, pour des solutions analogues en matière de contrat de location-gérance contenant des clauses d'accession au bénéfice du propriétaire du fonds, Cass. Civ., 28 février 1939, *DP* 1940.1.5, note RIPERT ou, s'agissant d'un bail commercial, assorti également d'une clause d'accession au profit du propriétaire des murs, Civ. 3ème, 05 octobre 1999, *Droit et Patrimoine* 2000, n° 2480, note P. CHAUVEL. Dans ces deux espèces, c'est l'existence même du contrat, et plus particulièrement de la clause d'accession, qui, causant l'enrichissement, a mis obstacle à l'action *de in rem verso*.

[760] Il semble en effet qu'aujourd'hui, les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité aient été entièrement absorbées par la condition d'irrésistibilité, critère unique de la force majeure, Civ. 1ère, 6 novembre 2002, *Bull. civ*. I, n°258.

[761] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, n° 250, p. 262.

Toute théorie s'appuyant sur la volonté, non exprimée, mais supposée des parties encourt la critique pour son caractère hasardeux. C'est pourquoi des fondements plus objectifs ont également été proposés.

d. L'équité

403. - L'article 1135, selon lequel « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », a parfois été proposé comme un fondement possible à la théorie de l'imprévision. L'on connaît les ressources de cet article, qui a été largement redécouvert en jurisprudence. Néanmoins, cette redécouverte s'est limitée, si l'on peut dire, au forçage du contrat, c'est-à-dire à l'adjonction d'obligations non prévues par les parties lors de la conclusion de leur contrat. L'article 1135 fonde donc la fonction de l'équité qualifiée de « supplétive », et non son rôle correcteur[762]. L'on citera, à l'appui de cette distinction, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, selon lequel « si, aux termes de l'article 1135 du Code civil, l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements »[763].

L'équité prise, non dans la fonction supplétive que lui assigne l'article 1135, mais dans sa fonction correctrice, a également été condamnée par la Haute Juridiction. Dès l'arrêt du Canal de Craponne, la Cour de cassation avait interdit aux juges de réviser le contrat « quelqu'équitable que puisse leur paraître leur décision ».

Ainsi donc, l'article 1135 ne peut fonder le pouvoir de révision du juge. En outre, l'équité, en tant que concept général, ne semble pas être un ferment assez solide pour que la théorie de l'imprévision puisse y puiser ses racines.

Le droit des obligations, tel qu'il est traditionnellement considéré, ne semble donc pas offrir de règles ou de concepts propres à fonder la théorie de l'imprévision. C'est donc en « revisitant » les ressources du droit des obligations que des auteurs ont tenté de justifier le pouvoir de révision du juge, et en substituant, à la théorie classique du contrat, une théorie économique.

[762] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préf. de , L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. , p. 201, n° 305.
[763] Cass. Com., 02 décembre 1947, *R.T.D.Civ.* 1948, n° 3, p. 332, note H. et L. MAZEAUD.

2) La nécessité du recours à une théorie économique de l'imprévision

404. - L'étude de la doctrine contemporaine montre une déformation du concept de force obligatoire par la volonté d'assurer, non le maintien du contrat dans sa lettre, pas plus qu'un équilibre objectif des prestations, mais une pérennité de l'utilité du contrat.

a. Le refus d'une égalité objective des prestations

405. - La théorie économique de l'imprévision ne doit pas être assimilée à la recherche d'une égalité parfaite entre les prestations de chacun. Le droit positif n'est guère dans ce sens. L'on connaît en effet l'indifférence traditionnelle du droit français à la valeur dite objective. Elle est parfaitement illustrée par l'article 1118 du Code civil, selon lequel « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ». D'autres principes peuvent être cités, qui montrent combien notre droit reste insensible au défaut d'équivalence, lorsque celui-ci est librement consenti lors de la conclusion du contrat[764].

Les justifications traditionnelles de l'indifférence de la valeur objective sont connues : la liberté contractuelle est suffisamment protectrice. Elle est la meilleure garante du respect des intérêts des contractants. Est-il besoin de rappeler la formule de Fouillee, selon laquelle « qui dit contractuel dit juste » ? Cette justification, tout à fait légitime par le passé, manque aujourd'hui de pertinence. Les rapports contractuels contemporains sont aujourd'hui marqués par les inégalités, et la liberté contractuelle est souvent un vain mot : bien des facteurs limitent, tant le choix du contractant que celui des termes du contrat, si ce n'est celui du principe même du contrat.

Malgré ce constat, qui a amené la jurisprudence à consacrer certains correctifs[765], la doctrine n'a jamais attendu du droit qu'il consacre l'exigence d'une équivalence objective entre les prestations. Une telle aspiration serait en effet tout à fait illusoire, tant est fuyant le concept de valeur. Il n'en existe d'ailleurs aucune définition unanimement admise.

---

[764] Ainsi, l'erreur sur la valeur pure n'est-elle pas source de nullité. Le principe est justifié dans la mesure où « la méprise n'atteint qu'un élément extérieur à la chose : la quantité de monnaie nécessaire à son acquisition ou à son usage ». De même, l'on peut évoquer ici le contrôle de l'existence de la cause. Ce contrôle, traditionnellement, est purement formel : il est limité à celui de l'existence d'une contrepartie, sans aucun égard à l'idée d'équivalence de cette contrepartie à la prestation fournie[764]. Enfin, pour clore cette série d'illustrations, l'on peut citer la loi du 1er février 1995, relative aux clauses abusives. Celles-ci sont définies comme créant un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Mais la loi précise aussi que « l'appréciation du caractère abusif des clauses … ne porte (pas) sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Il est frappant de constater que, même dans un droit aussi dérogatoire au droit commun et aussi soucieux de compenser l'inégalité entre les contractants que peut l'être le droit de la consommation, l'exigence d'équivalence des prestations n'a pas été posée.

[765] Voir *infra*, n°461s .

406. - Ainsi donc, la théorie économique de l'imprévision n'est pas une théorie de l'équivalence des prestations. Outre que le concept est illusoire, il heurte trop la philosophie et aux principes les plus fermement établis de notre droit. Ce n'est donc pas une égalité objective qui est prônée par ce courant doctrinal, mais un maintien de l'utilité du contrat.

b. La nécessité d'un maintien de l'utilité du contrat

407. - L'analyse du contrat par la valeur de chaque contrepartie n'est pas satisfaisante pour l'esprit. Elle est par trop réductrice et fragmente à l'excès le processus de la volonté. Il est faux de croire que les parties recherchent une équivalence des prestations. Les parties recherchent, beaucoup plus fondamentalement, la satisfaction de leurs besoins. Ce n'est donc pas tant la valeur de ce qu'ils reçoivent qui leur importe que son utilité. Plus rigoureusement, nous pouvons dire que « le contrat est un échange de valeurs, c'est-à-dire un échange d'utilités, et non de coûts »[766]. « Plus que sur une aspiration à l'équivalence, sur une comparaison statique entre deux termes, le contrat repose sur une cause, facteur de changement, élément dynamique de l'acte, que peut seule traduire la notion d'intérêt que représente la contreprestation »[767].

Cette analyse du contrat amène à faire primer sur le contenu formel du contrat l'opération qu'il tend à réaliser. C'est sur cette opération que se fixe le consentement des parties, et non sur la lettre de la convention. Dès lors, ce n'est plus tant le contrat, qui doit avoir force obligatoire, que l'opération qu'il a entendu organiser.

408. - Substituer à la force obligatoire du contrat la force obligatoire de l'opération contractuelle n'est pas un simple jeu rhétorique. Les répercussions d'une telle vision économique du contrat sont très importantes. La force obligatoire du contrat est, on le sait, le principal obstacle, si ce n'est le seul, à l'admission de la théorie de l'imprévision. Admettre que c'est en réalité l'opération contractuelle qui doit être considérée comme intangible, c'est faire tomber ce dernier obstacle. Alors que l'immutabilité du contrat suppose sa rigidité, celle de l'opération contractuelle en commande la révision. Le respect des prévisions économiques des parties impose l'adaptation du contrat.

Le contenu formel du contrat n'est que le vêtement, nécessairement contingent, de la transaction que les parties ont voulu organiser. Il est tout à fait irréaliste de penser que leur consentement porte sur ce « vernis contractuel ». C'est bien davantage au *negotium* que

[766] P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, p. 69, n° 98.
[767] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 415.

s'attache la volonté des parties. C'est donc sur l'utilité attendue de la transaction que doit se recentrer la théorie générale du contrat. Et c'est au maintien de cette utilité initiale que le droit doit veiller. La force obligatoire doit porter sur ce qui a été réellement voulu, elle doit donc poser le maintien des valeurs que les parties ont entendu échanger.
En ceci, il existe un point de convergence notable entre la théorie économique du contrat, autorisant sa révision pour imprévision, et le concept d'économie du contrat.

B. Le recours possible à l'économie du contrat dans l'admission de l'imprévision

409. - Le concept d'économie du contrat apparaît comme pouvant relayer la théorie économique du contrat[768]. Cela est d'autant plus vrai qu'en matière d'imprévision, il existe des précédents jurisprudentiels (1). Mais l'étude de ces précédents démontre qu'il s'agit de donner à la notion une définition qui s'éloigne encore de celle que nous avions pu dégager de la masse des décisions relatives à l'économie du contrat (2).

1) Les précédents jurisprudentiels

Le concept d'économie du contrat est un critère de révision, tant dans la jurisprudence administrative (a), que dans le contentieux judiciaire des marchés à prix fait (b).

a. La référence à l'économie du contrat en droit administratif

410. - La théorie de l'imprévision a été accueillie en droit administratif dans le célèbre arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux[769]. Dans cette affaire, la dite compagnie avait attrait la ville devant le conseil de préfecture de la Gironde afin de faire juger que le prix du gaz fixé par le contrat de concession devait être relevé, et pour obtenir une indemnité réparant la perte que lui avait fait subir la hausse du prix du charbon. En effet, le prix en était passé de 35 F en janvier 1915 à 117 F en mars 1916, du fait des circonstances de la guerre. L'arrêt du Conseil d'Etat rappelle en premier lieu que « le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité (…) ; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant

[768] Voir *supra* n°455s.
[769] CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, *P*. 125, concl. CHARDENET, *D*. 1916.3.25, concl., *RDP* 1916, p. 206, concl., et p. 388, note G. JEZE, *S*. 1916.3.17, concl., note M. HAURIOU.

réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ». L'affirmation évoque au civiliste le principe posé par l'article 1134 du Code civil. C'est en effet bien à l'intangibilité des conventions que fait ici référence le Conseil d'Etat. Son propos est cependant beaucoup plus nuancé, puisque ayant relevé que, « par suite du concours de circonstances (…), l'économie du contrat s'est trouvée absolument bouleversée », la Haute Juridiction décide d'allouer à la Compagnie une indemnité d'imprévision. C'est donc bien la référence à l'économie du contrat, et, plus précisément, à son bouleversement, qui fonde la théorie de l'imprévision en droit administratif. Il s'agit dès lors de nous demander ce qu'il convient d'entendre par là, et d'éprouver la légitimité d'une transposition de ce concept en droit civil.

411. - Le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas réellement défini par la jurisprudence administrative. Tout au plus peut on relever les circonstances qui ont été considérées, dans l'arrêt de 1916, comme entraînant un tel bouleversement. En l'espèce, la hausse du prix du charbon « s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ». Le bouleversement de l'économie du contrat revêt donc deux aspects. Il est, d'une part, le dépassement du prix limite que les parties avaient pu envisager au sujet de l'évolution des coûts, voire des recettes d'exploitation[770]. Cette première condition peut laisser penser que la révision pour imprévision est étroitement liée à un défaut de consentement des parties. En faisant référence à leurs prévisions déjouées, le Conseil d'Etat semble fonder l'entorse à la loi des parties sur le fait que leur volonté ne recouvrait pas une telle hypothèse. Par là même, le bouleversement de l'économie du contrat n'est que la manifestation extérieure des limites du consentement des parties. C'est parce qu'elles ne se sont pas engagées en considération d'un tel événement que sa survenance justifie de passer outre l'intangibilité du contrat. L'analyse est intéressante, qui semble parfaitement transposable en droit civil. Elle a en outre été proposée en doctrine. Un élément y fait cependant obstacle. Il s'agit de la deuxième condition posée au bouleversement de l'économie du contrat.

[770] V. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14ème éd., Dalloz, 2003, n° 32, p. 192.

412. - Celui-ci passe également par un déficit réellement important, et non un simple manque à gagner. « L'événement doit aggraver les charges du cocontractant dans une mesure telle qu'une situation extracontractuelle se trouve créée »[771]. A cet égard, l'augmentation des charges sociales spécifiques à la Martinique représentant une charge supplémentaire de l'ordre de 2 % du montant d'un marché ne saurait être regardée comme ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du marché[772]. La notion de déficit important est appréciée par le juge eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause[773]. Cette seconde condition, à l'inverse de la première, montre que le bouleversement de l'économie du contrat n'est pas considéré en lui-même, mais pour les conséquences qu'il induit. Il ne faut, en effet, pas omettre de rappeler la raison d'être de cette jurisprudence. Au demeurant, l'arrêt de 1916 donne lui-même la justification du principe qu'il édicte. Cette décision est en effet fondée sur « l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie (…) ». C'est donc l'impératif de continuité du service public qui légitime l'entorse à la loi des parties. C'est de même cet impératif qui en innerve tout le régime, depuis les conditions jusqu'aux effets de l'imprévision[774]. A ce titre, le bouleversement de l'économie du contrat, s'il est une condition nécessaire de l'allocation d'une indemnité d'imprévision, n'en est pas une condition autonome. Nous entendons par là que la solution n'est pas tant justifiée par le bouleversement de l'économie du contrat que par la ruine du débiteur qu'il annonce et, partant, par la perspective d'une rupture dans la continuité du service public.

413. - Au final, le bouleversement de l'économie du contrat, s'il manifeste les limites de la volonté des parties, n'entraîne une indemnité que dans la mesure où est mise en péril la continuité du service public. Il s'agit là, à l'évidence, d'un particularisme du droit administratif. L'intérêt général n'est pas en jeu dans la sphère du contrat de droit privé, il ne peut donc y légitimer que l'on déroge à la volonté des parties. Il existe pourtant un domaine où le bouleversement de l'économie du contrat entraîne une révision de la loi contractuelle.

---

[771] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 14ème éd., Domat droit public, Montchrestien, 2000, n° 1386, p. 1190.
[772] CE, 2 juillet 1982, Société routière Colas, *Rec*. 261.
[773] C'est ainsi que la circonstance que la société ait pu distribuer des dividendes à ses actionnaires n'exclut pas nécessairement l'octroi d'une indemnité d'imprévision, CE 22 février 1963, *Ville d'Avignon*, *Rec*. 115.
[774] Comment expliquer, alors, l'octroi d'une indemnité d'imprévision après qu'un contrat est arrivé à son terme (voir CE Sect. 12 mars 1976, *Département des Hautes Pyrénées c. Soc. Sofilia*, *Rec*. 155, *AJ* 1976.552, concl. LABETOULLE) ? L'on peut penser que la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; « ses diligences doivent être compensées, pour ne pas dire récompensées, rétrospectivement », *Les grands arrêts…préc*, p. 194.

b. La référence à l'économie du contrat dans le contentieux du marché à forfait

414. - L'article 1793 du Code civil dispose que « lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire »[775]. Cet article pose donc le principe de l'intangibilité du marché à forfait. En cela, on a pu s'interroger sur son autonomie par rapport à l'article 1134 alinéa 1 du Code civil qui commande également l'immutabilité des conventions. Aussi bien, l'article 1793 n'est pas dérogatoire au droit commun, en ce qu'il n'autorise pas l'une des parties à se prévaloir du changement des circonstances pour modifier l'un des termes du contrat. Il ne s'agit ici que d'une illustration, tant du principe de force obligatoire du contrat, que du rejet de la révision pour imprévision maintes fois réaffirmé en jurisprudence. L'article 1793 se distingue cependant du droit commun en ce qu'il subordonne l'abandon du forfait, non à un simple accord du maître de l'ouvrage (ce que commanderait le droit commun), mais à une autorisation écrite de sa part. L'on a pu dire, ainsi, que l'article 1793 du Code civil, consacrait une « super-intangibilité »[776] du prix fait.

L'étude des exceptions à cette disposition n'en est que plus intéressante. Seuls deux tempéraments à ce principe peuvent être relevés. Outre l'hypothèse des suppléments techniques justifiés, que la Cour de cassation ne reconnaît que très difficilement[777], seul le bouleversement de l'économie générale du marché autorise le paiement des travaux supplémentaires. L'on considère en effet q'un tel bouleversement dénature le caractère forfaitaire du marché.

Il reste alors à définir ce que la Cour de cassation entend par « bouleversement de l'économie du contrat » (ou « du marché »). La jurisprudence, à ce sujet, manque de cohérence et rend malaisé l'établissement de critères précis[778]. Nous citerons donc plusieurs espèces, parmi les plus intéressantes, pour tenter de dégager la notion de bouleversement de l'économie du contrat et, partant, celle d'économie du contrat.

---

[775] Il faut préciser que cette disposition ne s'applique qu'à trois conditions : il doit bien y avoir marché à forfait. Celui-ci doit comporter un plan arrêté et convenu. Enfin, les changements par rapport au plan initial ne doivent pas avoir fait l'objet d'un agrément écrit du maître de l'ouvrage.

[776] J. HUET, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2ème éd., 2002, p. 1506.

[777] Cass. Civ. 3ème, 12 avril 1976, *D*. 1976, I.R., p. 179, où des fondations spéciales, réputées utiles, sinon nécessaires, ont été considérées comme restant dans les limites du forfait, ne donnant pas lieu à paiement supplémentaire.

[778] B. BOUBLI, note sous Civ. 3ème, 02 juillet 2202, *Revue de droit immobilier* 2002, n°5, p. 393s.

415. - Dans un arrêt du 18 juin 1986, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir décidé du paiement des travaux supplémentaires, aux motifs que « l'économie du marché forfaitaire à l'origine a été considérablement modifiée en ses éléments essentiels, la nature et la consistance des travaux à exécuter et le prix »[779]. Il faut relever que, dans cette espèce, les plans initiaux, de même que les dispositions du descriptif général et du descriptif gros œuvre, ont été modifiés à la demande du maître de l'ouvrage, faisant passer le nombre d'appartements prévus de trois à onze – dont certains aménagés – et le coût total du marché de 8 millions de francs à plus de 14. La Cour de cassation a alors considéré qu'il y avait bien là un bouleversement de l'économie du contrat.
De même, la Haute Juridiction a retenu le bouleversement de l'économie du contrat au motif que « de nombreuses modifications avaient été apportées aux marchés initiaux, ni les plans originaires, ni les descriptifs annexés aux marchés n'avaient été respectés, que le volume et la nature des prestations fournies par chaque entrepreneur avaient été modifiées de façon considérable en cours d'exécution des travaux et que ces modifications avaient été voulues par le maître de l'ouvrage »[780].

416. - Ces deux arrêts illustrent bien l'esprit général de cette jurisprudence. Or, ils montrent que la Cour de cassation, pour apprécier le bouleversement de l'économie du contrat, a égard tant à la modification de la nature des travaux qu'au surcoût engendré. Cependant, l'articulation entre ces deux critères n'apparaît pas clairement : s'agit-il de conditions cumulatives, ou la réalisation d'une seule d'entre elles suffit-elle à caractériser le bouleversement de l'économie du contrat ? La question n'a guère de sens dans la première hypothèse, celle d'un bouleversement de la nature des travaux. En effet, l'objet de la demande étant le paiement des travaux supplémentaires, il y aura, par hypothèse, toujours un surcoût dans ces affaires. En réalité, la question la plus intéressante est celle de savoir si le seul surcoût autorise la qualification de bouleversement de l'économie du contrat.

417. - Certains arrêts ont pu en faire douter. Dans une décision du 26 mars 1997[781], la Cour de cassation avait refusé de retenir un bouleversement de l'économie du contrat, dans la mesure où le coût des travaux supplémentaires s'élevait à 15 000 F, pour un montant total du marché

[779] Civ. 3ème, 18 juin 1986, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 719, pourvoi n° 83-12.669.
[780] Civ. 3ème, 08 mars 1995, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 552, pourvoi n° 93-13.659.
[781] Civ. 3ème, 26 mars 1997, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 559, pourvoi n° 95-16.290.

supérieur à 3 millions. Cette solution n'est guère surprenante : lorsque le surcoût est très faible, ramené au prix total du marché, la philosophie même de l'article 1793 du Code civil impose que la charge de cet aléa pèse sur l'entrepreneur. Cependant, des arrêts plus déroutants ont été rendus par la Cour de cassation. En 1995, elle a censuré un arrêt d'appel, au motif que « en s'attachant aux modifications apportées en cours d'exécution du contrat, pour considérer qu'elles représentaient 20 % des travaux, sans rechercher si l'économie du contrat était bouleversée, (…) , les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 1134 et 1793 du Code civil »[782]. En 1999, la Haute Juridiction a, de même, cassé un arrêt d'appel pour avoir retenu que le dépassement de 26, 5 % du montant des travaux supplémentaires constituait une modification substantielle de la base de calcul. La Cour de cassation a en effet considéré que les juges du fond n'avaient pas recherché si ces modifications étaient de nature à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat[783].
Dans ces deux hypothèses, où le surcoût était d'importance, le paiement des travaux supplémentaires a été refusé. Que faut-il en déduire ? L'on peut imaginer que la Cour de cassation exige des niveaux de dépassement du forfait plus importants[784]. Il faut cependant relever que, dans ces deux espèces, la cassation est intervenue pour manque de base légale, c'est-à-dire insuffisance de motifs. C'est dire que la Cour de cassation n'exclut pas le bouleversement de l'économie du contrat, mais exige qu'il soit autrement démontré. Cela tendrait donc à prouver que le seul constat d'un surcoût, fût-il important, n'est pas, pour la Haute juridiction, suffisant à caractériser le bouleversement de l'économie du contrat.

418. - Cette explication semble pourtant démentie par deux autres décisions. Ainsi, dans une décision du 12 mars 1997, la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour avoir décidé que le doublement du montant des travaux ne suffisait pas à constituer un bouleversement de l'économie du contrat[785]. Deux ans plus tard, elle casse un arrêt d'appel qui avait retenu que « les modifications multiples, mais mineures apportées aux travaux n'ayant pas conduit à une réalisation finale fondamentalement différente de la réalisation initialement prévue, n'ont pu entraîner un bouleversement de l'économie du contrat ». Selon la Cour de cassation, « en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté, par motif adopté, que le montant du marché pour la première tranche de travaux s'élevait à 807 448,27 francs et, par motifs propres, que les

[782] Civ. 3ème, 04 mai 1995, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 872, pourvoi n° 93-14.050.
[783] Civ. 3ème, 20 janvier 1999, *Bull. civ*. III, n° 16, p. 11.
[784] Voir obs. H. PERINET-MARQUET, *Rép. Defrénois* 1999, p. 1128.
[785] Civ. 3ème, 12 mars 1997, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 410, pourvoi n° 95-10.904.

travaux supplémentaires avaient été exécutés pour une somme de 574 017, 30 francs, » la Cour d'appel a violé l'article 1793 du Code civil[786].

Ces deux arrêts nous semblent aller à l'encontre des décisions que nous évoquions précédemment. Ainsi, certaines espèces refusent-elles de fonder le bouleversement de l'économie du contrat sur le seul constat d'un surcoût. Au contraire, d'autres admettent que le surcoût est suffisant à constituer le bouleversement de l'économie du contrat. Est-ce à dire que c'est la mesure du surcoût qui emporte la décision ? En effet, dans les deux arrêts refusant le paiement des travaux supplémentaires, le dépassement représentait 20 à 26 % du coût total du marché. Dans les deux arrêts admettant le bouleversement de l'économie du contrat, le surcoût était, il est vrai, supérieur (entre 40 et 50 %).

419. - Cette jurisprudence nous paraît manquer de fermeté. La conclusion que l'on peut en tirer reste donc peu convaincante. Soit le surcoût est très important et il constitue à lui seul un bouleversement de l'économie du contrat, même si la réalisation finale ne diffère guère de la réalisation initialement prévue. Soit le surcoût ne dépasse pas une certaine proportion, et il est insuffisant à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat. Le paiement des travaux supplémentaires sera alors subordonné à la démonstration d'un écart tel entre les travaux prévus et les travaux réalisés qu'il constitue un changement d'objet du contrat.

Cette combinaison de critères qualitatifs et quantitatifs, outre qu'elle ne satisfait guère l'esprit, obscurcit encore la notion de bouleversement de l'économie du contrat, et, partant, le concept même d'économie du contrat.

420. - Cette étude de la jurisprudence du marché à forfait démontre que l'économie du contrat est l'instrument possible de la révision pour imprévision. Cependant, ce n'est qu'au prix de raisonnements obscurs, confondant le qualitatif et le quantitatif.

Ainsi, c'est parfois la modification de la nature des travaux qui constitue le bouleversement de l'économie du contrat. Prise dans cette acception, l'économie du contrat ne semble offrir aucune originalité réelle : elle se confondrait en réalité avec l'objet même du contrat. Or, la théorie générale du contrat ne considère l'objet qu'au stade de la formation du contrat, pour l'ignorer ensuite. Cette solution n'est donc pas transposable en droit commun. Elle est un particularisme des marchés à forfait.

[786] Civ. 3ème, formation de section, 11 octobre 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 1397, pourvoi n° 97-22.253.

421. - Parfois, c'est le surcoût entraîné par les travaux supplémentaires qui constitue un bouleversement de l'économie du contrat. Ainsi entendue, l'économie du contrat est un concept original. Il pourrait être défini comme un rapport d'équivalence entre les prestations fournies par chaque contractant. Ce rapport ne doit pas être considéré objectivement. En effet, le droit des marchés à forfait ne sanctionne pas davantage la lésion que le droit commun. Ce rapport d'équivalence doit donc être apprécié subjectivement. L'économie du contrat pourrait alors être définie comme un équilibre contractuel, non absolu, mais relatif, c'est-à-dire tel qu'il a été librement consenti par les parties. Ainsi entendue, l'économie du contrat peut-elle fonder une révision du contrat pour imprévision ?

2) L'orthodoxie de la référence à l'économie du contrat comme fondement de l'imprévision

422. - La notion d'économie du contrat semble pouvoir être exploitée à profit par les tenants de la révision pour imprévision, et, plus particulièrement, dans le cadre d'une analyse économique du contrat. L'idée que ce ne sont pas les termes du contrat, mais l'équivalence consentie qui doit être maintenue dans le temps est très proche de la vision économique des relations contractuelles, telle que nous la décrivions précédemment.

423. - Cependant, la généralisation des effets de l'économie du contrat, comme instrument de la révision pour imprévision nous semble critiquable. D'une part, le concept, tel qu'il se dégage de la jurisprudence relative au marché à forfait, est trop polymorphe pour fonder la théorie de l'imprévision. La richesse des concepts mous n'est plus à démontrer. Il reste que la « mollesse » a ses limites, et que l'on ne saurait donner à un même concept des acceptions si différentes qu'elles le vident en réalité de toute substance. Assimiler l'économie du contrat parfois à son objet, parfois à un rapport d'équivalence manque cruellement de rigueur, et dissimule mal le caractère hasardeux des décisions. Si une telle incertitude peut être tolérée lorsqu'elle reste circonscrite au domaine des marchés à forfait, il est inconcevable de la transposer en droit commun.

424. - En outre, il apparaît que l'économie du contrat, telle qu'elle est entendue dans la jurisprudence relative aux marchés à forfait, est très éloignée de la définition que nous avions pu déduire de l'examen du reste de la jurisprudence. Jamais, dans les autres domaines, l'économie du contrat n'est envisagée sous cet angle quantitatif d'équivalence consentie, subjective. Tout au contraire, elle est un concept qualitatif, qui se rapproche, plus que de l'objet, de la cause du contrat, entendue comme l'intérêt que les parties doivent y trouver.

Il nous faut cependant mettre l'accent ici sur le caractère ténu d'une telle distinction. L'intérêt du contrat, tel qu'il est habituellement garanti par la référence à l'économie du contrat, s'identifie à ce que l'on pourrait appeler l'utilité absolue du contrat. Il s'agit de s'assurer que l'objectif contractuellement visé a été, ou peut être atteint. Le risque de glissement vers un intérêt relatif du contrat nous paraît grand. En effet, il peut sembler très artificiel d'isoler la réalisation du but contractuel des conditions économiques dans lesquelles il intervient. L'opération économique n'a guère de sens dans l'abstrait. De même que « la volonté d'acquérir ne prend de valeur juridique que si elle est la volonté d'acquérir moyennant un certain prix »[787], l'objectif contractuel n'a d'intérêt que s'il est l'objectif réalisable moyennant un certain prix. Aussi bien est-il possible que la référence à l'économie du contrat, garante de l'intérêt de l'opération contractuelle, ne finisse par en garantir également l'équilibre, comme le montrent ses manifestations en droit administratif ou dans le domaine des marchés à forfait.

[787] BOULANGER, *Rép. Civ. Dalloz*, 1ère éd., n° 24.

CONCLUSION DU TITRE 1

425. - La référence à l'économie du contrat, par sa malléabilité, parvient à fonder des solutions économiquement opportunes, que les concepts civilistes classiques sont impuissants à justifier. Permettant d'assurer le maintien des contrats utiles, elle est aussi l'instrument de la disparition des contrats qui ne présentent pas, ou plus, d'intérêt. En ce sens, l'économie du contrat paraît apte à fonder la révision du contrat pour imprévision, comme le montrent les exemples du droit administratif et du marché à forfait. Ce ne serait pourtant qu'au prix d'une distorsion importante de la notion au regard des autres applications que nous avons pu en relever.

426. – L'économie du contrat apparaît ainsi comme une véritable grille d'évaluation du contrat, fondée sur un critère économique. La démarche est nouvelle qui subordonne le maintien d'une opération à sa seule opportunité économique. En ce sens, l'économie du contrat est véritablement un outil permettant de garantir l'utilité du contrat.

TITRE 2

L’économie du contrat, garante de l’utilité du contrat

427. - Nous avons vu que la référence à l’économie du contrat permet d’anéantir les contrats ne présentant pas d’intérêt économique et, *a contrario*, de valider les contrats présentant un tel intérêt. Il paraît dès lors capital de circonscrire la notion d’intérêt du contrat. Ainsi, après nous être interrogées sur la légitimité de garantir l’utilité du contrat (Chapitre 1), nous constaterons que cette légitimité est subordonnée à une définition précise de « l’utile » (Chapitre 2).

Chapitre 1

La légitimité d'une garantie de l'utilité du contrat

428. - La référence à l'économie du contrat permet de garantir que le contrat atteigne la finalité qui lui est assignée par essence, ou, au contraire, d'anéantir le contrat qui n'y parviendrait pas. La pertinence « pratique » du concept nous paraît ainsi démontrée. Il reste dès lors à s'interroger sur sa pertinence « théorique », en éprouvant sa conformité, tant aux principes classiques du droit des contrats (section 1), qu'à ses développements contemporains (section 2).

SECTION 1 : LA LEGITIMITE D'UNE GARANTIE DE L'UTILE AU REGARD DES PRINCIPES CLASSIQUES DU DROIT DES CONTRATS

429. - Protéger l'utilité du contrat s'autorise de l'analyse utilitariste du contrat (§ 1), sans heurter le principe de sécurité contractuelle (§ 2).

§ 1 - La source utilitariste de la protection de l'intérêt du contrat

430. - Après avoir présenté brièvement la philosophie utilitariste (A), nous essaierons d'en éprouver l'influence sur le droit positif (B).

A. La théorie utilitariste

Fondée sur une maximisation du plaisir (1), la doctrine utilitariste a été largement critiquée (2).

1) Une doctrine fondée sur la maximisation du plaisir

431. - Jerémie Bentham, jurisconsulte et philosophe, né en Angleterre en 1748, est souvent présenté comme le père de la doctrine utilitariste. Cette théorie est une transposition de la philosophie d'Epicure, c'est-à-dire le culte du plaisir, à la science juridique. L'être social recherchant avant tout son bonheur, par la satisfaction de son intérêt, le droit doit être fondé sur l'utilité que l'homme peut en tirer. « La Nature a placé l'homme sous l'empire du plaisir et de la douleur. Nous leur devons toutes nos idées ; nous leur apportons tous nos jugements, toutes les déterminations de notre vie. Ces sentiments éternels et irrésistibles doivent être la grande étude du moraliste et du législateur. Le principe de l'Utilité subordonne tout à ces deux mobiles »[788]. Bentham applique ces préceptes au contrat : « c'est l'utilité du contrat qui en fait la force ». Il le définit en outre selon un critère économique, comme un « acte d'investissement »[789]. Dans le sillage de Bentham, J. Stuart Mill fera de l'utile le principe de toutes les valeurs dans le domaine de la connaissance, comme dans celui de l'action. Il s'agit de parvenir à la « maximisation du plaisir » du plus grand nombre de gens possible dans un groupe social et d'éviter la douleur et la souffrance. L'utilitarisme favorise ainsi l'esprit d'entreprise, la compétition et la croissance. La qualité d'une action est appréciée au regard de ses conséquences sur la vie individuelle et sociale. Mais cette absence de référence à la morale fit l'objet de nombreuses critiques.

2) Les critiques de l'analyse utilitariste

432. - Des reproches de plusieurs natures peuvent être adressés à la doctrine utilitariste. D'une part, cette philosophie ignore les fins qu'il faut poursuivre et à quoi il faut être utile[790]. D'autre part, elle est indifférente à l'idée de justice et réduit les aspirations de l'homme à la seule satisfaction de ses besoins. Selon M. Villey, l'utilitarisme est « le signe de

[788] J. BENTHAM, *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais, t. 1, Traité de législation civile et pénale*, trad. E. DUMONT, 1802, p. 3.
[789] J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 30 et 286.
[790] M. VILLEY, L'utile et le juste, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXVI (1981), Préface pp. 6 et 7.

l'effondrement de l'esprit »[791]. « Le stupide utilitarisme semble avoir tué la justice comme la vérité. Le juste s'estompe derrière l'utile »[792].

Au demeurant, Bentham ne s'en défend guère : « Point de subtilité, point de métaphysique, il ne faut consulter ni Platon, ni Aristote… »[793]. Les écrits de Stuart Mill sont cependant plus nuancés, qui prônent l'intervention de l'Etat en faveur de la classe défavorisée, les coopératives, la libération politique de la femme…[794]

L'utilitarisme voit donc dans la vie en société « une sorte de compartimentage des plaisirs des uns et des autres »[795]. Ces idées ont, avec diverses nuances, pénétré le droit positif.

B. L'influence de l'utilitarisme sur le droit positif

Nous verrons que l'influence de l'utilitarisme sur le droit est indéniable (1), notamment en droit des contrats (2).

1) Une influence indéniable sur le droit en général

433. - L'utilitarisme a pénétré le droit, parfois là où on ne l'attendait pas. C'est ainsi que, selon une étude doctrinale, l'analyse sémantique et conceptuelle des textes et débats relatifs à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 révèlerait une prépondérance absolue de l'idée d'utilité sur celle de justice[796]. Le Code civil a, lui aussi, subi l'influence de la pensée de Bentham. Le terme « utilité » y est employé à plusieurs reprises. En droit des régimes matrimoniaux, l'article 220 subordonne la solidarité des époux à l'utilité de la dette ménagère. La loi du 3 janvier 1968, en créant l'article 491-2 alinéa 2, permet la rescision au profit de certains majeurs protégés. Elle laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation en les autorisant à prendre en considération « l'utilité ou l'inutilité de l'opération ». En matière de gestion d'affaires, le maître de l'affaire devra rembourser au gérant d'affaires toutes les dépenses utiles qui ont été engagées à son profit (article 1375). Il est également fait référence à l'utilité en droit des biens, au titre de l'établissement des servitudes (articles 637 et 649). Enfin, dans les sûretés, le débiteur devra, à son tour, tenir compte des frais engagés par le gagiste pour la conservation de la chose (article 2080)[797].

---

[791] M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit : les carnets*, P.U.F., 1995 p. 159.
[792] M. VILLEY, Formes de rationalité en droit, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXIII (1978), Préface historique, p. 1s.
[793] J. BENTHAM, *op. cit.*, p. 4.
[794] Voir J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, collection Méthodes du droit, 3ème éd., 1998, n° 24.
[795] P.-Y. GAUTIER, Contre Bentham : l'inutile et le droit, *R.T.D.Civ.* 1995.798.
[796] P. DELVAUX, L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaire, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXVI, (1981), p. 59s.
[797] P.-Y. GAUTIER, *art. préc.*, p. 799.

434. - L'utile est donc, semble-t-il, de l'essence du droit. « Ou bien l'inutile n'est pas sans conséquences juridiques, mais alors il n'est qu'une parodie de droit. En ce sens, s'il se peut que l'injuste soit utile – à certains ou au plus grand nombre – ou inutile, l'inutile est, en soi, injuste par rapport aux finalités du droit »[798] . Cette influence de l'utile sur le droit est, à notre sens, plus prégnante encore en droit des contrats.

2) L'influence de l'utilitarisme en droit des contrats

435. - « L'activité juridique n'est pas une activité primaire, on ne contracte pas pour contracter ; l'acte juridique n'est que le véhicule d'un autre acte économique, que nous appellerons l'échange »[799]. « A moins de postuler un acte (juridique) gratuit, le contrat est conclu en vue de l'obtention d'un résultat (…). Il est un moyen pour parvenir à ce résultat »[800]. Ces constats d'évidence mettent en lumière la fonction du contrat, instrument de satisfaction des intérêts. Au demeurant, on en trouve trace dès le Digeste[801]. Au 19ème siècle, Pothier relevait également que « les contrats intéressés de part et d'autre sont ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties »[802]. L'influence de l'utilitarisme en droit des contrats est telle qu'il a été proposé de fonder la force obligatoire du contrat sur son utilité : « c'est finalement la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat, dans son ensemble ». « Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat (…). »[803]. Le Code civil, quoiqu'il ne formule pas l'idée dans les mêmes termes, ne dit pas autre chose en exigeant une cause dans le contrat. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1131, « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ». L'influence utilitariste de cette disposition est indéniable : dénier la validité du contrat sans cause, c'est affirmer qu'il est de l'essence du contrat de présenter un intérêt pour les parties.

---

[798] F. TERRE, L'inutile et l'injuste, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 879.

[799] R. MARTIN, Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux, *J.C.P.* 1983, I, 3100.

[800] M. DEFOSSEZ, Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause de l'obligation, *R.T.D.Civ.* 1985. 521, n° 24.

[801] J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. BAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 194, 1987, n° 61, p. 32.

[802] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. BUGNET, t. II, *Eloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1848, Partie 1, chap. 1, Section I, art. II, n° 12, p. 11.

[803] J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chr. p. 3. Voir également J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat : formation*, 3ème éd., L.G.D.J., 1993, p. 200s.

436. - Or, la conception classique de la cause de l'obligation, réduite à la contre-prestation, ne permet pas à l'article 1131 du Code civil de remplir sa fonction de police de l'utilité du contrat. L'analyse du contrat qu'elle impose n'est qu'un examen formel, et, comme tel, superficiel. Cette impuissance du concept causal à embrasser l'utilité du contrat explique l'émergence d'un nouveau courant de pensée, qui tend à lui substituer la notion d'intérêt du contrat[804].

Il demeure que l'économie du contrat, en permettant le maintien des contrats économiquement utiles et l'anéantissement de ceux qui ne présentent pas cette utilité, répond parfaitement à la doctrine utilitariste, doctrine qui a profondément pénétré le droit et, plus particulièrement le droit des contrats. En cela, la référence à l'économie du contrat est plus orthodoxe qu'il n'y paraît. Elle est d'autant plus conforme aux principes classiques que, garantissant l'intérêt intrinsèque du contrat, elle ne heurte pas l'impératif de sécurité juridique.

§ 2 - La conformité d'une garantie de l'utile à la sécurité juridique

Il paraît nécessaire d'étudier le principe de sécurité juridique (A) pour s'assurer que la référence à l'économie du contrat ne le heurte pas (B).

A. Le principe de sécurité juridique

Si le principe de sécurité juridique peut être cerné intuitivement, il est plus difficile de le définir précisément (1). En outre, sa valeur en droit français n'est guère reconnue (2).

1) Un principe difficile à définir

437. - Le doyen Carbonnier disait de la sécurité juridique que « c'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »[805]. C'est insister à la fois sur l'impérieuse nécessité de la garantir, et la difficulté de la définir. Une fois encore, c'est par la détermination de sa fonction que l'on approchera au plus près l'essence du concept. La sécurité juridique joue comme « une garantie ou une protection » pour le justiciable. Elle vise à « exclure, du champ juridique, le risque d'incertitude ou de changement brutal, dans l'application du droit »[806]. De cette affirmation, l'on peut exciper deux objectifs assignés à la sécurité juridique.

---

[804] Voir *infra* n°461s.
[805] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J., 7ème éd., 1992, p. 172.
[806] M. KDHIR, Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?, *Rev. adm.* 1993, p. 538.

Négativement, la sécurité juridique tend à prévenir le « risque d'incertitude ». Positivement, elle tend donc à imposer une lisibilité de la règle de droit.

Négativement, la sécurité juridique tend à prévenir le « risque de changement brutal ». Positivement, elle tend donc à imposer une « stabilité de l'environnement juridique »[807].

La sécurité juridique se décline donc en une facette matérielle et une facette temporelle[808]. « La sécurité, c'est en somme tout à la fois : savoir et prévoir »[809].

Il reste cependant à déterminer jusqu'à quel degré d'exigence pousser ces impératifs. Nous reprendrons ici l'exemple donné par M. Cristau « s'agissant de la loi (…), la sécurité juridique implique-t-elle une garantie relative à la stabilité des normes ou plus simplement que ces normes ne seront modifiées que suivant des règles explicitement prévues ? ». Il est donc particulièrement difficile de définir la sécurité contractuelle, et de caractériser l'intelligibilité et la prévisibilité qu'elle induit. C'est une des raisons pour lesquelles ce principe n'a jamais fait l'objet d'une consécration en droit français.

2) La valeur du principe de sécurité juridique

438. - Alors que la sécurité juridique apparaît comme l'un des piliers de notre droit, il est tout à fait surprenant de constater qu'il n'a jamais été reconnu en droit interne[810]. C'est ainsi que la jurisprudence constitutionnelle, comme la jurisprudence administrative et civile, refuse de consacrer formellement un tel principe[811]. L'on peut cependant voir, dans certaines décisions du Conseil constitutionnel, les prémices d'une telle consécration[812]. Certains textes pourraient, en outre, lui servir de fondement. Il en va ainsi de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, aux termes duquel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Dans

---

[807] A. CRISTAU, L'exigence de sécurité juridique, *D.* 2002, chr. p. 2815.

[808] A. CRISTAU, *art. préc*., p. 2815.

[809] B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA* 1995, p. 154.

[810] La CJCE, en revanche, l'a consacrée comme un principe général du droit le 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute autorité, Rec. CJCE*, p. 103.

[811] La rétroactivité des revirements de jurisprudence est d'ailleurs une transgression flagrante du principe de sécurité juridique pour celui qui a engagé son action sous l'empire de la jurisprudence antérieure et dans la conviction de son maintien. Voir, à ce sujet, C. ATIAS, note sous Civ. 1ère, 21 mars 2000, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000, jur. p. 593 ; C. MOULY, Le revirement pour l'avenir, *J.C.P.* 1994, I, n° 3776.

[812] Voir, par exemple, Cons. Const., Décis. 2001-453 DC, *JO* 26 déc. 2001, p. 20582 (à propos du principe de non-rétroactivité). Voir aussi Cons. Const., Décis. 98-401 DC du 10 juin 1998, *Rec. Cons. Const*., p. 258 ; *AJDA* 1998, p. 495, note J.-E. SCHOETTL ; *RFD const.* 1998, p. 640, obs. L. FAVOREU ; *D.* 2000, Somm. p. 60, obs. L. FAVOREU. Dans cette décision, le Conseil affirme que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'art. 4 Décl. Dr. homme de 1789 ». L'on peut s'amuser de cette formulation. Cette étude nous incite à éprouver la conformité de l'économie du contrat à l'impératif de sécurité juridique. Or, le Conseil constitutionnel, dans le but de garantir la sécurité juridique, impose le maintien de l'économie des contrats.

une décision de 1999, le Conseil constitutionnel a déduit de cette disposition la nécessité, pour les citoyens, de disposer « d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »[813].

C'est ainsi que, malgré l'absence de consécration formelle du principe, la sécurité juridique doit être considérée comme une « exigence »[814] forte de notre droit positif. C'est pourquoi il convient de s'interroger sur la conformité de la référence à l'économie du contrat à cette exigence.

B. Economie du contrat et sécurité juridique

L'économie du contrat, en tant que « concept mou », paraît porter atteinte à l'impératif de sécurité juridique (1). Néanmoins, dans sa fonction de préservation de l'intérêt intrinsèque du contrat, la notion nous semble respecter la prévisibilité nécessaire (2).

1) « Concept mou » et sécurité juridique

439. - L'équivocité, inhérente au concept mou, paraît, de prime abord, heurter gravement la sécurité juridique. Celle-ci impose en effet une lisibilité et une intelligibilité totalement étrangères, par nature même, aux notions variables. L'économie du contrat, pas plus que l'équité ou la bonne foi, ne peuvent être précisément définies, et constituent donc autant d'outils malléables au gré du juge. Pour autant, ces concepts existent et connaissent même un essor remarquable. Est-ce à dire que la fixité et la rigidité des règles de droit menacent davantage la sécurité juridique que la malléabilité et l'indétermination ? Cette analyse ne manque pas de pertinence.

440. - La règle de droit est, dans les systèmes civilistes tels que le nôtre, abstraite, générale et impersonnelle. Ces caractéristiques font sa force comme sa faiblesse. En effet, elles la rendent impropre à embrasser le contentieux dans sa diversité et dans ses évolutions. C'est donc la modification de l'état du droit positif qui garantit la sécurité du justiciable. Or, il appert que la jurisprudence est plus prompte à épouser les évolutions sociales et économiques que ne l'est structurellement la loi. En ce sens, l'émergence des concepts mous semble préserver les intérêts des justiciables, en anticipant l'évolution de la règle de droit, ou en l'adaptant à une

[813] Cons. Const., Décis. 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec. Cons. Const.*, p. 136 ; *D.* 2000, Somm. p. 425, D. RIBES ; N. MOLFESSIS, Les avancées de la sécurité juridique, *R.T.D.Civ*. 2000, p. 660.

[814] Sur la distinction entre principe général du droit et exigence fondamentale du droit, voir A. CRISTAU, *art. préc.*, spé. n° 36.

situation qu'elle était impuissante à appréhender[815]. Comme le remarque le professeur Ghestin, « il est des cas où la rigueur logique de la combinaison des règles de droit révèle les faillites du système (…). Si les exigences d'ordre moral, les impératifs d'une harmonieuse organisation des rapports sociaux, le souci de la justice viennent à être gravement menacés, de telles déviations doivent être redressées. Il faut donc que le droit crée les moyens de contrôler sa propre application »[816]. En ce sens, l'on pourrait dire que la sécurité juridique est « plus fonctionnelle que conceptuelle », et qu'elle n'est « rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité et de sa discrétionnarité »[817].

Si la sécurité juridique est plus « fonctionnelle que conceptuelle », c'est donc par leur fonction qu'il convient d'apprécier l'orthodoxie des concepts mous, et, plus particulièrement leur conformité à l'impératif de sécurité contractuelle.

2) Garantie de l'intérêt du contrat et impératif de sécurité juridique

441. - L'économie du contrat nous est apparue comme un concept indéfinissable, que seules ses fonctions jurisprudentielles pouvaient caractériser. Nous avons vu que le concept servait à garantir l'intérêt intrinsèque du contrat. Cette fonction est-elle conforme à l'impératif de sécurité contractuelle ? Une réponse positive semble devoir être apportée à cette question.

La référence à l'économie du contrat menace la sécurité juridique dans sa facette d'exigence d'intelligibilité et, partant, de prévisibilité. L'absence de définition de la notion peut laisser craindre une impossibilité d'anticiper la solution à laquelle elle sert de fondement. Cette crainte ne nous semble pas justifiée dans cette occurrence. En effet, il s'agit ici de préserver l'intérêt intrinsèque au contrat, c'est-à-dire la finalité que vise, par essence, ce contrat. Or, cette finalité est tout à fait identifiable et prévisible. Il s'agit d'une finalité économique, objectivement déterminable. Il en va, cependant, tout à fait différemment des motifs propres à l'une des parties[818].

442. - Il apparaît donc que l'économie du contrat, en tant qu'elle garantit l'intérêt intrinsèque du contrat, présente une relative conformité aux principes classiques du droit des contrats. Elle s'autorise de l'analyse utilitariste, qui a pénétré notre droit, notamment au travers de l'exigence de l'existence de la cause, et elle ne heurte pas la sécurité juridique puisqu'elle permet la prévisibilité des solutions qu'elle fonde. Il nous faut nous assurer, maintenant, que

[815] Voir *supra* n° 4.
[816] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, L.G.D.J., 4ème éd., n° 760, p. 746.
[817] *Les grands arrêts de la Cour de justice*, t. I, Dalloz, 1994, p. 76.
[818] Sur le distinction intérêt du contrat et mobiles, voir *infra* n°475s.

cette fonction de l’économie du contrat s’aligne sur les développements contemporains du droit des contrats.

SECTION 2 : LA LEGITIMITE D'UNE GARANTIE DE L'UTILE AU REGARD DE L'EVOLUTION CONTEMPORAINE DU DROIT DES CONTRATS

443. - L'économie du contrat s'attache à garantir l'intérêt intrinsèque de ce contrat. En cela, le concept est très proche d'un courant doctrinal tendant à renouveler le concept causal (§ 1). Il est, en outre, parfaitement conciliable avec la jurisprudence la plus récente qui, par la hiérarchisation des obligations, vise à instaurer l'idée d'un « minimum contractuel » (§ 2).

§ 1 - La conformité de cette fonction au renouvellement doctrinal du concept causal

444. - Une partie de la doctrine prône aujourd'hui un renouvellement du concept causal, passant par la substitution de la notion d'intérêt du contrat à la cause telle qu'elle est classiquement entendue (A). Ce courant a, selon nous, partie liée avec une autre tendance doctrinale, tendant à faire du contrat une analyse économique (B).

A. Economie du contrat et renouvellement du concept causal

445. - Une partie de la doctrine met aujourd'hui en exergue les limites de la notion de cause de l'obligation telle qu'elle est classiquement entendue (1), et en propose le dépassement par le concept d'intérêt du contrat (2).

1) Les limites du concept causal

446. - La jurisprudence, consacrant la dichotomie cause objective – cause subjective, en a cloisonné à l'extrême les conceptions[819]. C'est ainsi que la considération de la volonté des parties a été entièrement refoulée de l'appréciation de la cause de l'obligation. La formule « cause abstraite » prend alors tout son sens : les motivations concrètes des parties demeurent totalement ignorées, limitant le contrôle de l'existence de la cause à un examen formel des contreparties. Cela revient à valider systématiquement les contrats avec contrepartie immédiate (a), et à condamner sans nuance l'absence de contrepartie immédiate (b).

a. Une validation systématique des contrats présentant une contrepartie immédiate

447. - Le contrôle de l'existence de la cause est extrêmement superficiel. Les raisons en sont identiques à celles qui expliquent l'indifférence de la lésion en droit français. La liberté

[819] Civ. 1ère, 12 juillet 1989, *J.C.P.* 1990, II, n° 21546, note Y. DAGORNE-LABBE.

contractuelle était conçue comme garantissant suffisamment la préservation des intérêts de chacun. « Du moment que le débiteur s'est lié, c'est que le contrat qu'il a conclu sauvegardait ses intérêts : aucun homme raisonnable ne consentirait à un engagement qui lui porterait préjudice »[820]. Une police minimum des contrats a donc été assurée par un contrôle purement formel de l'existence de la cause. Cette analyse, pour pertinente qu'elle ait pu être, postule l'égalité des parties. En effet, la liberté contractuelle ne joue à plein que si toutes les parties au contrat sont égales, tant économiquement que devant l'information. A défaut, la liberté n'est plus une garantie, elle se retourne au contraire contre la partie faible. Le législateur en est conscient, qui a instauré divers mécanismes correcteurs, visant à rééquilibrer les rapports contractuels. Nous pensons notamment à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, prohibant les clauses abusives dans les rapports entre consommateurs et professionnels. L'on peut également évoquer le pouvoir modérateur (ou charismatique) du juge sur le montant des clauses pénales, tel que le lui confère l'article 1152 alinéa 2 du Code civil[821]. Ces dispositions sont autant d'outils visant à pallier les conséquences d'une inégalité de fait entre les parties.
Les dispositions relatives à la cause n'ont, cependant, pas subi cette influence correctrice. Telle qu'elle est traditionnellement conçue, la cause de l'obligation est censée exister dès lors qu'est relevée une contrepartie à l'obligation de chaque partie, sans égard pour la consistance réelle de cette contrepartie. Le fait que cette contrepartie ne présente, en réalité, aucun intérêt est indifférent. Le contrat doit être maintenu.

448. - C'est ignorer le fondement utilitariste de l'exigence de la cause. Réduire la cause de l'obligation à la contrepartie, c'est considérer le droit comme une activité primaire. Or, nous l'avons vu, le droit n'est pas une activité primaire[822] : il n'est qu'un moyen. Le contrat n'est que le vêtement juridique d'une opération contractuelle. La validité du contrat ne doit donc être assurée que si celui-ci permet la réalisation de l'opération contractuelle visée. En ce sens, c'est bien l'intérêt du contrat qui doit servir de critère, et non le simple contrôle de l'existence d'une contrepartie. C'est méconnaître la nature profonde de l'activité contractuelle que de permettre à un contrat inutile de déployer ses effets. Considérer que le contrat n'est pas un moyen, mais une fin, c'est admettre l'idée d'une volonté désincarnée. Or, il ne peut exister, à notre sens, de telle volonté fantomatique, spectrale, de sorte que, comme le dit Capitant,

[820] J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Droit civil, les obligations, *L'acte juridique*, 8ème éd., Armand Colin, coll. U., 1999, n° 107-108, p. 66-67.
[821] « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».
[822] Voir *supra* n°435.

« séparer le consentement de la cause, c'est (…), mutiler la manifestation de volonté du contractant »[823].

La conception classique de la cause de l'obligation doit donc être renouvelée, d'autant qu'elle aboutit également à condamner sans nuance les contrats ne présentant pas de contrepartie immédiate.

b. Une condamnation aveugle des contrats ne présentant pas une contrepartie immédiate

449. - Les effets pervers de la superficialité du contrôle de l'existence de la cause jouent dans les deux sens. Ils ont également pour conséquence d'entraîner l'annulation de contrats qui, quoique sans contrepartie visible, présentent un intérêt certain pour les parties. La présomption d'existence de la cause montre alors doublement ses limites. L'absence apparente de contrepartie, loin d'entraîner un examen plus approfondi de la relation contractuelle, condamne le contrat. C'est ainsi que les ventes à prix symbolique, dont on connaît l'utilité économique[824], ne font toujours pas l'objet d'un net consensus jurisprudentiel. Le concept causal, tel qu'il est traditionnellement apprécié, ne permet pas de cerner l'opération contractuelle. Il est refoulé à son expression formelle qu'est le contrat. Un mouvement doctrinal se fait jour, qui propose une analyse plus pragmatique et, partant, plus réaliste, de la cause. Il s'agirait de l'entendre comme l'intérêt du contrat.

2) La substitution de l'intérêt à la cause, par référence à l'économie du contrat

450. - L'économie du contrat, par l'étalonnage économique du contrat qu'elle opère, semble incarner l'idée d'intérêt intrinsèque du contrat (a). Mais ce n'est qu'au prix d'un total remaniement du concept causal (b).

a. L'idée d'intérêt du contrat, substituée à la cause par référence à l'économie du contrat

451. - La prise en considération de l'intérêt du contrat n'est pas une idée si nouvelle. La notion est souvent évoquée dans les études relatives à la cause. Très tôt, les auteurs ont vu entre les deux concepts un lien étroit[825]. Le Code civil n'est d'ailleurs pas sans avoir subi cette influence. C'est ainsi que, selon Bigot de Préameneu « il n'y a pas d'obligation sans cause :

[823] H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1923, Paris, Dalloz, n° 16.
[824] Voir *supra* n°236.
[825] Pour un historique complet de l'association de l'intérêt du contrat à la notion de cause, voir J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, n°88.

elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles »[826]. L'idée est encore défendue au 19ème siècle et au début du 20ème. La lecture des travaux de Capitant est, à cet égard, édifiante. « La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui. S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou »[827]. L'auteur relaye ainsi la pensée de Jehring, pour qui « un acte de la volonté sans cause finale est une impossibilité aussi absolue que le mouvement de la pierre sans cause efficiente »[828].

Les auteurs contemporains, cependant, se sont, en majorité, rangés à la cause, considération de la contrepartie. Ce n'est que récemment qu'est réapparu un courant doctrinal, visant à substituer à la notion de cause celle d'intérêt du contrat[829]. C'est ainsi que, pour Philippe Reigné, « la cause serait le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres ; le défaut de cause s'identifierait à l'impossibilité pour les parties d'atteindre le but contractuel »[830]. Or, le but contractuel visé par les parties s'identifie à l'intérêt qu'elles trouvent au contrat. Avec plus de clarté encore, Mme Judith Rochfeld a défendu la substitution de l'intérêt à la cause, telle qu'elle est classiquement appréciée. Elle voit, dans cette analyse, de nombreux mérites. D'une part, « la considération de l'intérêt fait sortir la cause de la seule considération d'une contrepartie », « la cause embrasserait ainsi aisément les hypothèses où la contrepartie n'épuise pas la profondeur du contrat (…) ». En outre, la cause « se différencierait de l'objet de l'obligation de l'autre partie ». Enfin, la prise en compte de l'intérêt permet « de souligner la motivation concrète de l'acte juridique »[831]. C'est, finalement, toutes les limites de la cause abstraite qui seraient dépassées. Or, c'est bien à ce résultat qu'aboutit la référence à l'économie du contrat telle que nous l'avons étudiée. Il paraît donc nécessaire d'étudier ici les rapports de l'économie du contrat à la cause de l'obligation.

---

[826] Voir J. ROCHFELD, *préc.*, citant P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, t. XIII, p. 228.
[827] H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923, p. 1.
[828] Jehring, *Zweck im Recht*, L'évolution de droit, traduct. Meulenaere, p. 2.
[829] Pour une étude du rapport de la cause à l'intérêt, voir R. CABRILLAC, *L'acte conjonctif en droit privé*, préf. de P. CATALA, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990.
[830] Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993, n° 246.
[831] J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 87, p. 80-81.

b) Le rapport de l'économie du contrat à la cause de l'obligation

452. - L'émergence de la référence à l'économie du contrat évoque des idées soutenues en doctrine au début du siècle. Ainsi, l'arrêt « cassettes vidéo »[832] peut sembler inspiré des écrits de Maury ou de Boyer. Mais ce serait faire là une lecture bien hâtive de leurs travaux. Certes, l'un et l'autre avaient tenté d'introduire une certaine subjectivisation de la cause de l'obligation, qui n'était pas sans évoquer l'idée d'intérêt du contrat. Ces deux auteurs avaient posé comme condition nécessaire, mais non suffisante, de la validité de l'acte l'existence d'une contrepartie à l'obligation de chacun des contractants. Ils avaient poussé plus loin l'exigence en requérant que cette contrepartie présentât certaines qualités.

Partant de l'idée que la cause d'une obligation est « la raison d'être économique de cette obligation »[833], Maury proposa de l'assimiler à « l'équivalent voulu ». L'arrêt de 1996[834] peut paraître s'inscrire dans cette pensée. Certes, la raison d'être économique de l'obligation des époux Piller semble bien en cause ici. Cependant, une lecture plus approfondie de la thèse de Maury révèle une divergence irréductible entre ses travaux et l'arrêt de la Cour de cassation. En effet, l'auteur précise que tout motif ne peut être élevé au rang de cause. Outre qu'il doit avoir fait l'objet d'une prévision par les parties, il est nécessaire que ce motif prévu s'exprime par une qualité de la contre-prestation[835].

Une exigence identique apparaît dans les écrits de M. Boyer. Celui-ci reconnaît également la nécessité de prendre en considération ce qu'il appelle les « éléments casuels », par opposition aux « éléments catégoriques » dans le contrôle de l'existence de la cause. Selon cette approche, si la réalité ne correspond pas à la représentation psychologique, il y a absence de cause casuelle. A la question « la cause existe-t-elle ? », il faut substituer celle-ci « le résultat juridique voulu peut-il être atteint ? »[836]. On retrouve ici la même limite que celle posée par Maury. Les éléments casuels sont des qualités de l'objet, et la question de la possibilité d'atteindre le résultat voulu ne concerne que le résultat juridique voulu.

---

[832] Civ. 1ère, 3 juillet 1996, *Bull. civ*. I, n° 286, *J.C.P*. 1997, I, 4015, obs F. LABARTHE, *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE, *R.T.D.Civ*. 1996.903, obs. J. MESTRE, *D*. 1997. 500, note B. REIGNE, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503, note P. CHAUVEL.

[833] MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français, thèse Toulouse 1920, t. I, p. 30.

[834] Civ. 1ère, 3 juillet 1996, bull. civ. I, n° 286, *J.C.P*. 1997, I, 4015, obs F. LABARTHE, *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE, *R.T.D.Civ*. 1996.903, obs. J. MESTRE, *D*. 1997. 500, note Ph. REIGNE, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503, note P. CHAUVEL

[835] MAURY, *thèse préc*., p. 156-157.

[836] L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse Toulouse, 1947, p. 196.

Il apparaît alors clairement que l'arrêt de 1996 ne s'inscrit dans la pensée ni de Maury, ni de Boyer. Dans cet arrêt, ce n'est ni l'existence, ni même la qualité de la contre-prestation qui fait défaut. C'est en cela que l'on s'écarte des écrits de Maury. De même, ce n'est pas le résultat juridique visé qui n'a pu être atteint, mais le résultat économique, la rentabilité de l'activité étant impossible. En cela, on s'écarte de la pensée de Boyer.

453. - La mutation du concept causal qu'entraîne la référence à l'économie du contrat est donc très profonde. Outre qu'elle s'attache à la finalité économique de l'acte, en dehors des qualités propres de la contrepartie, elle impose un contrôle continu de l'intérêt présenté par le contrat.

Or, l'on sait que, traditionnellement, l'existence de la cause s'apprécie au jour de la conclusion du contrat[837]. L'exigence est classique, s'agissant d'une condition de formation du contrat. Ainsi, la disparition de la cause de l'obligation du contrat au cours de son exécution n'entraîne classiquement pas de sanction[838]. L'introduction du concept d'économie du contrat en droit français devrait amener, selon nous, à revoir, tant le moment d'appréciation de l'existence de la cause que ce mode d'appréciation. En effet, par le concept d'économie du contrat, la jurisprudence est amenée, à s'interroger tant sur l'utilité du contrat lors de sa conclusion (par le biais de la qualité de la contrepartie fournie), que sur sa pérennité. Exemple en a été donné dans l'arrêt du 15 février 2000[839], relatif à l'interdépendance de deux conventions. L'utilité de la convention de crédit-bail n'était pas critiquée *ab initio*. C'est l'interruption de la diffusion des messages publicitaires qui a rendu inutile le matériel servant à sa transmission. Or, par référence à l'économie du contrat, la disparition de l'utilité du

---

[837] Voir, par exemple Civ. 3ème, 17 juillet 1996, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1474, obs. P. CHAUVEL. Dans cet arrêt, un médecin avait promis à une société de lui vendre l'immeuble dans lequel il exerçait son activité. Le contrat stipulait, en contrepartie de son engagement de vider les lieux, le versement d'une somme forfaitaire, à titre de dédommagement de ses frais de déménagement et de perte de clientèle. Après avoir appris que le vendeur avait pu se réinstaller à proximité de son cabinet, l'acheteur avait invoqué la nullité de la clause d'indemnité, pour absence de cause. Il fit valoir, en effet, que le cédant n'avait subi aucune perte de clientèle. La Cour d'appel s'était rangée à cette analyse, relevant que l'obligation de payer la somme de près de trois millions de francs était sans cause réelle et sérieuse. Mais la Cour de cassation censura cet arrêt, au visa de l'article 1131 du Code civil, rappelant que « l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite ».

[838] Il faut réserver ici le cas de l'empêchement par force majeure. En ce cas, la résolution du contrat est encourue. L'on sait qu'elle peut être demandée en justice (voir Cass. Civ., 14 avril 1891, *D.P.* 1891, I, n° 329, note PLANIOL), de même qu'elle peut intervenir de plein droit (voir Cass. Com., 28 avril 1982). Or, cette résolution s'explique traditionnellement par la disparition de la cause de l'une des obligations. Selon Planiol, en effet, s'agissant d'une obligation éteinte par la force majeure, « l'autre obligation, qui lui était corrélative, le sera ordinairement en même temps qu'elle, par l'effet de la causalité réciproque qui les unissait ».

[839] Cass. Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*. 2000.325, obs. J. MESTRE, *J.C.P*. 2000, I 272, note A. CONSTANTIN, *P.A.* 29 décembre 2000, p. 12s, note G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ.

contrat en a entraîné la résolution. C'est, là encore, une différence fondamentale par rapport au concept causal.

454. - En conclusion, il nous semble qu'en garantissant l'intérêt du contrat, l'économie du contrat est à l'opération contractuelle ce que la cause de l'obligation est au contrat. Tandis que la référence à la cause ne s'attache qu'au contenu formel du contrat, c'est-à-dire à l'expression ponctuelle et nécessairement contingente de la volonté des parties, la référence à l'économie du contrat vise l'intérêt attendu de l'opération contractuelle. En ce sens, la notion a partie liée avec un mouvement en plein essor : l'analyse économique du contrat.

B. Economie du contrat et analyse économique du contrat

455. - L'économie du contrat, permettant de faire le départ entre les contrats présentant un intérêt économique et les conventions économiquement inopportunes, relève d'une analyse économique du contrat. Si le droit français est longtemps demeuré insensible aux considérations économiques (1), la doctrine semble s'être récemment orientée vers une lecture plus économique du contrat (2).

1) L'indifférence classique du droit français aux considérations économiques

456. - Les pays de *Common Law* ont établi relativement tôt un parallèle entre le droit et l'économie. Ce mouvement, initié aux Etats-Unis vers la fin des années cinquante, s'est ensuite propagé en Australie, au Canada, en Angleterre et en Suède et, plus tardivement, dans les pays de langue allemande. C'est une contribution de Coase qui fut à l'origine de l'idée d'un rapprochement entre les deux disciplines. Dans cet article, l'auteur tendait à démontrer qu'un mécanisme de marché constitue un meilleur régulateur que la réglementation (il proposait plus précisément de soumettre l'attribution des fréquences hertziennes à une procédure d'enchères)[840]. Dans son sillage, des auteurs tels que Gary Becker, Guido Calabresi et Richard Posner[841] développèrent l'analyse économique du droit, dont les postulats sont les suivants. D'une part, les agents se comportent comme des maximisateurs de leurs satisfactions lorsqu'ils prennent des décisions comme celles de se marier ou de divorcer, de commettre ou non des actes délictueux ou criminels, d'entamer une procédure judiciaire ou de transiger pour régler un différend… En second lieu, les règles de droit reviennent à imposer

[840] R. COASE, *The problem of Social Cost, Journal of Law and economics*, 1960, p. 1.
[841] D'après Coase, c'est à Richard Posner qu'il revient d'avoir véritablement impulsé la naissance de l'analyse économique du contrat.

un « prix », sous des formes diverses (sanction pénale, condamnation à des dommages-intérêts…) aux actions des agents[842]. Le but de l'analyse économique du contrat est alors l'efficacité des règles de droit, aboutissant à la maximisation des utilités individuelles et sociales[843].

457. - Il peut paraître surprenant que ce courant, largement développé aux Etats-Unis, n'ait pas pénétré le droit français. Plusieurs explications peuvent être proposées à cette réserve. La première tient à notre tradition juridique. Tandis que la *Common Law* est, par essence casuiste et, comme telle, largement ouverte aux faits, y compris aux données économiques, le droit issu de la tradition romano-germanique ne voit l'intervention des tribunaux que comme l'application du droit codifié, de la législation. Le pragmatisme de la *Common Law* est rejeté par le droit français, où les règles de droit sont considérées comme « éléments d'un ensemble plus vaste, au sein duquel il s'agit de questionner la cohérence logique et le sens d'énoncés normatifs pris en eux-mêmes et non dans leur articulation aux faits sociaux »[844]. A cet égard, l'on peut citer Michel Villey, évoquant les « sciences mangeuses dévorantes » : « elles ont fait de constantes entreprises, depuis trois siècles, pour étouffer le droit. Réduction du droit à l'utile de l'individu, réduction du droit à l'utile de la société, réduction du droit à l'histoire, réduction à la politique, à l'économie »[845]. C'est dire que, traditionnellement, notre droit est considéré comme un ensemble de règles abstraites, qui doivent demeurer insensibles aux considérations de fait de tous ordres, y compris économique.

L'on peut également justifier l'imperméabilité française à ces théories par leur défaut de coloration morale. Certaines des solutions fondées sur l'analyse économique du contrat paraissent ainsi tout à fait contraires à notre conception civiliste. L'on citera à cet égard la théorie de *l'efficient breach of contract*, permettant à une partie de se désengager si elle trouve un meilleur moyen de placer ses ressources. Si le profit qu'elle peut obtenir de la rupture du contrat est supérieur au profit attendu de l'exécution du contrat par l'autre partie, il est souhaitable, selon Posner, d'encourager cette solution économiquement efficace[846]. La solution ruine le principe de force obligatoire et la morale qui fonde le respect de la parole

---

[842] T. KIRAT, *Economie du droit*, Collection Repères, La Découverte, 1999, p. 13.
[843] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992, p. 63, n° 77.
[844] T. KIRAT, *ouvrage précité*, p. 53.
[845] M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets*, PUF 1995, p. 80.
[846] E. MACKAAY, La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, *rev. int. dr. éco.*, 1986, t. 1, p. 68.

donnée. En ce sens, il semble hautement improbable qu'elle puisse être un jour transposée en droit français.

L'indifférence du droit français à l'analyse économique du contrat peut enfin être justifiée de façon beaucoup plus prosaïque. Madame Fabre-Magnan l'explique par la barrière de la langue, la prétendue coloration politique « capitaliste » de cette analyse et enfin la tradition civiliste française qui se concentre sur l'analyse du droit positif plutôt que sur la recherche de nouvelles solutions opportunes[847].

Malgré les réserves « viscérales » du droit français, il nous faut constater que l'analyse économique du contrat pénètre aujourd'hui la doctrine et, de façon moins ostensible peut-être, la jurisprudence.

2) La pénétration relative de l'analyse économique en droit français

458. - Nous l'avons vu, le droit français a longtemps ignoré les données économiques. Tout au moins, celles-ci n'ont jamais été conceptualisées en tant que grille de lecture du contrat. On a pu, cependant, en distinguer des prémices dans les écrits de Gény[848] ou de Lambert[849]. Il nous semble cependant qu'aujourd'hui, le « terrain » est plus propice à la réception, en droit français, d'une analyse économique du contrat.

En premier lieu, on peut relever l'inflexion casuiste que semble amorcer le droit français. Nous avons eu l'occasion d'évoquer l'essor contemporain du recours aux concepts variables, dits « concepts mous »[850]. Il faut y voir une reconnaissance des limites du droit légiféré et de son imperméabilité au fait. Or, cette incursion du fait dans la résolution du litige peut autoriser, à terme, une prise en considération accrue des données économiques.

En second lieu, la seconde partie du 20ème siècle a vu l'émergence de pans de droit fondés par nature même sur l'économie. Il en est ainsi du droit de la concurrence comme du droit de la consommation. Le législateur s'est vu contraint d'infléchir la théorie générale du droit par l'introduction de règles dictées par le statut économique de ses acteurs. Il faut y voir l'aveu que le droit ne peut plus demeurer étranger à l'économie. La jurisprudence a également

---

[847] M. FABRE-MAGNAN, *thèse précitée*, p. 51, n° 59.

[848] GENY considérait en effet que le droit devait s'adapter aux intérêts sociaux, aux besoins produits par l'évolution économique et sociale grâce à une approche inductive et non plus déductivement, à partir des principes et traditions juridiques issus du passé, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif français*, L.G.D.J., rééd. 1954, Paris.

[849] La méthode de Lambert consistait à comparer les intérêts des parties en présence comme catégories abstraites (vendeur / acheteur, employeur / employé), selon un critère économique, dans la mesure où il s'agissait d'évaluer les dommages, individuels comme collectifs. E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard et Brière, Paris, 1921.

[850] Voir *supra* n°4.

succombé à la tentation de l'analyse économique par la consécration de l'obligation de coopération. Celle-ci impose en effet au débiteur d'exécuter sa prestation en lui donnant le maximum d'utilité. Si les juges la rattachent formellement au devoir de bonne foi ou de loyauté, il s'agit, à l'évidence, d'une obligation d'inspiration économique[851].

La timidité de la jurisprudence s'explique d'autant moins que les auteurs sont de plus en plus nombreux à militer en faveur d'une connexion entre le juridique et l'économique. C'est ainsi que la rencontre du droit et de l'économie semble désormais devenue, non seulement inévitable, mais aussi « nécessaire »[852]. Certains vont même jusqu'à affirmer que le droit et l'économie constituent une « science unique »[853]. A l'identité, d'autres auteurs ont préféré la complémentarité, disant qu'il s'agit de « deux façons d'appréhender la même réalité pour mieux la réaliser »[854]. Selon René Savatier, « de même que (les juristes) ne peuvent construire un droit assimilable qu'en partant du donné de l'économie politique, de même les (économistes) ne peuvent construire une économie politique exacte qu'en partant de la connaissance précise du sens des mots que, par la force des choses, ils empruntent aux institutions juridiques »[855].

459. - Cette tendance, qui vise le droit en général, ne doit pas épargner le contrat. En tant qu'instrument d'échange, celui-ci s'inscrit nécessairement dans l'économique. Au premier rang des motivations des parties figure la motivation économique. Il apparaît alors légitime de fonder la résolution du litige sur des considérations économiques. La référence à l'économie du contrat, en infléchissant le concept causal dans le sens de l'intérêt du contrat, s'inscrit pleinement dans l'analyse économique initiée aux Etats-Unis et relayée aujourd'hui en doctrine. L'idée, qui sous-tend l'analyse économique du contrat, que le contrat est un instrument de maximisation des utilités individuelles est pleinement respectée par la référence à l'économie du contrat. En permettant l'éradication des contrats ne présentant pas d'intérêt économique et le maintien des autres, la référence à l'économie du contrat s'inscrit dans l'analyse économique du contrat.

460. - En conclusion, l'économie du contrat marque certes une rupture avec le concept causal tel qu'il est traditionnellement entendu mais, en cela, répond à un mouvement doctrinal

[851] M. FABRE-MAGNAN, thèse *précitée*, p. 61, n° 73.
[852] Ch. MOULY, présentation du colloque "L'analyse économique du droit", *RRJ* 1987-2, p. 413.
[853] A. SERIAUX, Droit et économie : sur l'unité de deux disciplines, *RRJ* 2000-2, p. 887s.
[854] R. MARTIN, Loi économique et règle de droit, *D*. 1990, chr., p. 262.
[855] R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2nde série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Dalloz, 1959, p. 99, n° 67.

émergent, prônant une analyse économique du contrat, que semblent relayer les évolutions récentes de la jurisprudence.

§ 2 - La garantie de l'utilité du contrat par la fixation d'un « minimum contractuel »

461. - La jurisprudence a entériné l'idée d'un « minimum contractuel », garantissant l'utilité du contrat. Une décision majeure illustre le phénomène, il s'agit du célèbre arrêt *Chronopost* rendu le 22 octobre 1996[856]. Dans cette espèce, une société avait eu recours aux services de Chronopost afin d'assurer l'acheminement d'un pli contenant une soumission à une adjudication. Or, le pli ne parvint pas à son destinataire dans le délai convenu, de sorte que son expéditeur ne put soumettre son offre. Il assigna alors la société Chronopost en réparation de cette perte de chance. Il lui fut opposé une clause aux termes de laquelle « (Chronopost) s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais », mais « en cas de préjudice justifié, le non-respect des délais de transport ne (l') engage qu'à rembourser le prix du transport ». Les juges de première instance écartèrent l'application de cette stipulation, dès lors que Chronopost avait démontré son « incapacité à assurer les qualités et les garanties d'un service dont elle se prévalait et qui faisait toute son originalité et son intérêt ». Le jugement fut infirmé en appel, la cour de Rennes ayant relevé que la société Banchereau n'avait rapporté aucun fait de nature à établir l'existence d'une faute lourde, permettant de mettre obstacle au jeu de la clause limitative de responsabilité. Sur pourvoi de la société Banchereau, l'arrêt d'appel fut cassé, aux motifs que « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ». L'arrêt, abondamment commenté, ne manque pas d'intérêt. Il montre bien comment la jurisprudence entend garantir l'utilité du contrat. Sa démarche est alors claire. Elle consiste à dégager un « minimum contractuel », par une hiérarchisation des obligations (A), puis à protéger ce « minimum » en éradiquant les clauses qui lui portent atteinte (B).

[856] Cass. Com., 22 octobre 1996, *J.C.P.* 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN, *D.* 1997.121, note A. SERIAUX, *Rép. Defrénois* 1997. art. 36516, obs. D. MAZEAUD, Ph. DELEBECQUE, Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?, *D. aff.* 1997. chr. 235s , C. LARROUMET, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *D.* 1997. chr. 145s., *J.C.P.* 1997, I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY, *J.C.P.* 1997, éd. E, II, 924, note K. ADOM, *Droit et Patrimoine* 1997, n° 1552, obs. P. CHAUVEL, *R.T.D.Civ.* 1997.418, obs. J. MESTRE, *P.A.* 18 juin 1997, D.R. MARTIN, J.-P. CHAZAL, Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt Chronopost, *J.C.P.* 1998, I, 152, J.-M. GUEGUEN, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.* 1999, chr. p. 352s.

A. La détermination d'un « minimum contractuel »

462. - La fixation du « minimum contractuel » passe par la détermination de l'obligation (ou des obligations) essentielle(s) du contrat (1), détermination qui n'est pas étrangère à la considération de l'utilité du contrat (2).

1) Obligation essentielle et volonté des parties

463. - Dans notre espèce, l'obligation de fiabilité et de célérité a été isolée comme essentielle au contrat. La lecture des commentaires de l'arrêt démontre combien les auteurs sont partagés sur la « source » de l'essentialisation de cette obligation. Pour certains auteurs, c'est par la volonté des parties que l'obligation est essentielle. C'est ainsi que, pour Denis Mazeaud, « le contrat conclu entre les deux partenaires avait engendré à la charge de la société de transport une obligation de ponctualité, obligation fondamentale par la volonté des parties parce que placée au cœur de la stratégie commerciale et publicitaire du transporteur et déterminante de l'existence et de l'importance de l'engagement de son cocontractant »[857]. Selon M. Gueguen, « la décision Chronopost use d'une interprétation subjective de la cause de l'obligation en ce qu'elle admet la possibilité pour les parties de créer des obligations essentielles par le fruit de leurs seules volontés »[858]. L'auteur nuance cependant son propos puisque, toujours selon lui, « la cause de l'obligation redevient objective en s'appliquant à tous les contrats identiques ».

464. - Ce serait donc bien davantage par essence que l'obligation de fiabilité et de célérité doit être considérée comme fondamentale. Nombre d'auteurs se rangent d'ailleurs à cette position. Selon Judith Rochfeld, le délai s'inscrit ici, « en raison de la nature du contrat, comme un élément essentiel »[859]. Nous nous rangeons à cette opinion et ne pouvons, dès lors, que nous étonner devant les observations de M. Martin, pour qui « le concept d'obligation essentielle n'est habituellement reçu qu'à fin de qualification d'un contrat où il désigne les prestations irréductibles et nécessaires de son économie particulière. Or, il n'est pas douteux que la ponctualité ne participe pas de l'architecture fondamentale du contrat de messagerie, où prospère la notion d'obligation essentielle »[860]. Il nous semble, tout au contraire, que la célérité participait, ici, de l'essence même du contrat. Il convient alors de s'interroger sur ce qu'est l'essence du contrat. A cet égard, l'analyse de Geneviève Viney nous paraît tout à fait éclairante. « Il y a tout lieu de penser que, dans cette appréciation de « l'essence » du contrat,

[857] D. MAZEAUD, *note préc.*
[858] J.-M. GUEGEN, *art. préc.*, p. 355.
[859] J. ROCHFELD, *thèse préc.*, n° 483.
[860] D.R. MARTIN, *note préc.*

les tribunaux seront inévitablement dominés par des considérations objectives tirées de la justice et de l'utilité sociale ». « Pour apprécier l'obligation essentielle, les tribunaux ont tendance à se référer à la notion « d'attente légitime » »[861]. Là encore, il est permis de s'interroger sur ce qu'est l'attente légitime. N'est-ce pas, tout simplement, inviter le juge à une analyse économique de l'opération, de sorte que doit être considérée comme intouchable l'obligation « essentielle à la réalisation de l'objectif économique »[862] ? Ce raisonnement n'est, du reste, pas isolé. « S'agissant d'un contenu minimal et « normal » du contrat (…), il ressort de données jurisprudentielles que les parties doivent être de plus en plus attentives à la prestation qui donne à un contrat son caractère, qui permet de le distinguer des autres et qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle, à l'obligation qui est de son essence et doit répondre à l'attente légitime de chaque partie »[863]. L'on peut également, ici, citer Philippe Delebecque, pour qui « l'obligation fondamentale de tel ou tel contrat apparaît dans l'obligation capable d'assurer la réalisation des éléments objectifs du contrat considéré. C'est l'obligation qui imprime au contrat sa qualification et qui répond à l'attente légitime des parties »[864]. En ce sens, il appert que l'obligation fondamentale cultive un rapport étroit à l'utilité économique de l'opération.

2) Obligation essentielle et utilité économique de l'opération

465. - La clause limitative de responsabilité au bénéfice de la société Chronopost a été réputée non écrite car, « en raison du manquement à cette obligation essentielle », elle « contredisait

[861] G. VINEY, note sous Civ. 1ère, 23 février 1994, *J.C.P*. 1994, I, 3809, n° 15. A noter que cette affaire présente de nombreuses similitudes avec l'arrêt Chronopost. Dans cette espèce, l'exploitant d'un parking souterrain avait fait inscrire sur le ticket d'entrée destiné aux usagers une clause aux termes de laquelle « les usagers circulent et stationnent à leurs risques et périls. L'utilisation du présent ticket donne droit au stationnement du véhicule, mais ne constitue nullement un droit de garde ou de dépôt du véhicule, de ses accessoires et objets laissés à l'intérieur. » L'inondation du parking, consécutive à de fortes pluies, endommagea le matériel qu'un automobiliste avait laissé dans son véhicule. Il agit alors en responsabilité contre l'exploitant du parc auquel il reprocha une négligence consistant à n'avoir pas vérifié le verrouillage de certains regards de siphon. La cour d'appel, voyant là une faute lourde, écarta le jeu de la clause d'irresponsabilité. Le pourvoi formé par l'exploitant du parking fut rejeté au motif que « l'exploitant du parc avait manqué à son obligation essentielle de mettre à disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre de laisser sa voiture en stationnement ». L'on peut également mettre l'arrêt Chronopost en parallèle avec Civ. 1ère, 15 novembre 1988, *D.* 1989, jur., p. 349, note Ph. DELEBECQUE. Cet arrêt concerne un contrat de coffre-fort, stipulant un plafonnement des dépôts. Cette clause a été analysée comme une clause limitative de responsabilité. La Cour de cassation relève ensuite le manquement du banquier à une de ses obligations fondamentales – la surveillance du coffre – eu égard à la nature du contrat, excluant ainsi la possibilité de se prévaloir de la clause aménageant sa responsabilité. Ces deux arrêts montrent bien l'identification d'un minimum contractuel, déterminé à raison de la nature même du contrat.

[862] G. VINEY, Rapport de synthèse, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, organisé par le centre de droit des obligations de l'Université Paris I, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1991, p. 338.

[863] C. LAVABRE, Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, *RJDA* 4/1997, chr.p. 291.

[864] Ph. DELEBECQUE, *art. préc*., p. 237.

la portée de l'engagement pris ». On peut relever ici, avec bien d'autres auteurs, l'amalgame fait entre la phase de formation du contrat, par le visa de l'article 1131 du Code civil, et la phase d'exécution de ce même contrat, par la mention du « manquement » de la société Chronopost. Ce qui nous apparaît le plus intéressant n'est cependant pas là. Il nous semble que la combinaison de l'obligation essentielle et de la portée de l'engagement pris dissimule mal une référence très simple à l'utilité du contrat. Le raisonnement ne revient-il pas à constater que la clause limitative de responsabilité doit disparaître en ce qu'elle prive le contrat de son intérêt ? L'analyse aurait été, du reste, moins périlleuse que ne l'est l'utilisation du concept de cause.

En effet, nombre d'auteurs ont remarqué que la clause limitative de responsabilité ne fait pas disparaître l'obligation de Chronopost et, partant, n'anéantit pas la cause de l'obligation de son client. A cet égard, le débiteur n'est pas dispensé de son obligation. Preuve en est qu'en cas de faute d'une certaine gravité, il sera responsable sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la limitation. « C'est une chose de stipuler que le débiteur n'est pas tenu de telle obligation, c'est une autre chose de stipuler qu'il ne sera pas responsable en cas d'inexécution »[865] . Le concept causal était donc bien peu adapté à la résolution du litige. Il l'était d'autant moins que la sanction qu'il impose habituellement n'a pu être retenue, sauf à se retourner contre le créancier. En effet, l'absence de cause entraîne traditionnellement la nullité du contrat, dans son entier lorsqu'est visée une clause essentielle. Or, en l'espèce, l'éradication s'explique mal s'agissant d'une clause dont les juges s'évertuent à démontrer qu'elle touche à l'essentiel du contrat[866] . Il est alors patent que la théorie de la cause n'a été utilisée ici que pour dissimuler un raisonnement différent, qui s'attache en réalité à l'intérêt du contrat.

466. - Aussi bien, tous les auteurs mettent-ils en exergue cet aspect d'inutilité du contrat. M. Chazal ne manque pas de faire référence à la fonction du contrat, qui est de « satisfaire l'utilité légitimement attendue »[867]. Jean-Marie Gueguen voit dans l'obligation de célérité une « obligation irréductible à laquelle on ne peut porter atteinte car elle représente l'intérêt du contrat »[868]. Selon Denis Mazeaud, la solution doit être approuvée en ce qu'elle permet de « garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le contractant, victime de son inexécution, s'était engagé »[869]. La parenté entre

[865] C. LARROUMET, *art. préc*.
[866] J.-P. CHAZAL, *art. préc*., p. 1317.
[867] J.-P. CHAZAL, *art. préc*., p. 1315.
[868] J.-M. GUEGUEN, *art. préc*., p. 355.
[869] D. MAZEAUD, *note préc*.

l'obligation essentielle et l'utilité du contrat a, du reste, déjà été relevée : « l'obligation essentielle apparaît comme celle qui donne au contrat sa raison d'être ou son intérêt pour le créancier »[870]. Geneviève Viney en avait également fait le constat, dans son commentaire de l'arrêt du 23 février 1994, relevant que les juges qualifiaient de faute lourde « l'inexécution portant sur une obligation centrale du contrat, privant celui-ci de son intérêt pour le créancier »[871].

L'obligation essentielle, combinée à la cause, ne sont donc que les vêtements juridiques de l'utilité du contrat, dont la préservation passe par l'éradication des clauses qui lui portent atteinte.

B. La protection du « minimum contractuel » par l'éradication des clauses sapant l'intérêt du contrat

467. - Nous essaierons de comprendre, une fois encore, comment l'éradication d'une stipulation contractuelle peut se concilier avec le respect de la volonté des parties (1), avant de nous interroger sur la normalisation du contrat que peut induire une telle démarche (2).

1) Conformité de la solution à la liberté contractuelle

468. - Il est permis de se demander si l'arrêt Chronopost ne porte pas une atteinte sérieuse à la liberté contractuelle. Comment justifier, en effet, l'éradication d'une clause pourtant acceptée par les parties ? Une partie de la doctrine s'insurge contre une telle mise à mal de la force obligatoire du contrat. C'est ainsi que, selon Christian Larroumet, il s'agit d'une application « dévastatrice » de la notion de cause, « en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle »[872]. De même, Alain Sériaux déplore-t-il l'atteinte portée à la loi des parties. Selon lui, « le juge ne peut que se borner, ce qui n'est déjà pas si mal, à exploiter au mieux ce que les cocontractants paraissent à ses yeux avoir voulu, ni moins, mais aussi ni plus. Outrepasser ce rôle, c'est entrer dans la sphère d'une *police judiciaire* des contrats contraire à toute la tradition juridique française »[873]. Muriel Fabre-Magnan ne semble pas dire autre chose lorsqu'elle relève que « l'annulation de la clause limitative de responsabilité n'a pas tant pour objectif de priver d'effet une clause particulière que de redonner tout son contenu à une obligation que les parties avaient entendu

[870] K. ADOM, *note préc.*, p. 51.
[871] G. VINEY, *note préc.*, p. 556.
[872] Ch. LARROUMET, *art. préc.*, p. 145.
[873] A. SERIAUX, *note préc.*, p. 123.

exclure »[874]. Ce faisant, le juge va donc à l'encontre de ce que voulaient les parties. C'est également ce qu'avait relevé Melle Viney dans son commentaire de l'arrêt de 1994, qu'elle analysait comme une « nouvelle et très importante atteinte à la liberté des parties dans la définition du contenu obligatoire du contrat »[875].

469. - D'autres annotateurs de l'arrêt, s'ils y ont vu également une atteinte à la liberté contractuelle, ont tenté de la justifier. C'est ainsi que, selon le Professeur Delebecque, cette atteinte est justifiée par le caractère irréductible de l'obligation essentielle : « les parties font ce qu'elles veulent dans un contrat, mais seulement jusqu'à un certain point, le point à partir duquel l'engagement est vidé de toute substance »[876]. A cette opinion peut être rangée celle de Denis Mazeaud qui constate que « l'idée selon laquelle dans tout contrat il existe des obligations essentielles qui déterminent le contenu fondamental du contrat et composent une sorte de sanctuaire contractuel absolument impénétrable et rétif à la liberté contractuelle, n'est pas neuve »[877]. L'analyse est proche de celle que défend Jean-Marie Gueguen « la force obligatoire du contrat ne peut résulter que d'une convention exprimant avec cohérence la volonté des parties, dépourvue de contradiction interne conduisant à priver de cause l'une des obligations et déséquilibrant ainsi le contrat »[878].
Jean-Pascal Chazal ne conteste pas davantage l'atteinte à la liberté contractuelle, mais il y voit une autre justification : « la clause limitative de responsabilité ne doit être réputée non écrite qu'à la condition d'avoir été imposée par un abus de puissance économique ». A cet égard, l'auteur relève que Chronopost, filiale de la poste, bénéficie sur ce marché d'une puissance commerciale manifeste, de sorte que « son cocontractant n'avait pas une puissance de négociation suffisante pour obtenir conventionnellement la suppression de la clause limitative de responsabilité »[879]. Ce n'est donc que par l'absence de consentement réel que se justifie l'éradication de la clause. L'analyse peut être rapprochée de celle de Jacques Mestre, pour qui cette stipulation ne peut trouver application « sous peine d'une dénaturation de la loi contractuelle »[880].

[874] M. FABRE-MAGNAN, *note préc.*, p. 89.
[875] G. VINEY, *note préc.*, p. 55.
[876] Ph. DELEBECQUE, *art. préc.*, p. 237.
[877] D. MAZEAUD, *note préc.*
[878] J.-M. GUEGUEN, *art. préc.*, p. 357.
[879] J.-P. CHAZAL, *art. préc.*, p. 1318.
[880] J. MESTRE, *obs. préc.*, p. 419.

470. - La doctrine est donc partagée : la solution porte-t-elle une atteinte inadmissible à la liberté contractuelle ? Cette atteinte est-elle au contraire justifiée ? Ou cette solution est-elle respectueuse de la volonté des parties ? Ces questionnements rejoignent ceux que suscite l'étude de l'économie du contrat. Nous interrogeant sur le sens de la référence à ce concept, nous en étions arrivées à l'idée que l'économie du contrat n'entretenait qu'un rapport factice à la volonté réelle, ne traduisant de la volonté que ce qu'elle devrait être au regard de la finalité du contrat. L'analyse nous semble tout à fait identique dans cet arrêt Chronopost, au point que la clause aurait pu être éradiquée, à notre sens, parce que contraire à l'économie du contrat. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence Chronopost, comme la jurisprudence mettant en jeu l'économie du contrat, amène à dégager un minimum contractuel, et, partant, à entraîner une normalisation des contrats dont il faut éprouver la légitimité.

2) Le risque de « normalisation » du contrat

471. - Le risque de normalisation dépend étroitement de l'analyse de l'obligation essentielle. Si l'obligation est essentielle par la volonté des parties, le risque de normalisation n'existe pas puisque chaque obligation essentielle sera contingente. Ce n'est donc que si l'obligation essentielle est inhérente à la nature du contrat qu'est encouru un risque de normalisation. En réalité, nous ne sommes convaincues par aucune de ces deux analyses.

D'une part, retenir la nature du contrat comme fondement de l'obligation essentielle, c'est porter une atteinte forte à la liberté contractuelle. Cela revient, en effet, à admettre que la loi du contrat l'emporte sur la loi des parties. La solution consiste à considérer que la figure contractuelle est douée d'une certaine « autonomie », qui en rendrait des aspects irréductibles et, comme tels, intouchables par les parties.

Retenir la volonté des parties comme fondement de l'obligation essentielle n'est guère plus satisfaisant intellectuellement. Cela revient, en effet, à consacrer un paradoxe : au nom de la volonté des parties, volonté tacite ayant élu telle obligation comme essentielle, on va à l'encontre de cette même volonté telle qu'elle apparaît expressément dans le contrat, au travers de la clause limitative de responsabilité. Cette seconde analyse nous paraît plus intolérable encore que la première, sauf à limiter les hypothèses d'éradication de la clause aux inégalités criantes entre les parties[881].

[881] Comme le suggère Jean-Pascal CHAZAL, *art. préc.*, p. 1318.

472. - Il nous semble que l'arrêt Chronopost, comme la référence à l'économie du contrat, se situe à la croisée des chemins. Tous deux consacrent l'idée que le contrat serait, en quelque sorte, « doué d'un dynamisme propre », tendu vers la satisfaction de l'intérêt des parties. En tant qu'instrument économique, le contrat doit être analysé au regard de la finalité qu'il poursuit. Ce n'est donc pas tant la nature du contrat qui doit dicter la hiérarchisation des obligations qu'il comporte que la finalité qu'il se propose d'atteindre. En ce sens, le risque de normalisation est moindre. De fait, nous ne partageons pas l'idée de Dimitri Houtcieff, pour qui la notion fausse d'obligation essentielle doit être évacuée au profit de la notion de contradiction, afin d'éviter l'émergence d'un contenu normal du contrat[882]. Il nous semble qu'il y a là une confusion entre la normalisation du contrat et sa standardisation. Essentialiser l'obligation au regard de la finalité économique du contrat entraîne, certes une normalisation, mais non une standardisation du contrat. C'est ainsi que, dans le contrat de franchise, l'obligation est considérée ou non comme essentielle selon la finalité économique poursuivie[883]. Dès lors, il n'y a pas de standardisation, puisqu'un élément contingent est réintroduit dans l'appréciation de l'obligation essentielle. Il est vrai que la solution entraîne une normalisation du contrat, en ce qu'elle rationalise la volonté autour d'un but défini. Mais la solution n'équivaut-elle pas, alors, à celle que prescrit l'application du principe de cohérence ? La différence est pour le moins ténue entre une volonté normale et une volonté cohérente.

473. - La référence à l'économie du contrat, en ce qu'elle tend à garantir l'utilité du contrat, présente, malgré les apparences, une certaine orthodoxie. Elle s'autorise de la doctrine utilitariste et ne heurte guère le principe de sécurité juridique[884]. En outre, elle apparaît totalement conforme à l'évolution contemporaine du droit des contrats telle qu'elle ressort, notamment, de l'arrêt Chronopost. « Si cette évolution venait à se préciser, le contrat perdrait alors le caractère éthéré que lui a longtemps conféré la doctrine de l'autonomie de la volonté pour devenir une notion vraiment concrète, destinée à servir essentiellement l'utilité des contractants »[885].

L'économie du contrat apparaît alors comme l'outil permettant d'institutionnaliser la garantie de l'utilité du contrat. Mais l'enthousiasme que suscite cette perspective doit être nuancé. Si la

[882] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en droit des contrats*, préf. H. MUIR WATT, P.U.A.M. 2001, t. 1, p. 411.
[883] Voir *supra* n°332.
[884] Elle y semble même particulièrement conforme puisque nous avons, à plusieurs reprises, souligné ses points de convergence avec la notion d'attente légitime. Voir *supra* n°193.
[885] G. VINEY, *note préc.*, p. 557.

préservation de l’utilité du contrat paraît profondément souhaitable, il demeure que ce n’est qu’à la condition de circonscrire, avec le plus de précision possible, le terme d’utilité.

Chapitre 2

La nécessité d'une définition de l'utile

474. - La notion d'intérêt (ou d'utilité) du contrat, récemment promue en doctrine[886], nous paraît beaucoup trop imprécise pour mériter une quelconque « protection » par le droit des contrats. A cet égard, il est classique d'opposer à l'intérêt du contrat l'intérêt du contractant. Nous verrons que cette distinction, outre qu'elle suscite de nombreuses difficultés (Section 1), est impuissante à expliquer les solutions fondées sur l'économie du contrat. Nous serons donc amenées à dépasser cette dichotomie traditionnelle, pour découvrir que l'économie du contrat garantit, non l'intérêt du contrat, mais bien l'intérêt de l'opération contractuelle (Section 2).

SECTION 1 : LES LIMITES DE LA DISTINCTION INTERET DU CONTRAT, INTERET DU CONTRACTANT

475. - Distinguer l'intérêt du contrat de l'intérêt du contractant soulève un certain nombre de difficultés. Certaines d'entre elles sont conceptuelles : au plan même des principes, il demeure malaisé de définir avec précision les deux notions (§ 1). Les difficultés resurgissent en outre au plan factuel, expliquant l'embarras de la jurisprudence à faire le départ entre ce qui ressortit à la raison d'être du contrat, et ce qui relève des motivations propres à ses parties (§ 2).

[886] Voir *supra* n°450s.

§ 1 - Les difficultés conceptuelles de la distinction : l'embarras de la doctrine

476. - La dichotomie intérêt du contrat / intérêt des parties apparaît comme une nécessité, dans la mesure où le traitement réservé aux deux concepts est très différent (A). Pour autant, la doctrine ne parvient guère à s'accorder sur un critère net de distinction (B).

A. La nécessité de la distinction

477. - La notion d'intérêt du contrat rejoint la cause, telle que l'entend la jurisprudence la plus récente, et telle qu'elle tend à la protéger.

La notion d'intérêt du contractant rejoint, au contraire, ce qu'il est convenu d'appeler les « mobiles ». Il s'agit ainsi des raisons personnelles qui poussent une partie à s'engager[887]. Traditionnellement, ces mobiles demeurent relativement ignorés du droit des contrats. Aussi bien ne sont-ils pris en considération que pour apprécier la licéité de la cause, et encore ne le sont-ils qu'à certaines conditions[888]. Cette indifférence du droit positif aux mobiles s'explique tant par son extériorité à l'objet (2), que par son imprévisibilité (1).

1) L'imprévisibilité de l'intérêt du contractant

478. - Les mobiles ne s'inscrivent pas dans la logique contractuelle, mais dans la logique personnelle d'un des contractants. Ils relèvent en effet des motivations personnelles à l'une des parties. C'est l'hypothèse classique du fonctionnaire qui, pensant être nommé à Dijon, y achète un appartement, mais ne pourra obtenir la nullité de son acquisition s'il est nommé à Bordeaux. Il serait en effet fort injuste de faire peser sur l'un des contractants un risque d'annulation relatif à un élément sur lequel il est non seulement sans pouvoir, mais dont il n'a, le plus souvent, pas connaissance. C'est cette imprévisibilité des mobiles qui est traditionnellement présentée comme mettant obstacle à leur prise en considération[889].

---

[887] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 8ème éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2001, n° 81, p. 61.

[888] Le mobile illicite n'entraîne la nullité du contrat que dans la mesure où il a été déterminant. En revanche, la condition du caractère, sinon commun, à tout le moins connu, du mobile illicite, a disparu depuis l'arrêt Civ. 1ère, 7 octobre 1998, *J.C.P.* 1998, II, note M.-H. MALEVILLE, *D.* 1998, p. 563, concl. J. SAINTE-ROSE, *Rép. Defrénois* 1998, p. 1408, obs. D. MAZEAUD, *J.C.P.* 1999, I, 114, note C. JAMIN.

[889] Le contentieux de la cause illicite montre assez combien il est difficile de déterminer les mobiles des parties et leur rôle dans le consentement donné au contrat. Voir M. DEFOSSEZ, Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, *R.T.D.Civ*. 1985.521. L'auteur conclut en affirmant que la « transformation des motifs en cause apparaît donc subordonnée à deux conditions : que le contrat soit un moyen efficace pour parvenir au résultat qui a motivé sa conclusion ; que ce résultat soit intégré au champ contractuel ». Nous remarquerons en premier lieu que cette seconde condition a, à notre sens, disparu depuis l'arrêt précité Civ. 1ère, 7 octobre 1998. En outre, la formule, utilisée pour la cause subjective, nous paraît permettre de faire le départ

Pour autant, l'imprévisibilité n'est pas la seule justification au refus d'admettre l'erreur sur les mobiles, ou d'intégrer les mobiles dans la cause de l'obligation. En effet, la connaissance des mobiles par l'autre partie ne suffit pas à entraîner l'annulation du contrat au cas où l'attente suscitée par ces mobiles serait déjouée. L'exemple de Pothier est en ce sens, qui précise qu'il importe peu que j'aie mis mon vendeur au courant de ce que je n'achetais ses chevaux qu'en raison de ma conviction de la mort des miens, alors qu'en réalité il n'en est rien[890]. La jurisprudence ne fait pas davantage de la connaissance des mobiles par l'autre partie une circonstance autorisant l'annulation du contrat[891].

Il appert que ce n'est finalement pas l'imprévisibilité des mobiles (et, partant, de l'intérêt extrinsèque du contrat) qui exclut leur prise en considération puisque, dans l'hypothèse même où ceux-ci sont connus de l'autre, ils ne sont pas davantage intégrés à la cause ou au consentement. Leur mise à l'écart semble, en réalité, justifiée par leur extériorité à l'objet.

2) Le rapport des mobiles à l'objet du contrat

479. - Les mobiles peuvent être définis comme l'intérêt propre au contractant, recherché par celui-ci à travers la conclusion du contrat. C'est ce caractère personnel à l'une des parties qui isole le mobile de l'objet du contrat. Or, le droit français des contrats reste fortement centré autour de l'objet de l'obligation. Son influence se retrouve tant dans l'appréciation de l'existence de la cause que dans celle d'une erreur sur la substance.

S'agissant de l'existence de la cause, nous avons, à de multiples reprises, précisé que la cause de l'obligation était classiquement réduite à la contrepartie offerte. En ce sens, le concept n'a guère d'autonomie par rapport à l'objet de l'obligation de l'autre partie. C'est dire que l'impossibilité d'assurer l'intérêt du contractant, en tant que cet intérêt est étranger à l'objet même du contrat, doit traditionnellement demeurer sans influence sur la validité de la convention.

De même, il est classiquement enseigné que l'erreur sur les simples mobiles est indifférente. La solution est constante depuis l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 1er mars 1853, aux termes duquel : « cette opinion n'aurait été … que le motif assigné à la

---

entre l'intérêt intrinsèque du contrat, qu'il convient de protéger, et l'intérêt extrinsèque, qui ne doit pas être pris en considération par le droit des contrats.

[890] POTHIER, *Traité des obligations*, 1ère partie, chapitre I, section I, art. III § VI, n° 20. L'opinion de l'auteur s'oppose alors à celle de PUFENDORF pour qui, en pareille hypothèse, l'acheteur peut se dispenser de tenir le marché, pourvu qu'il n'ait encore rien été exécuté ni de part ni d'autre, et à la charge pour lui de dédommager le vendeur, s'il souffrait quelque chose de l'inexécution du marché.

[891] Exemple en a été donné dans une affaire où une personne avait acheté du tissu d'ameublement afin de confectionner des pantalons. Bien qu'il en eût informé son vendeur, il ne put obtenir l'annulation du contrat. V. Cass. Com., 4 juillet 1973, *D.*1974.538, note J. GHESTIN, *R.T.D.Civ*. 1974.803, obs. Y. LOUSSOUARN.

proposition qu'elle contenait et que l'erreur dans le motif ne suffit pas, aux termes de l'article 1110, pour que le consentement donné à l'effet de former une convention ou de s'en délier puisse être non avenu »[892]. Il s'agit là d'une limite au consensualisme que le souci de réalisme a rendue nécessaire. En effet, si la volonté, pour pouvoir créer des obligations, se doit d'être parfaitement intègre, il serait parfaitement incongru d'exiger une clairvoyance absolue. Aussi bien, lorsqu'il y a erreur sur les simples mobiles, « la volonté de l'*errans* est certainement altérée, mais le sort de l'acte juridique ne saurait dépendre d'événements ou d'espérances, parfois chimériques, étrangers à son objet, et dont le cocontractant n'aura guère connaissance, en principe »[893]. Peu importe, en outre, que le mobile soit connu de l'autre : « parce qu'il ne cristallise pas en une qualité ou en une aptitude intrinsèque de la chose, le mobile déterminant, espérance chimérique ou croyance erronée, comporte toujours un aléa dont la charge ne saurait être imposée à l'autre partie hors de sa volonté »[894].

480. - L'extériorité de l'intérêt extrinsèque du contrat à son objet met donc obstacle à sa prise en considération par le droit positif, que ce soit au titre d'une absence de cause, ou à celui d'une erreur sur la substance. La prévalence, en droit des contrats, de l'objet, au détriment de l'opération contractuelle, explique le refoulement des mobiles hors de la sphère de protection judiciaire.

Alors donc que les mobiles sont traditionnellement indifférents, l'intérêt du contrat, en tant qu'il se confond à la cause telle qu'elle est aujourd'hui entendue, fait l'objet des attentions du juge. Il paraît dès lors nécessaire de pouvoir cerner avec certitude ce qui relève de l'intérêt du contrat et ce qui relève de l'intérêt des parties. Or, la doctrine manifeste un certain embarras à établir une nette distinction.

B. Les difficultés de la distinction

481. - Alors qu'il peut paraître aisé de définir, dans l'abstrait, chacune des deux notions (1), la distinction a été obscurcie par la volonté doctrinale de vouloir promouvoir certains mobiles au rang de cause (2).

[892] Cass. Civ., 1er mars 1853, *D*. 1853.1.134.

[893] P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, thèse Paris 2, 1981, n° 217, p. 82. L'auteur précise, en outre, que, si le mobile se rapporte à un événement futur, il s'agit, dans la plupart des cas, d'une erreur sur le développement économique du contrat, dont il ne peut être tenu aucun compte, notamment en raison de l'indifférence de l'imprévision en droit français.

[894] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, n° 218, p. 82.

1) La distinction abstraite intérêt du contrat / intérêt du contractant

482. - L'intérêt du contrat recouvre, à notre sens, les retombées économiques inhérentes à la figure contractuelle choisie. Il est identifiable au travers de la structure même du contrat. Il se confond avec la finalité économique normalement poursuivie par des parties à travers le choix de cette figure contractuelle. Il dépasse la simple contrepartie puisqu'il impose une recherche, beaucoup plus pragmatique, des bénéfices économiques réellement attendus du contrat. Il est, pourrait-on dire, de l'essence même du contrat. Nous citerons, pour illustrer ce concept, Mme Judith Rochfeld : « le juge doit considérer l'intérêt de chaque partie au contrat, c'est-à-dire rapporter le sacrifice consenti à l'avantage espéré. Pour ce faire, il peut isoler la finalité de l'opération contractuelle, rechercher son économie générale, afin de comprendre et de dégager les contreparties nécessaires pour l'atteindre »[895]. L'intérêt du contrat est donc le point de convergence des attentes des deux parties. Cette vision rejoint celle de Carbonnier qui disait du contrat qu'il représente une « entité, une réunion d'éléments qui, plus que la simple juxtaposition de ses parties, portent une finalité et une logique globales »[896]. La proposition se vérifie, même dans les contrats marqués par un antagonisme d'intérêts. La finalité économique visée par les parties imprime au contrat sa structure, afin d'en satisfaire l'intérêt intrinsèque. Dans ce sens, M. Voirin disait que « le but économique (…) est le moteur ou l'animateur de l'acte, il le vivifie »[897]. L'intérêt intrinsèque du contrat recouvre alors les motivations économiques telles qu'elles peuvent être déduites de la rédaction du contrat.

483. - L'intérêt du contractant recouvre, lui, les retombées secondaires du contrat, ses répercussions sur la situation personnelle de l'une des parties. Si l'intérêt « intrinsèque » marque le point de convergence des attentes des parties, l'intérêt « extrinsèque » vise, au contraire, les attentes des parties dans ce qu'elles ont de plus personnel et, pourrait-on dire, de plus égoïste. La distinction semble malaisée. Elle peut cependant être ainsi résumée : s'interroger sur l'intérêt du contrat, c'est se demander si la finalité économique, inhérente à l'opération contractuelle choisie par les parties, peut être atteinte. S'interroger sur l'intérêt du contractant, c'est se demander si l'une des parties trouve dans la conclusion du contrat l'utilité, appréciée personnellement et concrètement, qu'elle en attendait.

[895] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 576.
[896] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8ème éd., L.G.D.J., 1995, p. 312.
[897] P. VOIRIN, note sous Cass. Civ., 11 mai 1942, *J.C.P*. 1942, II, 2007, p. 3.

Alors que la distinction, ainsi établie, avait le mérite d'une certaine clarté, la doctrine a soulevé l'idée que la notion d'intérêt du contractant était polymorphe et que toutes ses déclinaisons ne méritaient pas les mêmes égards, obscurcissant encore une question où manquaient déjà les certitudes.

2) La volonté doctrinale de prise en considération de certains mobiles

484. - Traditionnellement, nous l'avons vu, le champ contractuel laisse de côté les mobiles, spécifiques à chacune des parties et inconnus de leur partenaire. Pour autant, la doctrine a parfois suggéré leur prise en considération. C'est le cas de Lerebours-Pigeonnière, qui, s'interrogeant sur l'erreur sur les mobiles, affirmait qu' « il y a des motifs qui peuvent être plus importants que des qualités substantielles. Est-ce que la qualité n'est pas un motif. Pourquoi ne tenir compte que des motifs relatifs à la qualité de la chose ? »[898]. Aussi bien propose-t-il d'intégrer les motifs prévisibles à l'accord des volontés. Une telle démarche s'apparente à une « recherche abstraite de ce pourquoi la volonté s'est obligée », et, par là même, à une définition de « l'implicite vraisemblable ». Or, « est vraisemblable, *quod plerumque fit* »[899].

485. - L'opinion d'Esmein ne diffère guère de celle-ci. Selon lui, « … la bonne foi oblige chaque partie à admettre que l'autre a subordonné la validité de son engagement à l'existence d'un fait, d'une qualité, que toute personne passant le même contrat considèrerait comme essentiel, ou que, d'après les usages du commerce, on peut s'attendre à rencontrer en présence des termes employés par les contractants »[900]. Une distinction doit donc être faite entre les mobiles purement personnels à l'une des parties, et les motifs pouvant être regardés comme une condition implicite, à laquelle tout contractant eût normalement subordonné son consentement[901]. Ce bref aperçu de la question de l'erreur sur les mobiles nous paraît assez éclairant. Il permet de mettre en exergue la notion de mobiles « objectivement déterminants »[902].

---

[898] LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Notes sur l'émission des actes juridiques et la théorie de l'erreur, à propos d'autonomie de la volonté et de déclaration de volonté*, Trav. jur. et écon. de l'Université de Rennes, t. IV, 1912, p. 205s.
[899] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 85, n° 227.
[900] PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire*, 2ème éd., VI par Esmein, n° 177.
[901] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 86, n° 230.
[902] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 85, n° 227, *in fine*.

486. - L'on retrouve ici la trace de notre contractant standard, et de la dictature contractuelle qu'il impose. C'est par référence à sa volonté qu'est déterminé le champ contractuel. Ainsi, entrent dans le contrat « les objectifs normalement poursuivis par la conclusion de telle ou telle espèce de convention »[903]. L'utilité attendue du contrat ne serait donc susceptible d'être protégée que dans la mesure où il s'agit d'une utilité normale, eu égard à la figure contractuelle choisie. C'est ainsi que, pour Judith Rochfeld, « c'est non seulement à celui qui s'éloigne de la normalité, (…), d'en assumer le risque, mais, de plus, il faut exiger que toute incertitude soit levée quant à l'insertion d'un mobile et, à cette fin, que celle-ci s'effectue par manifestation expresse »[904].

487. - Il paraît donc légitime de garantir que le contrat présente un intérêt, y compris un intérêt propre à l'une des parties, si cet intérêt est celui qu'attendrait de la conclusion du contrat un bon père de famille. Cette condition de normalité de l'intérêt du contrat ne nous semble pas justifier, à elle seule, que celui-ci soit intégré au champ contractuel. Il nous semble en réalité que tout intérêt, aussi prévisible soit-il, ne peut être protégé.

Aussi bien, pour pouvoir être protégé, le mobile doit être un élément s'incorporant à la finalité du contrat, à la poursuite de son but. « Le mobile ne devient, ainsi, un élément causal, subjectivement essentiel, que s'il participe à la poursuite du résultat, à la démarche finaliste, à l'utilité du contrat »[905]. Le mobile, donc, pour être pris en considération, ne doit pas être tout à fait extérieur au contrat.

La question rejoint une de celles qu'avait suscitées l'étude de l'imprévision, et c'est avec profit que l'on peut citer ici la distinction proposée par Hervé Lecuyer, traitant du contrat, acte de prévision. L'auteur commence par dissocier les prévisions « intrinsèques », que l'on pourrait rapprocher du contenu du contrat et, partant, de l'objet, des prévisions « extrinsèques », comme éléments ayant commandé l'engagement du contractant, dans son principe et dans les termes finalement retenus, se rapprochant ainsi du concept de cause[906]. Si ce sont les prévisions intrinsèques qui ont été déjouées, il conviendra d'appliquer les remèdes classiques à l'inexécution des obligations. Si, au contraire, les faits s'écartent des prévisions extrinsèques des parties, il faut là encore, distinguer deux situations. Soit le contrat ne répond

[903] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 269.
[904] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 278.
[905] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 273. L'auteur cite la jurisprudence italienne, et notamment un arrêt rendu par la Cour de cassation italienne, le 6 mai 1969, affirmant que « le motif peut revêtir une importance essentielle seulement s'il s'insère objectivement dans la structure contractuelle, en tant que condition spécifique d'efficacité du contrat ».
[906] H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, éd. J.-Cl., PUF, 1999, p. 644.

plus aux besoins auxquels il était destiné répondre, soit il répond toujours aux besoins auxquels il était destiné répondre, mais ces besoins ne sont plus ceux du contractant[907]. Dans la première hypothèse, la révision doit être envisagée, mais exclue dans la seconde. Cette dichotomie nous semble particulièrement éclairante. Elle converge avec celle proposée par Patrick Chauvel, s'agissant de l'erreur sur les mobiles. Il remarque ainsi que, dans toutes les hypothèses où l'erreur a été prononcée, l'insatisfaction du but était inhérente à la chose, objet de l'obligation, ne résultant pas de circonstances propres au demandeur. « Que la chose eût au contraire présenté ces possibilités fonctionnelles et il eût alors importé peu que l'*errans*, pour des raisons personnelles, se fût mépris sur son utilité »[908].

488. - Pour conclure, l'intérêt propre à l'une des parties ne peut être protégé que si cet intérêt est normal, et qu'il s'inscrit dans la logique de la finalité du contrat. Or, cette définition est celle de ce que nous avons appelé l'intérêt intrinsèque du contrat. La doctrine, y compris la plus favorable à une prise en considération accrue du concept « d'intérêt », n'est donc pas favorable à la protection de l'intérêt du contractant. Soit cet intérêt se fond dans la finalité inhérente au contrat, et elle se confond alors avec l'intérêt du contrat. Soit cet intérêt est purement personnel à l'une des parties, et le droit des contrats doit lui demeurer indifférent.
Cet examen de la doctrine montre assez combien est subtile la distinction entre l'intérêt du contrat et l'intérêt du contractant. Des incertitudes demeurent, et l'analyse de la jurisprudence n'est, à cet égard, guère plus éclairante.

§ 2 - Les difficultés factuelles de la distinction : l'embarras de la jurisprudence

489. - Alors qu'une décision avait semblé admettre que l'on pût protéger l'intérêt propre à l'un des contractants (A), cette jurisprudence a été démentie avec constance par la suite (B), mettant ainsi en évidence les difficultés tenant à la distinction de la cause et des mobiles.

A. Une admission exceptionnelle de la protection de l'intérêt propre à l'un des contractants

490. - Nous faisons ici référence à un jugement rendu par le Tribunal mixte de Basse-Terre le 17 mars 1993[909], dont les faits peuvent être ainsi résumés : en 1989, un contribuable imposé

[907] H. LECUYER, *note précitée*, p. 655.
[908] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 45, n° 111.
[909] Trib. Mixte Basse-Terre, 17 mars 1993, *D.* 1993, jur. p. 449s, note P. DIENER, *R.T.D.Civ*. 1994.95, obs. J. MESTRE, P. DIENER, A propos d'une prétendue absence de cause, *D.* 1994, chr. p. 347s., J. MESTRE, Cause du contrat et objectif de défiscalisation (clôture d'une controverse non ouverte), *D.* 1995, chr. p. 34.

dans les tranches supérieures à 50 % est démarché par un conseiller en défiscalisation DOM TOM et un promoteur en vue de l'achat d'un bien immobilier meublé faisant partie d'une résidence hôtelière construite dans l'île de Saint-Martin. Un montage licite permet de maximiser l'avantage fiscal : création, par le contribuable, d'une société écran, EURL au capital de 50000 F, se portant elle-même acquéreur, souscription d'un prêt très important et réalisation de l'achat le plus tard possible dans l'année de perception des revenus qu'il veut faire échapper à l'impôt. L'EURL est constituée par notaire en décembre 1989, le prêt accordé le 21 du même mois et l'acte authentique passé le 30. Cependant, la société n'est finalement immatriculée que le 5 janvier 1990, faisant avorter l'opération de défiscalisation promise pour 1989. Assigné en paiement par le vendeur du bien, le contribuable invoque alors la résolution et la nullité de la cession. Il fait notamment valoir que l'immatriculation de la société avant le 31 décembre 1989 était une condition suspensive de la vente. Le Tribunal Mixte de Basse-Terre retient une analyse un peu différente, mais conclut cependant à la nullité du contrat : « il apparaît plus conforme à la volonté des parties d'analyser l'exigence d'une immatriculation antérieure au 31 décembre 1989 comme un élément essentiel de l'accord. Il est en effet patent que l'objectif poursuivi par les investisseurs agissant dans la cadre de la loi du 11 juillet 1986, dite loi Pons, et plus particulièrement ceux qui invoquent les dispositions de l'article 238 *bis* HA CGI est d'abord un objectif fiscal, ce que n'ignorent pas les promoteurs qui, comme dans la présente espèce, axent toute leur commercialisation autour des avantages fiscaux de l'opération. (…). La précipitation avec laquelle a été conclue la vente et constituée la société témoigne de ce que l'objectif poursuivi était bien d'opérer une défiscalisation sur l'année 1989. (…) Le mobile fiscal, quand il est aussi déterminant, peut être considéré comme la cause de l'acte. Ainsi la cause de la vente (et de la société) est la déduction fiscale espérée sur les résultats imposables de l'année 1989, or, il n'est pas contesté que le défaut d'immatriculation pendant l'exercice 1989 exclut que la défiscalisation puisse être pratiquée sur les résultats imposables de cette année. (…) La vente se trouve dès lors privée de sa cause et doit être annulée ».

491. - Cette décision a été diversement appréciée en doctrine. Si la solution paraît juste, le raisonnement qui permet d'y parvenir a parfois été critiqué[910]. Il est certain que ce jugement marque une rupture avec les principes les plus classiques du droit des obligations. Il opère en effet une synthèse entre les notions de cause objective et de cause subjective, puisque

[910] Voir J. MESTRE dans *R.T.D.Civ*. 1994.95.

l'existence de la cause est appréciée au regard, non de la contrepartie, mais des motivations des parties. Une analyse traditionnelle du litige aurait abouti à conclure à l'existence de la cause. S'agissant d'un contrat de vente, la cause, abstraitement entendue, consiste pour l'acheteur dans l'acquisition de la propriété du bien. Or, en l'espèce, le contribuable est devenu propriétaire du lot objet du contrat. A cet égard, il ne peut prétendre à la nullité. Le raisonnement du Tribunal mixte de Basse Terre est plus pragmatique, qui voit dans l'avantage fiscal escompté la véritable cause de l'obligation de l'acheteur – contribuable. C'est en effet méconnaître l'économie de l'opération que de la réduire à une simple vente. Preuve peut en être trouvée dans les circonstances ayant entouré sa conclusion. La décision ne manque d'ailleurs pas de relever que la politique commerciale des promoteurs est largement axée sur la défiscalisation, que l'EURL constituée par le contribuable est domiciliée dans une société de domiciliation contrôlée par le promoteur. En outre, comme le note Pascal Diener, « on voit mal d'ailleurs ce qui pourrait inciter ces contribuables surfiscalisés, mais bien naïfs, auxquels le montage juridique fait endosser l'habit d'investisseur professionnel, à acquérir des biens vendus le plus souvent deux fois leur valeur réelle »[911]. Dans une telle occurrence, ne devient-il pas légitime de considérer la défiscalisation, « élément déterminant, tiré de l'économie du contrat », comme la cause de l'obligation de l'acheteur ? Cette question est riche, qui suscite plusieurs réflexions.

492. - Il paraît, au premier abord, très dangereux d'élever les mobiles propres à chaque partie au rang de cause de leur obligation. Cela revient en effet à menacer nombre de contrats et, par là même, à ruiner la sécurité juridique[912]. Il nous semble en outre que deux éléments importants mettent obstacle à une « protection » des mobiles par la jurisprudence.

Le premier tient à leur imprévisibilité. Par nature même, les mobiles sont propres à chaque contractant. En ce sens, il est impossible à l'autre partie d'en avoir connaissance. Il paraît dès lors injuste de lui faire subir une nullité fondée sur des éléments qui leur sont totalement étrangers. Ce premier obstacle peut cependant être levé, dans deux hypothèses. D'une part, il est possible que les mobiles aient été intégrés dans le champ contractuel. C'est ce que soutenait le Professeur Diener en l'espèce, relevant que la défiscalisation explique le fonctionnement du système tout entier, depuis le conseil en gestion de patrimoines et ses

[911] P. DIENER, note sous Trib. Mixte Basse Terre, 17 mars 1993, *D*. 1993, jur., p. 452.

[912] J. MESTRE, *R.T.D.Civ*. 1994.95. « En décider autrement la (la jurisprudence) conduirait, en effet, à remettre en cause nombre de contrats, notamment de vente, où les objectifs poursuivis par les parties sont manifestement loin d'être toujours atteints ».

prescripteurs jusqu'à l'acheteur final[913]. L'on peut cependant s'interroger sur les conditions d'intégration du mobile dans le champ contractuel[914]. En second lieu, certains auteurs soutiennent que la cause peut comprendre les mobiles lorsque ceux-ci sont « prévisibles ». En l'espèce, Pascal Diener considère ainsi qu'il est « inutile de procéder à une analyse psychologique complexe, de rechercher des motifs plus éloignés, concrets, variables et personnels (…). Ici, les mobiles, les motifs qui ont déterminé le consentement peuvent être circonscrits au but immédiat et abstrait, toujours identique pour toute opération de défiscalisation. On peut même dire, sans trahir M. Maury, que ce but, élément subjectif, est cependant défini de manière objective »[915] . Judith Rochfeld se rallie à cette opinion, qui voit dans ce jugement « le passage d'une cause individuellement définie à une cause abstraite et typique, la différence tenant à la propagation de l'attente créée par le type de contrat, à son ancrage dans la collectivité. Ces jugements constitueraient alors les éphémères traces d'une cause atypique, avant que celle-ci ne devienne typique »[916]. Ainsi, selon ces auteurs, lorsque l'intérêt extrinsèque attendu du contrat est suffisamment prévisible, l'on pourrait dire « objectivé », il devient légitime d'en faire la cause de l'obligation.

493. - Un second obstacle nous paraît cependant s'élever à l'admission d'une protection de l'intérêt extrinsèque du contrat. Une telle protection est nécessairement fondée soit sur l'absence de cause, soit sur l'idée d'une erreur sur la cause. Dans les deux hypothèses, il nous semble que seules peuvent être visées les qualités de la contrepartie. A notre sens, la nullité n'est justifiée que si les qualités de la contrepartie font défaut ou ont été l'objet d'une méprise de la part de l'une des parties. Pascal Diener y fait d'ailleurs référence dans son parallèle entre l'espèce du 17 mars 1993 et le vente d'un terrain devenu constructible le jour de sa vente. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait considéré la constructibilité comme une qualité essentielle du terrain vendu[917]. L'auteur considère alors que, de même que la constructibilité a été considérée comme une qualité essentielle du terrain vendu, le fait d'être « défiscalisable » doit être considéré comme une qualité substantielle de l'immeuble vendu dans notre espèce. Ce parallèle nous semble cependant manquer de pertinence. Si la constructibilité peut être considérée comme une qualité substantielle, c'est parce qu'elle est propre au bien objet du contrat. Or, le caractère défiscalisable de l'immeuble n'en est pas une qualité : la

[913] P. DIENER, *note précitée*, p. 452.
[914] Voir *supra* n°484.
[915] P. DIENER, A propos d'une prétendue absence de cause, *D*. 1994, chr., p. 350.
[916] J. ROCHFELD, *thèse précitée*, n° 262, p. 240.
[917] Civ. 3ème, 9 juillet 1984, *R.T.D.Civ*. 1985.406.

défiscalisation est certes subordonnée à l'achat de l'immeuble, mais elle lui demeure extérieure, notamment parce qu'elle est subordonnée à d'autres circonstances, étrangères à l'acquisition de cet immeuble, telles l'obtention du prêt, la constitution de la société… sur lesquelles le vendeur du bien est sans pouvoir. L'extériorité du mobile à l'objet de la contreprestation reste, en droit français, un obstacle à la nullité, comme en témoignent des décisions postérieures.

B. L'indifférence classique de la jurisprudence à l'intérêt propre au contractant

494. - Postérieurement au jugement rendu par le tribunal mixte de Basse Terre, des espèces soulevant le même type de problème ont été soumises à la Cour de cassation. L'on peut, citer, par exemple, une décision du 31 octobre 2000, émanant de la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation. Dans cette affaire, envisageant de tirer bénéfice des dispositions fiscales avantageuses de la loi « dite Malraux », des particuliers avaient acquis un bien immobilier d'une société de gestion de patrimoine. Les acquéreurs, n'ayant finalement pas pu bénéficier des dispositions avantageuses de ce texte, demandèrent la nullité de la vente. Déboutés par la Cour d'appel, ils se pourvurent en cassation. La Haute Juridiction rendit un arrêt de rejet : « Attendu qu'ayant constaté qu'informés par la société anonyme de gestion du patrimoine des conditions d'application de la loi « dite Malraux », les époux Carteau étaient en mesure d'apprécier s'ils remplissaient ou non les conditions imposées par cette loi pour bénéficier des avantages fiscaux s'y rapportant ; (…) qu'il ne résultait d'aucune pièce versée aux débats que la SAGEP s'était engagée à vendre aux époux Carteau un immeuble ouvrant droit au régime dérogatoire « dit de la loi Malraux », la Cour d'appel (…) a pu en déduire l'absence d'erreur sur la cause de l'engagement »[918]. L'espèce, pour proche qu'elle paraisse de celle qui a donné lieu au jugement du Tribunal Mixte de Basse Terre, s'en distingue cependant sur plusieurs points.

495. - En premier lieu, l'argumentation est ici fondée, non sur l'absence de cause, mais sur l'erreur commise par les acquéreurs. La problématique s'éloigne donc de celle du jugement précédemment évoqué. En effet, s'agissant de l'erreur de l'article 1110, l'on sait que celle-ci doit porter sur la substance de la chose. Or, le statut juridique de la chose peut en être considéré comme une qualité substantielle. Il en est ainsi de la constructibilité d'un terrain à bâtir. L'on peut néanmoins s'interroger sur le caractère substantiel du statut fiscal. « La faveur

[918] Civ. 3ème, 31 octobre 2000, *Droit et Patrimoine* 2001, n° 2812, obs. P. CHAUVEL.

fiscale du législateur peut certainement être un motif de l'opération, elle ne saurait constituer, dans l'abstrait, la substance de la chose vendue. »[919].

En second lieu, le montage des deux opérations n'est pas le même. S'agissant du jugement du Tribunal Mixte de Basse Terre, l'opération était entièrement « ficelée » autour de l'avantage fiscal, au point que celui-ci était, à notre sens, entré dans le champ contractuel. C'est également l'argumentation des époux Carteau. Cependant, si le cocontractant connaissait ce motif, cette simple connaissance ne suffit pas à le transformer en cause commune aux deux parties. C'est ainsi que la société SAGEP n'avait, sur le bénéfice de la loi « dite Malraux », rien promis.

496. - La Cour de cassation confirme ce raisonnement dans un arrêt du 13 février 2001. Les faits en étant similaires, la Haute Juridiction décide que « l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant ; que c'est donc à bon droit que l'arrêt énonce que l'absence de satisfaction du motif considéré – savoir la recherche d'avantages d'ordre fiscal – alors même que ce motif était connu de l'autre partie, ne pouvait entraîner l'annulation du contrat faute d'une stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigeant en condition de ce contrat »[920]. Si la solution de l'arrêt nous convainc, sa formulation nous paraît cependant trop réductrice. En effet, la Cour de cassation semble subordonner l'entrée des mobiles dans le champ contractuel à leur érection en condition. Il nous semble, au contraire, que l'intégration des mobiles au champ contractuel peut n'être que tacite. Evidemment, une telle affirmation suscite bien des difficultés. La première d'entre elles tient à la définition d'un critère permettant de cerner quand les mobiles, non érigés en condition, peuvent cependant devenir causaux. La réponse se trouve, à notre sens, et une fois encore, dans le concept d'opération contractuelle. En effet, il nous semble que le mobile doit être intégré au champ contractuel lorsqu'il constitue la cause de l'opération contractuelle. La comparaison du jugement du tribunal mixte de Basse Terre aux arrêts du 31 octobre 2000 et du 13 février 2001 nous semble, à cet égard, éclairante. Dans le premier, le montage proposé par le promoteur, allié au conseiller fiscal, met en exergue l'existence d'une véritable opération contractuelle. Dans les deux autres cas, la seule conclusion du contrat de vente portant sur des biens immobiliers, sans la moindre implication du vendeur dans la

[919] P. CHAUVEL, *obs. précitées*. L'auteur remarque en outre que, « au-delà du motif, l'erreur ne porte alors, en réalité, que sur la rentabilité financière de l'opération, ce qui se rapproche fort, on l'admettra sans peine, de l'erreur sur la simple valeur ».

[920] Civ. 1ère, 13 février 2001, *Bull. civ.*, I, n° 31, *R.T.D.Civ*. 2001.352s, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

recherche du bénéfice fiscal, montre assez que l'opération contractuelle ne tend pas vers la faveur fiscale.
C'est donc, à notre sens, l'analyse de l'opération contractuelle qui permet de faire le départ entre l'intérêt à protéger et l'intérêt auquel le droit doit rester indifférent. Seul l'intérêt de l'opération contractuelle peut être garanti.

497. - Ainsi, tant que le droit français s'articulera autour des notions de cause et d'objet, seules les qualités propres à la contreprestation (ou à la prestation) pourront être prises en compte. A cet égard, la défiscalisation, ne pouvant être considérée comme une qualité substantielle de l'immeuble parce qu'extérieure à lui, ne peut, pour cette raison, être considérée comme la cause de l'obligation. Seul le dépassement du concept contractuel par la considération de l'opération contractuelle pourra permettre une protection, sous certaines conditions, de l'intérêt extrinsèque du contrat. C'est ce que semble aujourd'hui amorcer la jurisprudence par la référence à l'économie du contrat.

SECTION 2 : LE DEPASSEMENT DE LA DICHOTOMIE INTERET DU CONTRAT, INTERET DES PARTIES, PAR REFERENCE A L'ECONOMIE DU CONTRAT

498. - La dichotomie intérêt du contrat / intérêt des contractants sème un certain trouble en doctrine comme en jurisprudence, trouble que l'étude des arrêts mettant en jeu l'économie du contrat ne parvient guère à dissiper. En effet, cette distinction, qui rejoint celle de la cause et des mobiles, ne parvient pas à expliquer les solutions fondées sur l'économie du contrat (§ 1). Il semble qu'en réalité, la notion permette un véritable dépassement de cette dichotomie, en donnant la prévalence à l'idée d'intérêt de l'opération contractuelle (§ 2).

§ 1 - L'impuissance de la distinction intérêt du contrat / intérêt du contractant à expliquer les solutions fondées sur l'économie du contrat

499. - La distinction de la cause et des mobiles ne permet pas d'expliquer les solutions fondées sur l'économie du contrat. En effet, la notion permet, dans certains arrêts, une garantie de ce qu'il est convenu d'appeler l'intérêt du contrat (A). Cependant, d'autres espèces montrent que l'économie du contrat permet également de protéger l'intérêt des parties (B).

A. Les décisions visant à protéger l'intérêt du contrat

500. - Dans la majorité des arrêts que nous avons étudiés, la référence à l'économie du contrat permettait de protéger l'intérêt du contrat davantage que l'intérêt des parties à ce contrat. Qu'il s'agisse, par exemple, de l'hypothèse des ventes à prix symbolique ou des « coups d'accordéon », leur maintien est dicté, non par la satisfaction de l'intérêt des parties, mais par le constat de leur utilité sociale. L'arrêt que nous avons évoqué, relativement au coup d'accordéon[921], en fournit une parfaite illustration. L'on se souvient, en effet, que le créancier, disposant d'un nantissement sur les actions de la société pour laquelle avait été décidé le coup d'accordéon, s'était, de fait, trouvé dépourvu de tout titre. Le « coup d'accordéon » était donc gravement préjudiciable à ses intérêts. Il a pourtant été jugé que l'actionnaire principal n'avait pas manqué à son obligation de bonne foi, par référence à l'économie du contrat. C'est dire que la référence à l'économie du contrat peut permettre de donner la priorité à l'utilité

[921] Cass. Com., 6 mai 2000, *Juridisque Lamy*, arrêt n° 905, pourvoi n° 98.22-745, voir *supra* n° 265.

intrinsèque de l'opération plutôt qu'aux intérêts de ceux qui y sont partie. D'autres décisions suscitent néanmoins plus d'interrogations.

B. Les décisions visant à protéger l'intérêt des parties

501. - Il en va ainsi de l'arrêt du 3 juillet 1996[922]. Le contrat conclu par les époux Piller avec la société DPM avait été, on s'en souvient, annulé pour absence de cause. La référence à l'économie du contrat était étroitement associée au constat de l'absence d'intérêt économique du contrat. Or, cet intérêt, qui faisait défaut en l'espèce, est-il l'intérêt du contrat, ou celui du contractant ? La question est très délicate. S'agissant d'un contrat de fourniture de cassettes vidéo, l'intérêt qui doit en être normalement attendu se limite à la mise à disposition des cassettes. L'espérance d'une rentabilité du point club vidéo semble extérieure au contrat, elle relève davantage des mobiles de l'une des parties. En ce sens, c'est bien leur intérêt propre qui est menacé par l'impossibilité d'une exploitation rentable. Il y a bien, dès lors, protection de l'intérêt des parties (ou, plus précisément, de l'une des parties) par référence à l'économie du contrat. Cependant, le mobile, constitué par l'espoir d'exploiter une activité rentable, est tout à fait prévisible. Ce qui n'est qu'un mobile au regard du contrat de fourniture de cassettes est la véritable cause de l'opération contractuelle, qui associe la mise à disposition de ces cassettes et leur destination naturelle : leur écoulement sur le marché.

502. - Un parallèle avec l'erreur est, là encore, possible. L'on sait que l'erreur sur les mobiles est indifférente. L'erreur doit porter sur la substance de la chose pour entraîner la nullité du contrat[923] . Encore faut-il s'entendre sur ce qu'est la substance de la chose. Rappelons brièvement que deux conceptions en ont été proposées. La première est objective, qui assimile la substance de la chose à la matière dont elle est faite. Cette vision de la substance étant trop réductrice, on lui a préféré une analyse plus subjective. La substance de la chose est constituée par ses qualités essentielles. Parmi celles-ci, l'on trouve, outre les qualités intrinsèques de la chose, ses possibilités d'utilisation. Or, « on ne saurait restreindre à l'utilisation matérielle de la chose la prise en considération de l'utilité finale »[924]. C'est ainsi que la jurisprudence a décidé qu'appartenaient à la contreprestation des éléments de fait que l'*errans* avait intégrés

[922] Civ. 1ère, 3 juillet 1996, bull. civ. I, n° 286, *J.C.P*. 1997, I, 4015, obs F. LABARTHE, *Defrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE, *R.T.D.Civ*. 1996.903, obs. J. MESTRE, *D*. 1997. 500, note Ph. REIGNE, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 1503, note P. CHAUVEL

[923] Ou sur la personne si le contrat est conclu *intuitu personae* (article 1110 alinéa 2 du Code civil).

[924] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 44, n° 107.

dans la conception qu'il s'en faisait[925]. L'annulation est donc possible lorsque la fin poursuivie par l'*errans* ne peut être atteinte. Cela marque une dématérialisation de l'objet. « Aussi, bien loin que l'erreur de fait sur la contreprestation se limite aux qualités intrinsèques de la chose, elle s'étend (…) pour ainsi dire aux aptitudes à la satisfaction de la fin poursuivie. Ce faisant, néanmoins, l'erreur n'en cesse pas de porter sur l'objet »[926]. Il ne serait donc point choquant d'annuler un contrat qui ne permet pas d'assurer la fin que poursuivait l'une des parties. Cela le serait d'autant moins qu'en l'espèce, cette fin était dictée par le *plerumque fit*. Aussi bien les mobiles des époux Piller sont-ils, en réalité, parfaitement objectifs, ce qui autorise leur prise en considération.

503. - Cette explication se heurte, à notre sens, aux arrêts du 31 octobre 2000 et du 13 février 2001. Ces deux décisions avaient considéré que le statut fiscal d'un immeuble n'en était pas une qualité substantielle et avaient, par là même, refusé d'annuler les contrats de vente sur le fondement de l'erreur. L'erreur sur la rentabilité de l'opération n'a donc pas été considérée comme devant mettre obstacle à sa validité. La décision paraît alors difficilement conciliable avec celle de 1996. L'on voit que la divergence des solutions ne peut guère être expliquée par la dichotomie cause / mobiles. Dans les deux cas, l'objectif de rentabilité était connu du contractant, l'un connaissant la destination des cassettes vidéo, l'autre la volonté de bénéficier des avantages fiscaux de la loi « dite Malraux ». La mise en parallèle des deux arrêts montre bien les limites de la distinction entre l'intérêt du contrat et l'intérêt des parties à ce contrat.

504. - L'arrêt du 15 février 2000 suscite les mêmes interrogations. En effet, l'on se souvient que, dans cette espèce, l'interruption de la diffusion des messages publicitaires avait entraîné l'inutilité du matériel loué à cette fin par le pharmacien. Or, malgré la clause de divisibilité expresse intégrée au contrat, la Cour de cassation a décidé la résolution du crédit-bail. Là encore, l'on ne peut être que perplexe au regard de la distinction classique de la cause et des mobiles. L'on se souvient, en effet, de l'étude d'Hervé Lecuyer qui, avec beaucoup de pertinence, avait opposé les prévisions intrinsèques des parties à leurs prévisions extrinsèques, constituées des éléments ayant commandé l'engagement du contractant, dans son principe et

[925] C'est ainsi, par exemple, qu'a pu être annulée la cession des parts d'une société exploitant une clinique étant avéré que non seulement les projets d'agrandissement et d'extension manifestés par le cessionnaire étaient irréalisables, en raison d'une clause du règlement de copropriété de l'immeuble, mais que même la régularité du fonctionnement de l'établissement sur les bases actuelles pouvait être contestée. Civ. 3ème, 25 mai 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17249, obs. J. GHESTIN.
[926] P. CHAUVEL, *thèse précitée*, p. 44, n° 109 et 110.

dans les termes finalement retenus[927]. Or, selon l'auteur, si les faits s'écartent des prévisions extrinsèques des parties, il faut distinguer deux situations. Soit le contrat ne répond plus aux besoins auxquels il était destiné répondre, soit il répond toujours aux besoins auxquels il était destiné répondre, mais ces besoins ne sont plus ceux du contractant[928]. Le juge ne doit, selon cette analyse, intervenir que dans la première hypothèse. Or, l'arrêt du 15 février 2000 correspond beaucoup plus sûrement à la deuxième occurrence. En effet, le contrat de crédit-bail continue de remplir sa finalité naturelle : la mise à disposition du matériel télématique. Seuls les besoins du crédit-preneur ont changé. C'est bien le changement de sa situation de fait (l'interruption des messages) qui a rendu inutile le contrat de crédit-bail. Ce n'est donc pas l'intérêt du contrat, mais l'intérêt d'une des parties à ce contrat, qui se trouve mis à mal. La référence à l'économie du contrat en permet pourtant la résolution.

505. - Il apparaît dès lors avec évidence que la distinction entre intérêt du contrat et intérêt des parties ne permet pas de justifier les solutions rendues par référence à l'économie du contrat. Quel est donc, alors, l'intérêt que vise à protéger le concept ?

§ 2 - L'économie du contrat, garante de l'intérêt de l'opération contractuelle

506. - L'étude des arrêts relatifs à l'économie du contrat permet, à notre sens, de dépasser la dichotomie classique, dont nous avons tenté de mettre en exergue les subtilités, entre l'intérêt du contrat et celui des contractants et, partant, entre la cause et les mobiles. En effet, l'économie du contrat propose une analyse renouvelée de la notion d'intérêt en s'attachant à l'intérêt de l'opération contractuelle. Il faut donc nous attacher à définir avec un maximum de précision la notion d'opération contractuelle (A), avant que de nous intéresser aux potentialités de l'économie du contrat, comme garant de l'intérêt de l'opération contractuelle (B).

A. La notion d'opération contractuelle

507. - La notion d'opération contractuelle, quoique largement utilisée en doctrine, conserve une certaine évanescence (1). Il paraît donc important de tenter de la circonscrire plus étroitement (2).

[927] H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, éd. J.-Cl., PUF, 1999, p. 644.
[928] H. LECUYER, *note précitée*, p. 655.

1) Une notion évanescente

508. - La doctrine du 20ème siècle a mis en évidence la nécessité d'une approche plus concrète et plus réaliste du contrat. Le contrat n'est, en effet, que l'incarnation juridique et purement formelle d'une opération économique. Là est sa raison d'être même : « l'échange des consentements (…) évoque (…) l'autre échange, éminemment intéressé : l'échange économique dont le contrat est la forme juridique »[929].

Une telle approche du contrat implique une prise en considération accrue de la finalité économique visée par les parties. En effet, puisque l'opération économique est, pratiquement, la raison d'être du contrat, l'impossibilité de la réaliser ne saurait demeurer sans conséquences.

Il apparaît cependant que les concepts classiques du droit des contrats sont restés imperméables à l'opération économique. Les notions d'objet et de cause n'offrent qu'une vision parcellaire de la relation contractuelle. L'on peut ainsi regretter que « les notions qui auraient pu conduire à appréhender le contrat de façon autonome (fussent) demeurées perçues sous cette approche individuelle : ainsi les notions d'objet et de cause »[930]. En outre, l'objet et la cause permettent uniquement au juge d'apprécier un « effet figuré des obligations du seul point de vue des parties »[931].

509. - Les concepts classiques du droit des contrats présentent en effet une double limite : d'une part, ils sont des concepts statiques, en ce qu'ils n'appréhendent la relation contractuelle que lors de sa formation. En second lieu, ils n'ont de prise sur la relation que dans son expression juridique, mais non sur la réalité économique qui la justifie. C'est, selon nous, le constat de ces limites qui justifie aujourd'hui l'émergence du concept d'économie du contrat. La notion se révèle utile en ce qu'elle permet de saisir, non le contrat, mais l'opération contractuelle.

Or, si une doctrine majoritaire reconnaît aujourd'hui l'importance de la finalité économique poursuivie par la conclusion du contrat et, partant, tend à reconnaître le concept d'opération contractuelle[932], peu d'auteurs ont conceptualisé ou défini cette notion[933]. Les lexiques et

---

[929] M.-A. FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *R.T.D.Civ*. 1995.573, n° 8.

[930] J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 1985, p. 51s., p. 55-56.

[931] N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, préf. de A. GHOZI, Economica, 1998, p. 11.

[932] V. J.-M. POUGHON, Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat, *Droits* 1990, p. 47.

[933] Il nous est impossible de citer ici, tant ils sont nombreux, les auteurs qui font référence à la notion d'opération contractuelle sans jamais la définir.

autres dictionnaires juridiques ne proposent pas davantage une définition de l'opération contractuelle. C'est donc par l'intuition qu'il faut l'approcher.

2) Tentative de définition de l'opération contractuelle

510. - D'instinct, l'on perçoit que la référence à l'opération contractuelle permet une approche globale du contrat[934]. C'est par là que peut être identifié le rapport de l'économie du contrat à l'opération contractuelle. A en croire M. Bénabent, « envisagé dans son ensemble, dans son économie générale (…), le contrat réalise une opération qui doit elle-même être licite, et qui peut de plus faire parfois l'objet d'un contrôle quant à son équilibre »[935]. La proposition n'est guère satisfaisante, qui tend à définir un concept indéterminé par un autre qui l'est encore davantage. Pour autant, le lien est ténu entre l'économie du contrat et l'opération contractuelle[936], imposant de définir avec le plus de rigueur possible cette seconde notion. L'opération contractuelle vise, en réalité, deux réalités différentes, selon que le contrat considéré est isolé ou s'intègre dans un ensemble contractuel.

511. - S'agissant d'un contrat isolé, l'opération contractuelle doit être définie comme *l'effet économique normalement attendu de l'exécution de ce contrat*. La référence à l'effet économique du contrat nous paraît essentielle puisque, nous l'avons dit, c'est la raison d'être même du contrat. La définition que nous proposons vise en outre, non l'effet attendu du contrat, ce qui n'a, selon nous, guère de sens, mais l'effet attendu de son exécution. Une approche pragmatique du contrat impose en effet de se référer à son exécution, puisque c'est évidemment ce que les parties ont en vue. Le contrat valablement formé dont la cause disparaît avant son exécution ne permet pas de réaliser l'opération projetée. Enfin, la référence à la normalité (« normalement attendu ») a, selon nous, le mérite d'échapper à l'hypocrisie. En effet, il nous paraît totalement impossible de donner d'un tel concept une définition si précise qu'elle permette toujours, objectivement, d'identifier l'opération que les parties avaient en vue. La précision ne serait qu'illusoire et nous préférons reconnaître le rôle prépondérant laissé au juge. La référence à l'effet normalement attendu est donc une prise à

[934] C'est ainsi qu'il est parfois proposé d'opposer à l'objet de l'obligation l'objet du contrat : « c'est alors l'objet du contrat, entendu comme l'opération juridique réalisée par les parties, qu'il faut prendre en compte. Seule, en effet, une approche globale permet de comparer les prestations (…) », F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8ème éd., Dalloz, 2002, n° 301, p. 304.
[935] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 8ème éd., Domat, Montchrestien, 2001, n° 156.
[936] Au point que l'on préfère parfois l'expression « économie de l'opération contractuelle » à celle « d'économie du contrat », voir Philippe DELEBECQUE qui propose de parler d'économie de « l'opération », plutôt que d'économie du contrat, voir obs. sous Cass. Com., 15 février 2000, *D.* 2000, *Somm.*, p. 364.

parti du juge qui devra déterminer, au vu des stipulations du contrat et du contexte dans lequel il a été conclu, ce qu'en attendaient les parties. En outre, la référence à la normalité permet de se défaire d'une recherche de la volonté réelle des parties, dont l'écueil est double. D'une part, la volonté réelle est souvent indécelable, d'autre part, la volonté réelle peut être inéquitable, reproche que ne saurait encourir celle du juge. Il faut voir là une entorse importante à l'autonomie de la volonté, que justifie, selon nous, l'opportunité des solutions qu'elle fonde. Dans l'arrêt dit « des cassettes vidéo », cette définition de l'opération contractuelle explique la solution rendue par la Cour de cassation. Le contrat est un contrat de fourniture de cassettes vidéo, dont les obligations des parties sont causées. L'opération contractuelle dépasse la fourniture de cassettes : en comprenant l'effet attendu de l'exécution du contrat, elle vise l'écoulement des cassettes sur le marché. En réalité, on peut douter de la volonté de la société DPM d'intégrer l'écoulement des cassettes à l'opération, c'est pourquoi nous avons préféré faire référence à l'effet « normalement attendu ». Le second mérite de cette référence est de laisser le juge libre de remonter jusqu'où il l'estime opportun dans la chaîne des motivations. Nous pensons en effet qu'il est impossible de définir de façon abstraite et exhaustive un critère permettant de déterminer jusqu'où aller dans la volition des parties. Seule l'intelligence du juge est apte à le faire, selon des critères combinés de rationalité et d'utilité.

S'agissant enfin d'un contrat intégré dans un ensemble, l'opération contractuelle vise *l'effet économique normalement attendu de l'exécution de tous les contrats inclus dans cet ensemble*[937].

512. - La référence à l'économie du contrat permet, nous l'avons dit, d'assurer, plus que l'intérêt du contrat ou des parties, l'intérêt de l'opération contractuelle, c'est-à-dire la réalisation de l'effet économique normalement attendu de l'exécution de ce contrat (ou des contrats qui composent l'ensemble). Cette définition nous paraît expliquer toutes les solutions fondées sur l'économie du contrat, qu'il s'agisse de la vente à prix symbolique, de l'arrêt des cassettes vidéo, de celui relatif à l'indivisibilité. Dans cette dernière espèce, l'opération vise la diffusion, dans l'officine du pharmacien, de messages publicitaires. La référence à la normalité permet de dire que cette diffusion ne doit engendrer aucun frais pour le pharmacien

[937] Selon Bernard TEYSSIE, c'est l'identité au moins partielle de cause qui soude les contrats d'un ensemble donné. En effet, les diverses conventions réunies en un ensemble participent à titre principal ou accessoire à la réalisation d'un même objectif. Seule leur conjonction permet de l'atteindre, elles s'insèrent à l'intérieur d'une même période. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. de J.-M. MOUSSERON, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975, n° 175 et 176, p. 95.

(ce qui ne correspond pas à la volonté réelle du crédit-bailleur, qui souhaite le maintien du contrat de crédit-bail malgré l'interruption des messages). La référence à l'économie du contrat permet, en identifiant l'impossibilité d'atteindre l'effet économique normalement attendu de l'exécution de l'ensemble des contrats, de faire disparaître l'un d'eux. La référence à l'économie du contrat, fondée sur l'opération contractuelle, permet donc un arbitrage entre l'utile et l'inutile. Or, cette fonction que nous a permis d'identifier l'examen de la jurisprudence, pourrait être exploitée dans d'autres domaines.

B. Les perspectives d'application de l'économie du contrat, garante de l'intérêt de l'opération contractuelle

513. - L'économie du contrat est, nous l'avons vu, un étalon contractuel permettant de mesurer la gravité des atteintes portées à l'opération contractuelle[938]. Or, la jurisprudence, telle que nous l'avons inventoriée, n'épuise pas, à notre sens, les potentialités du concept. L'économie du contrat, dans le rapport qu'elle entretient à l'opération contractuelle, peut constituer un critère de l'abus dans le contrat (1). Elle pourrait également permettre d'apprécier le caractère frauduleux d'une opération contractuelle (2).

1) Economie du contrat et abus d'une prérogative contractuelle

514. - La théorie de Josserand, bien que fort critiquée (a), peut être transposée à la sphère micro-sociale et permettre l'émergence d'un abus par détournement de finalité, pour lequel l'économie du contrat pourrait servir de référence (b).

a. La théorie de Josserand

515. - Au début du siècle, la France n'est plus libérale, elle est devenue solidariste. Les rapports sociaux reprennent la première place, et l'individu ne devient que l'élément d'un ensemble qui le dépasse et dont l'harmonie dépend de la solidarité de ses membres[939]. C'est dans ce contexte intellectuel que le Doyen Josserand développe sa théorie de l'abus. Selon lui, les droits subjectifs sont conférés dans un certain esprit, dans le but de faire prévaloir une fin sociale particulière. Par conséquent, si leurs titulaires les exercent dans un sens qui s'en écarte, ils se rendront coupables d'abus et leur responsabilité civile sera engagée. « Le motif

[938] Voir Deuxième partie, Titre 1.
[939] C. JAMIN, Typologie des théories juridiques de l'abus, *Revue concurrence et consommation*, 1996, n° 92, p. 7.

légitime ! C'est bien là le critérium exact, définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits… »[940].

Cette analyse a été l'objet de sévères critiques. Les plus cinglantes émanèrent sans doute du Doyen Ripert, qui reprocha à Josserand de répandre, par le biais de sa théorie, des idées bolchéviques[941]. Il est vrai que le caractère « social » des droits ne s'est guère vérifié avec le temps. Aussi bien, les idées de Josserand n'ont-elles que très peu pénétré la jurisprudence[942]. Pour autant, il est apparu que la théorie pouvait être appliquée avec profit à la sphère contractuelle, permettant de mettre au jour l'idée d'un abus par détournement de finalité.

b. L'économie du contrat, critère de l'abus par détournement de finalité

516. - Les idées de Josserand n'ont pas prospéré en raison du caractère contestable de leur postulat : tous les droits subjectifs n'ont pas, en effet, une fonction sociale. Cette critique cède lorsqu'il est question d'une prérogative contractuelle. Chaque clause doit être envisagée comme servant l'opération contractuelle, de sorte que l'utilisation qui en est faite en contrariété avec l'objectif poursuivi doit être considérée comme abusive. Cette théorie de l'abus par détournement de finalité a été récemment proposée par Philippe Stoffel-Munck. Selon lui, la lettre du contrat « doit être relativisée par souci même de respecter les prévisions raisonnables en fonction desquelles la volonté (des parties) s'est formée. Ces prévisions s'articulent globalement autour de l'objectif économique poursuivi. A titre particulier, les clauses du contrat sont censées servir médiatement ce but et, immédiatement, une fonction propre. Chaque clause ayant aux yeux des parties sa finalité, le consentement s'est fondé sur la considération de cette finalité, et le force obligatoire étant fondée sur ce consentement, elle doit elle-même tenir compte de cette finalité »[943].

517. - La référence à l'économie du contrat, en tant qu'elle exprime l'intérêt de l'opération contractuelle, pourrait servir d'étalon dans l'appréciation de l'abus d'une prérogative contractuelle. Il s'agirait alors de se demander si le droit été invoqué conformément à l'économie du contrat, c'est-à-dire en concordance avec l'effet économique normalement

---

[940] L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, p. 57.

[941] L'article 1er du Code civil bolchévique disposait que « les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans la mesure où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ».

[942] A. PIROVANO, La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand, *D*. 1972, chr. XIII, p. 70.

[943] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, p. 495, n° 676.

attendu de cette stipulation particulière et du contrat dans lequel elle s'inscrit. Une réponse négative à la question démontrerait l'abus fait de la prérogative contractuelle[944].
L'économie du contrat, dans le rapport qu'elle entretient à l'opération contractuelle, peut également permettre, selon nous, d'apprécier l'existence de la fraude.

2) Economie du contrat et appréciation de la fraude

518. - « Il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »[945]. Or, la fraude est très souvent réalisée au moyen d'un contrat.
Les motivations de celui qui commet la fraude sont de deux ordres : soit il s'agit de porter préjudice à un tiers, soit il s'agit d'éluder une règle impérative ou prohibitive. Dans le premier cas, la sanction est l'inopposabilité aux tiers de la situation créée par le contrat frauduleux dans la mesure où elle préjudicie à leurs droits[946]. Dans la seconde hypothèse, la sanction consiste, non en la nullité du contrat, mais en l'application de la loi qu'on a voulu éluder[947].

519. - La caractérisation de la fraude suppose que soient réunies deux conditions. Il faut tout d'abord relever l'élément matériel de la fraude, c'est-à-dire constater l'appauvrissement réel[948] d'un tiers ou s'assurer que la convention arguée de fraude permet affectivement d'obtenir un résultat contraire à une règle obligatoire d'origine conventionnelle ou légale. En outre, s'agissant d'actes à titre onéreux, la fraude est également soumise à l'existence d'un élément intentionnel, consistant dans un concert frauduleux entre les parties à l'acte. Or, il apparaît que le constat de l'élément matériel amène le juge à présumer l'intention frauduleuse. Il en résulte alors un renversement de la charge de la preuve : « une fois que le créancier a établi que l'acte litigieux lui est préjudiciable, c'est au débiteur et à son cocontractant de

---

[944] Certains auteurs prescrivent déjà une telle démarche. « La clause de non-concurrence sera considérée comme justifiée par un intérêt légitime lorsqu'elle apparaît nécessaire à l'économie d'une convention », Y. SERRA, Les fondements et les régimes de l'obligation de non concurrence, *R.T.Com*. 1998, p. 115.
[945] J. VIDAL, *Essai d'une théorie de la fraude en en droit français, Le principe Fraus omnia corrumpit*, thèse, Toulouse, Dalloz, 1957, préf. de G. MARTY, p. 208.
[946] Voir, par exemple, Civ. 3ème, 4 décembre 1990, *Bull. civ*., III, n° 278 : « Toute personne victime d'une fraude peut demander que l'acte frauduleux lui soit déclaré inopposable, quand bien même la fraude aurait aussi été dirigée contres d'autres ».
[947] « Il est en effet parfaitement inutile de frapper un acte plus qu'il n'est nécessaire pour que soit atteint le but visé par le législateur », J. VIDAL, *thèse précitée*, p. 391.
[948] La notion d'appauvrissement est entendue largement par la jurisprudence. C'est ainsi que la fraude a été retenue dans l'hypothèse où une cession de bien a été consentie à un prix normal mais a eu pour effet de faire échapper un bien aux poursuites du créancier en le remplaçant par un autre, plus facile à dissimuler », Civ. 1ère, 21 novembre 1967, *D*. 1968, p. 317, note Y. LAMBERT-FAIVRE.

prouver, s'ils veulent faire échapper leur convention à la révocation, qu'ils poursuivaient un intérêt légitime en démontrant que la convention présentait une utilité économique »[949].

520. - Ce contentieux semble donc offrir d'intéressantes perspectives d'application au concept d'économie du contrat. L'économie du contrat permet en effet de jauger l'utilité économique d'une opération contractuelle. Un examen de l'économie du contrat peut ainsi permettre de déterminer la finalité réelle de l'opération : soit le seul intérêt est la fraude, à la loi ou aux droits d'un tiers, soit le contrat présente un autre intérêt, identifiable à travers l'opération visée. La référence à l'économie du contrat paraît ici assez pertinente puisque, en replaçant le contrat argué de fraude dans l'opération économique qui en a motivé la conclusion, elle permet d'apprécier plus globalement et de façon plus réaliste l'intention frauduleuse. Nous avons pu relever un exemple d'une telle application du concept. Dans une affaire où un créancier nanti se plaignait de la réalisation d'un « coup d'accordéon » qui l'avait privé de ses garanties, l'opération a été considérée comme non frauduleuse, par référence à l'économie du contrat[950].

[949] N. RONTCHEVSKY, *thèse préc*., p. 101, n° 183.
[950] Voir *supra* n°265.

CONCLUSION DU TITRE 2

521. - L'intérêt que permet d'assurer la référence à l'économie du contrat ne nous semble être réellement ni l'intérêt du contrat ni l'intérêt des parties. Les subtilités relevées en doctrine comme en jurisprudence dans la distinction des deux notions, de même que leur impuissance à justifier les solutions que fonde la référence à l'économie du contrat, nous ont confortées dans l'opinion qu'il était nécessaire de les dépasser.

522. - Aussi bien, l'économie du contrat doit-elle permettre, selon nous, d'assurer l'utilité de l'opération contractuelle, entendue comme l'effet économique normalement attendu de l'exécution du contrat. La définition que nous proposons, quelque indéterminée qu'elle puisse paraître, évite les écueils de la recherche de la volonté réelle des parties, et remet à l'appréciation du juge la détermination de l'ampleur de l'opération, en le laissant libre de remonter à son gré dans la chaîne des volitions. Une telle définition ouvre de nouvelles perspectives à l'économie du contrat qui pourrait être utilisée pour apprécier tant l'abus de prérogatives contractuelles que la fraude. En effet, le rapport ténu qu'elle entretient à l'opération contractuelle en fait un instrument performant dès qu'est en jeu une analyse téléologique.

Conclusion de la seconde partie

523. - La référence à l'économie du contrat apparaît donc comme un outil original et utile. La jurisprudence a recours au concept pour prendre la mesure des atteintes portées au contrat. Le caractère épars des domaines d'apparition de la notion ne doit pas dissimuler la cohérence des solutions qu'elle fonde : le contrat est validé dès lors que perdure son utilité, tandis que le constat d'une inutilité le condamne. C'est donc bien un critère économique qui permet de décider du sort des conventions.

524. - Nous interrogeant sur l'orthodoxie de telles solutions, nous avons pu constater que la jurisprudence comme la doctrine, ayant fait le constat de l'inefficacité économique des concepts classiques tels la cause et l'objet, tendaient à promouvoir une vision renouvelée du contrat. Les auteurs et les juges semblent aujourd'hui enclins à reconnaître l'intérêt du contrat comme un concept essentiel du droit des contrats. L'émergence de la référence à l'économie du contrat ne surprend donc guère dans un tel contexte. La notion paraît dès lors pouvoir s'imposer comme un outil permettant une généralisation de cette démarche.

Il nous est cependant apparu nécessaire de préciser que l'intérêt défendu par la référence à l'économie doit être défini. Or, il doit selon nous, n'être ni celui du contrat, pas plus que celui des parties, mais celui de l'opération contractuelle.

CONCLUSION GENERALE

525. - L'étude de la doctrine comme celle de la jurisprudence montre qu'apparaît aujourd'hui une vision renouvelée du contrat. L'accord des volontés n'est plus perçu comme une abstraction. Il est pensé comme un moyen de réaliser des effets économiques. Cette approche nouvelle du phénomène contractuel a, selon nous, deux effets.

526. - Elle a tout d'abord une incidence sur la façon de lire le contrat. La considération de la volonté réelle des parties est alors refoulée lorsqu'elle ne permet pas au contrat de déployer les effets économiques qui en sont normalement attendus. La référence à l'économie du contrat apparaît ici comme une véritable grille de lecture : elle permet au juge d'en normaliser le contenu, sous le couvert du respect de la volonté implicite des parties.
Alors que la rationalisation de la volonté n'est pas un phénomène tout à fait inconnu du droit français, l'économie du contrat apparaît comme l'outil qui pourrait l'institutionnaliser.

527. - Cette nouvelle vision du contrat se manifeste également dans l'appréciation des atteintes portées au contrat. La référence à l'économie du contrat assure le maintien des contrats utiles, c'est-à-dire permettant la réalisation de l'opération visée, et autorise la disparition des autres. Elle est en cela une grille d'évaluation économique du contrat, qui s'attache à son utilité. Là encore, le phénomène se manifeste déjà sous d'autres formes en jurisprudence. L'économie du contrat pourrait l'incarner et en légitimer l'apparition.

528. - La référence à l'économie du contrat permet donc une maximisation de l'intérêt de l'opération contractuelle. Elle s'inscrit donc dans une logique pragmatique, et permet de dépasser les limites traditionnelles de l'objet et de la cause. Pour autant, la notion nous semble compatible avec les principes fondateurs du droit des contrats. A l'évidence, elle rejoint également ses évolutions contemporaines, qu'elle pourrait généraliser et légitimer. Ce n'est cependant, à notre sens, qu'au prix d'une grande rigueur. Si l'outil ouvre au juge de larges perspectives, il leur appartient d'en canaliser les effets, par un strict encadrement du concept. C'est en effet en s'attachant à définir plus strictement les notions de normalité ou d'utilité du contrat que l'on permettra à l'économie du contrat de déployer ses effets les plus opportuns.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 1985.

B. AUDIT, *Droit international privé*, 3ème éd., Economica.

H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8ème éd., L.G.D.J., 1993.

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. I, *Des obligations*, 3ème éd., Sirey, 1906.

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. II, *Des obligations*, 3ème éd., Sirey, 1907.

A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 9ème éd., Domat droit privé, Montchrestien, 2003.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Collection Méthodes du droit, 3ème éd., 1998.

L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, tome 1 , Introduction au droit c*omparé, L.G.D.J., 1972.

R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. II.

M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Thémis, Droit privé, PUF, 2004.

D. FERRAND, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997.

J. FLOUR, J.-L AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 11ème éd., coll. U, A. COLIN, 2004.

E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publié par H. DESBOIS ET J. GAUDEMET, Paris, Sirey 1937, réimpression 1965.

J. GHESTIN, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., L.G.D.J., 1993.

J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, sous la direction de J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., L.G.D.J., 2001.

S. GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, P.U.F., Thémis philosophie, 2004.

D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987.

M.L LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, Commentaire des titres 3 et 4 du livre 3 du Code Napoléon*, 1857.

J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1ère éd., Dalloz, 2002.

Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 8ème éd., Dalloz, 2004.

Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2004.

Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction*, Defrénois, 2003.

Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8ème éd., Litec, 2003.

P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7ème édition, Domat, Montchrestien, 2001.

H.L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er volume, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9ème éd., 1998.

M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1993.

R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* par M. BUGNET, t. II, *Eloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1848.

G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil (d'après le traité de Planiol)*, t. II, *Obligations et droit réels*, Paris, L.G.D.J., 1957.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat*, 6ème éd., Litec, 1998.

F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2002.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

A. AARNIO, *Le rationnel comme raisonnable, La justification en droit*, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992.

C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préface R. CABRILLAC, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t.329, 2000.

M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préface de L. AYNES, Economica, Recherches Juridiques, 2002.

B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3ème édition, Dalloz, 1998.

H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. de A. GHOZI, P.U.A.M., 2002.

L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé, essai de méthode*, Bruylant, bruxelles, 2001.

D. BEN ABDERAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. de M. PEDAMON, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 196, 1985.

J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont (1802), t. I.

J.-L. BERGEL, M. ANDRE, J.-J. EYROLLES et J.-J. LIARD, LAMY *Droit immobilier*, éd. 2002.

R. CABRILLAC, *L'acte conjonctif en droit privé*, préf. de P. CATALA, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990.

H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, éditions Bruylant, éditions de l'université de Bruxelles, 1997.

M. COUTU, Max *Weber et les rationalités du droit*, L.G.D.J., Droit et société, 1995.

A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. de G. VINEY, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 414, 2004.

N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. de H. MAZEAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 57, 1965.

P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981.

J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, Paris, 1915.

G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1963.

L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002.

B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, préf. de Y. FLOUR, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 403, 2003.

J. GHESTIN (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*. Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J., Droit des affaires, 1991.

G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 93, 1969.

E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912.

O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, P.U.A.M., 1999.

C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1992.

J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préface P. RAYNAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 117, 1971.

V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes*, préf. de P. LAGARDE, GLN éditions, 1990.

D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tomes I et II, préface H. MUIR WATT, P.U.A.M., 2001.

J. HUET (sous la dir. De J. GHESTIN), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2ème édition, LGDJ, 2002.

J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préf. de J.-M. BISCHOFF, Economica, 1983.

V. LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, préface C. Saint-Alary Houin, P.U.A.M., tomes 1 et 2, 2000.

A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préface J. MESTRE, P.U.A.M., 1992.

S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface H. MUIR-WATT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.

E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thèse Caen, Dalloz, 1934.

P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Paris, Sirey, 1918.

Ph. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparé : France, Anglet*

M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats – Etude jurisprudentielle*, 1991, Presses Universitaires de Rouen, n° 10*erre, URSS)*, Thèse, éd. Matot-Braine, 1953.

J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit privé français*, thèse Toulouse, 1920, t. I, *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris Jouve et Cie éditeurs.

J.-F. OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, préf. de J. BRETHE de la GRESSAYE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 91, 1969.

M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. de J. MESTRE, P.U.A.M., 1996.

C. PERELMAN, *Ethique et droit*, Editions de l'université de Bruxelles, 1990.

X. PERRIN, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Essai d'une théorie en droit français*, thèse Dijon, 1911.

D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, préface M. FONTAINE, Bruxelles, Etablissements Emile BRUYLANT, 1986.

PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse Paris, 1914.

D. PORACCHIA, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, préf. de J. MESTRE, P.U.A.M., 1998.

J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préface J.-P. BAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 194, 1987.

V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, P.U.F., coll. Travaux et recherches de l'Université de Paris, série Sciences historiques, 1980.

P.-A. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.

A.RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, préface R. PERROT, L.G.D.J., 1961, n°374.

C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préf. de C. JAMIN, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003.

J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999.

N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, préf. de A. GHOZI, Economica, 1998.

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface J.-L. AUBERT, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préface J. GHESTIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 336, 2000.

J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. de M. CABRILLAC, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999.

S. SILVESTRE-TOUVIN, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, préf. de P. LE CANNU, P.U.A.M., 2003.

P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préface A. WEILL, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969.

O. STATI, *Le standard juridique*, préf. de R. DEMOGUE, Paris, 1927.

P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, avant-propos de A. SERIAUX, préface de R. BOUT, P.U.A.M., 1994.

P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. de R. BOUT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.

F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface R. LE BALLE, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 2, 1957.

M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit : les carnets*, P.U.F., 1995.

III. RAPPORTS PRESENTES LORS DE COLLOQUES

L. AYNES, *Rapport de droit français*, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1991, p.7s.

F. DESSEMONTET, *Le contrôle judiciaire des Conditions Générales*, in *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Travaux de la journée d'étude du centre de droit de l'entreprise, 10 mars 1988, Université de Lausanne.

C. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, Colloque : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Patrimoine* n°58, 1998, p.46s.

Y. LEQUETTE, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 1985, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, p. 187s.

H.G. LESER, *L'évolution du contrat en droit allemand avec un bref aperçu du droit anglais*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 1985, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, p. 70s.

D. MAZEAUD, *Les clauses limitatives de responsabilité*, in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Faculté de Saint-Maur et Faculté libre de Bruxelles, Dalloz, Bruylant, 1992, p. 155s.

D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles, Colloque : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Patrimoine* n°58, 1998, p.58s.

J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER, 1985, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, p. 51s.

J. MESTRE et A. LAUDE, L'interprétation « active » du contrat par le juge, in Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A Aix-en-Provence, 28 mai 1993, P.U.A.M., 1993, p.9s.

J. MESTRE, Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat, Colloque : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Patrimoine* n°58, 1998, p.78s.

G. PAISANT, Rapport introductif, Colloque : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Patrimoine* n°58, 1998, p.42s.

T. REVET, Les apports au droit des relations de dépendance, Colloque CEDIP du 17.12.96 : La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière, *R.T.D.Com.*1997, p. 37 à 47.

J. SCHMIDT-SALZER, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Droit allemand, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1991,

B. STAUDER, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Droit suisse, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1991,

G. VINEY, Rapport de synthèse, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, sous la direction de J. GHESTIN, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, 1991, p. 329s.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

G. ALPA, *Les nouvelles frontières du droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p.1s.

P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *R.T.D.Civ.*1999.771s.

H. BATIFFOL, *L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française*, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 265s.

H. BATIFFOL, *Sur la signification de la loi désignée par les contractants*, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 275.

H. BATIFFOL, *Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, t. 1, p. 39s.

J.-L. BAUDOIN, *Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001.

J. BELL, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Ouvrage collectif, Paris, L.G.D.J., Tome 196, 1987

A. BENABENT, L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée, *P.A.* 06.05.1998. p. 14s.

B. BERLIOZ-HOUIN et G.BERLIOZ, *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, in *Etudes offertes à Roger HOUIN*, Dalloz-Sirey, 1985, p.5s.

M. BILLIAU, *Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001.

J. BORE, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *R.T.D.Civ.* 1972.249.

B. BOURGEOIS, La raison dans le droit, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, éditions J.-Cl., PUF, 1999, p. 25s.

L. CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p.177s.

M.-T. CALAIS-AULOY, Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt lié », *J.C.P.*1984.*G*.I.n°3144.

P. CASSON, La révision du prix dans le marché à forfait, *P. A.* 05.07.1999, p. 3.

A.CHAMBOREDON, La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats, *J.D.I.*, 2001, n°1, p.5s.

A. CHAPPERT, A propos de deux réponses ministérielles en matière d'assurance décès, *Rép. Defrénois* 1996, art. 36445.

P. CHAUVEL, *J.-Cl. Contrats-distribution*, Fasc. n° 45, « *Vices du consentement* ».

J.-P. CHAZAL, Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt Chronopst (Cass. Com., 22 octobre 1996), *J.C.P.*1998.*G*.I.152.

D. COHEN, La validité d'un « coup d'accordéon » (à propos d'une jurisprudence récente), *D.* 2003, chr. p. 410s.

A. CRISTAU, L'exigence de sécurité juridique, *D*. 2002, chr. p. 2814.

P. DAUCHY, *Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat*, Archives de philosophie du droit, tome 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, p. 270s.

R. DAVID, *L'imprévision dans les droits européens*, in *Etudes offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 211s.

M. DEFOSSEZ, Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, *R.T.D.Civ.*1985.521s.

P. DELEBECQUE, Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité, *D. Aff.* 1997, chr. p.235s.

P. DELVAUX, L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaire, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXVI, 1981, p. 59s.

P. DESSEMONTET, *Que reste-t-il de l'article 8 sur les conditions générales* ?, société anonyme suisse, 1987, p. 109.

N. DION, Le juge et le désir du juste, *D.*1999, chr. p.195s.

J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit « guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Mélanges Flour*, 1979, p. 184s.

B. FAGES, Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions, *P.A.* 6.05.1998. p.39s.

B.FAGES, Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat, *Droit et Patrimoine* 1999, pratique, p. 28s.

X. FAVRE-BULLE, *Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives*, in *Abus de droit et bonne foi*, sous la direction de P. WIDMER et B. COTTIER, éd. Universitaires de Fribourg, 1992, p. 146

G. FLECHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p.341s.

J. FOYER, *Le Conseil d'Etat et le conflit des lois*, in *Mélanges dédiés à Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p.103s.

P. FRANCESCAKIS, *Droit naturel et droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz et Sirey 1960, p. 113s.

B. FREYRIA, Le prix de vente symbolique, *D.* 1997, chr. p. 51s.

B. GARRIGUES, La contre-prestation du franc symbolique, *R.T.D.Civ*. 1991.459s.

P.-Y. GAUTIER, Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques, *D.*1990.chr.p.130s.

P.-Y. GAUTIER, Contre Bentham : l'inutile et le droit, *R.T.D.Civ.*1995.797s.

H. GEMEI, *L'équilibre contractuel en droit égyptien*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LG.D.J., 2001.

F. GENY, La validité juridique de la clause payable en or dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, *R.T.D.Civ*. 1926, 630.

J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D.*1982. chr. p.1s.

G. GOUBEAUX, *A propos de l'erreur sur la valeur*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p.389s.

E. R. GRAU, Notes sur les concepts juridiques, *R.R.J.* 1994, n°3, p. 770s.

J.-P. GRIDEL, La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *D.* 2002, chr. p. 228.

J.-M. GUEGUEN, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D.*1999.chr. p.352s.

P. HEBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in *Mélanges en l'honneur de J. MAURY*, Dalloz et Sirey, 1960, t. II, p.419s.

T. R. IONASCO, *De la volonté dans la formation des contrats*, in *Mélanges GENY, Les sources du droit*, p.368s.

T. IVAINER, L'ambiguïté dans les contrats, *D.*1976.chr.p.154s.

T. IVAINER, La lettre et l'esprit de la loi des parties, *J.C.P.*1981.*G.*I.n°3023.

C. JAMIN, Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, *J.C.P.*1996. *G.*I., n°3959.

C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p.441s.

Ph. JESTAZ, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p.273s.

G. KHAIRALLAH, Le « raisonnable » en droit privé français, Développements récents, *R.T.D.Civ.*1984.439s.

M. KDHIR, Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?, *Rev. adm.* 1993, p. 538.

B. LARROUMET, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *D.*1997.chr. p.145s.

H. LECUYER, Redéfinir la force obligatoire du contrat ?, *P.A.* 06.05.98. p.44s.

H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, éditions J.-Cl., PUF, 1999, p. 643s.

E. LEVY, La confiance légitime, *R.T.D.Civ.*1910.717s.

E. LEVY, Les droits sont des croyances, *R.T.D.Civ.*1924.59s.

N. MacCORMICK, *On reasonableness*, in *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Ch. PERELMAN et R. VAN DER ELST, Travaux du CNRI, Bruylant, 1984, p. 132.

R. MARTIN, Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux, *J.C.P.* 1983, I, 3100.

M. MARTY, *Le rôle des juges dans l'interprétation du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant. V, 1950, p. 89.

D. MAZEAUD, Constat sur le contrat, sa vie, son droit, *P.A.* 06.05.1998. p.8s.

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle* ?, in *Mélanges F. TERRE*, L'avenir du droit, Dalloz, Editions du Jurisclasseur, PUF, 1999, p. 603s.

C. MENARD, *Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 661.

N. MOLFESSIS, La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel, *J.C.P.*2000.I.210.

N. MOLFESSIS, Les avancées de la sécurité juridique, *R.T.D.Civ*. 2000, p. 660

M. MORAND, Elément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ?, *J.C.P.*2001, *étude*, p.696s.

C. MOULY, Le revirement pour l'avenir, *J.C.P.* 1994, I, n° 3776

J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et les contrats, *R.T.D.Civ.*1994.255s.

J. MOURY, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.*2000.chr. p.382s.

J.-M. MOUSSERON, La gestion des risques par le contrat, *R.T.D.Civ.* 1988.481.

H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'*estoppel *en droit privé français*, in *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303s.

B. PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, *AJDA* 1995, p. 154

J. PAILLUSSEAU, La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée, *J.C.P.*1992.I, p. 3578.

M. PICARD et A. PRUDHOMME, De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, *R.T.D.Civ*. 1912, p. 61s.

J.-F. PIRAUD, L'assurance-vie et la notion de modification de l'économie du contrat, *Revue de droit bancaire et financier* 2000, n°5, p. 325s.

J.-F. RAMBAUD, Au bonheur du droit civil, Actualité et efficacité du droit civil français ; *R.J.C.* 2001, n°2, p.3s.

J. RAYNARD, Les « Principes du droit européen du contrat » : une lex mercatoria à la mode européenne, *R.T.D.Civ*.1998.1006s.

J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001.

D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, *J.C.P*. éd. E, 1994, I, n°404.

J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats*, in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, 1993, p.415s.

R. SEVE, La métaphysique et l'utilitarisme, Archives de philosophie du droit, tome 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, p.155s.

P. SIMLER, Interprétation des contrats, *J.-Cl.Contrats et obligations*, Fasc.20.

J.-L. SOURIOUX, La croyance légitime, *J.C.P*.1982, chr.3058.

D. TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in Droit et vie des affaires, *Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p.403s.

F. TERRE, *L'inutile et l'injuste*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 865.

B. TEYSSIE, Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, *D*. 1976, chr. p. 281.

C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *R.T.D.Civ.*1997.357s.

J.-M. TRIGEAUD, *Justice et fidélité dans les contrats*, Archives de philosophie du droit, tome 28, *Philosophie pénale*, Sirey, 1983, p. 207s.

J.-M. TRIGEAUD, *Convention*, Archives de philosophie du droit, tome 35, *Vocabulaire fondamental du droit*, Sirey, 1990, p.14 à 25.

M. VILLEY, L'utile et le juste, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXVI (1981), Préface pp. 6 et 7.

M. VILLEY, Formes de rationalité en droit, *Arch. Philosophie du droit*, t. XXIII (1978), Préface historique, p. 1s.

Ana ZECEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé, *J.C.P*. 2001.I.300.

V. PRINCIPALES NOTES ET OBSERVATIONS SOUS DES ARRETS OU DES JUGEMENTS

K. ADOM

obs. sous Com., 22 octobre 1996, *J.C.P.*1997 éd. *E*. II. 924.

C. ATIAS

note sous Civ. 1ère, 21 mars 2000, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D*. 2000, jur. p. 593.

J.-L. AUBERT

note sous Cass. Civ. 1ère, 13.12.1983, *D*. 1984, jur. p. 340.

R. BATIFFOL

note sous Civ. 1ère, 6 juillet 1959, *Rev.crit. dr. int. pr.* 1959, p.708.

T. BONNEAU

note sous Cass. Com., 10 octobre 2000, *Dr. soc*. 2001, n° 20.

B. BOUBLI

note sous Civ. 3ème, 02 juillet 2002, *Revue de droit immobilier* 2002, n°5, p. 393s.

C. CHAMPAUD

obs. sous Civ. 3ème, 03 mars 1993, *R.T.D.Com*.1993.665.

P. CHAUVEL

obs. sous Civ. 3ème, 17 juillet 1996, *Droit et Patri*moine 1996, n° 1474.

obs. sous Com., 22 octobre 1996, *Droit et Patrimoine 1997*, n°1552.

obs. sous Cass. Com., 11 mai 1999, *Droit et Patrimoine* 1999, n° 2454.

A. CONSTANTIN

note sous Com., 15 février 2000, *J.C.P.*2000. I. 272, p. 2069.

G. CORNU
obs. sous Civ. 3ème, 24 janvier 1973, *R.T.D.Civ*.1974.434.

A. COURET
note sous Cass. Com., 10 janvier 1995, *D*. 1995, jur., p. 204.

Y. DAGORNE-LABBE
note sous Civ. 1ère, 12 juillet 1989, J.C.P. 1990, II, n°21546.
note sous Civ. 3ème, 08 janvier 1992, *Rép. Defrénois* 1993, p. 443.
obs. sous Civ. 3ème, 03 mars 1993, *Rép*. *Defrénois* 1993, art.35602, p.927s.

J.-J. DAIGRE
note sous Cas. Com., 17 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 816.

S. DANA-DEMARET
note sous Cass. Com., 17 mai 1994, *Rev. Sociétés* 1994, p. 485.

D. DANET
obs. sous Civ. 3ème, 03 mars 1993, *R.T.D.Com*.1993.665

C. DAVID
obs. sous Civ. 1ère, 11 février 1986, *J.C.P* 1988.II. n°21027.

P. DELEBECQUE
note sous Civ. 1ère, 15 novembre 1988, *D*.1989. jur.349s.
obs. sous Com., 16 janvier 1996, *DMF* 561, juin 1996, p.627s.
obs. sous Civ. 1ère, 3 juillet 1996, *Rép. Defrénois*.1996.p.1015s.
obs. sous Com., 15 février 2000, *D*.2000, Somm. p. 364.

P. DIENER
note sous T. mixte com. De Basse-Terre, 17 mars 1993, *D*.1993.jur.449.
A propos d'une prétendue absence de cause, *D*.1994.chr.347.

M. FABRE-MAGNAN
obs. sous Civ. 3ème, 03 mars 1993, *J.C.P.*1994. I. 3744.
obs. sous Civ. 1ère, 23 février 1994, *J.C.P.*1994. I. 3809, n°VI.
obs. sous Com., 22 octobre 1996, *J.C.P.*1997. I. 4002, n°1s.

B. FAGES
note sous Com., 23 juin 1998, *Droit et Patrimoine* 1999, pratique, p. 28s, Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat.
note sous Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*.2000, p.325.

L. FAVOREU
note sous Cons. Const., Décis. 98-401 DC du 10 juin 1998, *RFD const*. 1998, p. 640.

M.-A. FRISON-ROCHE
note sous CA Versailles, 20 mai 1999, *RD bancaire et bourse* 1999, p. 248.

H. GAUDEMET-TALLON
note sous Civ. 1ère, 25 novembre 1986, *Rev. crit. dr. int. pr*.1987, p.397s.

P.-Y. GAUTIER
obs. sous Civ. 3ème, 8 janvier 1992, *R.T.D.Civ*.1992.777.
obs. sous Civ. 3ème, 03 mars 1993, *R.T.D.Civ*. 1994.124.
obs. Sous Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *R.T.D.Civ*. 1995.914.
obs. sous Com., 24 novembre 1998, *R.T.D.Civ*.1999.646.

M. GERMAIN
note sous CA Versailles, 20 mai 1999, *RD bancaire et bourse* 1999, p. 248.

Y. GUYON
note sous CA Versailles, 29 novembre 1990, *D*. 1991, jur., p. 113.

H. HOVASSE
note sous Cass. Com., 17 mai 1994, *Rép. Defrénois* 1994, art. 35881, p. 1035.
note sous Cass. Com., 18 juin 2002, *J.C.P*. 2002, II, 10181.

M. JEANTIN
note sous CA Versailles, 29 novembre 1990, *J.C.P*. 1991, éd. E, II, n° 168.

P. JOURDAIN
obs. sous Civ. 1ère, 23 février 1984, *R.T.D.Civ*.1994.617.

F. LABARTHE
obs. sous Civ. 1ère, 3 juillet 1996, *J.C.P*.1997.I.n° 4015.

H. LE NABASQUE
note sous Cass. Com., 17 mai 1994, *Rev. soc*., juillet 1994, n° 142.

E. LOQUIN
note sous Paris (1ère Ch. suppl.), 6 mai 1988, *Rev. Arb*., 1989.83s.
note sous Paris (1ère Ch. suppl.), 19 avril 1991, *Rev. Arb*., 1991.673s.
note sous Paris (1ère Ch. C), 28 novembre 1996, *Rev. Arb*., 1997.380s.

Ph. MALAURIE
note sous Cass. Soc., 04 mai 1956, *D*. 1957, jur., p. 313s.
note sous Cass. Com., 2è février 1996, *D*. 1996, jur., p. 518s.

F. MARMOZ
note sous Com., 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des conventions, *P.A.* 29.12.2000, p.12s.

D.R. MARTIN
note sous Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, jur., p. 401.

D.MAZEAUD
obs. sous Com., 22 octobre 1996, *Rép*. *Defrénois* 1997, art. 36516, p.333s.

G. MEILHAC-REDON

note sous Com., 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des conventions *P.A.* 29.12.2000, p.12s.

J. MESTRE

obs. sous Paris, 13 décembre 1984, *R.T.D.Civ*.1986.97.

obs. sous Civ. 1ère, 25 novembre 1986, *R.T.D.Civ*.1987.548.

obs. sous Civ. 3ème, 7 juin 1989, *R.T.D.Civ*.1990.473.

obs. sous Cass. Com., 3 novembre 1992, *R.T.D.Civ*. 1993.124.

obs. sous Trib. Mixte de com. De Basse-Terre, 17 mars 1994, *R.T.D.Civ*.1994.95.

Cause du contrat et objectif de défiscalisation (clôture d'une controverse non ouverte), *D*.1995.chr.34.

obs. sous Paris, 5e ch. B, 17 novembre 1994, *R.T.D.Civ*.1995.363.

obs. sous Civ. 3ème, 6 décembre 1995, *R.T.D.Civ*.1996.901.

obs. sous Civ. 1ère, 19 décembre 1995, *R.T.D.C*iv. 1996.611.

obs. sous Com., 3 janvier 1996, *R.T.D.Civ*.1996.901.

obs. sous Paris, 5 janvier 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Com., 16 janvier 1996, *R.T.D.Civ*.1996.901.

obs. sous Civ. 1ère, 10 février 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Com., 20 février 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Civ. 1ère, 20 février 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Civ. 1ère, 27 février 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Com., 9 avril 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Com., 11 juin 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous Civ. 1ère, 3 juillet 1996, *R.T.D.Civ*.1996.901.

obs. sous Civ. 3ème, 17 juillet 1996, *R.T.D.Civ*.1997.118.

obs. sous. Com., 22 octobre 1996, *R.T.D.Civ*.1997.418.

obs. sous Douai, 19 février 1998, *R.T.D.Civ*.1999.96.

obs. sous Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, *R.T.D.Civ*.1999.78.

obs. sous Com., 25 novembre 1998, *R.T.D.Civ*.1999.98.

obs. sous Ass. Plén., 26 mars 1999, *R.T.D.Civ*.1999.615.

note sous Com., 15 février 2000, *R.T.D.Civ*.2000.325.

N. MOLFESSIS
obs. sous Conseil constitutionnel, décis. 98-40 en date du 10 juin 1998, *R.T.D.Civ*1998.796.

H. PERINET-MARQUET
obs. sous Civ. 3ème, 20 janvier 1999, *Rép. Defrénois* 1999, art. 37055, p. 1128.
obs. sous Civ. 3ème, 06 décembre 2000, *Rép. Defrénois* 2001, p. 872.

Y. PICOD
note sous Com., 24 novembre 1998, *J.C.P.*1999.II.n°10210.

M. PLANIOL
note sous Cass. Civ., 14.04.1891, *D.P*. 1891, 1, 329.

D. PORACCHIA
note sous Com., 20 janvier 1998, *R.J.C*. 1999, arrêt n°1517, p.67s.

P. REIGNE
note sous Civ. 1ère, 3 juillet 1996, *D.*1997.jur.p.501s.

C. RENAULT-BRAHINSKY
note sous Aix-en-Provence, 8e ch. B., 13 février 1998, *J.C.P.*1998.II.n°10213.

J. ROBERT
note sous Paris, 28 septembre 1976, *J.C.P.*1978.II.n°18810.

J. -E. SCHOETTL
note sous Cons. Const., Décis. 98-401 DC du 10 juin 1998, *Rec. Cons. Const*., p. 258 ; *AJDA* 1998, p. 495.

A. SERIAUX
obs. sous Com., 22 octobre 1996, *D.*1997.jur.p.122s.

Ph. SIMLER
obs. sous Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *J.C.P.* 1995, I, n° 3869, n° 12.

S. SYLVESTRE

note sous CA Versailles, *Bull. Joly* 2000, p. 189.

A. VIANDIER

note sous CA Versailles, 29 novembre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 277.

note sous Cass. Com., 10 octobre 2000, *J.C.P.* 2001 éd. E, p. 85.

G. VINEY

obs. sous Com., 22 octobre 1996, *J.C.P*.1997.I. 4025, n°17s.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A.

Abus (d'une prérogative contractuelle) : 514 et s.

Accessoire : 339.

Amiable composition : 62 et s.

Analyse économique (du contrat) : 455 et s.

Assurance-vie : 9.

Attente légitime : 193 et s.

Autonomie de la volonté : 82, 121, 152 et s.

B.

Bonne foi : 55.

C.

Cause de l'obligation :

- et économie du contrat : 452.
- existence : 310 et s, 446 et s..
- et indivisibilité : 340.
- et intérêt du contrat : 450.
- et rationalité des parties : 128.
- sanction : 129, 244.

Chronopost : 461 et s.

Clause :

- abusive : 142.
- pénale : 141.
- *rebus sic stantibus* : 402.
- recettes : 39.

Cohérence : 190 et s.

Condition : 341.

Concept mou : 4 et s., 439 et s.

Consentement (vices du) : 123, 125, 126, 479.

Contrat

- effet obligatoire : 50, 371 et s.
- contrat international : 81 et s.

Convention de Vienne : 208 et s., 279.

Coup d'accordéon : 257 et s.

D.

Dol : 125.

E.

Economie des conventions : 7.

Effet économique : 199 et s.

Equité : 56 et s., 66 et s., 403.

Erreur : 123.

sur les mobiles : 479.

Estoppel : 132.

F.

Forçage : 49 et s.

Force majeure : 401.

Force obligatoire : 50, 374 et s., 408.

Fraude : 518 et s.

I.

Imprévision : 355 et s.

- droit administratif : 410.
- droit comparé : 379 et s.
- droit international : 394.
- force obligatoire du contrat : 374 et s.

In abstracto : 178, 209, 386.

In concreto : 178, 209, 386.

Indétermination du prix : 307.

Indivisibilité :

fondement : 338.

caractérisation : 342.

Inhabituel : 219, 221.

Intangibilité :

du contrat : 50, 371 et s.

de l'économie du contrat : 36.
Intérêt du contractant : 476 et s., 501.
Intérêt du contrat : 321 et s., 407.
et cause : 450 et s., 475 et s., 500.
et sécurité juridique : 441.
Intérêt de l'opération contractuelle : 506 et s.
Interprétation du contrat :
explicative : 21 et s., 101, 137 et s.
créatrice : 48 et s.
Irrationalité : 122 et s.

L.
Lésion : 242.
Liberté contractuelle : 468.
Loi :
applicable au contrat international : 81 et s.
d'autonomie : 90.

M.
Marché à forfait : 414.
Minimum contractuel : 461 et s.
Mobiles : 326, 479 et s., 484.

N.
Normalisation : 59, 471 et s.
Nullité :
absence de cause : 129, 244.
étendue : 291.

O.
Objectivation : 57.
Objectivisme : 22 et s., 64, 86, 292 et s., 310, 336, 380.
Obligation de sécurité : 52 et s.
Obligation essentielle : 273 et s., 463 et s.

Opération contractuelle : 507 et s.

P.

Pouvoir modérateur (de l'amiable compositeur) : 69.

Présomption de rationalité : 28, 156, 163.

Principes du droit européen des contrats : 205 et s.

Principes Unidroit : 210 et s.

Prix (vente à prix symbolique) : 235.

Q.

Qualification : 99 et s.

R.

Raisonnable : 161, 204 et s.

Rationalisation : 133 et s.

Rationalité :

- critères : 175.
- définition : 170 et s.
- exigence : 117 et s.

Reasonable : 214 et s.

Réduction par conversion : 135.

Repugnancy : 218.

Résolution : 270 et s., 329.

S.

Science : 1.

Sécurité juridique : 437 et s.

Standard : 176 et s.

Standardisation : 150, 471.

Structuralisme : 185 et s.

Subjectivisme : 22 et s., 68 et s., 82 et s., 152 et s., 292 et s., 336, 384.

U.

Utilitarisme : 430 et s.

V.

Violence : 126.

Volonté :

autonomie : voir ce terme.

commune : 153.

déclarée : 23.

réelle : 23 et s., 162 et s.

tacite : 54.

TABLE DES MATIERES

(Les numéros renvoient aux numéros des pages)

INTRODUCTION 6

PREMIERE PARTIE : L'ECONOMIE DU CONTRAT, PARANGON CONTRACTUEL 18

TITRE 1 : L'ECONOMIE DU CONTRAT,
GRILLE DE LECTURE NORMALISEE DU CONTRAT 20

CHAPITRE 1 : LA NORMALISATION DE LA LOI DU CONTRAT 21

Section 1 : La normalisation de l'interprétation du contrat 21

§ 1. La normalisation de l'interprétation explicative du contrat 21
A. Les hésitations classiques entre objectivisme et subjectivisme 22
1. Les questionnements doctrinaux 22
2. Le droit positif 23
a) La mixité des éléments de réponse donnés par le Code 23
i) Les directives d'interprétation purement subjectives 24
ii) Les directives d'interprétation purement objectives 24
iii) Les directives mixtes, ou controversées 24
b) Les orientations jurisprudentielles 26

B. L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat 28
1. Une émergence progressive 28
a. Les premières apparitions du concept 28
i) Les tentatives avortées des juges du fond 28
ii) Les admissions non probantes 30
b. La « maturité » jurisprudentielle du concept 33
i) L'essor des références à l'économie du contrat 33
ii) La portée de ces décisions 36
2. L'économie du contrat, une référence objective 36
a. Un rapport ambigu à la volonté des parties 37
b. L'objectivité des critères de caractérisation de l'économie du contrat 38
i) Une analyse cohérente de la relation contractuelle 38
ii) Une analyse finaliste de la relation contractuelle 39

§ 2. La normalisation de l'interprétation créatrice du contrat 41
A. La prédominance classique de l'objectivisme dans le forçage du contrat 41
1. L'apparition jurisprudentielle du forçage du contrat 41
a. L'intangibilité du contrat 41
b. La perméabilité du contrat à l'intervention judiciaire par forçage du contrat 42
2. L'objectivité du forçage du contrat 43
a. Les fondements non retenus 44
i) La référence à la volonté tacite des parties 44
ii) Le recours à la bonne foi 45
b. L'équité, fondement retenu au forçage du contrat 46

i) L'équité, facteur d'individualisation des solutions 46
ii) L'objectivation à outrance du forçage 46

B. L'adaptation du forçage au particularisme du contrat, par référence à l'économie du contrat 47
1. L'économie du contrat, fondement de l'amplification judiciaire des obligations 47
2. La normalisation par référence à l'économie du contrat 49

Section 2 : La normalisation de la détermination des obligations dans l'amiable composition 51

§ 1. La prépondérance classique de l'objectivisme dans l'amiable composition 51
A. L'équité, fondement des sentences rendues en amiable composition 51
B. L'équité, un concept de référence objectif 52

§ 2. La référence à l'économie du contrat, facteur de subjectivisme apparent dans l'amiable composition 53
A. Le maintien de l'économie du contrat, limite aux effets de l'équité 53
1. Le pouvoir modérateur de l'amiable compositeur 54
2. La référence à l'économie du contrat, limite au pouvoir modérateur de l'amiable compositeur 54
B. Le maintien de l'économie du contrat, référence apparente à la volonté des parties 55
1. Les hésitations jurisprudentielles 55
2. Un concept apparemment subjectif 57
a. La prise en considération apparente de la volonté des parties 57
b. Une analyse finaliste du contrat 59

Conclusion du chapitre 1 60

CHAPITRE 2 : LA NORMALISATION DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT 61

Section 1 : La normalisation de la détermination de la loi applicable au contrat international 61

§ 1. Les hésitations entre objectivisme et subjectivisme 62
A. La conception subjective 62
1. Les fondements du subjectivisme 62
a. Le fondement philosophique 62
b. Le fondement pratique 63
2. Les conséquences du subjectivisme 63
a. Les rapports de la volonté à la loi 63
b. La plénitude de la liberté de choix 64
B. La conception objective 64
1. La critique de la thèse subjective 64
a. La critique des fondements de la thèse subjective 64
b. La critique des conséquences de la thèse subjective 65
2. Enoncé des thèses objectives 66

§ 2. L'objectivation par référence à l'économie du contrat 67
A. La pénétration du contentieux par la référence à l'économie du contrat 67
1. L'avènement de la loi d'autonomie 67
2. L'apparition jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat 69
B. L'objectivation du contentieux par référence à l'économie du contrat 69
1. Les critères caractérisant l'économie du contrat 70
2. Les effets de la référence à l'économie du contrat sur le contentieux 71

Section 2 : La normalisation de la qualification du contrat 74

§ 1. Les principes classiques en matière de qualification 74
A. Les rapports de la qualification à l'interprétation 74
B. La coexistence des critères objectifs et subjectifs de qualification 75

§ 2. L'émergence de la référence à l'économie du contrat, élément objectif de qualification 77

Conclusion du titre 1 83

TITRE 2 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, GARANTE DE LA RATIONALITE DES PARTIES 84

CHAPITRE 1 : LA PORTEE DE LA RATIONALITE IMPOSEE PAR REFERENCE A L'ECONOMIE DU CONTRAT 85

Section 1 : La rationalité, une exigence classique du droit des contrats 85

§ 1. Les fondements de l'exigence de rationalité 85
A. La rationalité, une exigence sociale 86
B. La rationalité, une exigence axiomatique en droit des contrats 86

§ 2. Les illustrations de l'exigence de rationalité : la sanction de l'irrationnel 88
A. La sanction de l'irrationalité par la protection du consentement 88
1. La protection de la clairvoyance des parties 88
a) La sanction de l'erreur 89
b) La sanction du dol 90
2. La protection de la liberté des parties 91
B. La sanction de l'irrationalité par l'assurance d'un équilibre *a minima* des prestations 92
1. Le défaut de cause, un défaut de rationalité 92
2. La sanction du défaut de cause 93
C. La sanction de l'irrationalité du comportement des parties 94

Section 2 : La rationalisation, un phénomène propre à l'économie du contrat 96

§ 1. La rationalisation, un phénomène diffus en droit français 96
A. Les rationalisations à l'initiative du juge 97
1. La rationalisation dans le procédé de réduction par conversion 97
2. La rationalisation de la volonté des parties dans l'interprétation du contrat 99
B. Les rationalisations à l'initiative du législateur 101

§ 2. La légitimation de la rationalisation, par référence à l'économie du contrat 103
A. L'économie du contrat, outil de substitution d'une volonté rationnelle à la volonté réelle 103
1. Les mécanismes mis en jeu par la référence à l'économie du contrat 103
2. La rationalisation de la volonté par référence à l'économie du contrat 104
B. Rationalisation du contrat, par référence à son économie, et autonomie de la volonté 105
1. L'opportunité d'un dépassement du subjectivisme, par référence à l'économie du contrat 106
a. L'illusion de la volonté commune 106
b. La nécessité d'une présomption de rationalité 107
2. Rationalisation de la volonté, par référence à l'économie du contrat et volonté réelle 111
a. Volonté rationalisée et volonté réelle 111
b. Une vision renouvelée du contrat, par référence à son économie 112

CHAPITRE 2 : LA NATURE DE LA RATIONALITE IMPOSEE PAR REFERENCE A L'ECONOMIE DU CONTRAT 114

Section 1 : La rationalité, un concept protéiforme 114

§ 1. La rationalité, un concept difficile à cerner 114
A. Les difficultés tenant à la définition de la rationalité 115
1. Un concept relatif 115
2. Les critères de la rationalité 117
B. Les difficultés tenant à l'appréciation de la rationalité : le choix du standard 118
1. Le seuil de rationalité imposé 119
2. Le rapport de la raison aux faits 119

§ 2. La rationalité, un concept « idéologique » 120
A. La rationalité, un concept non neutre 121
B. Les différentes formes possibles de rationalisation de la volonté 122
1. Le structuralisme contractuel ou la « rationalisation sociale » 122
2. Le principe de cohérence ou la « rationalisation économique » 124
3. L'attente légitime du débiteur ou la « rationalisation solidaire » 126

Section 2 : L'économie du contrat, outil de rationalisation économique de la volonté 128

§ 1. L'économie du contrat, ou la recherche de l'effet économique du contrat 128
A. L'effet économique recherché permet d'en interpréter les clauses, par référence à l'économie du contrat 128
B. L'effet économique recherché transcende les stipulations contractuelles, par référence à l'économie du contrat 129
C. L'effet économique recherché impose la loi applicable au contrat, par référence à son économie 130

§ 2. La convergence avec le « raisonnable » des droits étrangers 131
A. Le « raisonnable » en droit international privé 131

1. Le « raisonnable » en droit international prospectif : les principes du droit européen des contrats 132
2. Le « raisonnable » en droit international positif 134
a. L'importance du « raisonnable » en droit international privé 134
b. Les illustrations de la référence au « raisonnable » en droit international privé 135
B. Les manifestations du « raisonnable » dans les droits étrangers 137
1. La rationalisation de la volonté en *Common Law* 137
a. La place du *reasonable* en droit anglo-américain 137
b. Les techniques anglo-américaines d'interprétation du contrat 139
2. Des références comparables dans les pays de tradition civiliste 140
a. La rationalisation économique en droit allemand 141
b. La rationalisation économique en droit suisse 142

Conclusion du titre second 144

Conclusion de la première partie 145

SECONDE PARTIE : L'ECONOMIE DU CONTRAT, ETALON CONTRACTUEL 146

TITRE 1 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, GRILLE D'EVALUATION ECONOMIQUE DU CONTRAT 148

CHAPITRE 1 : LE MAINTIEN DES CONTRATS PRESENTANT UN INTERET ECONOMIQUE 149

Section 1 : Le maintien des contrats présentant un intérêt économique *ab initio* 149

§ 1. L'appréciation de l'opportunité économique de l'opération, par référence à l'économie du contrat 149
A. Les insuffisances des concepts classiques face aux ventes à prix symbolique 150
1. La problématique des ventes à prix symbolique 150
a. Les enjeux économiques de la vente à prix symbolique 150
b. Les limites de l'analyse classique 152
i) Les limites posées par le droit spécial de la vente 152
ii) Les limites posées par la théorie générale du contrat 152
2. Les hésitations jurisprudentielles 153
B. L'appréhension de l'intérêt économique de l'opération par référence à l'économie du contrat 154
1. L'apparition de la référence à l'économie du contrat 154
2. Une approche réaliste et économique de l'opération contractuelle 155
a. Une analyse réaliste de l'opération contractuelle 156
b. Une analyse économique du contrat 156

§ 2. L'arbitrage économique des intérêts en jeu, par référence à l'économie du contrat 157
A. L'appréhension du « coup d'accordéon » par le droit des sociétés 157
1. Une opération originale 158
2. La validation jurisprudentielle du « coup d'accordéon » 159
B. L'appréhension des répercussions civilistes du « coup d'accordéon » par référence à l'économie du contrat 161

1. L'apparition jurisprudentielle du concept dans ce contentieux 161
2. La légitimation civiliste des répercussions du « coup d'accordéon » 162

Section 2 : Le maintien des contrats conservant leur intérêt économique, la question de la résolution 165

§ 1. Les différentes appréciations possibles de la gravité du manquement 165
A. La hiérarchisation des obligations 165
1. Les analyses objectives de l'obligation fondamentale 166
2. L'analyse subjectiviste de l'obligation fondamentale 167
B. L'ampleur du manquement 168

§ 2. L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat 170
A. Les apparitions jurisprudentielles de la référence à l'économie du contrat 170
1. Le contexte jurisprudentiel 170
2. Les apparitions du concept 171
B. L'économie du contrat, un critère économique de la résolution 173

CHAPITRE 2 : L'IMMIXTION DANS LES CONTRATS NE PRESENTANT PAS D'INTERET ECONOMIQUE 175

Section 1 : L'anéantissement des contrats inaptes à atteindre leur finalité économique 175

§ 1. L'anéantissement des contrats inaptes, *ab initio*, à atteindre leur finalité 176
A. Intérêt économique et étendue de la nullité 176
1. Les hésitations classiques entre objectivisme et subjectivisme 176
a. Les partisans du subjectivisme 178
b. Les partisans de l'objectivisme 178
2. L'émergence jurisprudentielle de la référence à l'économie du contrat 179
a. Les apparitions jurisprudentielles de l'économie du contrat 179
b. L'économie du contrat, une référence objective 182
B. Intérêt économique du contrat et existence de la cause 184
1. La prédominance classique de l'objectivisme dans le contrôle de l'existence de la cause 184
a. Bref historique doctrinal des conceptions de la cause 184
i) Les théories objectivistes 186
ii) Les théories extensives 187
b. Les solutions du droit positif 189
2. La prise en compte de l'intérêt du contrat par référence à son économie 190
a. L'anéantissement du contrat économiquement inutile 191
b. La portée de la décision 192

§ 2. L'anéantissement des contrats devenus inaptes à atteindre leur finalité 194
A. Intérêt économique du contrat et gravité de l'inexécution 194
1. La référence à l'économie du contrat, fondement de la résolution 194
2. La référence à l'économie du contrat, fondement économique de la résolution 195
B. Intérêt économique du contrat et indivisibilité 197
1. Les hésitations entre objectivisme et subjectivisme dans l'appréciation de l'indivisibilité 198

a. Les fondements possibles de l'indivisibilité 199
i) La théorie de l'accessoire 199
ii) Le concept de cause 199
iii) La condition 200
b. La caractérisation de l'indivisibilité 200
2. L'émergence de la référence à l'économie du contrat dans l'appréciation de l'indivisibilité 202
a. L'apparition du concept dans le contentieux de l'indivisibilité 202
b. L'économie du contrat, un indice objectif de l'indivisibilité 204
i) L'illusion d'un rapport à la volonté des parties 204
ii) Le fondement économique de l'économie du contrat 205

Section 2 : La modification des contrats ayant perdu leur intérêt économique, la question de l'imprévision 208

§ 1. L'obstination française à refuser la révision du contrat pour imprévision 208
A. La constance du rejet de la théorie de l'imprévision 208
1. La jurisprudence classique : le rejet de la théorie de l'imprévision 209
2. Des infléchissements jurisprudentiels de portée limitée 210
a. Les tempéraments jurisprudentiels 210
b. La portée de ces infléchissements jurisprudentiels 212
B. Une jurisprudence contestée 215
1. Une jurisprudence de plus en plus contestée par la doctrine 215
a. La critique des justifications historiques 216
b. La critique de la justification par l'impératif de sécurité juridique 216
c. La critique du fondement de l'intangibilité du contrat 218
i) La force obligatoire, fondée sur la volonté des parties, ne justifie pas le refus de l'imprévision 218
ii) La force obligatoire, fondée sur le respect de la parole donnée, ne justifie pas le refus de la théorie de l'imprévision 220
2. Une jurisprudence isolée 220
a. Les fondements objectivistes retenus à l'étranger 221
b. Les fondements subjectivistes retenus à l'étranger 223
c. Les particularités du droit anglo-américain 227
d. L'imprévision en droit international 229

§ 2. Une admission possible de la théorie de l'imprévision par référence à l'économie du contrat 231
A. L'impuissance des concepts classiques à justifier la révision pour imprévision 231
1. Les limites des concepts traditionnels 231
a. L'enrichissement sans cause 231
b. La force majeure 232
c. La clause *rebus sic stantibus* *232*
d. L'équité 233
2. La nécessité du recours à une théorie économique de l'imprévision 234
a. Le refus d'une égalité objective des prestations 234
b. La nécessité d'un maintien de l'utilité du contrat 235
B. Le recours possible à l'économie du contrat dans l'admission de l'imprévision 236
1. Les précédents jurisprudentiels 236

a. La référence à l'économie du contrat en droit administratif 236
b. La référence à l'économie du contrat dans le contentieux du marché à forfait 239
2. L'orthodoxie de la référence à l'économie du contrat comme fondement de l'imprévision 243

Conclusion du titre 1 245

TITRE 2 : L'ECONOMIE DU CONTRAT, GARANTE DE L'UTILITE DU CONTRAT 246

CHAPITRE 1 : LA LEGITIMITE D'UNE GARANTIE DE L'UTILITE DU CONTRAT 247

Section 1 : La légitimité d'une garantie de l'utile au regard des principes classiques du droit des contrats 247

§ 1. La source utilitariste de la protection de l'intérêt du contrat 247
A. La théorie utilitariste 248
1. Une doctrine fondée sur la maximisation du plaisir 248
2. Les critiques de l'analyse utilitariste 248
B. L'influence de l'utilitarisme sur le droit positif 249
1. Une influence indéniable sur le droit en général 249
2. L'influence utilitariste en droit des contrats 250

§ 2. La conformité d'une garantie de l'utile à la sécurité juridique 251
A. Le principe de sécurité juridique 251
1. Un principe difficile à définir 251
2. La valeur du principe de sécurité juridique 252
B. Economie du contrat et sécurité juridique 253
1. Concept mou et sécurité juridique 253
2. Garantie de l'intérêt du contrat et impératif de sécurité juridique 254

Section 2 : La légitimité d'une garantie de l'utile au regard de l'évolution contemporaine du droit des contrats 256

§ 1. La conformité de cette fonction au renouvellement du concept causal 256
A. Economie du contrat et renouvellement du concept causal 256
1. Les limites du concept causal 256
a. Une validation systématique des contrats présentant une contrepartie immédiate 256
b. Une condamnation aveugle des contrats ne présentant pas une contrepartie immédiate 258
2. La substitution de l'intérêt à la cause, par référence à l'économie du contrat 258
a. L'idée d'intérêt du contrat, substituée à la cause par référence à l'économie du contrat 258
b. Le rapport de l'économie du contrat à la cause de l'obligation 260
B. Economie du contrat et analyse économique du contrat 262
1. L'indifférence classique du droit français aux considérations économiques 262
2. La pénétration relative de l'analyse économique en droit français 264

§ 2. La garantie de l'utilité du contrat par la fixation d'un minimum contractuel 266
A. La détermination d'un minimum contractuel 267

1. Obligation essentielle et volonté des parties 267
2. Obligation essentielle et utilité économique de l'opération 268
B. La protection du minimum contractuel par l'éradication des clauses sapant l'intérêt du contrat 270
1. Conformité de la solution à la liberté contractuelle 270
2. Le risque de normalisation du contrat 272

CHAPITRE 2 : LA NECESSITE D'UNE DEFINITION DE L'UTILE 275

Section 1 : Les limites de la distinction intérêt du contrat, intérêt du contractant 275

§ 1. Les difficultés conceptuelles de la distinction : l'embarras de la doctrine 276
A. La nécessité de la distinction 276
1. L'imprévisibilité de l'intérêt du contractant 276
2. Le rapport des mobiles à l'objet du contrat 277
B. Les difficultés de la distinction 278
1. La distinction abstraite intérêt du contrat / du contractant 279
2. La volonté doctrinale de prendre en considération de certains mobiles 280

§ 2. Les difficultés factuelles de la distinction : l'embarras de la jurisprudence 282
A. Une admission exceptionnelle de l'intérêt propre à l'un des contractants 282
B. L'indifférence classique de la jurisprudence à l'intérêt propre au contractant 286

Section 2 : Le dépassement de la dichotomie intérêt du contrat, intérêt des parties, par référence à l'économie du contrat 289

§ 1. L'impuissance de la distinction intérêt du contrat / intérêt des contractants à expliquer les solutions fondées sur l'économie du contrat 289
A. Les décisions visant à protéger l'intérêt du contrat 289
B. Les décisions visant à protéger l'intérêt des parties 290

§ 2. L'économie du contrat, garante de l'intérêt de l'opération contractuelle 292
A. La notion d'opération contractuelle 292
1. Une notion évanescente 293
2. Tentative de définition de l'opération contractuelle 294
B. Les perspectives d'application de l'économie du contrat, garante de l'intérêt de l'opération contractuelle 296
1. Economie du contrat et abus d'une prérogative contractuelle 296
a. La théorie de Josserand 296
b. L'économie du contrat, critère de l'abus par détournement de finalité 297
2. Economie du contrat et appréciation de la fraude 298

Conclusion du titre 2 300

Conclusion de la seconde partie 301

CONCLUSION GENERALE 302

Bibliographie 303

Index alphabétique 323

Table des matières 329