



HAL
open science

Essai sur les clauses contractuelles

Nicolas Gras

► **To cite this version:**

Nicolas Gras. Essai sur les clauses contractuelles. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014. Français. NNT : 2014CLF10458 . tel-01168586

HAL Id: tel-01168586

<https://theses.hal.science/tel-01168586>

Submitted on 26 Jun 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'Auvergne - CLERMONT FERRAND 1

ÉCOLE DE DROIT

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES ÉCONOMIQUES, JURIDIQUES ET DE GESTION
ED 245

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

Présentée et soutenue publiquement

par

Nicolas GRAS

Le 19 novembre 2014

ESSAI SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES

Directeurs de recherche

M. Mustapha MEKKI

M. le Doyen Jean STOUFFLET

Membres du jury

M. Romain BOFFA

Professeur à l'Université de Lille 2

M. Philippe BRUN

Professeur à l'Université de Savoie

M. Frédéric BUY

Professeur à l'Université d'Auvergne

M. Ronan RAFFRAY

Professeur à l'Université d'Auvergne

L'université d'Auvergne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je remercie en premier lieu mes directeurs de thèse :

M. Mustapha Mekki, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer ce travail doctoral ainsi que pour les conseils avisés qu'il m'a prodigués tout au long de mes recherches.

M. le Doyen Jean Stoufflet pour la disponibilité dont il a fait preuve lors de mes nombreuses sollicitations. Son implication éclairée et sa patience ont pleinement contribué à l'aboutissement de ce travail de recherche.

Je remercie très chaleureusement Linda Garcia et Mehdi Fayed qui ont accepté d'effectuer le fastidieux travail de relecture.

Mes remerciements sont également destinés à tous les membres du Centre Michel de l'Hospital, tant les enseignants que les Doctorants pour leur convivialité et l'enrichissement personnel qu'ils m'ont apporté.

Je remercie tout particulièrement Mme le Doyen Christine Bertrand pour sa bienveillance. La confiance dont elle m'a gratifié tout au long de ces années de thèse m'a permis d'en financer partie de sa réalisation.

Je remercie le personnel de la bibliothèque de Clermont université pour son aide et son accompagnement dans mes recherches.

Toute ma gratitude va également à ma Muse, ma « Mus-ette » ainsi qu'à mes amis fidèles à m'encourager et dont le soutien moral et affectif a été essentiel.

A ma mère et ma grand-mère qui n'ont cessé de croire en moi et de me soutenir durant ces longues années de travail. Pour les valeurs de courage et de ténacité qu'elles m'ont inculquées, je les remercie profondément.

Et enfin, à mon père parti vers un horizon qui n'entrave en rien sa fierté.

Écriture de la thèse arrêtée le 15 avril 2014

Résumé

Eléments essentiels du contrat, les clauses contractuelles méritent d'être étudiées afin de faciliter leur utilisation par les praticiens et leur appréhension par le juge.

Délaissant toute visée exhaustive, ce travail n'a pas pour objet de répertorier ni de dénombrer matière par matière, à la manière d'un catalogue, les innombrables clauses foisonnant dans l'ensemble des branches du droit privé. Un tel projet ne livrerait que des enseignements parcellaires et descriptifs. Une réflexion générale sur les clauses prises comme instrument juridique ne présuppose pas de se livrer à un examen systématique de l'ensemble de leurs applications particulières, mais au contraire de mettre l'accent sur certains de leurs effets, jugés les plus remarquables.

Une typologie des principales clauses devait tout d'abord être établie grâce à une approche fonctionnelle de leurs manifestations contractuelles. En effet, la volonté des parties d'organiser leur contrat tend généralement vers quatre grandes finalités : aménager l'exécution du contrat, gérer les risques encourus, éviter l'appréciation judiciaire et prévoir la fin du contrat et ses éventuelles sanctions. L'établissement d'une classification basée sur leur fonction permettait en outre de ne pas délaisser ni les clauses naissant au gré des besoins économiques ni les clauses considérées comme autonomes. Ce projet conduisait nécessairement à rechercher les modalités d'exécution des clauses d'une même catégorie permettant ainsi de proposer un régime juridique propre à chacune de ces catégories.

Prolongeant l'analyse de leur fonction, il convenait alors dans une seconde partie d'étudier les liens existants entre les clauses et le contrat. Les clauses sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions. Or, parallèlement aux deux niveaux de dispositions que représentent la théorie générale du contrat et le droit des contrats spéciaux, il devait être démontré qu'une théorie générale des clauses contractuelles ne saurait constituer un troisième niveau de règles applicables au contrat. Néanmoins, une vision générale de l'influence de leurs effets, sur et en dehors du contrat, a permis d'établir des conditions de validité et des règles communes applicables à toutes les clauses.

Mots clés

Contrat – Clause – Obligation – Liberté contractuelle – Cohérence contractuelle – fonction – Cause – Influence – Efficacité – Effets contractuels – Autonomie – Classification fonctionnelle – Régime général

Abstract

Contractual clauses are key elements of a contract and should be studied more closely in order to facilitate their use by practitioners and to enhance understanding by the judge.

This work does not claim to be exhaustive. Its purpose is not to identify, enumerate or catalogue the numerous clauses that abound in all branches of private law. Such a project would only yield a fragmented, descriptive insight. A general reflection on clauses as legal instruments does not necessitate a detailed examination of all applications but only that their most notable effects be highlighted.

Firstly, a typology of the most important clauses had to be drawn up based on a functional approach regarding their contractual applications. The parties to a contract generally have in view four main goals: organising the execution of the contract, managing the risks, avoiding legal pitfalls, and foreseeing the end of the contract and any potential sanctions. The establishment of a classification based on function ensured that clauses arising from economic necessity as well as clauses considered to be independent would not be neglected. Hence, this project comprises research on the details of implementation of clauses in the same category, leading to the setting out of a legal regime appropriate to each category.

Secondly, the aim of analysing the clauses' functions led to studying the links between clauses and contracts. Clauses basically serve to organise the terms of the contract, extend its effects and establish sanctions.

However, in parallel to the two levels – the general theory of contracts and special contracts law – it had to be demonstrated that a general theory of contractual clauses did not constitute a third level of rules applicable to contracts. Nevertheless, an overall view of the influence of their effects, both in terms of and beyond the contract, has allowed for the establishment of a general regime presenting the conditions of validity and common rules applicable to all clauses.

Keywords and keyphrases

Contract – Clause – Obligation – Contractual freedom – Contractual coherence – Function – Cause – Influence – Effectiveness – Contractual effects – Autonomy – Functional classification – General regime

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. Jurisp.	:	Actualité jurisprudentielle
aff	:	Affaire
al.	:	Alinéa
Ann. loyers	:	Annales des loyers
AP	:	Assemblée plénière
Art. ou art.	:	Article
BRDA	:	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefèvre
Bull. Joly	:	Bulletin joly (Mensuel d'information des sociétés)
C. ass.	:	Code des assurances
C. civ	:	Code civil
C. com	:	Code du commerce
C. consom	:	Code de la consommation
C. constr. urb.	:	Code de la construction et de l'urbanisme
C. mon. Fin.	:	Code monétaire et financier
C. pénale	:	Code pénal
C. pr. civ.	:	Code de procédure civile
C. trav.	:	Code du travail
CA	:	Cour d'appel
Cah. arb.	:	Cahiers de l'arbitrage
Cah. dr. entr.	:	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. jurisp.	:	Cahiers de jurisprudence
Cah. soc. Barreau	:	Cahiers sociaux du barreau
Cass.	:	Cour de cassation
Cass. ch. mixte	:	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réun.	:	Arrêt rendu par les chambres réunies
Cass. com.	:	Arrêt rendu par la chambre commerciale
Cass. crim.	:	Arrêt rendu par la chambre criminelle
Cass. req.	:	Arrêt de la chambre des requêtes
Cass. soc.	:	Arrêt de la chambre sociale
CCH	:	Code de la construction et de l'habitation

CE	:	Conseil d'Etat
CEDH	:	Convention européenne des droits de l'homme
CGV	:	Conditions générales de vente
ch.	:	Chambre
Chron.	:	Chronique
CJCE	:	Cour de justice des communautés européennes
Com	:	chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. com. electr.	:	Revue Communication et commerce électronique
Contrats-conc. consom.	:	Revue Contrats concurrence consommation
Conv.	:	Convention
Conv. EDH	:	Convention européenne des droits de l'homme
D.	:	Dalloz
Defrénois	:	Répertoire du notariat defrénois
D. aff.	:	Recueil Dalloz affaires
D. crit.	:	Recueil Dalloz critique
Doctr.	:	Doctrine
DPDA	:	Dictionnaire permanent droit des affaires
Dr. & Pat	:	Revue Droit et patrimoine
Dr. et soc.	:	Revue Droit et sociétés
Dr. fisc.	:	Revue Droit fiscal
Dr. soc.	:	Revue Droit social
Dr. trav.	:	Revue droit du travail
EURL	:	Entreprise unilatérale à responsabilité limitée
Fasc.	:	Fascicule
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais
Inf. rap.	:	Informations rapides
J.-Cl.	:	Jurisclasseur (civil, pénal...)
JCP E	:	Semaine juridique, éditon entreprise
JCP G	:	Semaine juridique, éditon générale
JCP N	:	Semaine juridique, éditon notariale
JO	:	Journal officiel
Jurisp.	:	Partie « jurisprudence » dans divers recueils et revues
Jurisp. soc. Lamy	:	Jurisprudence sociale Lamy

L.	:	Loi
LGDJ	:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et copro.	:	Loyers et copropriété
LPA	:	Revue Les Petites Affiches
NCPC	:	Nouveau code de procédure civile
obs.	:	Observations de jurisprudence
op. cit.	:	Opere citato
p.	:	Page
PGD	:	Principes généraux du droit
préc.	:	Précité
PUF	:	Presse universitaire de France
RDAI	:	Revue de droit des affaires internationales
RD. banc. et bourse	:	Revue de droit bancaire et bourse
RD banc. et fin.	:	Revue de droit bancaire et financier
RDC	:	Revue des contrats
Rep. com. Dalloz	:	Répertoire commercial Dalloz
Rep. min	:	Réponse ministérielle
Rep. not. Defrénois	:	Répertoire notarial Defrénois
Rep. soc	:	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rep. trav.	:	Répertoire de droit du travail Dalloz
Rev. arb.	:	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. trav.	:	Revue de droit du travail
Rev. fid.	:	Revue fiduciaire
Rev. jurisp. soc.	:	Revue de jurisprudence sociale
Rev. loyers	:	Revue des loyers
RGAT	:	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	:	Revue générale de droit des assurances
RJC	:	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	:	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	:	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	:	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	:	Revue Lamy droit civil
RLD com.	:	Revue Lamy droit commercial

RTD civ.	:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com	:	Revue trimestrielle de droit commercial
SA	:	Société anonyme
SARL	:	Société à responsabilité limitée
SAS	:	Société par action simplifiée
Sem. soc. Lamy	;	Semaine sociale Lamy
Somm.	:	Sommaire
spéc.	:	Spécialement
suppl.	:	Supplément
supra	:	Ci-dessus
t.	:	Tome
T. arb.	:	Tribunal arbitral
T. civ	:	Tribunal civil
T. com	:	Tribunal commercial
T. confl.	:	Tribunal des conflits
T. corr.	:	Tribunal correctionnel
TGI	:	Tribunal de grande instance
UNIDROIT	:	Institut international pour l'unification du droit privé
vol.	:	Volume

SOMMAIRE

Résumé.....	VII
SOMMAIRE	XIII
Introduction.....	1
PARTIE I : CLASSIFICATION FONCTIONNELLE DES CLAUSES	23
TITRE I : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR LA RELATION CONTRACTUELLE	24
Chapitre I : Les clauses d'aménagement des prestations	25
Chapitre II : Les clauses de gestion des risques	97
TITRE II : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR L'OFFICE DU JUGE	173
Chapitre I : Les clauses d'aménagement de l'appréciation judiciaire	175
Chapitre II : Les clauses d'aménagement de la résolution du litige	227
Conclusion de la partie I.....	295
PARTIE II : UN DROIT COMMUN ADAPTÉ AUX CLAUSES CONTRACTUELLES	299
TITRE I : INTÉRACTION ENTRE LES CLAUSES CONTRACTUELLES	301
Chapitre I : De la cohérence entre les clauses du contrat	303
Chapitre II : De la cohérence entre les clauses et le contrat	357
TITRE II : AUTONOMIE DES CLAUSES CONTRACTUELLES	405
Chapitre I : Les indicateurs de l'autonomie des clauses contractuelles	409
Chapitre II : Le régime des clauses autonomes	479
Conclusion de la Partie II.....	529
Conclusion générale.....	533
BIBLIOGRAPHIE.....	541
INDEX ALPHABETIQUE.....	619
TABLE DES MATIÈRES.....	625

Introduction

1. « Capteurs les plus sensibles¹ » des mouvements qui innervent le droit des contrats, les clauses constituent les piliers du temple contractuel. Articulées les unes aux autres dans le dessein de faire produire au contrat les effets procédant de la volonté des parties, les clauses méritent une attention particulière. La diversité des rôles qu'elles sont amenées à jouer et la singularité de leurs conditions d'existence et de validité en font un terrain d'étude fertile et propice à la découverte d'un cadre juridique adapté.

2. **Les clauses du contrat.** La clause est classiquement définie comme « *une disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament ou même loi) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments et les modalités (prix, date, lieu d'exécution...), soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun. On parle alors de clauses spéciales²* ». Encore recensée sous le synonyme de stipulation³, la clause désigne « *un élément expressément prévu dans une convention et en général formellement énoncé par écrit⁴* ». La clause se définit communément comme toute stipulation particulière insérée dans un acte juridique et ayant une influence sur celui-ci. C'est ainsi, sans s'attarder sur la spécificité de chacune d'entre elles, que la plupart des dictionnaires et encyclopédies juridiques s'accordent pour définir la notion. Les actes juridiques, supports de cette étude, seront limités aux actes bi ou plurilatéraux. Catégorie la plus importante des actes juridiques, les actes contractuels restent un champ de recherche extrêmement vaste dont il est nécessaire de définir dès à présent les frontières. Outre l'examen des clauses à travers certains contrats innomés, les contrats nommés, à titre gratuit ou onéreux, seront utilisés comme laboratoires d'analyse des clauses.

¹ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *RDC* 1^{er} octobre 2006, n°4 p.1051.

² G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2013, 10^{ème} éd. V° *Clause* ; Latin médiéval *clausa*, tiré de *clausus*, part. pass. *Claudere* : clore, au lieu du latin juridique *clausula*, de même sens, proprement fin (d'une lettre d'un document).

³ Le substantif « *stipulation* », du latin *stipulatio*, et le verbe « *stipuler* » sont ainsi réservés au vocabulaire des contrats. Le contrat stipule et la loi dispose, devant ainsi réduire l'emploi du terme « *disposition* » pour définir les prescriptions légales ou réglementaires.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2013, 10^{ème} éd. V° *Stipulation* ; tant le contrat qu'une de ses stipulations peuvent être oralement conclus, seulement pour des raisons essentielles de preuve le contrat et ses clauses sont inscrits sur un support papier ou électronique, *Instrumentum*.

3. Notion. La notion de clause ou de stipulation, en apparence simple et familière, renferme en réalité une grande complexité, due notamment à son importante prolifération mais également à sa généralisation dans le vocabulaire juridique.

Comme souligné par M. Ph. Simler « *la réalité n'est pas aussi simple. Il faut admettre par exemple qu'une proposition subordonnée, un membre de phrase, un mot ou au contraire un ensemble de phrases, un paragraphe tout entier du texte, constituent des clauses. Ainsi on glisse imperceptiblement de cette acceptation purement matérielle et objective vers une définition plutôt subjective de la notion de clause. Dans cette acceptation subjective, on considérera comme des clauses les éléments d'un acte juridique qui présentent une individualité non plus matérielle, mais intellectuelle. Peu importe la forme grammaticale, le style de l'écrit qui constitue le support matériel de l'acte, pourvu qu'il renferme, d'une façon ou d'une autre, les différents éléments qui en constituent les clauses*⁵ ». Mettant l'accent sur l'aspect intellectuel émergeant des clauses, et non plus sur celui de leur apparence matérielle, cette approche des clauses fût reprise et quelque peu affinée depuis une dizaine d'années⁶. Ainsi, deux aspects peuvent être associés : un aspect formel et un aspect intellectuel. Sur le plan purement formel, la notion de clause s'analyse en une notion à géométrie variable. La forme d'un mot, d'une phrase, d'un ensemble de propositions, d'une définition, d'un préambule peut constituer une clause. Le second critère visant à déceler dans chaque clause « *une individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit*⁷ » témoigne de toute la subjectivité que la clause confère au contrat auquel elle est rattachée.

4. Appréciation du critère intellectuel. Malgré la pertinence du critère intellectuel comme élément d'identification des clauses contractuelles, il apparaît toutefois nécessaire de souligner certaines nuances. En effet, l'individualité intellectuelle n'est pas synonyme de volonté mais renvoie davantage à une fonction⁸, un rôle propre à la clause. Elle n'interfère donc pas sur la volonté des parties mais contribue seulement à préciser les modalités d'exécution d'une clause. De plus, adopter cette appréciation de l'individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit reviendrait à nier l'existence de clauses dont la loi dicte l'orientation

⁵ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse Strasbourg III, LGDJ 1969, n°8 p.8.

⁶ G. Arbant-Michel, *Les relations entre les clauses et le contrat*, Thèse microfiche Université de Montpellier I, 2001 n°105 et s. p.42 et s.

⁷ G. Arbant-Michel, *loc. cit.* n°111 p.45.

⁸ H-P. Schwintowski, *Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites*, *RRJ* 1993, 757 spéc. p.758.

ou en impose même le contenu. Dès lors, les deux premiers termes posés par ce critère, à savoir une « *individualité intellectuelle* », ont deux acceptions différentes.

Les clauses peuvent ainsi être perçues comme une suite de mots réunissant, par une alliance intellectuelle, la pensée innovante et créatrice des contractants. Or, comment les parties pourraient-elles introduire dans chaque clause du contrat une part de leur réflexion personnelle, voire de leur personnalité, en vue de créer des effets de droit ? Seules peuvent ainsi être appréhendées les clauses puisant leur principale source dans la jurisprudence développée par la Cour de cassation. Reposant pour certaines sur une base législative trop étroite, la jurisprudence va suppléer le législateur et organiser leur régime juridique, tout en se référant aux techniques issues de la pratique. Ces clauses expriment alors tout le sens de l'individualité intellectuelle puisque les parties, ou du moins l'une d'entre elles, se réservent le choix de la durée, de la délimitation géographique, etc.

En revanche, le critère semble se réduire en cendres si l'on envisage de l'appliquer aux clauses légales. En effet, ce type de clause ne laisse aux parties qu'un très faible espace de liberté. Résumant ainsi l'individualité intellectuelle à un élément particulier de la clause, elle peut se limiter à la rédaction de simples mentions personnelles, tels le nom, le siège social, la date de prise d'effet, etc. Il est donc préférable d'analyser les termes de la distinction comme l'expression directe de sa fonction. L'accord de volontés ne peut dès lors être établi par la seule identification des individualités intellectuelles. Bien qu'elles contribuent à façonner et à préciser la clause en vue de lui faire produire des effets de droit, elles ne justifient pas de l'échange des consentements. Néanmoins, appréciées indépendamment du contrat, les clauses peuvent de premier abord faire l'objet d'une classification préliminaire selon leurs origines, faisant ainsi apparaître la diversité de leurs sources.

5. Division notionnelle des clauses. Les clauses légales⁹ présentant un caractère légal indéniable composeront la première division qu'il est possible de désigner sous l'appellation de « clauses déterminées ». Les clauses légales incarnent parfaitement le caractère imposé des stipulations qu'elles renferment. Elles sont ici appréhendées en tant que stipulations dont le libellé provient directement d'un texte normatif. Elles s'imposent donc en tant que

⁹ Th. Revet, *La clause légale*, in Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999 p.277 ; J. Rochfeld, *La contractualisation des obligations légales*, in *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowiez et M. Xifaras, Dalloz Méthodes du droit 2009 p.251.

stipulations contractuelles par « *détermination de la loi*¹⁰ ». L'extension du contrôle des pouvoirs publics, la recherche de la sécurité juridique, associées à la standardisation abusive dans les pratiques notariales, sont autant de facteurs explicatifs de la prolifération des clauses légales.

Une deuxième division, composée des clauses contractuelles reposant sur un socle législatif ou jurisprudentiel dont le contenu reste néanmoins déterminé par les parties, peut être identifiée sous la qualification de « clauses déterminables », plus couramment dénommées « clauses nommées ». Ce support réglementé, assimilable aux fondations ou au contenant de ces clauses, révèle leur caractère objectif, alors que leur contenu, adapté selon la situation et la volonté des parties, fait apparaître leur aspect subjectif. Contrairement aux clauses légales, les règles applicables aux clauses déterminables ne font que clore leur champ d'intervention, laissant leurs contenus à l'appréciation des parties. Bien que le législateur et le juge façonnent le corps de la clause, les parties en élaborent les organes vitaux. Toutefois, cette appréciation n'est pas figée. Tant le législateur que le juge adoptent une vision utilitariste, prenant en compte les répercussions économiques, sociales, culturelles, de leurs décisions. Les clauses d'exclusivité¹¹, de mobilité¹², de non-concurrence¹³ ou de réserve de propriété¹⁴ peuvent alors être citées pour ne reprendre qu'un simple échantillon des clauses visées. Enfin, dans une troisième décision, doivent être identifiées, ou du moins recensées, les

¹⁰ S'imposant par décision de la loi, ces clauses contribuent donc à instaurer un équilibre contractuel. Les effets qu'elles produisent ne peuvent être que plébiscités compte tenu de l'actuel engouement que connaît une grande part de la doctrine pour le principe de proportionnalité des contrats. V° D. Mazeaud, Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel, *LPA* 7 mai 2004, n°92 p.47.

Ainsi comme le souligne Monsieur Ph. Malinvaud « L'objectif de la protection accordée n'est pas de faire triompher les intérêts d'une catégorie sociale sur ceux d'une autre, mais de rétablir dans les rapports contractuels l'égalité lorsqu'elle est menacée au détriment de l'une des parties, qui, en l'occurrence, se trouve être le consommateur » : Ph. Malinvaud, La protection des consommateurs, Dalloz 1981 chron. n°3 p.49.

¹¹ Art. L.330-1 à L.330-3 du C. com.

¹² Art. L.1121-1 Code du trav. ; Cass. soc. 18 mai 1999 n°96-44315, *JCP E* 6 janvier 2000, n°1 note C. Puigelier ; *D.* 17 février 2000, n°7 p.84 note M-C. Escande Varniol ; *Dr. soc.* juillet 2004, n°7/8 p.706 note Ch. Vigneau ; Cass. soc. 10 janvier 2001 n°98-46226, *Sem. soc. Lamy* 22 janvier 2001 p.10 ; Cass. soc. 15 décembre 2004 n°02-44714, *Dr. soc.* mars 2005, n°3 p.337 note J. Mouly ; Cass. soc. 28 mars 2006 n°04-41016, *Bull. soc. V* 2006, n°126 p.122 ; *RDC* octobre 2006 n°2006/4 p.1163 note Ch. Radé ; *JCP E* 29 janvier 2009, n°5 note S. Béal et C. Terrenoire ; Cass. soc. 7 juin 2006 n°04-45846, *RTD civ.* juillet 2007, n°1 p.110 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. soc. 21 mars 2012 n°10-12009, *RJS* juin 2012 n°6 p.450 ; Cass. soc. 26 septembre 2012 n°11-19082, *RJS* juin 2012, n°6 p.450.

¹³ Art. 134-14 C. com ; art. L.1251-16 C. trav. ; Cass. soc. 20 janv. 1999 n°96-45.305, *LPA* 11 novembre 1999, n°225 p.15 note A. Pelletier & B. Mathieu ; Cass. soc. 10 juillet 2002 (3 arrêts) n°00-45135, n°00-45387, n°99-43334, *JCP G* 16 octobre 2002, II, n°42, 10162 comm. Fr. Petit ; *JCP E* 17 octobre 2002, n°42, 1511 comm. D. Corrigan-Carsin ; *Gaz. Pal.* 6 décembre 2002, n°340 p.9 note M.Kehrig ; *LPA* 31 janvier 2003, n°23 p.16 note N. Damas ; *JCP E* 20 mars 2003, n°12 note P. Morvan ; *Option Finance* 4 avril 2005, n°828 p.37 note J-M. Lavallart ; *JCP E* 3 janvier 2008, n°1 note G. Damy.

¹⁴ Art. 1138 C. civ. ; art. 1583 C. civ. ; art. 2367 à 2372 C. civ. ; art. 624-16 al.2 et 3 C. com. ; art. R.624-13 à R.624-16 C. com.

clauses naissant de la création quotidienne de la pratique. Passées au crible de la jurisprudence, évacuées, lissées, les clauses des contrats apparaissent parfois bien fades aux négociateurs imaginatifs, désireux d’user de la liberté contractuelle¹⁵ dont ils disposent. Aussi, concilier la dogmatique juridique et une démarche pragmatique favorise la prise en considération des clauses dites nouvelles, apparaissant au gré des besoins économiques et de l’évolution sociale. Fruit de l’activité des praticiens ces clauses ne doivent pas pour autant être exclues de notre champ d’étude.

6. Les clauses et le contrat. Il convient alors d’insister sur les liens qui existent entre les clauses contractuelles et le contrat qu’elles servent. Élément constitutif du contrat, la clause n’a de sens que par rapport au contrat qui la contient et aux autres clauses qui le composent. Elle ne peut être autosuffisante¹⁶. Les clauses sont au service du contrat dont elles aménagent les obligations, prolongent les effets et précisent les sanctions.

Or, ce dernier est habituellement appréhendé sous l’angle des obligations qui le caractérisent, et non par les clauses qui l’entourent et le façonnent. Si l’obligation essentielle reste une notion prétorienne non institutionnalisée, elle n’en irradie pas moins le droit des contrats¹⁷ dans son ensemble et reste susceptible, dans un avenir proche, de supplanter le contrat tant dans sa formation que dans son exécution¹⁸. En effet, selon une définition partagée par

¹⁵ Comme il est possible de le constater nettement dans la première catégorie de clauses présentées (clauses déterminées), et dans une moindre mesure dans la seconde (clauses déterminables), les dispositions conventionnelles n’ont jamais été jugées à l’aune d’autant de paramètres qu’aujourd’hui : licéité de la clause au regard des normes tant internes qu’internationales, équilibre, proportionnalité des prérogatives, cohérence avec le contrat et avec soi-même, exigence de bonne foi, telles sont les règles à respecter pour ne pas voir ses prévisions initiales invalidées ou paralysées ; B. Fages, Le double jeu de la Cour de cassation à l’égard du contenu des conventions, *LPA* 6 mai 1998, n°54 p.39.

¹⁶ G. Arbant-Michel, *op. cit.* n°113 p.46.

¹⁷ Le Code civil différencie l’objet du contrat et l’objet de l’obligation. Les articles 1127 et 1128 traitent de l’objet du contrat alors que les articles 1129 et 1130 prennent en considération l’objet de l’obligation. Or, selon Le doyen Carbonnier : « Rigoureusement le contrat a pour objet les obligations qu’il fait naître et chacune de ces obligations, à son tour, a un objet. Le Code civil rapporte au contrat lui-même ce qui est, au fond, l’objet de l’obligation. C’est une ellipse que sa commodité légitime » : J. Carbonnier, *Droit civil* t.II 3^{ème} éd. 1962 p.362.

¹⁸ Idée défendue par le projet de réforme diffusé par la Chancellerie fin juillet 2008. Le projet de loi, par préférence à l’avant-projet de loi conçu sous le parrainage de l’association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et dirigé par Pierre Catala, ne l’aborde, sur ce point, que sous l’angle de la formation du contrat. V° la proposition de M. Burgard, L’avènement de la notion d’obligation essentielle dans le contrat, *LPA* 22 septembre 2010, n°189 p.7, ainsi que les nombreuses appréciations : D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, *D.* 2008, chron. 2675 ; R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, *JCP G* octobre 2008, I, 190 ; P. Malaurie, Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP G* 29 octobre 2008, I, 204 ; M. Fabre-Magnan (entretien), Réforme du droit des contrats : un très bon projet, *JCP G* 22 octobre 2008, I, 199 ; C. Larroumet, De la cause de l’obligation à l’intérêt au contrat, *D.* 9 octobre 2008, n°35 Point de vue, 2441 ; O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la

plusieurs auteurs, le contrat est « *un accord de volontés qui a pour effet de créer des obligations*¹⁹ ». Tous les contrats sont donc des conventions car ils sont tous des accords de volontés mais, seuls ceux qui créent des obligations peuvent revêtir la qualification de contrats²⁰. La notion d'obligation est donc mise en lumière par les auteurs pour définir le contrat, n'attribuant ainsi que peu de considération aux autres éléments qui le composent. L'influence des clauses non-obligationnelles²¹ reste encore trop secondaire dans l'appréciation de la relation contractuelle. Ainsi, le contrat est défini par MM. Ph. Malaurie et L. Aynes en tant que « *convention faisant naître des obligations*²² ». Flour et Aubert y voient, outre « *un accord de volonté destiné à créer des obligations* », « *une convention génératrice d'obligations*²³ ». La définition la mieux à même de rendre compte de l'importance des clauses composant le contrat est donnée par M. J. Ghestin : « *le contrat est un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets*²⁴ ». Bien que la fonction principale d'échange du contrat réside dans la création d'obligations, cette formule invite néanmoins à examiner toutes les clauses susceptibles de produire des effets de droit dans les limites du droit objectif. Eléments du contrat, elles évoluent également au rythme de ses transformations et adaptations à la société.

7. L'évolution du droit des contrats. Fruit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique de la fin du XVIII^{ème} siècle, la théorie de l'autonomie de la volonté a connu depuis son avènement de profondes mutations²⁵. Elle reposait alors sur la croyance en

cause en droit civil français ?, *D.* 23 octobre 2008, n°43 Point de vue, 2607 ; D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D.* 5 février 2009, n°5 chron. 308.

¹⁹ Fr. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd., n°17 p.27 ; J. Carbonnier, *Droit civil, les biens, Les obligations*, PUF 2004, n°930 p.1942.

²⁰ Distinction visée à l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire ». V° également, *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, t.IV Nantes 1999, LGDJ 2000.

²¹ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* décembre 1999 p.771.

²² Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd. n°400 et s. p.181 et s.

²³ J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Dalloz 2012, 15^{ème} éd., n°79 p.55 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, Litec 1998, 6^{ème} éd., n°1 p.3 ; Il est également appréhendé comme « *un accord de volonté en vue de créer des obligations ou de transférer des droits patrimoniaux d'une personne à une autre* ».

²⁴ J. Ghestin, La notion de contrat, *D.* 1990 chron. p.147.

²⁵ L. Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, Mélanges F. Gény, Sirey 1934 t.II p.333 ; Ph. le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz 1985 p.349 ; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF 1986 p.40 ; L. Cadiet, *Interrogations sur le droit*

la liberté naturelle de l'homme²⁶. Issue de la philosophie des lumières, l'idée selon laquelle le contrat est exclusivement fondé sur la volonté individuelle et le principe de liberté n'a cependant pas été reprise par les rédacteurs du Code civil²⁷. Non partisans du postulat sur lequel repose la théorie de l'autonomie de la volonté, ces derniers ont fait preuve de nuances pour considérer que la volonté ne saurait pénétrer l'ordre juridique sans passer par le filtre du droit. Le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire, mais dérivé. Ils ont ainsi entendu réaliser une œuvre non pas dogmatique mais pragmatique dotée de morale et d'équité²⁸, dans le respect de l'intérêt des parties des tiers et de la collectivité. Toutefois, ils n'ont pu anticiper la profonde transformation de la société qui marqua le phénomène contractuel à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. La concentration économique et commerciale a alors suscité des rapports de force inégalitaires à travers lesquels la liberté contractuelle engendrait un déséquilibre prononcé, accentuant ainsi la suprématie du plus fort sur le plus faible²⁹. La protection accrue et le développement de statuts contractuels spéciaux³⁰, tels que ceux réservés aux consommateurs, aux salariés ou aux distributeurs, ont pleinement contribué à l'affaiblissement de la liberté contractuelle. Le libéralisme économique a fait place au dirigisme économique se traduisant par un accroissement conséquent de l'ordre public et par la multiplication des lois impératives. A l'image du législateur, la jurisprudence encadrait la liberté contractuelle en donnant un sens plus large aux notions d'ordre public et de bonnes mœurs. Dès lors, si certains contrats étaient interdits, d'autres au contraire se trouvaient imposés ou dans une moindre mesure standardisés.

contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987 p.7 ; Ph. Malaurie, *Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle*, in Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999 p.191.

²⁶ Les sources de l'autonomie de la volonté sont philosophiques. J. Locke, *Les fondements de liberté moderne de J-F. Spitz*, Paris PUF 2001, compte rendu par B. Gagnon, *Politique et sociétés*, 2001 vol.21, n°3 ; E. Kant, *Critique de la raison pratique*, Trad. Picavert PUF 1960 p.30 et *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Trad. Delbos, Paris Voirin 1980 p.68 et s. ; Le ralliement de la doctrine à ce fondement ne fût pas unanime : V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF Paris 1980 ; G. Rouhette, *La force obligatoire du contrat*, in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ 1987.

²⁷ X Martin, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, DMM 2003 p.63 et s. et p.447 et s. : mettant l'accent sur la nuance opérée par les réacteurs dans la formulation de l'article 1134 du Code civil. Bien qu'ils affirment la force obligatoire du contrat « les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites », ils précisent aussitôt qu'il n'en va ainsi qu'à la condition que des conventions soient « légalement formées ». Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit. n°28 p.33.

²⁸ Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 2012, 9^{ème} éd. n°84 et s. ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris 1965, n°116 p.515.

²⁹ A la formule de Fouillée « qui dit contractuel dit juste » répond celle de Lacordaire « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit ».

³⁰ En somme, le droit commun des contrats doit désormais composer avec, notamment, les droit de la consommation, de la concurrence, de la distribution et du travail etc. V° D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC* décembre 2003, n°1 p.295.

Désormais inadaptée à la philosophie contractuelle contemporaine, les auteurs ont alors tenté de proposer des théories de substitutions permettant de redonner à la liberté contractuelle ses vertus et de remédier à l'inégalité de fait existant entre certains contractants. Le renouvellement du droit des contrats s'opère ainsi par « *l'adjonction de principes nouveaux, latents dans le droit positif et complémentaires des anciens*³¹ ».

8. Les théories de substitution. Parmi les théories proposées³² pour se substituer à l'autonomie de la volonté, M. J. Ghestin fonde le régime du contrat sur les deux notions complémentaires d'utilité et de justice³³. *L'utilité* est dans cette réflexion entendue comme garantie de l'intérêt social, et *le juste* comme principe d'équilibre entre les droits réciproques des contractants. Il accorde une légitimité de principe à l'ordre public, et à l'interventionnisme de la loi et du juge en vertu d'une justice commutative et de son corollaire naturel, la bonne foi. A travers cette vision, l'utile et le juste ne sont plus seulement les valeurs qui dirigent le jeu des volontés mais deviennent les fondements mêmes de la force obligatoire et du régime du contrat.

A mi-chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat³⁴, René Demogue a dès l'entre-deux-guerres avancé la théorie du *solidarisme contractuel*³⁵. Réprouvant la vision autonomiste du droit subjectif, les solidaristes conservent

³¹ C. Thibierge-Guelfucci, *RTD civ.* 1997 p.377.

³² M. G. Rouhette propose également, à travers sa théorie positiviste du contrat de confronter la notion de contrat au droit objectif. Ainsi le contrat n'oblige que parce que, et dans la mesure où la loi l'autorise. : G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Mélanges R. Rodière 1981 p.247.

³³ J. Ghestin, n°223 et s. ; « le législateur conformément au droit objectif qui le dépasse, ne devrait sanctionner le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste » *ibid* n°226 ; J. Ghestin, *L'utile et le juste*, *D.* 1982 chron. 1 ; inspiré par les écrits de E. Gounot qui insistait déjà sur la fonction sociale du contrat, E. Gounot, *op. cit.* p.339 et s p.450 et s.

³⁴ Ch. Jamin, *Revision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *Dr. & Pat.* mars 1998 p.46 et s.

³⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau 1923-1931, t.6 chap.I p.2 ; V° également L. Moreau de Bellaing, *Le solidarisme et ses commentaires actuels*, in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF 1992 p.85 ; D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'hommage à Fr. Terré, Dalloz 1999 et *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004 et ; Ch. Jamin, *Plaidoyer sur le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ 2001 p.441 ; Issus du colloque, *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, des 3 et 4 mai 2002 organisé par la faculté de Droit et de Sciences politiques, Economique et de Gestion de La Rochelle, Publi. dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004, Ch. Radé, *Solidarisme contractuel en droit du travail*, M. Malaurie-Vignal, *Le solidarisme contractuel en droit de la concurrence et de la distribution* ; G. Durry *Le solidarisme contractuel en droit des assurances* ; L. Leveneur, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, G. Raymond, *Le solidarisme contractuel en droit de la concurrence* ; Ch. Jamin, *Le solidarisme contractuel, une réalité* ; on présente souvent la doctrine solidariste comme étant divisée en deux tendances sensiblement différentes : le solidarisme social dont M. Ch. Jamin serait le plus ardent

la volonté comme source de l'effet obligatoire, mais en soumettent sa validité aux exigences d'un civisme contractuelle emprunt d'une coopération loyale et d'une mutuelle confiance. Aussi, les parties doivent-elles s'entraider, chacune prenant à son compte les intérêts légitimes de l'autre. Le contrat doit constituer « *un microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale*³⁶ ». Transcendant cette idée, d'autres auteurs se sont alors appuyés sur cette vision déjà idyllique et sentimentale pour penser le contrat comme un haut lieu de solidarité, d'affection voire d'amour fraternel³⁷. De façon plus nuancée l'école solidariste s'est plus récemment divisée en deux courants, l'un d'inspiration morale, l'autre d'inspiration sociale. Plus proche de l'approche classique du contrat, dans une différence de degré plus que de nature, le solidarisme moral s'attache davantage aux comportements individuels et exige du contractant le plus puissant un surcroît de loyauté à l'égard de l'autre³⁸. En revanche, le solidarisme social, prôné par M. C Jamin, érige la primauté du social comme clé de refondation du contrat³⁹. Le fait social est alors placé avant l'engagement conventionnel⁴⁰.

Ces théories ont néanmoins toutes pour conséquences de favoriser une immixtion intempestive des pouvoirs publics sur le contenu contractuel, justifiée par l'appréciation judiciaire ou législative de l'intérêt des parties et de l'utilité du contrat.

Il s'agit dès lors de trouver un équilibre entre un dirigisme exacerbé et un libéralisme pléthorique. Une analyse néo-libérale est aujourd'hui prônée afin de promouvoir au mieux la liberté et la responsabilité des parties par l'exercice d'un contrôle judiciaire à la marge. En effet, l'intervention du juge ne doit pas conduire à ruiner la sécurité juridique sans laquelle le contrat, instrument de maîtrise du futur, serait dépourvu de son efficacité. L'intérêt général et

défenseur et le solidarisme moral porté par M. D. Mazeaud ; Ph. Remy, P. Mazet et L. Grynbaum, *Présentation de la notion de solidarisme*, in *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004.

³⁶ R. Demogue, *op. cit.* chap.I p.9.

³⁷ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997 p.376 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF 1998, 2^{ème} éd. n°55.

³⁸ D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit*, *op. cit.* p.603 ; Selon les observation de Ph. Stoffel-Munck, *D.* 20 juin 2002, n°24 p.1974 : « c'est encore de morale interindividuelle qu'il s'agit et on aura garde d'observer que Domat ou Pothier, dans leur christianisme, allaient largement aussi loin. Aussi, même si l'on préfère se donner Daguesseau, Portalis ou Ripert comme références, l'approche libérale du contrat n'est pas si incompatible qu'on pourrait le penser avec ce courant de pensée ».

³⁹ Ch. Jamin, *Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. 1134 C. civ.*, in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Dt & Pat* mars 1998 p.46 et s. spéc. p.52 ; Du même auteur, *Une brève histoire politique des interprétations de l'art. 1134 Cciv.*, *D.* 14 mars 2002, n°11 p.901 ; A-S. Courdier, *Le solidarisme contractuel*, Thèse Dijon, Economica 2004.

⁴⁰ Ch. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, *op. cit.* p.442.

la considération des intérêts du cocontractant doivent être davantage perçus comme une limitation naturelle de la liberté de chacun. Les parties ne peuvent s'affranchir des règles propres à régir les intérêts fondamentaux de la société mais restent libres de faire valoir leur volonté dans le strict respect de la loi, seule capable d'exprimer les besoins de la société. Le volontarisme social⁴¹, propre aux contrats, traduit ainsi la reconnaissance par la loi de ce pouvoir fondamental d'organisation laissé à la volonté. Elle constitue ainsi un instrument de la loi assurant par le contrat l'achèvement de la direction des comportements sociaux. Le contrat n'est donc plus appréhendé comme une création statique irrévocable et intangible s'imposant aux parties et au juge. Il ne renferme désormais plus « *un monde hermétiquement clos*⁴² ». Contrairement à l'approche classique dans laquelle le contrat était conçu comme la résultante « *d'intérêts antagonistes librement et âprement négociés*⁴³ », l'approche contemporaine a vu poindre l'idée de collaboration entre les parties⁴⁴.

9. Le maintien de la volonté. Loin de décliner, la volonté conserve un rôle essentiel dans le droit des contrats⁴⁵. Les contrats continuent à exister et à évoluer en s'adaptant sociologiquement et économiquement. En effet, le contrat est une chose vivante⁴⁶, susceptible d'évoluer suite aux changements de circonstances, à l'extension ou au remaniement des projets économiques qu'il sous-tend. Faute de prendre en compte pareilles évolutions, des discordances apparaîtront entre la réalité des affaires et les stipulations contractuelles. L'intervention de règles d'ordre public visant à encadrer le contenu du contrat ou à en imposer la conclusion ne doit pas faire obstacle à l'existence de la volonté. Les impératifs et incitations extérieurs, le poids plus pesant de l'une des volontés, n'entachent pas la réalité des

⁴¹ Position développée par J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Dalloz 2012, 15^{ème} éd. n°120 p.97 : « l'autonomie de la volonté désigne la faculté laissée aux sujets d'organiser leurs échanges comme ils l'entendent, dans les limites fixées par le droit objectif ».

⁴² Selon l'expression de M. Aubert, À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, *RTD civ.* 1993 n°1 p.263.

⁴³ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, 1985 p.41 ; V° Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution des contrats, *JCP E* 1988. I. 3318, n°1.

⁴⁴ R. Demogue, *Traité des obligations*, t. III, 1931, n°29.

⁴⁵ L'observation vaut pareillement pour la liberté : *l'abandon de l'autonomie de la volonté ne signifie pas celui de la liberté contractuelle* : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Obligations*, t.2, n°31 ; G. Marty et P. Raynaud, *op. cit.* n°72 : « on peut parfaitement admettre la liberté des conventions sans prendre parti sur l'autonomie de la volonté. La théorie de l'autonomie de la volonté est une théorie philosophique, la règle de la liberté des conventions est une règle technique que le législateur peut consacrer pour des raisons d'opportunité ou de simplicité ou parce qu'elle paraît économiquement utile ou moralement juste » ; A. Benabent, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2010, 12^{ème} éd. n°25.

⁴⁶ Demogue ne disait-il pas que « le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale », R. Demogue, *op. cit.* n°637.

consentements prise comme critère déterminant de la qualification de contrat. Au-delà de la technique juridique, le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines⁴⁷. Le « déclin », encore appelé « crise » du contrat⁴⁸, ne concerne qu'une certaine conception de ce dernier fondée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, impliquant non seulement la liberté de s'engager, mais également celle de fixer le contenu du contrat et de choisir son cocontractant⁴⁹. La rédaction du contrat doit être commandée par son adaptabilité. *La souplesse*⁵⁰ contractuelle permet ainsi à l'acte de survivre par sa capacité à s'adapter. Outre l'accord des volontés, le contenu du contrat est tout aussi essentiel à la validité de celui-ci. L'évolution du contrat transparait inévitablement sur les clauses qui le composent. Plus encore, elles sont directement concernées par ces mutations sociétales, avant même que le contrat en soit lui-même l'objet. Les clauses se présentent comme le révélateur d'une politique contractuelle et servent les principaux impératifs qui irriguent le droit des contrats⁵¹. Prises comme des éléments émanant de la composition du contrat, elles reposent ainsi sur les mêmes fondements que ce dernier.

La liberté contractuelle, bien que restreinte par le législateur pour assurer les intérêts dont la société à la charge, peut être utilisée comme angle de vue privilégié pour l'analyse des clauses, observées à l'aune de leurs conditions de validité, leurs effets et leurs sanctions. L'adaptabilité des professionnels à un marché dont la demande est toujours plus diversifiée et personnalisée nécessite une adaptabilité des contrats et particulièrement de leurs clauses, seules capables d'aménager la prestation économique.

10. La diversité des clauses. Or, l'extrême hétérogénéité des clauses et leur prolifération croissante ont toujours suscité une forte réticence de la doctrine à l'encontre de toute tentative de théorisation. En effet, aucune cohérence d'ensemble ne se manifeste en apparence. Les clauses relèvent de sources diverses, renferment des objets disparates et produisent des effets

⁴⁷ J. Ghestin, *art. préc.* p.147.

⁴⁸ H. Batiffol, *La crise du contrat et sa portée*, *Archives de philosophie du droit* 1968 tome XIII p.13 et s. reproduit in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ 1976 p.393 et s. ; G. Rouhette, *th. préc.* §2 ; P. Hébraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, *Mélanges Maury* t.2 p.420.

⁴⁹ Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. de L. Cadet 1987, p.272 n°5.

⁵⁰ La formule « *Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain* » constitue le sous-titre du mémoire de M. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, publié au PUAM, en 1994 et préface par R. Bout.

⁵¹ D. Mazeaud, *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, in *Libres propos sur les sources du droit*, *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz 2006 p.371 et s.

dont la diversité se manifeste tout au long de la vie du contrat. Les recherches en la matière se sont donc très souvent cantonnées à l'approfondissement d'une clause particulière prise dans sa nature singulière, parfois même limitée à certains de ses aspects⁵².

Propres à identifier toutes les spécificités d'une clause prise isolément, en vue de parfaire ses règles d'application, ces différentes études peuvent également servir à affiner la présentation des clauses faisant l'objet de travaux à dimension plus générale. Ainsi, plusieurs clausiers⁵³ ont été proposés. Ils constituent une base de travail importante dans la mesure où ils définissent les sources de chaque clause, ses conditions de validité, d'efficacité, et proposent généralement des modèles de rédaction utilisables par les praticiens. Progressivement certaines études ont alors été réalisées sur des clauses utilisées au sein d'une même matière⁵⁴. Dans le prolongement de ces travaux, il nous est apparu essentiel de proposer une analyse plus générale⁵⁵ des clauses.

11. La force des clauses. Au cœur de la pratique, les clauses constituent dans certaines matières la norme à respecter. Non dotés d'une législation particulière, ces domaines du droit sont alors gouvernés par les besoins de la pratique et les adaptations contractuellement décidées par les parties. La *common law* reste le système le plus révélateur d'un droit en mouvement, capable d'appréhender les évolutions conjoncturelles par voie prétorienne. En effet, si le droit français des contrats s'est construit à partir de textes de portée générale,

⁵² H. Chassery, *La clause compromissoire en droit interne*, Thèse Montpellier I, 1975 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Thèse Paris XII, 1990 ; J. Bruttin, *La clause dite de séquestre et de nantissement du prix*, Thèse Paris X, 1991 ; Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Thèse Paris I, 1993 ; C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction*, Paris, LGDJ 1995 ; L. Valette, *La clause de traitement égal, dite pari passu*, Thèse Paris IX, 1999 ; B. Mathieu, *La clause d'exclusivité*, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2000 ; J. El-Ahdab, *La clause compromissoire et les tiers*, Thèse Paris I, 2003 ; N. Demtchinsky, *La clause de conciliation*, Thèse Paris XIII, 2008 ; R. Al Achkar, *Clause de hardship et clause d'amiable composition*, Thèse Paris II, 2010 ; L. Posocco, *La clause compromissoire, Contribution à l'étude sur l'arbitrabilité des litiges*, Thèse Toulouse I Capitole, 2011.

⁵³ *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17 et 18 mai 1990, PUAM 1990 ; W. Dross, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec 2011, 2^{ème} éd. ; J. Mestre et J-C. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso 2011.

⁵⁴ M-C. Escande-Varniol, *La sophistication des clauses du contrat de travail*, *Dr. ouvrier* décembre 1997 p.478 et s. ; Ph. Delebecque, *Clausula, clausulae, clausularum*, in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz 1999 p.33 et s. ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz 2004 ; P-H. Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons coll. Droit vivant 2005.

⁵⁵ H. Salem, *Les clauses sanctionnant l'inexécution d'une obligation contractuelle*, Thèse Paris II, 2005 ; M. Lahana, *Vers une théorie générale des clauses en droit des contrats*, Thèse Paris II, 2008 ; R. Siri, *Essai d'une théorie générale des clauses contractuelles*, Thèse Aix Marseille III, 2011 ; M. Gautier, *Les clauses de rendement*, Thèse Lyon III, 2011 ; G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Thèse Paris I, LGDJ 2012.

principalement des textes du Code civil que la jurisprudence a complété et parfois détourné, le droit anglais repose sur les expériences jurisprudentielles propres à élever les clauses insérées dans un même type de contrat au rang de norme à respecter⁵⁶. Toutefois, ce système n'est pas totalement étranger à certaines matières du droit français. Ainsi, en droit maritime, l'affrètement encore dénommé *tramping* est exclusivement régi par les usages issus de la *lex mercatoria*. A l'image de la clause d'arbitrage, les clauses insérées de façon répétée dans ces contrats donnent également lieu à la naissance d'usages propres à assurer la justice et la morale des relations contractuelles. Fruit d'une longue et lente maturation d'un droit contractuel, conçu et interprété par la communauté des commerçants, la société civile maritime trouve en ces clauses, élevées au rang de normes de référence, des solutions aux situations conflictuelles⁵⁷. En ce sens, le crédit documentaire, instrument de crédit pour le commerce international, ne fait pas pour autant l'objet d'une loi, mais de règles et usances (RUU) établies par la Chambre de commerce internationale⁵⁸.

Dans ces disciplines, les clauses reprises dans la majorité des contrats ont vocation, après un temps non déterminable, à devenir des usages commerciaux, inspirant alors les codifications réalisées par les organismes professionnels. Sans s'épancher sur la réglementation qu'elles génèrent, notre étude doit néanmoins tenir compte de ces clauses ainsi que de la force dont elles sont porteuses.

12. Objectifs de l'étude. L'objet de la présente étude consiste tout d'abord à examiner les clauses sous le prisme de leur importance, trop souvent négligée, dans l'analyse du contrat. Reléguées par la seule considération des obligations essentielles propres à caractériser le contrat, les clauses sont perçues comme de simples aménagements accessoires destinés à préciser les contours de la relation contractuelle. La mise en exergue des clauses et particulièrement de leur influence sur la prestation principale, sur les risques encourus, l'intervention judiciaire, ou encore les modalités de résolution d'éventuels litiges, constitue néanmoins un révélateur important de leur rôle au sein du contrat. Bien que le droit français

⁵⁶ R. David et F. Grivart de Kerstrat, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ 1973.

⁵⁷ Pour des exemples consulter : P. Simon, Institut euro 92, Un droit sans état : Les régimes maritimes, janvier 1999. Dans les différentes affaires présentées, l'intérêt des solutions est qu'elles ne viennent ni de la loi ni du contrat, elles ne viennent pas du droit écrit mais du droit naturel implicite non écrit.

⁵⁸ J-P. Mattout, Les nouvelles règles et usances 600 de la CCI relatives aux crédits documentaires, *Banque et Droit* mars 2007, n°112 p.22 ; M. Ndené, Le crédit documentaire, *Rev. droit des transports* octobre 2009, n°10 p.23 ; J. Baccar, L'insécurité du crédit documentaire et la réparation du préjudice de l'importateur, *RD banc. et fin.* juillet 2011, n°4 p.21.

s'obstine invariablement à raisonner en termes d'obligations, il peut ainsi être démontré que raisonner davantage en termes de clauses permettrait de rendre compte de leur emprise respective sur le sort du contrat. Reste alors à déterminer si toutes les clauses contenues dans le contrat peuvent être qualifiées de contractuelles. Si le contrat est formé par un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, chaque clause ne peut être le résultat d'une expression particulière de la volonté des parties. La propension des clauses insérées dans le contrat à revêtir un caractère contractuel et à être soumise au régime qu'il impose nécessite donc d'être examinée pour chaque catégorie de clauses présentées. Fruit d'une volonté exprimée à travers la conclusion du contrat, les clauses qu'il renferme ou auxquelles il renvoie peuvent en outre être qualifiées de contractuelles si l'objet qui les anime les rend porteuses d'effets juridiques. Il convient alors de s'attarder sur les effets qu'elles produisent afin de déterminer leur nature. En dehors des principes du droit des contrats et de ses articles généraux, le Code civil fournit peu de règles spécialement applicables⁵⁹ aux clauses et rend ainsi plus difficile l'appréciation de leur effets juridiques. Une classification des clauses doit alors permettre de mieux saisir et comprendre leurs effets.

Une dernière condition de validité est à observer à l'aune de la notion de cause. Le contrôle de la licéité de la cause sera délaissé dans nos développements pour favoriser le contrôle de son existence. Plus révélatrice du lien qui unit les obligations et de la structure du contrat, la cause objective, ou cause de l'obligation, utilisée dans sa conception structuraliste offre une vision explicative permettant d'appréhender les clauses dans leur ensemble, afin d'établir *in fine* un droit cohérent des clauses contractuelles. Bien qu'abandonnée par la plupart des projets français et européen de réformes du droit des contrats la cause garde, sous des allures différentes et des dénominations diverses, un rôle primordial dans l'analyse du mécanisme contractuel quelles que soit les orientations prises par l'évolution du droit français. Le dernier projet de réforme⁶⁰ annoncé dans un avenir proche a opté pour une disparition de la cause tout en précisant dans l'attendu des motifs qu'elle sera tout de même sous-entendue puisque sa portée et ses fonctions seront maintenues et précisées. De sa capacité à préserver la sécurité contractuelle et à promouvoir la justice contractuelle cette notion ne peut être écartée de

⁵⁹ Clause limitative de responsabilité : Art. 1150 C. civ ; Clause pénale : Art. 1152 et 1226 C. civ ; Clauses de condition : Art. 1183 C. civ ; Clause résolutoire : Art. 1184 C. civ ; Clause compromissoire : Art. 2061 C. civ.

⁶⁰ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, présenté au Sénat le 27 novembre 2013 au nom de J-M. Ayrault, Premier Ministre et Mme Christiane Taubira, Garde des sceaux Ministre de la justice ; *D.* 5 décembre 2013, Réforme du droit des obligations ; présentation d'un projet de loi d'habilitation, n°42 p.2770 ; *D.* Mazeaud, Droit des contrats : réforme à l'horizon ! *D.* 6 février 2014, n°5 p.291.

l'élaboration d'un régime juridique adapté aux clauses contractuelles, proposé en contemplation des deux corps successifs de règles que constituent la théorie générale du contrat⁶¹ et le droit des contrats spéciaux. Il convient alors de rechercher si les modalités particulières convenues par les parties peuvent constituer une troisième série de règles applicables au contrat, ou au contraire, si le régime des clauses contractuelles présente avec ces derniers certaines interactions impropres à lui reconnaître une quelconque indépendance. Plusieurs perspectives peuvent être choisies pour faire apparaître l'existence de règles communes à toutes les clauses. La notion controversée d'économie générale du contrat et le principe de cohérence, propres à unir tous les éléments d'un même ensemble, constitueront les capteurs particuliers de cette tentative de généralisation.

13. L'économie générale du contrat. Fortement critiquée pour les différentes dérives terminologiques qu'elle peut susciter, le sens donné dans cette étude à l'économie générale du contrat doit dès à présent être précisé. L'économie du contrat n'est pas une notion doctrinale. Son origine jurisprudentielle et sa positivité obligent à s'interroger sur son sens⁶². Une première définition, issue d'observations jurisprudentielles⁶³, consiste à appréhender l'économie générale du contrat comme désignant le contenu ou les termes du contrat. La définition donnée par M. J. Ghestin sera dans un premier temps reprise en ce qu'elle correspond parfaitement à l'idée défendue tout au long de cette étude, d'un contrat entendu comme un ensemble organisé par la volonté des parties, vers une finalité dont les clauses aménagent la réalisation. Ainsi, *« la prise en considération de l'économie du contrat met l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une structure globale, d'un ensemble cohérent, organisé et ordonné, considéré comme un tout, en ce qu'il regroupe un ensemble de normes ou règles articulées entre elles, dont la finalité est l'opération juridique poursuivie par les parties⁶⁴ »*.

⁶¹ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, Thèse Paris I, LGDJ 1997 ; Ch. Lachière, *Droit des contrats*, Ellipses 2012, 3^{ème} éd. ; E. Savaux, La notion de théorie générale, son application en droit des contrats, *LPA* 28 novembre 2012, n°238 p.4.

⁶² S. Pimont, *L'économie du contrat*, Thèse Aix Marseille, PUF 2004, n°22 p.31.

⁶³ E. Houssard, L'économie du contrat, *Rev. jur. de l'Ouest*, 2002, n°1 p7 : il procède ici à une analyse systémique de l'ensemble des arrêts rendus par la Cour de cassation depuis le 1^{er} janvier 1984 afin d'effectuer un recensement minutieux de toutes les décisions contenant la notion d'économie générale du contrat. Il en conclut alors qu'une majorité d'arrêts reprenait cette notion dans leur attendu alors que les autres ne présentaient selon lui aucun intérêt.

⁶⁴ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006, n°1217 p.788 ; définition donnée par M. J. Ghestin après une analyse du Vocabulaire de l'Association Capitant relativement au mot « économie » : « Ordre interne, structure, organisation d'ensemble. Ex. économie d'une réforme, d'une loi. Comp. régime, système ». « Régime » : « système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des

Elle doit donc être entendue comme comprenant l'organisation des divers éléments d'un ensemble et l'articulation que les parties ont entendu donner à leur relation. Dès lors, la volonté réelle, interne ou psychologique, ne doit pas être considérée comme un simple élément accessoire, s'effaçant devant une représentation objective et juridique de la volonté commune. L'économie du contrat ne peut davantage constituer une notion fonctionnelle capable de se substituer aux notions d'objet et de cause⁶⁵. Il sera au contraire démontré qu'elle favorise la recherche de la cause dont elle est un guide d'analyse privilégié.

14. Principe de cohérence. A cette fin, une autre notion se propage à travers toute la seconde partie de l'étude, mettant ainsi en exergue l'importance des clauses au sein du contrat. La cohérence⁶⁶ tant des clauses entre elles que de leur compatibilité avec le contrat, associée à la notion d'économie du contrat ainsi définie, permettra de renforcer la démonstration. L'économie du contrat reflète la cohérence interne tout comme la cohérence existant entre les clauses d'un même contrat permet d'en révéler l'économie générale.

Ces deux notions sonnent comme de véritables indicateurs de l'unité devant régner entre les clauses du contrat⁶⁷. Elles présentent ainsi un intérêt manifeste en matière de cause, de qualification du contrat, d'indivisibilité ou encore dans l'appréciation des clauses autonomes. En effet, bien que porteuses d'effets particuliers, ces dernières participent de l'économie du contrat tout en se devant de respecter la cohérence d'ensemble du contrat.

15. Délimitation de l'étude. Délaissant toute visée exhaustive, seules les clauses les plus fréquemment utilisées par les praticiens⁶⁸ seront ici analysées. Ce travail n'a pas pour finalité de répertorier ni de démontrer matière par matière, à la manière d'un catalogue, les

règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont subordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire) ; corps cohérent de règle. V° ordre, ordonnancement juridique ». « Système » : « ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence... ». « Ordonnancement » : « ensemble de règles de droit articulées entre elles, qui sont en vigueur à un moment donné dans une société donnée ».

⁶⁵ S. Pimont, *op. cit.* spéc. n°1 p.1 et n°480 et s. p.435 et s. or, il doit être souligné que l'économie du contrat conduirait alors à une reconstruction du droit des contrats et une élimination de la cause.

⁶⁶ Le Petit Robert V° *Cohérence* : désigne « l'union étroite des divers éléments d'un corps ».

⁶⁷ Certaines contradictions peuvent néanmoins exister entre les clauses. Elles seront alors résolues selon des méthodes proposées sur la base du critère fonctionnel et des deux principes conducteurs que sont l'économie du contrat et le principe de cohérence. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse Aix-Marseille, PUAM 2001, n°44 et s. p.58 et s. spéc. n°48 p.61.

⁶⁸ Confrontée à une réticence certaine des praticiens à livrer leurs contrats, cette étude traite des clauses les plus discutées en doctrine et contestées en jurisprudence. Toutefois, elles constituent sans conteste les clauses porteuses d'effets majeurs et les plus révélatrices des droits qu'elles véhiculent.

innombrables clauses existant dans les branches les plus variées du droit privé. Un tel projet ne livrerait que des enseignements parcellaires et descriptifs. Face à l'impossibilité de dresser une liste exhaustive des clauses, les clauses insérées dans les contrats administratifs seront laissées en dehors de notre champ d'étude⁶⁹. Celui-ci se circonscrit principalement aux clauses issues des contrats nommés et donc définis et réglementés par le Code civil, tels que le contrat de vente, d'échange, de prêt, de bail, d'entreprise, de dépôt, tous soumis à un régime particulier. Ces contrats ont, dans leur évolution extérieure au Code civil, donné lieu à des techniques contractuelles originales et méritent d'être examinés avec une attention particulière. Les transformations profondes de la vie économique et la complexité des besoins nouveaux ont également conduit à une large augmentation du nombre de contrats innomés⁷⁰. Bien que certains soient déjà connus, on assiste depuis quelques années à une effervescence de contrats innomés⁷¹ issus de techniques étrangères⁷² et intéressant principalement la vie des affaires. Véritable source d'irrigation du droit, le droit du travail offre également, au regard de ses nombreuses particularités, un angle de vue privilégié⁷³. En effet, instrument de gestion et

⁶⁹ Si en droit privé, le contrat est le résultat de la rencontre de volontés destinée à produire des effets de droit, en droit administratif, l'Etat et les personnes de droit public ont compétence pour agir par voie d'autorité ou par voie contractuelle selon les compétences qui leur sont attribuées. La notion de compétence prédomine donc davantage sur celle de volonté. M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Thèse Toulouse, LGDJ 1977 p.242 : « [...] De nombreuses techniques faisant appel à la terminologie contractuelle ne sont-elles que des formes déguisées de l'action unilatérale » ; F-X Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? *D.* 1998 chr. p.345.

⁷⁰ S. Renaud, Le bail à nourriture, entre commun et droit spécial des contrats, *LPA* 20 octobre 2008, n°210 p.6 ; N. Cardosot-Rouliot, L'avant-projet de réforme du droit des obligations, une consécration en demi teinte des obligations essentielles, *Rev. rech. juridique, Droit prospectif* juillet 2007, n°3 p.1197 ; P. Remy, *La jurisprudence des comptes spéciaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier 1985 p.105.

⁷¹ Ces contrats non règlementés par une loi particulière, les parties peuvent élaborer un contrat en fonction des objectifs qu'elles entendent atteindre. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 1999 ; D. Griller-Ponton, Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle, *D.* juin 2000, n°21 p.331.

⁷² Ces contrats sont généralement utilisés dans un premier temps comme contrats innomés, avant d'être consacrés par l'usage, puis par la loi, qui en profite généralement pour franciser leur nom. Peuvent être citées à titre d'exemple les conventions de leasing ou de crédit-bail, de Factoring : C. Gavada et J. Stoufflet, Le contrat dit le Factoring, *JCP E* 1966, I, n°2044 ; ou ingénierie, de sponsoring : C. Huguet, à propos du contrat de sponsoring : Le parrainage publicitaire, *JCP CI* 1980, I, n°8940 ; ou affacturage, d'engineering : J. Larrieux, *Le contrat d'ingénierie*, Thèse Toulouse 1982 n°20 ; ou parrainage publicitaire, de référencement, de mécénat : A. Gobin, contribution au contrat de mécénat, *JCP N* 1987, I, n°149 ; d'audit ou de savoir-faire encore appelé know-how.

⁷³ A. Lyon-Caen, Actualité du contrat de travail, *Dr. soc.* 1988, p.540 ; A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p.299 ; du même auteur, *Le contrat de travail, une puissance moyenne*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes J. Péliissier, Dalloz, 2004, p.299 ; P. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, *RJS* 1999, p.383 ; C. Radé, La figure du contrat dans le rapport de travail, *Dr. soc.* septembre 2001, n°9 p.802 ; E. Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, Etudes J. Péliissier, Dalloz 2004 p.203 ; S. Le Gac-Pech, La figure contractuelle en droit du travail, *D.* 22 septembre 2005, n°33 p.2250 ; M. Mekki, Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail, *Rev. dr. trav.* novembre 2006, n°5 p.292.

figure de référence, il s'engage davantage sur la voie du « sur mesure » et délaisse le monde du « prêt-à-porter ». La particularité des clauses du contrat de travail est d'offrir les illustrations les plus topiques d'un phénomène plus général. Il constitue ainsi un terrain fertile dont les particularités participent à la construction progressive d'un droit commun des clauses contractuelles.

Cette étude doit en outre prendre en considération la prolifération de clauses qui ne se réduisent pas à être un simple élément du contrat. Elles tendent en effet pour certaines vers une autonomie d'appréciation. Qualifiées de « *clauses autonomes* », elles peuvent toujours être perçues comme des éléments constitutifs du contrat, bien que leur application ne se limite plus aux frontières de ce dernier. L'émergence de ces clauses aux effets singuliers doit également animer nos raisonnements afin de déterminer, par une analyse intrinsèque⁷⁴, si elles peuvent se fondre dans le régime général des clauses contractuelles proposé.

Par ailleurs, pour ne pas interférer avec le droit des obligations, seront écartées les clauses porteuses d'une obligation essentielle, pour se concentrer uniquement sur les clauses gravitant dans leur sillon. Ainsi, les clauses précisant la prestation caractéristique ou l'obligation principale, et porteuses à plus forte raison d'effets juridiques seront retenues, sans toutefois opposer les clauses ayant un rôle essentiel à celles qui ont un rôle accessoire, principalement en raison de la subtilité des discernements à opérer. Une telle approche aurait entre autre pour effet de complexifier l'analyse et de plonger le lecteur dans les méandres de distinctions toujours plus subtiles, sans permettre une réelle vision d'ensemble des clauses. De ce fait, cette réflexion générale sur les clauses, prises comme instrument juridique, n'aspire pas à l'examen systématique de l'ensemble de leurs applications particulières, mais au contraire, à mettre spécialement l'accent sur certaines de leurs manifestations, jugées les plus remarquables⁷⁵.

16. Méthode. Raisonnant à partir de cas particuliers pour s'élever progressivement vers une articulation générale, certains apports de la méthode inductive⁷⁶ seront ici utilisés en vue

⁷⁴ M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD civ.* 1964 p.5 et s., Témoin en son temps du phénomène de contractualisation du droit et de l'économie, l'analyse de l'auteur était alors extrinsèque, en ce sens qu'il observait une extension du domaine d'intervention du contrat qui ne se réduisait plus à une simple fonction d'échange.

⁷⁵ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *op. cit.* n°4 p.1051 ; Le nouvel essor de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* avril 2007, n°2 p.239.

⁷⁶ Bien que reprise et façonnée par de nombreux auteurs la méthode inductive ne peut être attribuée à un philosophe particulier. Au regard du rôle joué par l'induction dans l'existence humaine, l'esprit a toujours été en

d'ordonner notre raisonnement. A partir d'une série d'observations, de comparaisons et de rapprochements, il convient dans un premier temps de retenir les clauses, non comme des éléments constitutifs du contrat, mais comme des entités dont la diversité doit être surmontée par leur identification au sein d'une classification⁷⁷. Isoler les aspects les plus révélateurs des clauses contractuelles, mis en lumière à travers l'essai d'une typologie par catégorie fonctionnelle, permet dans un second temps d'établir, par une approche endogène, un régime général des clauses contractuelles. En effet, leur mise en œuvre au sein du contrat et l'évaluation de leurs effets tant dans leurs interactions réciproques que sur le sort du contrat doivent conduire à l'élaboration de règles communes propres à encadrer leur articulation et à révéler leur importance dans la sphère contractuelle. Si en matière de classification des contrats, la catégorie est une notion statique ordonnée vers une fin, il n'en est pas de même pour la classification des clauses. La fonction des clauses, examinée au moyen d'une approche dynamique, permet ainsi d'en isoler certaines afin d'opérer entre elles des rapprochements et de fournir au législateur et aux juges une vision d'ensemble nécessaire à la construction d'un droit plus cohérent. De la sorte, l'expérience s'étend du particulier au général et la réflexion s'élève jusqu'à la loi, c'est-à-dire jusqu'à la connaissance des rapports qui lient invariablement les phénomènes⁷⁸. L'édification progressive de règles communes aux

possession du procédé inductif. Il fut néanmoins développé par les plus célèbres philosophes tels Socrate, Platon et Aristote avant d'être revisité à l'époque de la Renaissance par Copernic, Kleber et Galilée dont les travaux furent codifiés ensuite par Bacon. V° sur ce point G. Ysselmuiden, L'induction Baconnienne, *Rev. néo-scholastique* (extrait), 1906, 13^{ème} année, n°49 p.18 ; A. Sériaux, Le contenu de la philosophie du droit : quel contenu ? Quelle pédagogie ? *Rev. de la recherche juridique, Droit prospectif*, mars 1996, n°2 p.323.

⁷⁷ Dictionnaire Le Petit Larousse illustré 2013 V° Classification : Action de distribuer par classes, par catégories ; système de classement ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 2013, 10^{ème} éd. V° Classification, Action de classer, action de regrouper systématiquement les éléments homogènes ou hétérogènes d'un ensemble en un tableau rationnel comportant une division majeure fondée sur un critère dominant et des sous-distinctions fondées sur divers critères combinés (not. par genre et espèce) afin de proposer à l'analyse dans l'abstrait, une référence élaborée ; M. Duverger, *Méthodes des sciences sociales*, PUF 1963, 3^{ème} éd. spéc. p.331 « L'établissement d'une classification des phénomènes est un stade fondamental de toute recherche scientifique : impossible d'observer les faits, quand ils se présentent comme une masse amorphe et sans ordre. La classification tend à grouper ensemble des phénomènes semblables, à réduire ainsi à un certain nombre de « types » l'innombrable variété des faits particuliers : d'où le nom de typologie » ; J-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Thèse Bordeaux, LGDJ 1969 p.16.

⁷⁸ Correspondent à ces règles les trois espèces de tableaux que Bacon recommande de dresser, à savoir : les tables de présence, qui constatent tous les cas où l'on observe un certain phénomène ; les tables d'absence, qui constatent les cas où la manifestation du phénomène n'a pas eu lieu ; et les tables de comparaison, qui donnent les proportions dans lesquelles il se manifeste. L'induction comprend selon lui trois moments. En premier lieu, elle consiste à placer sous le regard de l'esprit, tous les cas qui pourront servir à dégager la forme, c'est ce qu'il nomme : *Comparentia instantiarum ad intellectum*, vient alors le procédé strictement inductif : l'exclusion, par lequel on élimine toutes les « natures » qui ne sont pas en association constante avec la « nature » donnée. Enfin, l'exclusion complètement et dûment achevée, on passe à l'*affirmation*, qui établit positivement la forme de la nature en question. Extrait *Ibid.*

clauses contractuelles passe alors inévitablement par une reprise et une adaptation des règles de droit civil dont les particularités en font une source abondante d'inspiration. Plus généralement, les emprunts réalisés à différentes matières démontrent les interactions fécondes qui innervent les branches du droit⁷⁹, et dont sont porteuses les clauses contractuelles.

L'analogie⁸⁰ ne doit pas, pour sa part, être complètement écartée. En effet, simple vue de l'esprit, elle intervient néanmoins pour suggérer les expériences sur lesquelles viennent se fonder nos raisonnements. Elle permet ainsi de canaliser les hypothèses observables et de supprimer tout éventuel tâtonnement.

17. Classifications à écarter. Des classifications fondées sur le vocabulaire utilisé pour la dénomination des clauses ont déjà été proposées. Ainsi, sont regroupées au sein d'un même ensemble les clauses dont l'appellation se construit à partir du mot clause accompagné d'un adjectif : clause additionnelle, clause commerciale... ; ou encore du mot clause associé à la formule « de » et suivie d'un substantif : clause d'agrément, d'exclusivité, de dédit, de dissolution... ; ou comprenant la formule « relative » : clause relative aux litiges, clause relative aux sanctions...

Ces expressions et formules figées permettent seulement de procéder à des catégorisations lexicales basées sur la dénomination des clauses. Or, si l'existence de similitudes terminologiques peut révéler quelques rapprochements entre certaines clauses quant à leur objet, leur effet ou leur rôle au sein du contrat, ce lien demeure beaucoup trop fuyant et hasardeux. En effet, une classification se bornant à regrouper les clauses qualifiées d'une épithète dont le suffixe est en *-oire* : clause abrogatoire, accessoire, compensatoire... ou les clauses qualifiées d'une épithète dont le suffixe est en *-ive* : les clauses abrogatives, affirmatives, attributives, élusives... ne peut engendrer qu'une analyse superficielle improprie à révéler l'existence d'un régime commun à ces clauses contractuelles.

⁷⁹ Dans une optique plus générale, M. A. Supiot soulignait que « comprendre le droit commun qui est en train de se faire sous nos yeux exige un important travail doctrinal et ne peut plus résulter de la seule lecture d'un Code quel qu'il soit » : A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz 2006, 23^{ème} éd. p.74 *in fine*.

⁸⁰ J. Q. Whitman, Les seigneurs descendent au rang de simples créanciers, (analogie « personnelle » du créancier ou analogie « réelle » de la servitude), *Droit. rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* janvier 1993, n°17 p.19 ; G. Stourzh, Constitutions. Evolutions des significations du terme depuis le début du XVII^{ème} siècle jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, *Droit. rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* juillet 1999, n°29 p.157.

18. Critère de classification. Un regroupement des clauses peut dès lors être réalisé par la recherche de leur fonction⁸¹ prise comme critère de classification. La fonction doit ici être entendue comme « *ce dont on s'acquitte*⁸² », plus précisément comme « *l'action particulière d'une chose dans un ensemble*⁸³ ». Ainsi, considérées comme des éléments du contrat, les clauses sont toutes au service de celui-ci mais n'en sont pas moins animées de fonctions particulières. Or, quels que soient leur objet et la portée de leurs effets, elles peuvent néanmoins assurer une même fonction au sein du contrat. Le choix d'un tel critère permet d'étudier les clauses à travers une vision représentative de leur influence tant sur les engagements des contractants que sur les pouvoirs du juge. Leurs modalités d'application et leur rayonnement au sein et hors du contrat pouvant être variables, les appréhender sous un angle fonctionnel évite également de limiter l'analyse aux seules clauses applicables dans un même type de contrat. Contrairement à la théorie générale du contrat devant opérer une distinction des opérations économiques établies par le contrat-permutation, le contrat-concentration et le contrat-coopération, la clause prise comme élément d'un ensemble cohérent poursuit quant à elle une fonction identique quel que soit le type de contrat dans lequel elle est stipulée⁸⁴.

La place des clauses au sein du contrat et plus particulièrement au regard des obligations essentielles n'est pas ici retenue comme critère de classification. Certes, si certaines clauses sont directement rattachées au « cœur » du contrat, d'autres renferment des effets périphériques et tendent ainsi à encadrer l'inexécution ou la cessation du contrat. Or, cette hiérarchisation entre les clauses se révèle extrêmement mouvante. Une même clause peut ainsi être déterminante du consentement des parties dans un contrat et n'être qu'une modalité particulière dans un autre. Directement dérivée de la volonté des parties, la place des clauses au sein du contrat ne peut fonder une classification objective sans risque de faire obstacle à toute tentative de théorisation. Dès lors, seule une organisation des clauses au sein de

⁸¹ Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française de Paul Robert, 2^{ème} éd. 2001, V° *Fonction* : elle désigne « un rôle caractéristique dans un ensemble ». La fonction permet ici de classer les clauses en tenant compte de leur rapport avec le contrat. Elle se distingue ainsi de l'effet des clauses et de leur objet. Des clauses pouvant renfermer des objets très différents et produire des effets variées sont néanmoins habitées d'une même fonction et doivent à ce titre être regroupées au sein d'une même catégorie fonctionnelle.

⁸² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 2013, 10^{ème} éd. V° *Fonction*.

⁸³ Dictionnaire Le Robert, Dixel 2010 V° *Fonction*.

⁸⁴ La distinction opérée entre le contrat-permutation, le contrat-concentration et le contrat-coopération n'a donc pas lieu d'être ici reprise : S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris Economica 2012, n°16 p.23 et s. n°113 p.89 et s.

catégories⁸⁵ juridiques permet de leur conférer une réglementation efficace. C'est de cette acceptation fonctionnelle que va naître l'unité des clauses appartenant à une même catégorie. Il convient ainsi de regrouper dans une même catégorie les entités comparables afin de proposer une harmonisation des règles applicables et d'adapter ou de proposer des règles pouvant s'appliquer à l'ensemble des clauses contractuelles.

19. Plan. L'objectif de contribuer à une théorie générale des clauses du contrat suppose donc de dresser dans une première partie une typologie des clauses ordonnée sur la base de la fonction qu'elles exercent au sein du contrat. « *Distinguer, définir, dénommer, classer [...] – toutes ces opérations intellectuelles, appliquées au droit, tendent à le rationaliser*⁸⁶ » car, à défaut, il reste inexploitable (PARTIE I). Ce n'est donc qu'après avoir effectué ce travail de classification qu'il sera envisagé d'exposer les bases d'une théorie générale des clauses, ou du moins d'un droit commun adapté aux principales clauses contractuelles (PARTIE II).

⁸⁵ J-L. Bergel, Différence de nature égale différence de régime, *RTD civ.* 1984, n°3 p.255 : « Les juristes sont ainsi conduit à établir des catégories juridiques, c'est-à-dire des ensembles de droit, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun ». Toutefois il est nécessaire de préciser afin de relativiser le choix de catégories particulières « qu'elles procèdent de choix intellectuels même si ceux-ci sont orientés par l'observation des faits et l'étude du droit objectif. Les catégories ne valent donc que ce que valent les choix qu'elles expriment et l'utilité qu'elles représentent » n°179 p.238 ; H. Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique de droit privé*, Sirey 1948 p.18 et s. ; M. Waline, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques*, Mélanges J. Dabin, Bruxelles Bruyland 1963 t.1 p.359 ; Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 2012, 9^{ème} éd. n°404.

⁸⁶ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige 1994 p.305.

PARTIE I : **CLASSIFICATION FONCTIONNELLE DES CLAUSES**

20. Considérées de façon générale comme des composantes du contrat, toutes les clauses ne doivent pas être appréhendées de la même manière. Une typologie des principales clauses est établie avec pour critère de classification l'examen de leur fonction et des effets qu'elles produisent sur le contrat. Au regard de l'extrême diversité des clauses, seule une démarche basée sur des regroupements d'entités autour d'un vecteur commun pouvait permettre avant toute analyse de saisir la réalité juridique. Il s'agit plus précisément d'élaborer des sous ensembles de clauses dans le but de faire émerger des spécificités de régime au sein de chaque catégorie, pour ainsi s'élever progressivement vers la recherche de conditions d'efficacité propres à toutes les clauses contractuelles. Articulées autour du critère de leur fonction, les catégories juridiques ainsi établies supposent de considérer les clauses en elles-mêmes, indépendamment du contrat qui les renferme. Une approche exogène de la matière révèle les effets produits par les clauses étudiées permettant alors l'identification d'éléments propres à les rassembler. Au sein des catégories fonctionnelles, les effets des clauses sont alors évalués à travers l'influence qu'elles exercent individuellement sur la relation contractuelle et ses acteurs. Dans un souci majeur de prévisibilité les parties usent des clauses pour adapter la relation contractuelle à la recherche de leurs intérêts et se prévaloir de toute intervention judiciaire dont elles ne maîtriseraient pas les conséquences. Leur influence sur la relation contractuelle doit dès lors être examinée (TITRE I) avant de mesurer leur influence sur l'office du juge (TITRE II).

TITRE I : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR LA RELATION CONTRACTUELLE

21. Dès l'élaboration de leur contrat, les contractants vont chercher à l'adapter à leurs volontés et à sécuriser son exécution afin d'assurer le bon déroulement de leur relation contractuelle. Désireuses d'établir un rapport contractuel entre elles, les parties se réfèrent alors à un type de contrat et se doivent de respecter les obligations essentielles qui le caractérisent et les règles légales et jurisprudentielles qui lui sont applicables. Leur union contractuelle ainsi identifiée, les parties se contentent rarement de conclure le contrat sans apporter certains aménagements personnels et ce, même en présence de contrat type.

L'étude porte sur les possibilités offertes aux parties dans l'adaptation des règles législatives et jurisprudentielles venant s'ajouter au droit commun des contrats, par le truchement de clauses contractuelles particulières. Le cheminement suivi par les parties dans l'élaboration de leur contrat consiste, tout d'abord, dans l'appréhension du cadre légal matérialisé au sein du contrat par les clauses légales. Après avoir pris connaissance des dispositions s'imposant ou non à leur relation contractuelle, les contractants peuvent ainsi évaluer l'espace de liberté laissé à l'expression de leur volonté. C'est alors sur l'aménagement des obligations essentielles, de leur étendue et leurs modalités d'exécution qu'ils s'attarderont, dans un premier temps. Les clauses destinées à personnaliser l'exécution des obligations légalement imposées pourront alors être complétées par la création ou la suppression d'obligations accessoires. Cette personnalisation contractuelle des obligations conduit inévitablement à un aménagement des risques encourus. La gestion des risques, parfois présentée comme le corollaire direct de l'aménagement des obligations, constitue également un domaine d'intervention privilégié pour les parties. Les clauses d'aménagement des obligations et les clauses relatives aux risques seront ici traitées séparément car leur différence de nature et de fonction appelle l'application d'un régime juridique différent. En effet, si les clauses d'aménagement des obligations exercent une emprise directe sur l'exécution du contrat (Chapitre I), les clauses de gestion des risques servent en revanche à prévenir et à répartir les conséquences de son éventuelle inexécution (Chapitre II).

Chapitre I : Les clauses d'aménagement des prestations

22. L'élaboration du contrat commence inévitablement par une recherche du possible et de l'interdit. Les parties se doivent de rechercher un cadre législatif défini dans lequel elles pourront concevoir leurs prestations, entendue dans le sens des obligations auxquelles elles s'engagent. Tous les contrats s'inscrivent dans un cadre juridique particulier ou du moins se doivent de respecter les dispositions légales commandées par l'ordre public. Les contrats innomés, complexes ou *sui generis* n'échappent pas à cet impératif alors même qu'aucun régime juridique propre ne les encadre. Quelle que soit la nature du contrat en cause, il reste soumis au droit général des obligations et aux différentes règles exigées par le législateur (Section I). Toutefois, l'encadrement législatif de la relation contractuelle ne conduit pas systématiquement à un recul de la volonté créatrice des parties. Intervient une phase d'individualisation dans laquelle les parties restent libres d'aménager les obligations découlant du contrat, et plus précisément ses modalités d'exécution. En effet, tout contrat présente une dualité dans l'aménagement de ses obligations essentielles. Les clauses dotées de cette fonction s'articulent autour du principe de liberté contractuelle. Si certaines s'imposent aux parties soit dans leurs formes, soit dans leurs contenus, d'autres leur permettent au contraire d'agir plus directement sur les conditions de mise en oeuvre du contrat (Section II).

Section I : Les clauses d'aménagement légal

23. Outre les obligations essentielles établies par le législateur pour une majorité de contrats, les autorités publiques imposent également le respect de certaines règles au caractère plus ou moins contraignant. Ces dispositions légales, délimitant le cadre contractuel, s'imposent aux parties mais n'exercent pas toutes la même influence sur la liberté contractuelle dont elles disposent. Les clauses légales édictées dans un souci de protection de l'ordre public ont une véritable emprise sur la volonté des contractants, à la différence des clauses légales dites supplétives qui ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté exprimée des parties. Cependant, la complexité de ces clauses ne s'arrête pas à cette dualité. D'autres formes de clauses légales oscillent entre ces deux notions et comprennent à la fois des éléments légalement imposés et des éléments personnalisables par les parties. De nombreuses questions se posent quant à la nature de ces dispositions et leur vocation à devenir de véritables clauses contractuelles (§1). Une confrontation de ces dispositions doit être effectuée

afin d'identifier les indices de leur opposition ou au contraire d'envisager une harmonisation de leur traitement. Cette tentative de rapprochement entre des éléments du contrat issus d'une même source s'avère un préalable indispensable à la recherche de leur véritable nature et du régime auquel elles doivent répondre (§2).

§1 : Les clauses légales

24. Les clauses légales se définissent comme les dispositions légales retranscrites dans le contrat. Le terme de « clause » révèle leur implication dans le champ contractuel, alors que le qualificatif « légale » rappelle leur source législative ou réglementaire. Ce paradoxe notionnel révèle entre autre la diversité des clauses légales pouvant être identifiées dans le contrat (A). Nombre d'auteurs sont enclins à opérer une distinction entre ces différentes clauses, et à dissocier leur régime juridique applicable alors qu'une assimilation semble possible. En effet, le procédé d'incorporation de ces clauses au sein du contrat peut être examiné afin d'évaluer la capacité des lois et règlements à fournir des stipulations d'actes particuliers et tendre ainsi vers une unité de traitement (B).

A) L'identification des clauses légales

25. L'immixtion de la puissance publique dans les rapports privés et le développement du formalisme⁸⁷ se sont considérablement amplifiés tout au long du XXème siècle. Un grand nombre de contrats sont appréhendés et réglementés par les autorités étatiques. Pour ce faire, le législateur a recours aux « clauses légales » (1). Véritable instrument de connexion entre le contrat et les textes normatifs, elles lui permettent d'interagir sur certaines modalités du contrat. Cependant, elles n'apparaissent pas de façon homogène et leur diversité constitue bien souvent une source de complexité (2).

1) L'origine des clauses légales

26. **Un encadrement légal.** La clause légale est ici appréhendée en tant que stipulation contractuelle dont le libellé provient directement d'un texte normatif, qu'il s'agisse d'une loi,

⁸⁷ J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in Mélanges Ripert, Paris LGDJ 1950 t.II p.93 et s. ; X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP G* 1999, I, 170 ; *Le formalisme*, Journée J. Flour, Defrénois 2000 art. 37027 à 37213.

d'un décret, d'un arrêté ou de tout autre texte issu d'une autorité étatique, voire supra étatique⁸⁸. La notion de clause légale renvoie à l'intervention étatique dans les contrats. Leur développement en droit des assurances⁸⁹, en droit social⁹⁰, en droit du crédit⁹¹ ou de la consommation⁹², ainsi que dans tous les domaines d'intervention concernés par l'A.F.N.O.R justifie leur importance et leur singularité. Avant d'être des composantes du contrat, ces énoncés sont qualifiés de « clauses légales » car ils proviennent de la loi au sens matériel du terme.

Divers exemples peuvent être pris dans différents secteurs d'activité et à travers différents types de contrats. Aussi, l'article L.313-7 du Code de la consommation impose à la personne physique qui se porte caution au titre d'un prêt de consommation ou d'un prêt immobilier de faire précéder son engagement d'une mention manuscrite précise et imposée⁹³. Certaines modalités du contrat de bail, qu'il s'agisse d'un bail d'habitation ou d'un bail commercial, sont également imposées par la loi⁹⁴. D'un formalisme moins pointilliste, peuvent également être citées : la clause légale limitative de responsabilité applicable en matière de transport⁹⁵, la clause légale relative aux vices cachés ou encore celle relative à la garantie décennale.

⁸⁸ Th. Revet, *La clause légale*, Mélanges Cabrillac, Dalloz-Litec 1999 p.277.

⁸⁹ Tout contrat d'assurance dommages ouvrage doit obligatoirement comporter les clauses-types figurant dans le Code des ass. : Art. L.243-1 C. ass. constituant un minimum de garantie, elles concernent la durée et le maintien de la garantie, les exclusions et les obligations réciproques de l'assuré et de l'assureur, notamment en cas de sinistre (Annexe II de l'article L.243-1 du Code des ass.) ; V° également L.125-3 C. ass.

⁹⁰ Droit au logement art.18 de la loi n°90-449 du 31 mai 1990.

⁹¹ Rapport Laucournet n°393, J.O déb. Sénat 1977-1979 relatif aux lois Scrivener.

⁹² Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁹³ « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ».

⁹⁴ Le bail d'habitation dont la durée de trois ans peut être, sous certaines conditions, diminuée par le bailleur sans jamais pouvoir être inférieure à la durée légale d'un an. Pour sa part, le bail commercial doit être conclu pour une durée minimale de neuf ans. C'est l'article L.145-4 du Code de commerce qui l'impose. Le locataire et le propriétaire peuvent prévoir une durée supérieure, mais il leur est interdit de stipuler une durée inférieure à neuf ans. Toutefois, une exception est admise pour les baux dits de courte durée ou dérogoires. Dans ce cas, le bail ne peut être conclu pour plus de deux ans. Mais, si le bail de courte durée est renouvelé ou si le locataire reste dans les lieux au-delà de l'échéance de deux ans, le contrat devient automatiquement un bail commercial bénéficiant du statut protecteur de 1953, L.145-4 Code com.

⁹⁵ D. Houtcieff, Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative, *JCP G* 5 Septembre 2007, II, n°36, 10145.

27. Généralisation au droit commun. Les dispositions consuméristes, relatives à l'information et à la protection des emprunteurs en matière de crédit mobilier et immobilier, fourmillent de dispositions imposées⁹⁶ par les lois en vigueur.

Le législateur consumériste a non seulement substitué la durée à l'instantanéité dans la formation du contrat, mais encore la liberté par la forme à la liberté de la forme, c'est-à-dire le formalisme au consensualisme⁹⁷. C'est en ce sens que la Cour de cassation a statué en matière de crédit à la consommation, dans une espèce où la Convention de Rome du 19 juin 1980 n'était pas applicable *ratione temporis*, qualifiant au visa de l'article 3 du Code civil l'ensemble de la loi du 10 juillet 1978 de « *loi d'application impérative pour le juge français*⁹⁸ ». Peu de temps après, la loi du 13 juillet 1979 reçoit à son tour la qualification de loi de police⁹⁹. La Cour de cassation a confirmé la position qu'elle avait adoptée sous l'empire du droit antérieur par un arrêt du 23 mai 2006 rendu par la première chambre civile¹⁰⁰. Toutefois, ces techniques abordées en droit de la consommation se propagent en droit commun des contrats et visent désormais des contractants professionnels. En matière de vente d'immeuble, la qualité ou non de professionnel du vendeur ne dispense pas l'acquéreur non professionnel de respecter un délai de réflexion¹⁰¹ et de se soumettre ainsi au droit commun. Quelle que soit la qualité du destinataire, les opérations de démarchage portant sur des produits financiers doivent également contenir toutes les dispositions imposées par la loi du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière. L'application de ces règles extérieures au contrat réside donc moins dans la qualité du contractant que dans la gravité de l'acte dont la conclusion est légalement encadrée.

⁹⁶ Les lois de police n'ont vocation à s'appliquer que dans quelques domaines épars considérés comme les plus importants. Ces domaines sont les suivants : l'assistance à l'enfance, les funérailles, la représentation des salariés, la propriété littéraire et artistique, la monnaie, les obligations du mariage, la protection du consommateur. Par ailleurs, l'article 3 du Code civil est l'une des rares dispositions de droit international privé en France ayant conservé sa rédaction d'origine.

⁹⁷ D. Mazeaud, Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2004, n°92 p.47

⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 n°97-17650, *Bull. civ. I* 1999 n°281 ; *D.* 2000 p.765 note M. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2000 p.29 note P. Lagarde.

⁹⁹ CA Colmar 17 octobre 2001, *D.* 2002 p.2932 note J. Frank.

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006 n°03-15637, *Bull. civ. I* 2006, n°258 ; *D.* 16 novembre 2006, n°40 p.2798 note M. Audit ; *Comm. com. électr* octobre 2006 comm. 142 p.143 note C. Chabert.

¹⁰¹ Art. 72 Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains. Au stade de l'expiration du contrat, une autre forme de délai est imposée. Le droit commun et plus rigoureusement le droit de la concurrence impose un délai raisonnable de préavis et sanctionne sévèrement toute rupture brutale d'une relation commerciale établie : Art. L.442-6 C. com. issu de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Ces exemples, et particulièrement ceux relatifs aux lois issues du programme de Mme Ch. Scrivener, alors Secrétaire d'Etat à la consommation, illustrent l'importance de l'ensemble des dispositions contenues dans ces lois. Cependant elles n'appartiennent pas toutes à cet ensemble et se manifestent également sous d'autres formes qu'il est nécessaire de préciser afin de mieux appréhender leur rôle au sein du contrat.

2) La diversité des clauses reproduisant des dispositions légales.

28. Les mentions obligatoires. La prolifération des dispositions légales est source de nombreuses confusions. Ce trouble s'établit principalement avec les mentions dites obligatoires, imposées par l'autorité législative ou réglementaire. Présentes dans tous les contrats¹⁰², il s'agit de mentions permettant d'identifier les parties, l'objet, ainsi que toutes les modalités de présentation et d'organisation de la relation contractuelle. De nombreux exemples peuvent être pris dans différents domaines régis par le droit des contrats. Les contrats conclus entre particuliers, tels que le contrat de bail¹⁰³, contiennent des mentions obligatoires qui servent de guide aux parties dans la rédaction du contrat. Elles ont pour objet de permettre à ces dernières d'identifier et de personnaliser la relation contractuelle. Le nom des parties, la désignation de la chose ou du service, les modalités de paiement, de révision, de renouvellement notamment, doivent être mentionnés par les contractants. Les parties restent ainsi libres d'en fixer le contenu et peuvent également ajouter d'autres mentions que celles exigées par la loi.

¹⁰² Autres exemples : mentions obligatoires du contrat de vente d'un fonds de commerce devant contenir le prix et les modalités de paiement et de fixation, l'indication d'origine et de propriété, le nom du précédent vendeur, date et nature de l'acte d'acquisition et prix ventilé des éléments incorporels (brevet, marque, clientèle etc.), des marchandises, du matériel et de l'outillage, l'état des privilèges et nantissements résultant d'un document remis par le greffe du tribunal de commerce où est immatriculé le vendeur, l'énonciation des chiffres d'affaires réalisés par le vendeur au cours des trois dernières années, ou depuis l'acquisition si ce dernier n'a pas exploité le fonds depuis plus de trois ans, l'énonciation des bénéfices nets commerciaux réalisés sur la même période que celle énoncée précédemment et les mentions relatives au bail : date, durée, nom etc. ; Loi du 7 juillet 1983, art.1510 et s. du CGCT, les contrats entre une collectivité locale et une SEM locale nécessitent des clauses sur la durée, les conditions de résiliation, le sort juridique des biens en fin de contrat ; Loi du 12 juillet 1985, loi MOP : contenu du contrat de maîtrise d'ouvrage ; Art.8 II loi n°82-1153 du 30 décembre 1982.

¹⁰³ Art. 3 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1990 du 23 décembre 1986 « le contrat de location ... doit préciser : le nom ou la dénomination du bailleur et son domicile ou son siège social, ainsi que le cas échéant, ceux de son mandataire ; la date de prise d'effet et la durée ; la consistance et la destination de la chose louée ; la désignation des locaux et équipements d'usage privatif dont le locataire a la jouissance exclusive et, le cas échéant, l'énumération des parties, équipements et accessoires de l'immeuble s'ils font l'objet d'un usage commun ; le montant du loyer, ses modalités de paiement ainsi que ses règles de révision éventuelle ; le montant du dépôt de garantie si celui-ci est prévu ».

29. Les mentions obligatoires dans les actes mixtes. Ces mentions obligatoires sont d'autant plus nombreuses et contrôlées qu'il existe un déséquilibre entre les cocontractants¹⁰⁴. En matière de consommation, la législation assure la protection du consommateur en imposant un strict respect de ces mentions¹⁰⁵. A titre de simple illustration, les règles applicables en ce domaine, telles que les lois Scrivener, fourmillent de mentions obligatoires devant être complétées ou du moins vérifiées¹⁰⁶ par la partie signataire. Désireux que le consommateur dispose, avant de prendre sa décision, d'une information complète sur le crédit qui lui sera accordé, le législateur exige que ces précisions soient données dès l'offre de crédit¹⁰⁷. Riche en mentions obligatoires, le droit des assurances précise également à l'article L.112-4 du Code des assurances les nombreuses indications légales devant figurer sur la police¹⁰⁸.

Ces exigences posées par la puissance publique ont également pour rôle de faciliter leur compréhension par le consommateur mais également leur comparaison. Il peut ainsi comparer les différentes offres de crédit dans la mesure où il dispose des informations libellées selon des critères définis.

30. Les mentions obligatoires dans les relations professionnelles. Les relations contractuelles établies par des professionnels sont également soumises au respect de certaines exigences légales. Ainsi, en matière de constitution de société, les associés ne sont nullement obligés d'adopter les statuts-types proposés. Ils peuvent rédiger eux-mêmes les statuts, sans omettre de faire figurer les mentions obligatoires imposées par l'article 1835 du Code civil. Pour toute société¹⁰⁹, les statuts doivent indiquer la forme de la société, l'objet, la dénomination, le siège social, le montant du capital et la durée de la société. Dès lors, si les

¹⁰⁴ V° également les mentions imposées en matière de contrat de travail et de bulletin de salaire.

¹⁰⁵ Ex. Art. L.121-23 Code consom.

¹⁰⁶ Le contenu des mentions obligatoires étant généralement pré-rédigé par le professionnel.

¹⁰⁷ Art. L.311-8 à L.311-13 C. consom. outre l'identité des parties, doivent être mentionnés : la nature du prêt, le montant du crédit, les assurances exigées par la banque, les conditions en cas de transfert du prêt et de remboursement anticipé, ainsi que la mention du TEG (Taux Effectif Global)...

¹⁰⁸ Nom et domicile de l'assureur et du souscripteur, chose ou personne assurée, nature des risques garantis, date d'effet et durée de la garantie, les exclusions éventuelles, les montants garantis et celui de la prime ou les modalités de détermination de celle-ci. Le contrat doit également préciser l'autorité de contrôle compétente et la loi applicable, lorsque cette dernière n'est pas la loi française. Certaines clauses, relatives aux nullités, aux déchéances ou exclusions et à la durée du contrat, doivent être rédigées en caractères très apparents.

¹⁰⁹ A titre d'exemple, toutes les sociétés commerciales doivent être constituées par des statuts comportant les six mentions imposées par l'article L.210-2 du C. com.

rédacteurs de statuts sociaux sont soumis à une obligation de formalisme leur imposant de reprendre certaines mentions obligatoires, leur contenu reste à la discrétion des contractants.

La vente d'un fonds de commerce est également confrontée à une réglementation contraignante. Les articles L.141-1 et suivants du Code de Commerce précisent que les mentions obligatoires à insérer dans un acte de cession de fonds de commerce sont relatives à l'origine du fonds¹¹⁰, à l'état des charges le grevant¹¹¹, aux indications comptables¹¹² et enfin aux énonciations liées au bail¹¹³. Ce formalisme strict s'explique par le souci du législateur de protéger les créanciers du vendeur, ainsi que l'acheteur, contre les erreurs ou omissions qui pourraient vicier son consentement. Les mentions obligatoires imposées par voie législative ou réglementaire s'inscrivent sous l'égide de l'ordre public économique de protection. Toutefois, malgré leur origine, ces mentions laissent aux contractants le soin de personnaliser le contrat. Véritables bases légales, indispensables à la formation du contrat, elles constituent en ce sens une variété de clauses légales.

31. Les formules légales. Contrairement aux mentions obligatoires, les formules légales¹¹⁴ dont le législateur impose la reproduction stricte dans l'*instrumentum* ne sont pas considérées par une partie de la doctrine comme des clauses légales, et encore moins comme des clauses contractuelles. Le doyen J. Carbonnier désigne l'obligation qui est faite dans certains cas aux rédacteurs d'actes de rappeler la teneur des dispositions légales sous l'appellation de « *technique de rappel* »¹¹⁵. La reproduction textuelle de certaines dispositions légales dans le texte même du contrat emporte la faveur du législateur. Certains analysent cette méthode comme la résultante d'une recherche excessive d'exhaustivité et de précision propre à nos législations contemporaines. Néanmoins, il n'est pas contestable que ces

¹¹⁰ Il s'agit de l'obligation pour le vendeur d'indiquer l'origine de propriété du fonds de commerce (nom du précédent vendeur, date d'acquisition, prix payé).

¹¹¹ C'est-à-dire des privilèges et nantissements grevant le fonds et pris par le vendeur lui-même et éventuellement par ses prédécesseurs dans les dix ans précédant la vente, mais aussi éventuellement l'absence d'inscription.

¹¹² L'énonciation des chiffres d'affaires et bénéfices réalisés par le vendeur au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation. Si le fonds de commerce a été donné en location gérance pendant tout ou partie de cette période, les mentions doivent malgré tout être portées dans l'acte.

¹¹³ Doivent enfin figurer les indications portant sur le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur.

¹¹⁴ Art. 104 du décret n°94-490 du 15 juin 1994 impose aux contrats d'agence de voyage de reproduire les art.95 à 103 de ce décret ; B. Fages, L'art et la manière de rédiger le contrat, *Dr. & Pat.* 1999 p.93 ; En droit des sociétés, il est également fréquent que les associés rédigent des statuts très longs reprenant en détail et de façon inutile les dispositions impératives de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 (modifiée par l'ordonnance 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du Code monétaire et financier) et du décret n°67-236 du 23 mars 1967.

¹¹⁵ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion 1996 p.112.

dispositions qualifiées de « *formules légales* » répondent à un juste souci d'information¹¹⁶. Elles permettent ainsi la préconstitution d'une preuve de l'exécution du devoir de conseil et représentent à ce titre un instrument majeur au service des Notaires. De multiples formes de contrat reprennent la méthode de la reproduction. Il en va ainsi en matière de contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire¹¹⁷, de contrat d'enseignement à distance¹¹⁸ ou encore de démarchage et de vente à domicile¹¹⁹. Les positions des auteurs divergent alors quant à la capacité des formules légales reproduites dans le contrat à devenir de véritables stipulations contractuelles. Une majorité considère que cette reproduction ne transforme pas en clauses contractuelles les dispositions concernées car c'est en tant que formules légales qu'elles sont couchées dans les actes qui les accueillent¹²⁰. Non mises en forme de stipulation contractuelle par le législateur, elles ne peuvent accéder au régime des clauses contractuelles. Dès lors, il convient de s'attarder sur cette formule de « *mise en forme de stipulation* » pour expliquer leur différenciation avec les autres clauses nonobstant leur capacité à fournir au contractant qui ne rédige pas l'acte une connaissance des règles de droit positif.

B) Une unicité de traitement.

32. La diversité des dispositions que le législateur entend appliquer à la relation contractuelle complexifie la recherche de leur classification. En effet, le juge et la doctrine appréhendent les dispositions législatives ou réglementaires reproduites dans le contrat en opérant des distinctions de traitement entre elles. Toutes issues de l'intervention de la puissance publique, elles ne partagent pas la même qualité au sein du contrat. Si certaines s'imposent en tant que stipulations contractuelles « *par détermination de la loi* », d'autres au contraire ne sont jamais considérées comme des éléments contractuels. L'explication de cette distinction doit alors être recherchée avant de proposer une harmonisation possible de ces dispositions. L'étude de leur formulation et de leur insertion formelle au sein du contrat

¹¹⁶ L'un des exemples les plus couramment cité vise les contrats conclus par une agence de voyage. L'article 104 du décret du 15 juin 1994 oblige les professionnels à reproduire dans les contrats l'ensemble des dispositions des articles 95 à 103 dudit décret soit de nombreuses pages.

¹¹⁷ Reproduction des dispositions des articles R.261-28 à R261-31 CCH.

¹¹⁸ Reproduction du texte de l'article 9 de la loi du 12 juillet 1971 sur le délai de réflexion.

¹¹⁹ L'écrit doit contenir le texte intégral des articles 2,3 et 4 concernant notamment la faculté de renonciation.

¹²⁰ J. Léauté, Les contrats types, *RTD civ.* 1953, n°1 p.430 ; A Rieg, Contrat type et contrat d'adhésion, travaux de recherche de l'institut de droit comparé de Paris XXXIII 1970, n°10 p.109.

constitue une première vision comparatiste (1) devant être soutenue par l'étude de leurs effets et de leur fonction respective alors mieux à même de révéler leur véritable nature (2).

1) Une formulation commune

33. Comparaison de nature. La volonté du législateur de mettre les dispositions « *en forme de stipulations contractuelles*¹²¹ » détermine leur nature juridique. Ainsi, à l'image des clauses légales, les mentions obligatoires constituent des clauses par « *détermination de la loi* » dès leur insertion dans le contrat. Certains auteurs dont M. Th. Revet précisent alors que « *les clauses légales empruntent au style législatif, nonobstant leur vocation à constituer des stipulations contractuelles et malgré le sens du détail du législateur actuelle* ». Elles intègrent la sphère contractuelle mais restent sous l'influence de leur origine et du régime juridique qu'elles imposent. La controverse se fait alors plus vive concernant les formules légales devant être reproduites dans le contrat. Nullement considérées comme des clauses légales ayant vocation à devenir des clauses contractuelles, elles restent pour leur part à l'état de dispositions législatives malgré leur insertion dans le contrat. Cette distinction de qualification entre les clauses légales et les formules légales tient essentiellement à la considération selon laquelle ces dernières n'offrent jamais aux parties le pouvoir d'agir sur leur contenu. M. Th. Revet rappelle que « *Ne constitue pas une clause légale la prescription qui n'a pas été mise par la loi en forme de stipulation contractuelle, même si le législateur en impose la reproduction dans tel instrumentum [...]. Les formules légales ne révèlent pas une mise en forme de stipulation, marquant un degré supplémentaire de l'implication des pouvoirs publics dans le contrat. Leur présence dans le contrat ne les transforme pas en clauses contractuelles, elles s'examinent comme un accessoire de ce dernier, rarement étudié par les parties*¹²² ». Dès lors, si les clauses légales mises en forme de stipulations contractuelles constituent des clauses contractuelles par détermination de la loi, les formules légales, bien que reproduites dans le contrat, ne revêtent aucun caractère contractuel.

Une approche syntaxique et comparative peut alors permettre de comprendre la signification de ce critère « *de mise en forme de stipulation contractuelle* », et de déceler, les différences rédactionnelles existant entre les formulations de leurs énoncés.

¹²¹ Th. Revet, *La clause légale*, art. préc. p.280 n°5.

¹²² *ibid* p.281, n°6 et s.

34. Comparaison syntaxique. Seule leur formulation permettrait donc de les différencier. Contrairement aux clauses légales, les formules légales ne seraient que la copie impersonnelle et abstraite de certaines dispositions législatives et réglementaires. Or, bien que cette distinction rédactionnelle soit nettement perceptible en matière de cautionnement ou de reconnaissance de dette, elle n'est pas aussi claire dans les autres formes de contrat.

On ne peut déduire des exemples précités que du point de vue de leur formulation ; il est très difficile de distinguer une clause légale d'une formule légale. A titre d'illustration, la clause légale de garantie des vices cachés, contenue dans le décret n°87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la présentation des écrits constatant les contrats de garantie et de service après-vente, est formulée comme suit : « *A la condition que l'acheteur fasse la preuve du défaut caché, le vendeur doit légalement en réparer toutes les conséquences (article 1641 et suivants du Code civil). Si l'acheteur s'adresse aux tribunaux, il doit le faire dans un « bref délai » à compter de la découverte du défaut caché*¹²³ ». A l'instar de cette clause, il n'est pas contesté que la majorité des clauses légales revête une formulation dépersonnalisée. A l'exception de mentions obligatoires et de certaines clauses légales permettant aux parties de remplir elles-mêmes quelques espaces laissés en blanc, l'ensemble des clauses légales est rédigé à la troisième personne par le législateur. En effet, elle désigne de façon standardisée « *l'acheteur* », « *le vendeur* », « *l'entreprise* », « *le bailleur* », « *l'assureur* »... Or, une formulation identique est employée en matière de formules légales. Les dispositions dont le législateur impose la reproduction dans les contrats¹²⁴ reprennent également la qualification des parties telles que « *le vendeur* », « *l'acheteur de billets* », ou encore « *le consommateur* ». Aucune différence ne peut donc être perçue sur le plan formel entre la clause légale de garantie des vices cachés précitée et les dispositions imposées¹²⁵ par l'article L.121-25 du Code de la consommation relatives à la faculté de rétractation de sept jours offerte au client en matière de consommation. Dans ces deux hypothèses, le législateur utilise une formulation générale ayant pour but d'accorder « *au client* » la protection la plus étendue. De même, les dispositions imposant un délai de rétractation sont considérées comme de simples formules reproduites dans le contrat, alors qu'elles ont vocation, tout comme les clauses légales, à encadrer et diriger la relation contractuelle.

¹²³ Art. 1648 du C. civ.

¹²⁴ Contrat d'agence de voyage : Art. 104 du décret n°94-490 du 15 juin 1994 impose aux contrats d'agence de voyage de reproduire les art.95 à 103 de ce décret, *note préc.*

¹²⁵ Ces dispositions, dont l'article L.121-23 C. consom., imposent la reproduction dans le contrat de vente, de fourniture de service et de location – vente conclu après démarchage à domicile.

Le critère formel « *de mise en forme de stipulation contractuelle* » par le législateur, semble quelque peu abstrait, au regard de la perméabilité entre les différentes natures de dispositions légales.

35. Une distinction incertaine. Dans de nombreuses hypothèses, les formules légales contiennent elles-mêmes les mentions obligatoires devant figurer dans le contrat, après avoir été complétées par les parties. L'exemple des contrats d'agence de voyage constitue là encore une illustration de ce procédé. Si le contenu des articles 95 à 103 du décret applicable en l'espèce est qualifié de formule légale par la doctrine, ceux-ci contiennent cependant des mentions obligatoires propres à l'identification de la relation. Ainsi, l'article 98 dudit décret énumère les éléments devant être obligatoirement repris dans le contrat. Or, ces différentes mentions sont qualifiées de dispositions non contractuelles par le législateur. « *Le contrat conclu entre le vendeur et l'acheteur [...] doit comporter les clauses suivantes [...]* ». On retrouve classiquement le nom, l'adresse du vendeur, la ou les destinations du voyage, les dates de départ et de retour, le mode d'hébergement, le prix, etc.

Fonder une telle distinction reviendrait donc à rechercher parmi le contenu imposé par le législateur les dispositions amenées à devenir des stipulations contractuelles, et celles animées seulement d'une utilité accessoire, malgré leur origine légale. Le législateur ferait alors « un poids deux mesures ! ».

Il semblerait au regard de cette première analyse que rien ne permette de distinguer sur le plan syntaxique les formules légales des clauses légales. Rien ne semble ainsi s'opposer à ce que ces dispositions législatives ou réglementaires insérées dans le contrat puissent être unanimement qualifiées de stipulations contractuelles. La proximité entre ces formes de dispositions insérées dans le contrat doit alors être recherchée à travers les effets qu'elles renferment. Faisant ainsi apparaître leur fonction respective, cette mise en perspective doit permettre de conclure à leur réelle distinction ou au contraire à leur unicité de traitement.

2) Une fonction commune

36. Une qualification fonctionnelle. Dès lors, un rapprochement peut être proposé, eu égard à la fonction exercée par les dispositions émanant des lois et règlements. En effet, en dehors de toute considération formelle, il est intéressant de s'arrêter sur le contenu de ces dispositions obligatoirement reproduites dans un même type de contrat. La fonction qu'elles

exercer ne se limite pas à rappeler aux cocontractants les règles de droit positif applicables. Elles contribuent certes à assurer la diffusion du droit positif, mais elles ont également un effet direct sur la relation contractuelle. Leur fonction première est d'établir par un encadrement légal une protection des contractants et particulièrement de celui considéré comme le plus faible. Certains domaines sensibles, propices au déséquilibre excessif et à l'abus de position, sont pratiquement entièrement régis par des clauses légales. Quelle que soit leur forme, les clauses légales, mentions obligatoires et formules légales sont destinées à protéger le cocontractant qui n'est pas en mesure de contribuer à la détermination du contenu du contrat¹²⁶. L'insertion de ces dispositions s'inscrit dans un mouvement plus général de pénétration de l'unilatéralisme dans l'élaboration des contrats¹²⁷. La loi neutralise ainsi la prééminence du contractant rédacteur et remplace son pouvoir unilatéral par le pouvoir unilatéral de la puissance publique. Elle contribue à rétablir un équilibre contractuel entre les parties. L'atteinte à la volonté des parties se caractérise alors de manière identique. Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre contractuel, le pouvoir exercé par le législateur est préférable à celui accordé à un cocontractant.

37. Influence contractuelle des dispositions légales. La fonction des dispositions légales insérées dans le contrat marque leur efficacité sur la relation contractuelle. Destinées à protéger les contractants par l'information qu'elles leur procurent, elles exercent alors directement leur influence sur les engagements conclus. Elles ne se contentent pas d'imposer des obligations légales mais aménagent, à travers les informations qu'elles véhiculent, les obligations contractuelles. Elles présentent au cocontractant, non rédacteur de l'acte, les conditions d'exercice des activités concernées, les différentes phases de la procédure devant être suivies ou encore les modalités de modification de la relation contractuelle¹²⁸. En cas de modification de l'un des éléments essentiels par le vendeur, tels que le prix, l'acheteur doit là encore se référer aux formules légales qui l'informeront des conséquences et des recours en

¹²⁶ J. Kullmann, *L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé*, Thèse microfiche Paris I, 1987, n°740 p.698.

¹²⁷ Ch. Jamin, D. Mazeaud et alii, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, Etudes juridiques, Actes du colloque 9 janvier 1998, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud V.9, 1999.

¹²⁸ Ainsi, l'acheteur qui souhaite céder son contrat d'agence de voyages devra se référer aux dispositions de l'article 99 du décret du 15 juin 1994 précité : Art. 99 « l'acheteur peut céder son contrat à un cessionnaire qui remplit les mêmes conditions que lui pour effectuer le voyage ou le séjour, tant que ce contrat n'a produit aucun effet. Sauf stipulation plus favorable au cédant, celui-ci est tenu d'informer le vendeur de sa décision par lettre recommandée avec accusé de réception au plus tard sept jours avant le début du voyage. Lorsqu'il s'agit d'une croisière, ce délai est porté à quinze jours. Cette cession n'est soumise, en aucun cas, à une autorisation préalable du vendeur ».

réparation envisageables¹²⁹. Dans cette optique, les formules impérativement reproduites dans le contrat préliminaire de vente d'immeubles à construire exposent les modalités servant à fixer le montant de la garantie¹³⁰, le lieu de son dépôt¹³¹ ou encore les conditions de sa restitution¹³². Fortes de leur fonction commune, les dispositions légales reproduites aux titres des clauses légales, des mentions obligatoires ou des formules imposées contribuent toutes à encadrer la relation contractuelle par l'aménagement des obligations voulues par les parties.

38. Une harmonisation des dispositions légales. S'il est possible de s'interroger sur l'efficacité de reproduire textuellement des dispositions légales au sein des contrats, leur fonction et leur utilité ne peuvent être différenciées malgré les appellations distinctes que leur attribue la doctrine. La reproduction de formules légales constitue un moyen formel de protection même si elle ne dispense pas le cocontractant en position de force de fournir une information personnalisée. Durant toute sa durée, elles servent le contrat et ont toutes pour fonction *in fine* la protection d'un contractant. Pouvant être rassemblée au regard de leur mise en forme et de leur fonction, les différentes formes de dispositions légales recensées dans le contrat doivent dès lors être considérées de manière identique. Or, si certaines sont qualifiées de « clauses » légales par la doctrine, admettant ainsi à demi-mot leur incorporation au cadre contractuel, les mentions obligatoires et les formules légales ne sont nullement considérées comme capables d'accéder au rang de clauses contractuelles. Si la phase ultime permettant à toutes ces dispositions de se fondre parmi les autres clauses se situe bien lors de la conclusion du contrat, elles ne sont pourtant pas appréhendées comme « la loi des parties ». Il est alors légitime, après avoir traité de leur similitudes, de s'interroger sur leur vocation à se conduire et à être envisagées comme des clauses contractuelles à part entière.

¹²⁹ V° sur ce point les dispositions de l'article 101 du décret n°94-490 du 15 juin 1994.

¹³⁰ Art. R. 261-28 « Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5 % du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2 % si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans ».

¹³¹ Art. R. 261-29 « Le dépôt de garantie est fait à un compte ouvert au nom du réservataire dans une banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet ou chez un notaire [...] ».

¹³² Art. R.261-31 « Le dépôt de garantie est restitué, sans retenue ni pénalité au réservataire : a) si le contrat de vente n'est pas conclu du fait du vendeur dans le délai prévu au contrat préliminaire b) si le prix de vente excède plus de 5% [...] ».

§2 : Appréciation de la volonté des parties

39. Indissociables de part leur contenu rédactionnelle et leur fonction, les règles insérées dans le contrat sous l'impulsion des autorités étatiques doivent encore être confrontées à l'un des critères de définition du contrat et de la clause contractuelle, à savoir la volonté des parties. Porteuses d'effets de droit œuvrant pour la protection des parties, les dispositions légales ou réglementaires insérées dans le contrat ne sont à l'origine ni expressément ni tacitement voulues par les contractants. Approfondir leur passage dans la sphère contractuelle nécessite dès lors de s'attarder sur les caractères qu'elles renferment (A). De cette appréciation doit dépendre l'atteinte portée à la volonté des parties, permettant ainsi de mesurer la proximité pouvant exister avec les clauses contractuelles. Ce dernier élément de comparaison, impliquant le critère de volonté, se révèle essentiel quant au régime juridique applicable. Les enjeux d'une telle généralité peuvent alors être appréhendés par l'étude de leur influence sur le contrat et des règles auxquelles elles sont soumises (B)

A) Les caractères des clauses légales

40. A la différence des mentions obligatoires et des formules légales, les clauses légales proprement dites répondent à un double degré de mise en œuvre¹³³. En effet, si certaines d'entre elles s'imposent de façon intangible aux contractants, les autres n'ont qu'un caractère supplétif, laissant place aux volontés individuelles des parties. La simple reprise des termes proposés par le législateur ou le choix exprimé des parties de déroger à ces prescriptions peuvent être rapprochés car elles tirent leur obligatorité de la volonté des parties (1). La reproduction imposée de dispositions dans le contrat s'inscrit en revanche dans le cadre de l'immixtion de la puissance publique, imposant ainsi certains termes du contrat au titre de l'ordre public. L'intérêt d'analyser ces manifestations particulières des dispositions légales, à la lumière des principes civilistes applicables en droit des contrats, permet d'apporter un autre regard sur l'atteinte portée par ces dernières au principe central de la liberté contractuelle et de l'expression de la volonté des parties, révélant ainsi leur proximité avec les clauses contractuelles (2).

¹³³ V° la formule à portée universelle de F-C. Von Savigny issue du Traité de droit romain t.I p.54 « si l'on considère la relation existant entre les règles de droit et les rapports de droit qu'elles dominent, on trouve à ces règles un double caractère. Les unes commandent d'une manière nécessaire et invariable sans laisser de place aux volontés individuelles : ces règles je les appelle absolues ou impératives [...] D'autres, au contraire, laissent un champ libre aux volontés individuelles [...] je les appelle droit supplétif ».

1) Les clauses légales supplétives

41. La « supplétivité » des clauses. Issues de règles de droit, les clauses légales revêtent un caractère supplétif ou impératif selon l'appréciation du législateur. Ainsi, l'article 6 du Code civil forme l'assise d'une *summa divisio* au sein des règles de droit à partir de laquelle s'articulent les rapports de la liberté individuelle et de l'application des prescriptions juridiques. Objet d'une définition *a contrario*, les règles supplétives sont depuis toujours appréhendées par « une antinomie des contraires¹³⁴ ». La règle supplétive n'est généralement appréhendée qu'à l'aune des liens d'opposition qu'elle tisse avec la règle impérative¹³⁵. Outre celles intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs, la majorité des clauses légales doivent par principe être tenues pour supplétives. Il en va ainsi de la volonté des rédacteurs du Code civil pour qui la liberté était le principe phare¹³⁶. La liberté contractuelle étant un principe de départ¹³⁷ « la loi impérative est l'exception alors que la plupart des dispositions légales sont supplétives¹³⁸ ». Autrement dit « l'impératif désigne la contrainte et le supplétif la liberté¹³⁹ ». Le législateur prend généralement le soin de préciser la valeur supplétive des dispositions qu'il édicte. Si l'épithète « supplétif » n'est pas directement reprise, le législateur utilise couramment d'autres formulations équivalentes telles que : la faculté de « déroger » à la disposition visée, « le défaut ou l'absence d'accord, de convention ou de stipulations contraires ». En outre, il prévoit que certaines dispositions auront vocation à s'appliquer « sauf accord, convention ou stipulation contraire », « à moins que le contraire ne soit exprimé, s'il n'en a été autrement convenu ou ordonné », « s'il n'y a stipulation contraire ou spéciale »...

¹³⁴ E. Agostini, L'argument a contrario, *D.* 1978 chron. p.149 et s. spéc. n°3.

¹³⁵ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, Thèse Paris I, LGDJ 2004, n°5 p.4 et s. ; M.F.C De Savigny, *Traité de droit romain*, t.1 traduit par Ch. Guenoux, Didot, Paris 1851 p.55 : « Leur nature est surtout déterminée par leur opposition à celle de la première espèce ».

¹³⁶ A-M. Demate, *Cours analytique de Code civil*, t. I n°12 p.55 : « La liberté des conventions étant admise comme principe fondamental, la loi qui détermine l'effet de certains contrats doit être facilement crue ne disposer que [...] sauf convention contraire ».

¹³⁷ J-M. Mousseron, Un principe de départ : la liberté contractuelle, in *De nouveaux espaces à la liberté contractuelle Cah. dr. entr.* 1995, n°2 p.5 ; P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, Coll. Droit privé 1999, n°50 p.47.

¹³⁸ V. Larribau-Terneyre, *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala Litec 2001 p.83 et s. ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris 1965 vol. II p.595, dans laquelle l'auteur reprend « une opinion très largement répandue [...] tient à ce que le Code Napoléon est imprégné d'une idéologie individualiste qui se manifeste en particulier par une exaltation de la liberté et de la spiritualité de l'homme : celui-ci serait conçu comme une volonté libre ».

¹³⁹ L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, Etude de droit comparé Angleterre, Espagne, France, préface B. Saintourens, LGDJ Bibliothèque de droit privé 2003, n°46 p.45.

42. Maintien de la volonté. Les dispositions supplétives se caractérisent précisément par le fait qu'elles peuvent être écartées par une clause contractuelle contraire. La volonté des parties n'est donc pas affectée par la reproduction de ces règles dans le contrat. La règle supplétive s'appréhende comme l'expression la plus poussée de la volonté individuelle. « *Bien loin de contraindre le vouloir humain, elles ont pour unique fin d'en multiplier l'efficacité pratique*¹⁴⁰ ». En effet, les exigences législatives ou réglementaires n'interviennent qu'en second plan pour suppléer la volonté des parties. Conformément à leur fonction, elles encadrent la relation contractuelle, mais seulement de façon subsidiaire. Elles supplantent la carence ou les irrégularités commises par le rédacteur dans l'élaboration du contrat et arborent alors leur fonction de sécurisation des relations établies et de protection de la volonté des parties. Le rédacteur peut donc soit reprendre *in extenso* la règle légale formulée par le législateur, soit retranscrire dans le contrat une volonté différente des prescriptions légales. Les contractants ont en effet la liberté de modifier, atténuer, ou supprimer la solution édictée par l'ordre juridique à titre supplétif. Ainsi en matière d'assurance, les parties jouissent d'une liberté, dans les limites d'un plafond, de fixer la durée de la police à condition de le faire par une clause claire et imprimée « *en caractères très apparents*¹⁴¹ ». Si ces exigences ne sont pas respectées, la clause est nulle et la durée de la police est fixée conformément aux dispositions légales appliquées aux polices dont aucune clause ne fixe la durée¹⁴². Peut encore être citée la célèbre jurisprudence relative au prêt à intérêt. En la matière, si le TEG ne figure pas dans l'acte comme l'exige la loi, ou est usuraire, la stipulation d'intérêt est nulle. Le prêt demeure néanmoins valable, mais le taux d'intérêt légal se substitue au taux conventionnel que prévoyait la clause annulée¹⁴³.

¹⁴⁰ E Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon 1912.

¹⁴¹ Art. L.113-15 Code des ass.

¹⁴² Cass. civ. 1^{ère} 14 mai 1974, *D.* 1975 p.97 note H. Groutel et C-J. Berr ; *JCP G* 1980, IV, n°31.

¹⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 24 juin 1981, *Bull. civ. I* n°233, 234, 235 ; *JCP G* 1982, II, n°19713 note M. Vasseur ; *D.* 1982 p.397 note M. Boizard ; Peut encore être cité l'exemple de l'article 48 du CPC disposant que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Si une clause modifiant les règles de la compétence territoriale ne remplit pas ces exigences de formes, elle est nulle, même entre commerçants. Et la règle légale de compétence : art. 42 et s du NCPC retrouve immédiatement application, par substitution à la clause annulée. Cass. civ. 2^{ème} 20 février 1980 n°77-12800, *Bull. civ. II* n°37 ; *Gaz Pal.* 1980 p.494 note J. Dupichot.

Si pour ces différentes raisons le juge est amené à prononcer la nullité d'une stipulation contractuellement voulue, les dispositions légales, bien que supplétives, doivent alors s'appliquer en remplacement de la clause comme si le contrat n'avait pas réglé la question.

43. Une substitution légale. Outre les hypothèses où l'écrit est expressément requis à peine de nullité, la retranscription des dispositions légales supplétives dans l'*instrumentum* favorise la connaissance de ses droits et de ses devoirs par celui qui ne rédige pas l'acte¹⁴⁴. L'écrit est donc érigé en vecteur d'information propre à satisfaire la fonction reconnue aux clauses légales. Si les stipulations voulues par les parties renferment par nature un caractère contractuel, la volonté de ces dernières conserve un rôle dans l'accès des dispositions supplétives qu'elles décident de retranscrire dans le contrat. Reprises dans le contrat, ces dispositions se confondent alors avec les autres clauses jusqu'à supprimer toute distinction formelle pour une personne non avisée. Dans une mesure adaptée à leur origine légale, les dispositions ainsi intégrées au contrat devraient être appréciées dans une logique contractuelle puisque pour être un peu moins méconnue, la loi s'habille en clause¹⁴⁵. Bien différente est la substitution d'office des dispositions légales à une clause manquante, illicite ou encore disproportionnée. En cette occurrence, c'est en tant que règle, et non comme fruit de la volonté individuelle, que les dispositions légales remédient aux carences des manquements contractuels et leur font produire certains effets. Elles s'appliquent donc par la contrainte du législateur en vue de combler l'absence de volonté des parties.

La substitution qui s'opère ne fait que virtuellement pénétrer la règle de droit dans le domaine contractuel. Cette règle n'accèdera pas à la nature de stipulation contractuelle puisqu'elle n'est pas en tant que telle couchée dans le contrat. Elle s'applique à la relation contractuelle par décision de la loi. La retranscription de la clause dans l'*instrumentum* paraît être, avec la volonté des parties, le point de passage de leur contractualisation ou du moins de leur intégration au cadre contractuel.

¹⁴⁴ J. Amiel-Domat, Contrat de consommation, *Juris-Cl. Conc. concom.* Fasc. 800 2/1989 n°2 : « La technique de prédétermination légale [...] va toujours de pair avec une obligation de forme, la forme étant indispensable à l'efficacité des prescriptions du législateur ».

¹⁴⁵ Th. Revet, *art. préc.* n°10 p.290.

Contrairement aux règles supplétives, toutes les règles légales ne sont pas susceptibles de se laisser ainsi éliminer. Certaines sont impératives ou d'ordre public. L'ordre public¹⁴⁶ constitue une limite nécessaire à la liberté contractuelle, tout en demeurant idéalement une exception. Un axiome du libéralisme déclare que « *tout ce qui n'est pas défendu est permis*¹⁴⁷ ».

2) Les clauses légales impératives

44. L'impérativité des clauses légales. Les développements qui vont suivre reprennent indifféremment les expressions « *règle impérative* » et « *règle d'ordre public* ». Elles seront tenues pour synonymes dans la mesure où il n'existe pas de critère opératoire propre à fonder une nette distinction entre ces deux termes. De plus, « *le législateur contemporain emploie la qualification d'ordre public à seule fin de préciser le caractère impératif de la loi* » et « *réciproquement la jurisprudence qualifie de dispositions impératives les textes relatifs à l'ordre public*¹⁴⁸ ». Leur prolifération se conjugue, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, avec une renaissance du formalisme. La rédaction d'un acte écrit avec l'exigence complémentaire de mentions impératives plus ou moins nombreuses, est imposée à un nombre croissant de contrats. Les lois d'ordre public¹⁴⁹ se sont multipliées, en même temps d'ailleurs qu'elles revêtent un caractère nouveau. L'ordre public classique était essentiellement négatif : le législateur interdisait certains contrats ou certaines clauses, alors que l'ordre public est aujourd'hui positif. Le législateur impose ainsi d'autorité le contenu du contrat. On pourrait presque affirmer dans certains cas qu'il le rédige à la place des intéressés. Il fixe notamment le taux des loyers, limite la durée du travail, ou rend obligatoire le repos hebdomadaire et les congés payés au profit des salariés.

45. Visions doctrinales. Certains auteurs considèrent cette immixtion du législateur comme un véritable anéantissement de la volonté individuelle des contractants. Ainsi, M. J. Ghestin reproche à la doctrine traditionnelle de traiter les restrictions à la liberté contractuelle comme de simples atténuations de l'autonomie de la volonté, et d'ignorer qu'au-delà d'un

¹⁴⁶ Art. 6 du C. civ. qui le prévoit, est, en même temps, une proclamation *a contrario* de cette liberté.

¹⁴⁷ Art. 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁴⁸ J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, sous dir. J. Ghestin LGDJ 3^{ème} éd., 1993, n°110 p.92.

¹⁴⁹ A Simon, *L'ordre public en droit privé*, Thèse Rennes 1941, p.37 ; A-J Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil*, Thèse Strasbourg, LGDJ 1969 p.203 et s.

certain degré de limitation de la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté ne fonde plus la force obligatoire du contrat. Il propose alors de fonder la force obligatoire du contrat sur la conciliation par le droit objectif de *l'utile et du juste*¹⁵⁰. Or, cette position a fait l'objet de nombreuses critiques, principalement par la doctrine traditionnelle. M. Ch. Larroumet considère que toute analyse reposant sur des éléments objectifs, tels que l'équité ou l'utilité économique, n'est pas propre à fonder une véritable explication du contrat. Selon cet auteur, « *l'équité n'est pas une notion propre au contrat. Elle doit inspirer toute relation sociale [...] Il n'est pas possible de justifier le contrat en faisant appel à l'équité ou à la justice, l'originalité du contrat n'apparaissant pas à travers ces notions* ». Sa particularité réside selon lui dans la volonté des parties. L'autonomie de la volonté conserve une valeur de principe. Le déclin du rôle de la volonté dans le contrat n'est pas aussi général que certains auteurs le pensent¹⁵¹. MM. Larroumet, Flour et Aubert reprochent à la théorie de M. J. Ghestin de sous-estimer l'acte de volonté qui se trouve selon eux à la base du contrat et constitue l'élément dynamique du contrat. Ils en concluent que « *le juste et l'utile ne sont pas le fondement de la force obligatoire du contrat ; ils en fixent le cadre et définissent par la même les conditions de la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté conservée comme principe*¹⁵² ». À l'image de Starck, Roland et Boyer, certains théoriciens moins optimistes considèrent que le dogme de l'autonomie de la volonté ne fait plus aujourd'hui l'objet d'une reconnaissance absolue. Le contrat est de moins en moins l'affaire des seuls individus. Il intéresse la société à divers titres¹⁵³. Au plan moral, il est nécessaire de protéger la partie économiquement faible et techniquement désarmée. Au plan économique, il est indispensable que dans le cadre d'une économie mixte, les volontés individuelles se plient aux objectifs considérés comme vitaux pour la nation. Il est bien entendu possible de voir dans cette immixtion, le moyen pour les autorités étatiques d'influencer le contenu des contrats privés.

¹⁵⁰ J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982 Chr.1 « L'utilité » est, dans cette réflexion, entendue comme garantie de l'intérêt social (p.4), et « le juste » comme principe d'équilibre entre les droits réciproques des contractants.

¹⁵¹ A-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Thèse Strasbourg, LGDJ 1969 p.97 : « Le principe de l'autonomie de la volonté [...] n'évoque pas seulement un certain rôle qui peut être capital de la volonté. Il est l'expression de tout un système philosophique adapté au droit ». E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, op.cit p.24 et s. : « le principe de l'autonomie de la volonté est la pierre angulaire de tout l'édifice juridique. [...] Consacrer l'autonomie initiale de l'individu, assurer à chaque volonté le maximum d'indépendance qui soit compatible avec l'égale liberté d'autrui : c'est là toute la mission du droit positif. Les seules limites légitimes qu'il puisse apporter à la liberté individuelle, doivent donc avoir pour but d'empêcher tout empiètement des uns sur la liberté des autres ».

¹⁵² J. Flour & J-L. Aubert, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Dalloz 2010, 14^{ème} éd. n°126-1 p.89.

¹⁵³ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, 2. Contrat*, Litec 6^{ème} éd. 1998, n°1195 p.499 et s.

De nombreux auteurs analysent la soumission des actes juridiques à une formulation forcée comme le fruit d'une volonté de contrôler et uniformiser leur contenu, et non uniquement comme relevant d'une rationalité commerciale¹⁵⁴ qui se traduirait par un formalisme banalisé. C'est notamment la position défendue par M. J. Kullmann dans sa thèse relative à l'influence de la puissance publique sur les contrats de droit privé. Son analyse porte principalement sur les divers contrats d'assurance dans lesquels il relève l'omniprésence de clauses types obligatoires. Il précise que « *si cette méthode de réglementation s'avère être sans conteste une marque distinctive du droit des assurances en raison de la fréquence de son utilisation, elle n'est pas moins un constant sujet de critique car elle semble attribuer à l'exécutif un pouvoir quasiment illimité*¹⁵⁵ ». Il expose ensuite un certain nombre d'exemples conduisant tous à un même constat : le gouvernement exerce au moyen de ces clauses une influence directe sur des contrats de droit privé dans le seul but de mettre en œuvre sa politique personnelle¹⁵⁶.

46. Une atténuation de la volonté. En accord avec Flour et Aubert, il peut être nécessaire de nuancer cette position pour considérer qu'il ne s'agisse ici que d'une atténuation de la volonté individuelle des parties. En effet, excepté les hypothèses où les parties sont dans l'obligation de conclure le contrat¹⁵⁷, elles conservent toujours la liberté de ne pas s'engager. De plus, il leur est possible d'insérer des clauses complémentaires¹⁵⁸ dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre des dispositions impérativement fixées.

Les autorités suppléent ici encore la volonté des parties. Or, les clauses légales d'ordre public interviennent généralement dans des domaines où le législateur organise directement la protection de la partie économiquement plus faible, qu'il s'agisse de particuliers ou de professionnels. Il en va ainsi en matière d'assurance, de consommation, de concurrence, de distribution... Les actes porteurs de dispositions légalement imposées ne se trouvent pas moins privés de leur caractère contractuel. Les clauses légales, mentions légales et formules

¹⁵⁴ P. Rongère, *Le procédé de l'acte type*, Thèse Paris, LGDJ 1968 p.279.

¹⁵⁵ J. Kullmann, *L'influence de la puissance publique sur les contrats de droit privé*, *op. cit.* n°278 p.258.

¹⁵⁶ Ce type de clauses marque l'interventionnisme de la puissance publique, qui grâce à la forme peut agir sur le fond et le contenu même du contrat. Ce qui conduit notamment M. Kullmann à affirmer « *qu'elle réalise une prise en charge de la relation contractuelle par l'autorité publique* », *op. cit.* p.694.

¹⁵⁷ Excepté dans les domaines de l'assurance obligatoire.

¹⁵⁸ A titre d'exemple, les dispositions du statut du fermage sont, pour la plupart, d'ordre public. Les parties ne disposent donc que d'une liberté très réduite pour fixer les clauses du bail. Des adaptations demeurent néanmoins possibles sur quelques points. La convention peut, par exemple, conférer au bailleur un certain nombre de prérogatives : droit de visite des lieux, droit de procéder à certains aménagements, réserve de droit d'extraction...

légales reproduites dans le contrat ne sont obligatoires qu'une fois le contrat conclu par le consentement des parties. La volonté des parties reste une condition essentielle de l'accès des dispositions légales au statut de stipulations contractuelles. Elles changent de qualification pour revêtir leur costume de clauses dès lors qu'elles sont insérées dans le contrat. La volonté du législateur et la conclusion d'un contrat par les parties marquent le transfert de ces dispositions normatives vers le champ contractuel. Destinées à se fondre dans le contrat ces dispositions abandonnent leur statut d'annexe de lois ou de règlements. La puissance publique se veut rédacteur de stipulation contractuelle.

47. Maintien de la volonté. Indirectement mais certainement la volonté des parties garde un rôle majeur dans la mise en œuvre de ces « *clauses contractuelles d'origine légales ou réglementaires* », précisément parce que le législateur les a conçues comme des prescriptions internes des accords contractuels. La volonté des parties, nécessaire dans la transformation de la loi en clause, peut alors se résumer à une simple adhésion. Tirées à des milliers d'exemplaires les clauses légales, mentions et formules imposées peuvent constituer l'essentiel du contrat. Alors que dans certains contrats la quasi intégralité des termes de l'accord est imposée par la puissance publique, la volonté des parties conserve tout de même un rôle à travers la liberté de conclure ou non le contrat. Elles sont ainsi regroupées au sein de contrats types élaborés par les acteurs d'un secteur professionnel particulier et homologués par une autorité administrative. Le contrat type établi par décret présente alors une nature réglementaire qui s'impose tant aux contractants qu'aux tiers. Il est, de plus, largement admis en doctrine que les contrats types constituent une formule modèle élaborée par les praticiens pour réguler juridiquement les échanges économiques et contribuer à la construction d'un droit des contrats professionnels. En adoptant ce contrat type, les parties donnent effet à un ensemble de règles prédéterminées. A titre d'illustration, l'offre préalable de crédit est établie selon un modèle type fixé par le Comité de réglementation bancaire¹⁵⁹. Une fois accepté et signé par les parties, le contrat type constitue leur support contractuel et les règles qu'il renferme accèdent au rang contractuel. Malgré l'absence de négociation qui n'est pas indispensable, le contrat prérédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à

¹⁵⁹ Mentions figurant dans l'arrêté du 19 décembre 2006 JORF n°298 du 24 décembre 2006, pris après avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation bancaire et consultation du Conseil national de la consommation. Figure également en annexe le modèle type de bordereau de rétractation à joindre à l'offre et prévu à l'article R.311-7 du Code de la consommation.

partir du moment où ce dernier a donné son consentement. Un parallèle peut alors être établi avec le contrat d'adhésion qui, formé par un accord de volonté, reste reconnu comme un contrat par la jurisprudence et la doctrine dans leur ensemble¹⁶⁰.

Malgré la restriction que ces clauses apportent à la volonté, elles contribuent à réguler le marché. La fin poursuivie reste d'équilibrer légitimement les prestations, c'est-à-dire d'harmoniser les intérêts particuliers. La clause légale constitue donc l'un des nouveaux moyens que le législateur met au service de l'équilibre et de la loyauté contractuelle¹⁶¹. Toutefois, cet habillage ne peut totalement supprimer l'origine légale ou réglementaire des clauses du même nom quant au régime devant leur être appliqué. Si ces dispositions peuvent être qualifiées de clauses contractuelles « *par détermination de la loi* », les similitudes mises en exergue dans les développements précédents permettent néanmoins de confondre sur plusieurs points leur régime avec celui réservé aux clauses contractuelles.

B) Le régime des clauses légales

48. La distinction entre les règles à caractère supplétif d'une part, et celles impératives d'autre part, livre une vision claire de leur fonction et donc de leur influence sur la relation contractuelle. Cette analyse permet de démontrer que l'espace de liberté laissé par les règles légales supplétives n'est pas pour autant réduit à néant en présence de dispositions impératives. La compatibilité entre les exigences légales et les principes civilistes applicables en matière contractuelle est mesurable dès l'insertion des dispositions légales dans le contrat et leur rapprochement avec les clauses contractuelles peut alors être effectué. Véritable toile de fond du contrat, les stipulations insérées par la puissance publique se confondent avec les autres clauses contractuelles. L'examen de leur régime juridique, lien direct de leur fonction est ainsi nécessaire à leur compréhension et peut dès lors être, sur certains points, rapprochée de celui des clauses issues de l'unique volonté des parties (1). Cette proximité se vérifie d'autant plus à travers l'observation des sanctions prononcées par le juge à leur égard (2).

¹⁶⁰ A. Rieg, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, Travaux Assoc. H. Capitant, 1968 p.111.

¹⁶¹ J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTD Com* mars 1998, p.117.

1) Un régime adaptable

49. L'appréhension judiciaire des dispositions reproduites. Le régime de la clause légale, auquel peut être assimilé celui des mentions obligatoires et des formules légales, devrait tenir compte de la nature de stipulation à laquelle accèdent ces dispositions une fois reproduites dans le contrat. Certes, elles ne peuvent être totalement soumises au droit des clauses contractuelles car même insérées dans le contrat les parties ne peuvent les modifier ou les supprimer. Elles s'imposent par la volonté du législateur et accèdent a posteriori au domaine contractuel par la volonté des parties sans jamais pouvoir faire fi de leur origine. Destinées à être tirées à des milliers d'exemplaires, les dispositions légales sont des modèles que le juge n'est pas autorisé à appréhender. Ainsi, la Cour de cassation exclue toute faculté pour les juges du fond d'apprécier la licéité de ces clauses particulières au regard du droit des contrats. Dans ce sens, elle contrôle également leur interprétation dans un souci d'uniformisation et de standardisation¹⁶². Toutefois, si leur nature législative ou réglementaire commande cette position de la Cour, leur passage dans la sphère contractuelle devrait inviter les juges à plus de souplesse afin de tendre vers une interprétation tenant compte de la réalité de la relation contractuelle. En effet, la signification et les conséquences engendrées par ces dispositions ne doivent pas masquer la particularité de chaque contrat. Tout contrat conserve un aspect unique. Les contrats-types dont la majorité de leur contenu est imposée par la puissance publique ne font pas exception à cette vision du contrat. La singularité du contrat peut alors être perçue à travers les mentions obligatoires qu'il renferme. La qualité des parties, le secteur d'activité concerné, le lieu d'exécution du contrat sont autant de facteurs de singularité que l'outil contractuel a précisément pour objet de prendre en considération. Devenues partie intégrante du contrat, les stipulations légales devraient ainsi pouvoir être interprétées en contemplation de leur environnement contractuel.

50. La reconnaissance d'un dol. Les dispositions intégrées au contrat altèrent également le régime de certains vices du consentement. La Cour de cassation refuse de reconnaître l'existence d'un dol lorsque le contractant a respecté les obligations d'information énoncées par les stipulations légales insérées dans le contrat, quand bien même une erreur provoquée

¹⁶² L. Boyer, *Contrats et conventions*, *Rép. civ. Dalloz* août 1993, n°280.

par ce dernier aurait déterminé le consentement de l'autre partie¹⁶³. Malgré leur introduction dans le cadre contractuel, elles sont considérées comme établissant une relation légale à l'intérieur même de la relation contractuelle et ne sont pas soumises au régime du droit des contrats. Ainsi, rien ne semble s'opposer à ce que le respect de l'obligation d'information précontractuelle édictée par la loi ou le décret conduise néanmoins les juges à reconnaître l'existence d'un dol par réticence s'il est démontré que le silence d'un contractant a provoqué, chez l'autre, une erreur déterminante de son consentement¹⁶⁴. Confortée par certains auteurs, la jurisprudence reconnaît depuis un arrêt de 1995 que le devoir de conseil mis à la charge du banquier s'étend au-delà de la présentation d'une offre de crédit préalable conforme aux exigences de la loi¹⁶⁵. Tout en vérifiant le respect des dispositions légales requises, l'existence d'un dol peut donc être établie.

51. Le maintien des clauses légales. Toujours dans cette logique contractuelle les liens tissés entre le contrat et les dispositions légales devraient également conduire au maintien des clauses issues d'une loi ou d'un règlement annulé. En effet, leur processus de contractualisation étant fondé sur la puissance que leur confère la loi, le juge ne peut les écarter sous couvert de leur caractère abusif¹⁶⁶. En revanche, il est fréquent que le législateur modifie ou supprime une clause type contraire au droit positif. La tendance des tribunaux tend alors à reporter les conséquences de cette décision législative ou réglementaire sur le cocontractant rédacteur de l'*instrumentum*. Il lui appartient alors de réactualiser le contrat par le remplacement des dispositions nouvellement exigées¹⁶⁷. M. J. Kullmann suggère de maintenir *inter partes* la clause issue d'un texte annulé. Ainsi, lorsque les causes d'annulation ne résident pas dans la substance de la clause, il préconise de s'en tenir à leur état de stipulation contractuelle dont le sort doit être disjoint du texte duquel elles proviennent¹⁶⁸. Intégrant la sphère contractuelle, la disposition devenue clause continuerait alors de s'appliquer à la relation contractuelle, à l'image des autres clauses qui le composent.

¹⁶³ Cass. civ. 1^{ère} 14 juin 1989 n°88-12665, *RTD civ.* 1989, 742, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1991, II, 21632 note G. Virassimy.

¹⁶⁴ Th. Revet, *art. préc.* n°18 p.297 ; Rappr. Versailles 8 juillet 1991, *RTD civ.* 1995, 97, obs. J. Mestre.

¹⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère} 27 juin 1995 n°92-19212, *D.* 7 décembre 1995, n°43 p.621 note S. Piedelièvre : « La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de la loi ne dispense pas un établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur ». Ainsi selon M. S. Piedelièvre cette obligation est destinée à « personnaliser l'information et l'adapter aux besoins de l'emprunteur ».

¹⁶⁶ X. Lagarde, Qu'est-ce qu'une clause abusive ? *JCP G* 8 février 2006, I, 110 n°6.

¹⁶⁷ Amiens 26 novembre 1996, *Gaz. Pal.* 1997, 288 note J-C. Vindreau ; Bordeaux 30 avril 1998, *Contrats-conc. consom.* 1998, n°138 obs. G. Raymond.

¹⁶⁸ J. Kullmann, Techniques juridiques des assurances obligatoires, *Risques* oct-déc 1992, n°12 p.81.

Les rapprochements de régimes pouvant être opérés entre ces différentes formes de stipulations se vérifient particulièrement par l'étude de leurs sanctions. Comme en matière de clauses contractuelles, le juge privilégie la survie du contrat par la seule élimination de la clause litigieuse.

2) Une harmonisation judiciaire des sanctions

52. La reproduction des dispositions légales. Le non-respect des dispositions imposées devrait, de façon traditionnelle, entraîner la nullité du contrat. L'acte de cautionnement doit ainsi être établi dans le respect des dispositions légales¹⁶⁹ applicables au contrat auquel il est subordonné. Le défaut de reproduction manuscrite de certaines formalités légalement exigées¹⁷⁰ entraîne de plein droit la nullité du cautionnement. Dans la majorité des hypothèses, la sanction de la non-reproduction de tout ou partie d'un texte de loi dépend directement de la volonté du législateur. En effet, les dispositions applicables prennent le plus souvent soin de préciser les articles de la loi, ou de l'acte réglementaire, à reproduire dans le contrat tout en énonçant la sanction de leur omission. Cet impératif d'origine légale est présent dans le corps du contrat ou les documents s'y rapportant, mais aussi dans les actes extrajudiciaires¹⁷¹ pris ultérieurement pour l'exécution du contrat initial. Ainsi, l'article 15 II de la loi du 6 juillet 1989, relatif au contenu du congé valant offre de vente au locataire, précise en son dernier alinéa que « *les termes des cinq alinéas précédents sont reproduits à peine de nullité dans chaque notification* ». Ces dispositions ne sont pas exigées aux seules fins de renseigner le cocontractant adhérent, ni de simplement « prévenir » ce dernier. Elles

¹⁶⁹ Ex. En matière de prêt de consommation et de prêt immobilier l'art. L.313-7 C. consom. impose la reproduction de la clause légale suivante : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même » ; En matière de bail, art. 22-I de la loi du 6 juillet 1989...

¹⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006 n°05-17804, *Bull. civ. III* 2006, n°187 p.156, *RD banc. et fin.* novembre 2006, n°6 p.16 ; *JCP E* 21 décembre 2006, n°51 2824 note Ph. Simler ; *RDC* juin 2007, n°2 p.369 note G. Lardeux. Toutefois, l'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales : Cass. com. 5 avril 2011 n°10-16426, *D.* 5 mai 2011, Actu 1132 obs. V. Avena-Robardet, 2012 Pan 1573 obs. P. Crocq et 1908 obs. D.R. Martin et H. Synvet. Une mention truffée d'erreurs de ponctuation et de majuscules, intervertissant certains passages et en omettant d'autres n'est, à cet égard, absolument pas conforme aux exigences légales : Cass. civ. 1^{ère} 16 mai 2012 n°11-17411, *JCP G* 26 novembre 2012. 1291 n°2 obs. P. Simler ; *Gaz. Pal.* 19-20 septembre 2012, p.17 obs. C. Albiges ; Cass. civ. 1^{ère} 11 septembre 2013 n°12-19094, *Contrats-conc. consom.* août 2013, n°12 p.40 obs. R. Guy ; *RTDI* octobre 2013, n°4 p.30 obs. O. Gout.

¹⁷¹ Ex : les sommations de payer ou de faire, sommation interpellative ; les congés, les demandes d'offre de renouvellement de bail ; les significations de cession de fonds de commerce ; les oppositions sur le prix de vente d'un fonds de commerce.

définissent de façon impérative les modalités de l'opération envisagée et les conditions à respecter pour y parvenir. Non seulement elles permettent au rédacteur de se conformer à ce que le législateur estime nécessaire pour être dans le « légalement correct », mais elles protègent le cocontractant pouvant ainsi vérifier le degré de diligence de son partenaire¹⁷². Les dispositions législatives ou réglementaires déterminent le caractère obligatoire des mentions devant impérativement être retranscrites et complétées par les parties. A l'inverse, elles précisent également celles dont l'omission est insusceptible d'occasionner un quelconque préjudice, et par conséquent la nullité du contrat. Ainsi, en matière de bail d'habitation, l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989 établit la liste des mentions devant figurer dans le contrat de bail sans préciser qu'elles sont celles exigées sous peine de nullité. Cependant, le législateur précise *in fine* les conséquences de leur omission. « *Le bailleur ne peut pas se prévaloir de la violation des dispositions du présent titre. Chaque partie peut exiger, à tout moment, de l'autre partie, l'établissement d'un contrat conforme aux dispositions du présent article* ». La situation est différente en application de l'article L.239-2 du Code de commerce. Le bail d'actions ou de parts sociales doit comporter, « *à peine de nullité* », les mentions relatives à l'exécution du bail. Ces mentions sont d'autant plus importantes qu'elles permettent d'identifier et de cerner les contours de la relation contractuelle. Pour reprendre un exemple précité, la cession de fonds de commerce est une opération très sécurisée dont la législation permet d'invoquer la nullité en cas d'omission. Le cessionnaire peut alors intenter, dans l'année de la vente, une action¹⁷³ en nullité relative. L'inexactitude ne peut quant à elle entraîner l'annulation de la vente. Le cessionnaire pourra alors obtenir soit la résolution¹⁷⁴ du contrat et la restitution du prix de vente au titre de l'action réhibitoire, soit garder le fonds et obtenir une restitution d'une partie du prix de cession grâce à l'action estimatoire, et

¹⁷² Cette exigence législative est également présente dans une multitude de situations donnant lieu à la rédaction d'un écrit. A titre d'exemple, en matière civile, l'article 13 alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1985 sur les accidents de la circulation dispose que « l'offre de transaction doit, à peine de nullité relative, porter à la connaissance de la victime certaines dispositions de la loi ». A l'image des clauses légales, les formules à reproduire, prévues par le législateur, s'imposent au contractant par « détermination de la loi ».

¹⁷³ Cette action doit être formée dans l'année, à compter du jour de l'acte de vente. Ce délai légal est un délai préfix de forclusion qui ne supporte ni interruption, ni prescription. Cass. com. 31 mars 2004 n°01-13089, *JCP E* 8 juillet 2004, 1153, n°28-29 note M. Kéita ; *RTD com.* septembre 2004, n°4 p.695 note B. Saintourens.

¹⁷⁴ Cass. com. 6 mars 1990 n°88-14929, *JCP G* 1990, IV, 173, n°19 ; *JCP N* 1990, 237, n°43-44 ; *Gaz. Pal.* 5 décembre 1990 n°339-340 *Panorama* p.201, la jurisprudence a admis qu'un acquéreur puisse intenter une action réhibitoire à titre principal et une action estimatoire à titre subsidiaire et les juges du fonds peuvent opter entre ces deux types d'action. Mais ce choix est parfois impossible, si le cessionnaire a mis un terme à l'exploitation du fonds ce qui ne permet pas la résolution de la vente puisque la restitution n'est pas réalisable.

éventuellement des dommages et intérêts au visa de l'article 1645 du Code civil. Il est à noter sur ce point que l'action réhabilitaire produit les mêmes effets que la nullité du contrat.

53. Une adaptation légale des sanctions. La recherche d'un préjudice causé au cocontractant est l'un des éléments essentiels d'appréciation dont se sont dotés les juges. Dès lors, comme pour les clauses contractuelles, une analyse pragmatique des sanctions est nécessaire en vue d'écartier au maximum la nullité du contrat. Pour ce faire, les législations contiennent des sanctions dites spéciales auxquelles les juridictions ont souvent recours pour maintenir la relation contractuelle. Ainsi la jurisprudence considère que le défaut d'observation de la mention manuscrite de solidarité exigée par l'article L.341-3 du Code de la consommation n'entraîne pas la nullité du cautionnement qui demeure valable en tant que cautionnement simple¹⁷⁵. En matière de contrat de bail, il existe des sanctions autres que la nullité, ayant pour effet de faire profiter le locataire de l'erreur commise par le bailleur. L'omission de mentions relatives à la révision du loyer emporte la fixité de son montant. Le défaut de mentions relatives à la cession des titres en cours de contrat provoque l'incessibilité des titres pendant toute la durée dudit contrat. Le droit du crédit s'est également doté d'une sanction spéciale et contraignante pour les établissements de crédit. La déchéance du droit aux intérêts s'impose au prêteur n'ayant pas respecté les conditions exigées pour l'émission d'une offre de crédit à la consommation¹⁷⁶. Dans des secteurs sensibles comme celui-ci, la moindre omission ou inexactitude est considérée comme préjudiciable au consommateur, et engendre la sanction du prêteur¹⁷⁷ sur le fondement de l'article L.312-33 du Code de la

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère} 10 avril 2013 n°12-18544, *RLDA* mai 2013, n°82 p.34 note V. Mauriès ; *JCP E* 2 mai 2013 n°18 obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 29 mai 2013, n°149-150 p.12 note M. Mignot ; *Dr. & Pat.* juillet 2013, n°227 p.90 note A. Aynès et Ph. Dupichot ; *D.* 11 juillet 2013, n°25 p.1706 note P. Crocq ; Cass. com. 16 octobre 2012 n°11-23623, *JCP G* 26 novembre 2012, n°48 note Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 12 décembre 2012, n°347 p.11 note Ch. Albiges ; *JCP G* 24 décembre 2012, n°52 note A. Dumery ; *RDC* juillet 2013, n°3 p.1002 note A-S. Barthez.

¹⁷⁶ Parmi lesquelles l'obligation de rédiger un contrat conforme au contrat type. V° L.311-33 C. consom.

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 1994 n°92-12239, dans laquelle la Cour a considéré qu'un tableau qui se contenterait de détailler les dates des échéances et leur montant global, sans préciser la part du remboursement affecté dans chacune d'elles à l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts, ne satisferait pas aux exigences légales ; Cass. civ. 1^{ère} 5 décembre 2006 n°05-16157, *RTD com.* janvier 2007, n°1 p.213 note D. Legeais ; *JCP N* 13 avril 2007, n°15-16, 1157, note S. Piedlièvre. La Cour casse et annule la décision de la Cour d'appel considérant « que les emprunteurs n'ont pas entendu poursuivre l'annulation de la stipulation d'intérêts mais se prévaloir de l'inexactitude du taux effectif global pour demander l'application de l'article L.312-33 du Code de la consommation de sorte que seule la déchéance du droit aux intérêts qui n'est pas une nullité était encourue ».

consommation¹⁷⁸. Le droit du travail édicte pour sa part de nombreuses règles sanctionnant le manque de diligence de l'employeur par une conversion du contrat en durée indéterminée¹⁷⁹.

54. Une harmonisation des sanctions. Outre les sanctions spécifiques prévues par le législateur, la nullité totale du contrat se révèle inadaptée et défavorable à la partie que le législateur souhaitait initialement protéger. La nullité est synonyme de rétroactivité, et donc de restitutions qui peuvent être préjudiciables au cocontractant qui n'a commis aucune faute. C'est notamment pour ces raisons que les juridictions préfèrent désormais, à l'image des clauses contractuelles par nature, adopter le régime de la nullité partielle du contrat¹⁸⁰. Seules sont anéanties les stipulations ne reproduisant qu'imparfaitement la clause légale ou se révélant contraires à celle-ci. Dans ce dernier cas, le vide juridique créé sera comblé par la disposition impérative qui s'appliquera à la relation contractuelle sans manifestation de volonté des parties, et ne pourra revêtir une nature contractuelle. Cette sanction neutralise l'intention des rédacteurs peu scrupuleux s'abstenant de reproduire certaines clauses légales, indésirables à leur goût, afin d'obliger leur cocontractant soit à demander la nullité de l'acte, soit à accepter sa poursuite contraire aux dispositions légales. La clause légale remplit ici sa mission première de protection de la partie faible jusque dans la nature de la sanction applicable à son omission¹⁸¹.

¹⁷⁸ « [...] Dans les cas prévus aux alinéas précédents, le prêteur ou le bailleur pourra en outre être déchu du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge ».

¹⁷⁹ L'article L.122-3-1 du C. trav. énonce les mentions que le contrat de travail à durée déterminée doit comporter, tout en précisant « qu'à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée » : Cass. soc. 19 novembre 1987, *D.* 1987 IR 244 ; *Dr. soc.* 1989, n°361 note G. Poulain ; Cass. soc. 20 novembre 2001 n°99-45569, *Dr. soc.* juillet 2002, n°7-8 p.773 note C. Roy-Loustaunau ; Cass. soc. 9 avril 2002 n°99-40422, mise en œuvre de l'article L.122-3-13 du Code du trav. réservé à la méconnaissance des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L.122-3-1, en cas d'absence d'écrit ou d'omission des mentions légales obligatoires.

¹⁸⁰ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse Strasbourg III, LGDJ 1969.

¹⁸¹ J. Amiel-Donat, *Contrat de consommation, J.-Cl. Conc. Consum.*, Fasc. 800 2/1989 n°62 « La technique de prédétermination légale... va toujours de pair avec une obligation de forme, la forme étant indispensable à l'efficacité des prescriptions du législateur ». Cass. AP 17 mai 2002 n°00-11664, *RDC* décembre 2003, n°1 p.127 note J-B. Seube ; *JCP E* 11 juillet 2002, n°28 note J. Monéger ; J. Monéger, L'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux emporte la nullité d'une clause contraire relative à la forme du congé de fin de bail, *JCP E* 11 juillet 2002, n°28, 1080. Cet arrêt relatif à l'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux est un arrêt déterminant dont la portée va bien au-delà de ce qui était directement en cause. L'assemblée plénière réaffirme que les clauses importées et dotées de la puissance légale prévalent sur les clauses contractuelles. Il a ainsi été jugé que les règles légales d'ordre public, relatives à la responsabilité du transporteur maritime de marchandises, se substituent de plein droit aux stipulations contractuelles par lesquelles le transporteur prétendait limiter sa responsabilité à un montant inférieur au minimum légal. Dans le même ordre d'idées, Cass. civ. 3^{ème} 23 janvier 2008 n°06-19129, *JCP E* 10 avril 2008, n°15 note Ph-H Brault ; *JCP N* 17 juillet 2009, n°29 note J. Monéger & H. Kenfack. « Une clause illicite insérée dans un bail commercial n'a pas à être attaquée par voie d'action en nullité dès lors que son illicéité s'impose aux parties au cours de l'exécution du bail et que s'y substitue une disposition légale d'ordre public, à savoir l'article L.145-10 du Code de

La nullité du contrat n'est pas systématique dans la mesure où le contrat peut être exécuté sans préjudice pour le contractant qui n'a pas participé à sa rédaction. Si elle est génératrice de difficultés pour le contractant qui n'a pas commis de faute, les juges opteront pour la poursuite de la relation contractuelle dans des conditions favorables à ce dernier. Cette analyse pragmatique des sanctions par les juridictions est fréquemment consacrée. Pour reprendre un exemple déjà cité, la Cour de cassation applique les modalités propres au congé devant être délivrées au locataire en cas de vente du logement, alors même que les dispositions des cinq alinéas s'y référant ne sont pas reproduites¹⁸². Au lieu de prononcer la nullité du congé, le juge substitue les dispositions légales au vide ainsi créé. Au contraire, le magistrat rend inopposable au cocontractant protégé les dispositions légales non reproduites susceptibles de lui être préjudiciables. En matière d'assurance, le juge n'hésite pas à prononcer l'inopposabilité des dispositions non rappelées dans la police d'assurance. L'inobservation de ces dispositions est dès lors sanctionnée par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté¹⁸³. Le juge se doit de vérifier si cette omission ou inexactitude n'a pas influencé de manière déterminante son consentement. La nullité est donc prononcée si cette négligence a vicié le consentement de l'acquéreur, ou tout du moins conduit ce dernier à appréhender inexactement son engagement suite à la privation d'un élément d'appréciation capital et déterminant¹⁸⁴. Cependant, l'appréciation du juge est moins rigoureuse si le cocontractant est un commerçant averti ou possédant une expérience professionnelle propre à lui conférer une parfaite connaissance des différents éléments du contrat.

commerce ». V° également les nombreuses autres applications faites par la jurisprudence : ainsi les dispositions impératives de la loi n°71-579 du 16 juillet 1971 se substituant de plein droit aux clauses contraires du contrat ; l'article 1231 du Code civil, qui permet au juge de moduler les clauses pénales, reste applicable malgré une clause contraire portant renonciation au bénéfice de ce texte.

¹⁸² Cass. civ. 3^{ème} 12 mai 2004 n°02-19560, *Bull. civ.* III 2004, n°97 p.88, *AJDI* novembre 2004, n°11 p.815 note Y. Rouquet ; la Cour fait ici application des dispositions légales impératives, pourtant non reproduites dans le congé de bail et considère « qu'en application de l'alinéa 4 du texte précité, le locataire pouvait pendant un délai d'un mois à compter de la notification du contrat de vente, déclarer se substituer à l'acquéreur, la Cour d'appel en a exactement déduit que Mme X... disposait de la faculté de se substituer à l'acquéreur dans le mois de la notification de la vente ».

¹⁸³ Cass. civ. 2^{ème} 2 juin 2005 n°03-11871, *Bull. civ. II* 2005, n°141 p.127, *RGDA* septembre 2005, n°3 p.619 note J. Kullmann ; *JCP E* 1^{er} septembre 2005, n°35, 1223 Contrats – Panorama de jurisprudence ; *Rev. dr. immo.* novembre 2005, n°6 p.413 note L. Grynbaum. « S'agissant de l'absence de reproduction dans la police d'assurance des dispositions relatives à la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance. [...] L'inobservation de ces dispositions est sanctionnée par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription de l'article L.114-1 du Code des assurances » ; H. Groutel, *L'information de l'assuré : De nouvelles avancées ? Resp. civ. et ass.* juillet 2005, n°7, étude II.

¹⁸⁴ Cass. com. 1^{er} décembre 1992 n°90-14578, *Bull. com IV* 1992, n°385 p.271, *JCP E* 8 juillet 2004, 1153, n°28-29 note M. Kéita ; Cass. com. 30 janvier 1990 n°87-14493, *Bull. com IV* 1990, n°29 p.19 ; Cass. com. 19 janvier 1983 n°81-14486.

Ces différentes occurrences démontrent l'égalité de traitement appliquée par le juge face à l'inobservation dans le contrat des stipulations d'origine légale ou réglementaire. Cette technique d'adaptation des sanctions, conforme au régime de sanctions appliqué aux clauses contractuelles est un indice fort de leur influence et de l'harmonisation possible de leur traitement au sein du contrat. Bien qu'à s'en tenir à certaines opinions, leur insertion dans le contrat ne remettrait pas en cause la prépondérance de l'origine légale ou réglementaire des clauses du même nom dans leur régime, la frontière se révèle extrêmement mince avec les clauses directement issues du consentement des parties. Les dispositions légales acceptées par les parties lors de la conclusion du contrat ne se contentent pas d'imposer des obligations légales extérieures à la volonté des parties mais contribuent fortement à aménager les obligations contractuelles et devraient ainsi se fondre dans la réalité du contrat.

Section II : Les clauses d'aménagement contractuel

55. Si les clauses légales permettent au législateur de maîtriser certains éléments du contrat pour mieux encadrer et sécuriser la relation contractuelle, les clauses d'aménagement conventionnel permettent, quant à elles, aux parties de laisser s'exprimer plus ouvertement leur volonté. Regroupées dans la seconde catégorie de notre classification, les clauses d'aménagement contractuel ne doivent pas être confondues avec les obligations principales qu'elles précisent et complètent. Bien que ces clauses renferment toutes une fonction commune, elles peuvent néanmoins être divisées en deux sous-catégories selon les effets qu'elles produisent sur les obligations ou plus largement sur le contrat pris dans sa dimension d'acte normatif¹⁸⁵. Ainsi, les clauses d'aménagement du rapport obligationnel permettent aux parties d'adapter le contenu des obligations principales et accessoires du contrat (§1). Les clauses d'aménagement relationnel constituent, quant à elles, de véritables normes de comportement destinées aux contractants et exercent leur influence sur le contrat dans son ensemble et non sur le seul rapport d'obligations. Par ces clauses, les parties fixent une ligne de conduite à suivre afin d'assurer la bonne exécution des engagements pris, et généralement dans l'objectif de limiter les risques de concurrence tant pendant qu'après l'exécution du contrat (§2).

¹⁸⁵ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *art. préc.* spé p.774.

§1 : Les clauses d'aménagement du rapport obligationnel

56. Les clauses d'aménagement du rapport contractuel visent à permettre aux parties de moduler l'étendue de leurs obligations respectives. Toutes les modalités d'exécution des obligations échappant aux dispositions légales impératives peuvent faire l'objet de ces aménagements. Le régime légal ou jurisprudentiel du contrat n'a aucune influence sur l'aménagement contractuel des obligations. Outre les contrats les plus communément rencontrés, tous les contrats contiennent des aménagements. Fruit des négociations antérieures, les contractants obtiennent certains avantages résultant généralement de concessions réciproques. Les clauses d'aménagement des obligations se traduisent par un allègement ou, au contraire, un renforcement des modalités d'exécution des obligations normalement mises à la charge de l'une des parties. L'étude de ces clauses à travers l'analyse d'exemples diversifiés permet d'identifier les obligations susceptibles d'aménagements contractuels. Elles précisent et délimitent ainsi les engagements pris par les contractants au titre de leurs obligations respectives et conduisent ainsi à dissocier le rapport obligationnel du contenu non obligationnel. Deux sous-catégories de clauses peuvent être identifiées comme permettant l'aménagement des obligations par la volonté créatrice des parties. Si leur objet respectif reste diamétralement opposé, elles n'en exercent pas moins une fonction commune (A). L'étude de cette fonction unique et des effets produits par ces clauses permet de les dissocier des clauses de responsabilité afin de mesurer plus efficacement leur influence sur la liberté laissée aux contractants de ne pas exécuter ou de n'exécuter que partiellement les obligations auxquelles ils s'engagent, conduisant ainsi à l'établissement de règles communes (B).

A) La détermination d'une fonction commune

57. Allègement des obligations. Les clauses allégeant les obligations¹⁸⁶ ont pour effet de restreindre l'objet d'une ou de plusieurs obligations. Elles consistent en la restriction de son étendue ou la modification de ses modalités d'exécution dont elle assouplit l'intensité. L'allègement conventionnel créé par ces clauses peut se manifester par l'évaluation approximative de la quantité¹⁸⁷, de la qualité de la chose livrée ou de la prestation à effectuer,

¹⁸⁶ Cette appellation de « clause allégeant les obligations » doit sa paternité au doyen Rodière, *Traité de droit des transports, Traité général de droit maritime, Les contrats de transports de marchandises* Dalloz 1968.

ou encore par l'allongement du délai¹⁸⁸ d'exécution ou de paiement en faveur d'un contractant. Ainsi l'objet de la prestation doit être déterminé au jour de la formation du contrat, ou du moins déterminable au jour de son exécution. L'exemple le plus révélateur peut être pris dans le contrat de bail. Le bailleur et le preneur peuvent prévoir que la chose louée sera délivrée en l'état, et non en bon état de réparation de toute espèce, comme le prévoit l'article 1720 du Code civil. De même, lors d'une vente, un immeuble peut être désigné dans l'acte sans indication de contenance, seulement par son nom et sa situation. L'immeuble est alors vendu « en bloc » pour un prix déterminé. La vente ne peut donc être résolue, ni sujet à augmentation ou à diminution du prix en raison de la contenance puisque les parties ne semblent pas s'en être préoccupées. L'aménagement de la prestation est donc possible chaque fois que les parties n'en ont pas fait un élément déterminant de leur consentement.

58. Renforcement des obligations. Les clauses renforçant les obligations d'un contractant sont généralement la conséquence directe de l'insertion d'une clause limitative d'obligation dans le contrat. L'allègement des obligations de l'un est corroboré par le renforcement des obligations de l'autre. Ce renversement de la charge des obligations peut s'opérer à des degrés différents. En effet, l'obligation peut être transférée seulement pour partie ou plus radicalement dans son intégralité. L'un des contractants se dispense alors de l'exécution de l'une ou plusieurs de ses obligations en transférant la charge de celles-ci à son cocontractant. La clause exclusive d'obligations a alors pour effet d'aggraver les obligations des autres contractants. On parle alors de clauses de transfert d'obligations.

Cette faculté de renforcer les obligations de l'un des contractants est fréquemment dictée par la volonté des parties, en présence d'un contrat d'entreprise, de prêt, de vente, de distribution ou de franchise. Ce sont généralement les frais occasionnés pour l'exécution de ces opérations qui font l'objet de ce transfert d'obligations. Plus classiquement, il s'agit encore de la clause transférant l'obligation d'entretien sur le locataire en matière de bail. En effet, la Cour de cassation reconnaît la possibilité aux parties d'insérer dans un contrat de bail une clause dispensant le bailleur des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 1719 du Code

¹⁸⁷ Les expressions utilisées en matière de vente font référence à «10% en moins ou en plus» ou « sera livré environ telle quantité » ; En matière de vente d'immeubles, « l'acquéreur s'engage à prendre l'immeuble dans son état actuel sans pouvoir prétendre ni à une diminution de prix de quelque cause que ce soit, notamment pour erreur dans la désignation ou la contenance indiquée, toute différence de mesure en plus ou en moins, excédât-elle un vingtième, devant faire le profit ou la perte de l'acquéreur ». Clause dite de non-garantie de contenance.

¹⁸⁸ Dans les contrats de vente, des clauses peuvent laisser indéterminé le délai de livraison : « livraison au temps convenable », « délai mentionné à titre indicatif », « dès que possible »...

civil¹⁸⁹. Ainsi, par dérogation aux règles habituellement applicables, le bailleur peut préciser qu'il n'assume aucune obligation d'entretien des lieux loués pendant toute la durée de la jouissance du preneur. Les usages peuvent également dicter un tel transfert. Les contrats de transport maritime valident ces renversements de la charge de l'obligation notamment pour la prise en charge des frais de stockage, d'emballage, de débarquement ...

Lorsque le contenu de la clause transférant une obligation à la charge de l'autre partie ne précise rien quant à la responsabilité découlant de ce changement de débiteur, la clause se contente toujours de produire ses effets sur la seule obligation en cause. Ici encore, c'est bien de l'aménagement, même négatif pour le contractant concerné, dont il s'agit. Aucune répercussion sur la responsabilité encourue ne doit intervenir sauf si elle est clairement stipulée par les parties. Certes, le transfert de l'obligation entraîne un transfert sous-jacent de la responsabilité mais rien n'interdit aux parties de dissocier les notions d'obligation et de responsabilité, ou du moins de limiter les effets de cette dernière.

59. La quantité. La détermination quantitative de la chose peut, dans de nombreuses hypothèses, poser problème. Le législateur permet alors par le biais de l'article 1129 du Code civil certains aménagements et précise que « *la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle fuisse déterminée* ». Il n'est donc pas exigé que la quantité soit déterminée si elle est déterminable. Les contractants n'hésitent pas à utiliser cette souplesse législative et à aménager leurs obligations relatives à la qualité et à la quantité de la chose ou de la prestation. Sur ce point, de nombreuses clauses incluses dans les ventes commerciales précisent que le vendeur est tenu de livrer « *environ telle quantité*¹⁹⁰ », ou « *10 % en plus ou en moins* ». Stipulées en faveur du vendeur ou de l'acheteur selon l'hypothèse, ces clauses ont pour effet de lui permettre d'imposer à l'acheteur une augmentation ou une diminution de la marchandise, ou encore de permettre à ce dernier d'adapter ses appels de commandes à son activité réelle. Les juges du fond portent donc une certaine attention à ce type de clause et exigent que des motifs sérieux, caractérisés par la bonne foi, soient invoqués par l'acheteur ou le vendeur. Ce dernier ne peut détourner la fonction assignée à la clause dans l'intention notamment de livrer systématiquement une quantité supérieure pour profiter d'une hausse des cours et imposer ainsi à son acheteur un marché plus onéreux.

¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère} 8 mars 1966, *Bull. civ.* I n°170.

¹⁹⁰ Le jeu de l' « environ » n'a pas de règle absolue et varie suivant les usages du commerce concerné, selon les lieux et les matières.

60. Les délais. Les clauses d'aménagement des obligations visent également l'ajustement des délais d'exécution du contrat et de paiement du prix.

L'article 1601-1 du Code civil précise que « *la vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ». Cette définition fait du délai de livraison un élément constitutif du contrat de vente d'immeubles à construire. Si l'acquéreur souhaite toujours connaître la date de prise de possession des lieux, dans ce type de contrat le vendeur a aussi tout intérêt à respecter le délai contractuellement prévu. En effet, les dispositions légales en la matière interdisent aux vendeurs de recevoir sous quelque forme que ce soit des paiements ou des dépôts d'argent avant des échéances précises. Néanmoins, rien n'empêche ici les parties d'aménager contractuellement l'une des obligations essentielles, à savoir le respect du délai d'exécution du contrat, à condition toutefois que le délai reste déterminé. Le vendeur d'immeubles se donne généralement un délai de marge de trois mois. Cette pratique est notamment reprise par les notaires qui mentionnent dans leurs actes la référence d'un trimestre et non d'un jour précis. Ainsi dans le contrat de vente : l'article 1610 du Code civil précise que la délivrance doit se faire « *au temps convenu par les parties* ». A défaut, l'exécution du contrat expose le vendeur défaillant à des sanctions.

Une parade à ces sanctions consiste à insérer des clauses¹⁹¹ laissant indéterminés les délais de livraison. Il appartient alors aux tribunaux d'apprécier si le délai supplémentaire invoqué est normal en tenant compte des circonstances. Lorsque le délai de livraison n'a pas été fixé, les juges du fond déterminent un délai raisonnable établi par rapport aux circonstances de l'espèce, à la nature de la marchandise, aux usages du commerce, ou aux circonstances économiques. L'idée de bonne foi contractuelle est alors au cœur de ces solutions.

Si le juge ne peut s'immiscer dans la détermination du prix¹⁹². La liberté laissée aux parties pour fixer les délais ou modalités de paiement peut être révisée par le juge. Les parties

¹⁹¹ Ainsi l'article 1615 du Code civil peut au regard de son caractère supplétif faire l'objet d'aménagement par les parties. Ces dernières peuvent prévoir dans le contrat que la vente ne s'étendra pas aux accessoires. De même le vendeur peut être déchargé des frais de la délivrance ou de l'aménagement des délais dans lesquels la chose doit être livrée.

Inversement, l'obligation de l'acheteur de prendre livraison de la chose peut être aménagée. Si dans les ventes commerciales l'acheteur doit, en principe, supporter les frais d'enlèvement de la marchandise, comprenant les emballages dont il devient propriétaires, les frais d'emballage peuvent être mis à la charge du vendeur. Une clause peut aussi conférer à ce dernier un délai raisonnable pour retirer la chose.

¹⁹² Peut être ici rappelée la problématique posée par les contrats-cadres en matière de détermination du prix. Une jurisprudence de 1970 rappelait que le prix des ventes futures devait être déterminé ou déterminable en se fondant sur l'article 1129. Mais dès 1995, l'assemblée plénière opéra un revirement radical de jurisprudence en considérant que dans les contrats-cadres, le prix des ventes à venir n'avait pas à être déterminé ou déterminable à

peuvent ainsi prévoir que le paiement sera échelonné sur une période plus ou moins longue ou fixé à une date ultérieure.

61. Diversité des clauses de renforcement. Une autre forme de clause renforçant les obligations d'un contractant, non par réciprocité des clauses limitatives ou exclusives d'obligation, mais de manière directe entre les parties, peut être prévue. Ces clauses qualifiées de « *clause d'objectif* », « *clause de rendement* » ou « *clause de résultat* » se rencontrent principalement dans les contrats¹⁹³ contenant un lien de subordination ou de dépendance entre les parties. Le droit du travail offre les meilleures illustrations de ces clauses. Elles permettent d'imposer « *un résultat quantifié à atteindre et périodiquement révisé*¹⁹⁴ ». Elles ont une « *vertu incitative à la recherche de la performance* », tout en permettant une « *meilleure évaluation de la prestation fournie*¹⁹⁵ ». En effet, par ces clauses, le débiteur ne peut se contenter d'exécuter purement et simplement son obligation mais se doit de satisfaire au niveau d'exigence fixé par son contrat. Les objectifs peuvent être soit imposés par l'employeur en vertu de l'exercice de son pouvoir de direction et d'organisation¹⁹⁶, soit négociés avec le ou les salariés et être ainsi contractualisés¹⁹⁷. Quel que soit le mode de fixation choisi, ces clauses ont toujours vocation à produire les mêmes effets¹⁹⁸.

l'origine. De plus, elle en profita pour préciser que l'article 1129 du Code civil n'était pas applicable à la détermination du prix. A.P. 1^{er} décembre 1995 n°91-15999, n°93-13688, n°91-19653, n°91-15578, *Dr. & Pat.* janvier 1996, n°34 p.48 obs. A. Couret ; *D. Aff.* avril 1996, n°1 p.3 obs. A. Laude.

¹⁹³ Art. L.132-1 du C. consom. ; P. Waquet, Les objectifs, *Dr. soc.* février 2001, n°2 p.120 ; V. Renaux-Personnic, De la contractualisation à la décontractualisation possible des objectifs, *RJS* février 2001, n°2 p.99 ; M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *RDC* octobre 2006, n°4 p.1051.

¹⁹⁴ F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, LGDJ 2001, 1 éd. n°321.

¹⁹⁵ P.-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, ed. Liaisons, coll. Droit vivant, 2005 p.32.

¹⁹⁶ C'est à l'employeur, en vertu du lien de subordination juridique inhérent au contrat de travail, qu'il appartient de décider des produits ou activités à réaliser, les modes de production et des normes qualitatives ou quantitatives de production.

¹⁹⁷ Dans cette seconde hypothèse, les parties sont amenées à négocier ensemble les objectifs fixés sur la base d'une période convenue. Mais au terme de cette période de référence, l'employeur sera dans l'obligation, pour se conformer au contrat de travail, de fixer, en accord avec le salarié, de nouveaux objectifs. Le vide juridique ainsi créé ne pourra qu'engendrer une situation conflictuelle défavorable aux deux parties.

¹⁹⁸ Elles ont pendant longtemps constitué une véritable obligation de résultat, donnant lieu au licenciement du salarié en cas de non-réalisation de ses objectifs. Mais au regard des nombreux abus constatés, notamment par la surévaluation des objectifs à atteindre, les juges ont décidé d'encadrer ces clauses devenues de véritables armes de licenciement. Ainsi, depuis une décision de la Cass. soc. du 30 mars 1999 n°97-41028, *Option Finance 3* janvier 2005, n°815 p.37 note L. Ribadeau et J. Lemeur, la Cour de cassation impose aux juges du fond de vérifier si les objectifs fixés – mesure de l'insuffisance de résultats – étaient « raisonnables et compatibles avec le marché » ; CA Paris 15 juin 2005, *RLD conc.* janvier 2006, n°6 « Les objectifs doivent être fixés de manière objective en fonction des performances commerciales concrètes réalisées par la marque considérée sur le territoire national ainsi qu'au regard des spécialités locales du marché sur le territoire même de la concession ». Cass. soc. 14 novembre 2000 n°98-42371, *Dr. & Pat.* mars 2001, n°91 p.118 note P.-H. Antonmattéi. Que la fixation résulte du contrat ou d'une décision unilatérale de l'employeur, l'appréciation judiciaire est la même. Le

62. Influence des clauses d'aménagement. Cet encadrement jurisprudentiel confirme ici encore la séparation existant entre les clauses d'aménagement des obligations et celles relatives à la responsabilité. En effet, la non-réalisation des objectifs n'entraîne pas systématiquement la mise en cause de la responsabilité du salarié. Les conditions posées par les juges démontrent ici que les effets des clauses renforçant les obligations ne sont pas d'anticiper les éventuelles sanctions mais seulement de préciser les modalités d'exécution des obligations visées. Ce sont davantage les causes de la non-exécution des clauses, et notamment l'insuffisance professionnelle ou la faute du salarié qui constituent le facteur déclencheur de la sanction.

Dès lors, que les clauses d'aménagement des obligations ont pour objet la qualité, la quantité de la chose ou les délais d'exécution ou de paiement, la fonction exercée par ces clauses tend dans chacun de ces cas à produire les mêmes effets. Les clauses d'aménagement de l'obligation ne visent en aucun cas à limiter ou étendre la responsabilité d'un contractant. Elles se suffisent à elles-mêmes et ne s'appuient nullement sur la prévision d'une quelconque responsabilité future. Elles ont pour seul effet de retarder, et même d'éviter du fait de cet allègement, la survenance de toute inexécution et par là même, la mise en œuvre des sanctions.

Dotées d'une fonction commune et d'effets distincts de toute recherche de responsabilité les clauses d'aménagement du rapport obligationnel répondent ainsi à certaines règles propres à identifier leur influence.

B) Le régime des clauses d'aménagement du rapport obligationnel

63. Les clauses allégeant ou, au contraire, renforçant les obligations des contractants ont toutes pour même fonction d'aménager l'exécution desdites obligations. La prérogative alors conférée au contractant bénéficiaire doit être confrontée au contenu obligationnel. Les clauses relatives à la responsabilité sont donc volontairement écartées et classées dans une catégorie fonctionnelle différente afin de mettre en lumière l'influence des clauses sur le rapport obligationnel, détachable d'une quelconque responsabilité. A l'instar des clauses limitatives

le juge doit vérifier si les objectifs sont réalistes, mais également si le salarié défaillant a commis une faute. L'obligation de moyen reste donc suffisante dans la mesure où en application de l'article L.122-14-3 du Code du travail, c'est au juge d'en décider en cas de litige.

ou exclusives d'obligations, les clauses renforçant les obligations du débiteur n'ont pas pour effet d'agir directement sur la responsabilité mais bien d'exercer leurs effets sur l'unique exécution du rapport obligationnel (1). Toutefois, si ces clauses ne doivent provoquer l'épuisement de l'obligation essentielle, son aménagement reste parfaitement acceptable. Certaines limites doivent donc être relevées dans l'aménagement des obligations essentielles du contrat (2).

1) Les effets des clauses d'aménagement du rapport obligationnel

64. Une distinction de contenu. Il est admis en doctrine que les clauses d'aménagement des obligations ne doivent pas être confondues avec les clauses exonérant le débiteur de sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations¹⁹⁹. Certes, les tribunaux²⁰⁰ tendent désormais à supprimer les différences de régime entre clauses de non obligation et clauses limitatives de responsabilité, mais ces deux notions doivent rester dissociées au sein de la sphère contractuelle : d'une part, les obligations, et de l'autre, la responsabilité. Même s'il est parfois délicat de les distinguer notamment en raison de leur rédaction souvent très proche, diluant ainsi leurs spécificités propres dans les méandres d'un contentieux volumineux, aux solutions parfois incertaines et souvent contestées, leurs différences de nature et de fonction doivent être retenues au sein de notre classification. En effet, malgré cette proximité apparente, il est possible d'affirmer, contrairement à la position de certains auteurs²⁰¹, que les clauses relatives aux obligations ont pour fonction de limiter les obligations du débiteur, alors que les clauses visant la responsabilité modifient, quant à elles, les conséquences d'un fait qui représente sans contestation l'inexécution d'une obligation assumée par le débiteur. Décliner

¹⁹⁹ Ph. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris 1931 ; J-Cl. Civil, art. 1146 et s., Fasc. 21, Conventions relatives à la responsabilité, n°5 et s. ; W. Dross, Clausier, Litec 2008 V° Exclusive et limitative d'obligation. Th. Genicon, Le régime des clauses de réparation : état des lieux et perspectives, *RDC* juillet 2008, n°12 spéc. p. 991 et 992.

²⁰⁰ Parmi les arrêts récents de cette tendance peut être cité Cass. com. 17 février 2009 n°08-14188, *D.* 14 mai 2009, n°19 p.1308 note Ph. Delebecque ; *LPA* 29 mai 2009, n°107 p.15 note M. Burgard ; *JCP E* 3 septembre 2009, n°36, 1809 ; *Lexbase* 26 mars 2009, n°343 obs. D. Bakouche, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1377 note O. Deshayes.

²⁰¹ A. Bénabent, *Les obligations*, 11^{ème} éd. Montchrestien 2007, n°422 ; D. Houtcieff, Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? *RDC* juillet 2008 p.1021 ; Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5^{ème} éd. Defrénois 2011, n°979 et s. Position selon laquelle « la même chose est d'écarter une obligation ou de dire que le débiteur ne sera pas responsable en cas d'inexécution de cette obligation ». Selon leur analyse, agissant sur la responsabilité, les parties modifient en même temps l'obligation elle-même...

sa responsabilité et aménager préalablement le contenu du contrat restent deux démarches distinctes²⁰².

A. Tunc préconise dans sa thèse²⁰³ de se rapporter non « *aux termes employés par les parties généralement inattentives à ces subtilités* » mais à leur volonté, ou du moins à leur volonté présumée. Cette recherche de la volonté des parties nécessite de distinguer au sein même du contrat, l'objet de la promesse et les facteurs susceptibles d'entraver son exécution. Il faut dès lors se référer à l'étude de B. Starck²⁰⁴ pour qui la distinction entre les clauses aménageant les obligations et les clauses d'irresponsabilité se découvre dans la dissociation faite au sein même de la notion d'obligation. Il distingue la prestation, objet de la promesse, et la diligence que doit exercer le débiteur dans l'exécution de la prestation qui lui incombe. En accord avec cette pensée, la référence à l'obligation essentielle doit être considérée comme l'élément majeur de cette distinction.

65. Une distinction d'effets. Dès lors, si les clauses aménageant les obligations visent à délimiter ou à dénombrer les prestations promises par le débiteur, les clauses d'irresponsabilité modifient la répartition des risques qui, d'après l'économie du contrat, pèsent théoriquement sur le débiteur. Les clauses relatives aux obligations ne sont donc pas rédigées en vue d'aménager la responsabilité, ni même de prévoir des cas d'irresponsabilité pour des événements futurs. Elles visent simplement à faciliter pour les contractants ou l'un d'entre eux seulement, l'exécution de l'obligation à laquelle ils se sont engagés. En cas d'inexécution, la clause de non obligation décharge complètement le contractant qui, dès la formation du contrat, a fait part de son non-engagement sur ce point, alors que la clause de non-responsabilité le décharge seulement de sa responsabilité. Les clauses relatives à la responsabilité posent la question de la place de la sanction dans la définition de l'obligation. En effet, la responsabilité n'est autre que l'une des formes de sanctions accompagnant l'obligation. Les sanctions relatives à l'inexécution d'une obligation ne se cantonnent pas à l'allocation de dommages et intérêts. Le créancier a également la possibilité de demander l'exécution forcée, d'invoquer l'exception d'inexécution, ou encore d'obtenir la résolution du

²⁰² Dans ce sens, on distingue également les clauses limitatives de réparation qui fixent un plafond de réparation des clauses pénales qui instituent un forfait de réparation.

²⁰³ A. Tunc, *le contrat de garde*, Thèse Paris 1941, n°159 p.395.

²⁰⁴ B. Starck, *Essai d'une théorie générale sur la responsabilité civile considérée en son double fondement de garantie et de peine privée*, Paris 1947 p.466.

contrat pour sanctionner toute inexécution du débiteur. Il est alors tout à fait possible de soutenir que l'obligation peut se concevoir sans responsabilité.

Ceci se vérifie également avec les clauses de non-garantie. En effet, elles n'affectent, ni ne modifient aucune prestation contenue dans le contrat, et ne sont donc pas à ce titre des clauses aménageant les obligations mais des clauses de répartition des risques entre contractants. A la différence des clauses d'aménagement des obligations, les clauses de responsabilité n'influencent pas directement l'exécution des obligations.

66. Une distinction d'appréciation. Un autre indice est venu mettre à mal l'assimilation faite par la jurisprudence entre ces deux types de clauses. L'entrée en vigueur du décret du 18 mars 2009, repris à l'article R.132-1, 6° du Code de la consommation²⁰⁵ précise que sont prohibées, en raison de leur caractère abusif, toutes les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité dans les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. Les dispositions de cet article sont donc claires en ce qu'elles ne visent que les clauses de non-responsabilité et nullement les clauses de non obligation. En pratique, et par une interprétation stricte des termes employés par le législateur, il est donc possible de faire échapper les clauses de non obligation à la réglementation des clauses abusives. Sont ainsi prohibées les clauses ayant pour objet ou pour effet de « *supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ». Nul doute que les praticiens seront tentés d'exploiter cette formulation restrictive pour faire échapper les clauses de non obligation à la présomption irréfragable d'abus posée par le texte. La jurisprudence continue toutefois de soumettre ces clauses à un régime unique, qu'elles portent sur le principe ou les modalités de l'obligation. Malgré la considération commune portée par la Cour de cassation aux clauses de non obligation et limitatives de responsabilité, ces clauses sont différenciées au sein de notre classification²⁰⁶. Basée sur leur fonction distincte et non

²⁰⁵ Art. R.132-1 6° modifié par le décret n°2009-902 du 18 mars 2009 : « supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

²⁰⁶ Cass. com. 22 mai 1991, *Banque* 1991 p.759 ; *Resp. civ. et ass.* 1991 n°293. Outre cet exemple tiré du droit de la consommation, cette différence de régime est perceptible dès la recherche de leur validité. En effet, les clauses de non-responsabilité ne sont valables que sous la double condition qu'il n'existe pas un texte contraire, et en l'absence de dol ou de faute lourde du débiteur. En revanche, les clauses aménageant les obligations ne connaissent ni la limite des textes, ni celle du dol ou de la faute lourde. Il n'y a pas dol ou faute lourde à ne pas exécuter une obligation exclue du champ contractuel.

leur régime commun, elle conduit ici à percevoir avec une attention toute particulière l'influence des clauses sur l'obligation essentielle.

67. La portée des clauses relatives à l'obligation. Il faut encore différencier au sein même des clauses relatives aux obligations, les clauses limitatives et les clauses exclusives d'obligation. Si leur fonction et donc leur régime restent similaires, leur objet et de ce fait l'étendue et l'intensité de leurs effets divergent. Les clauses limitatives d'obligations ont une portée plus limitée dans la mesure où elles ne visent pas à supprimer totalement une obligation contractuelle. Ces clauses laissent ainsi au débiteur une certaine souplesse quant aux modalités d'exécution de sa prestation. Elles aménagent les obligations fixées dans le contrat en modulant leur portée. Les contractants éprouvent constamment ce type d'aménagement conventionnel dans les contrats de vente, de location, de dépôt, de transport, d'affrètement ou encore de louage d'ouvrage. Ces clauses visent généralement soit à retarder, soit à avancer l'exécution de l'obligation ou de façon plus générale à déterminer le moment précis de sa réalisation. Peuvent être citées les clauses aménageant l'obligation de délivrance ou de paiement. A l'inverse, les clauses exclusives d'obligations vont supprimer certaines obligations contractuelles établies par la loi ou la jurisprudence. L'insertion de ces clauses dans les contrats nommés est déterminante puisque les obligations qu'ils renferment sont directement définies par la loi ou la jurisprudence. Néanmoins, les clauses exclusives d'obligations doivent également être précisées au sein des contrats innomés puisque le juge conserve la possibilité de rattacher un tel contrat à une catégorie juridique déterminée.

Libres d'aménager la portée de leurs engagements, les parties ne disposent pas pour autant d'une liberté totale. Ces clauses ne peuvent en aucun cas s'opposer à la réalisation du résultat à atteindre. Après avoir détaillé le contenu et les effets des principales clauses aménageant les obligations, il conviendra d'en préciser les limites.

2) Les limites des clauses d'aménagement du rapport obligationnel

68. L'ordre public. Malgré la liberté dont bénéficient les contractants dans l'aménagement des obligations, ils se doivent de respecter certaines limites et notamment celles fixées par les dispositions d'ordre public. Ainsi par exemple, les clauses de prorogation des délais d'exécution sont nulles dans les contrats de construction de maisons

individuelles²⁰⁷. Les baux subissent également certaines restrictions quant à la durée initiale du contrat et au droit au renouvellement²⁰⁸ du preneur.

De façon plus générale, tout aménagement des obligations ne peut contrevenir aux dispositions d'ordre public ou ruiner l'opération que le contrat devait réaliser en agissant sur les obligations essentielles. Ainsi, dans les contrats d'adhésion, les clauses allégeant les obligations ne peuvent priver l'adhérent du droit à la satisfaction qui avait motivé son adhésion. Au contraire, toutes les dispositions supplétives de volonté peuvent faire l'objet d'un aménagement par les parties et d'un contrôle *a posteriori* par le juge, notamment sous le visa de la bonne foi contractuelle²⁰⁹.

69. La nature de l'obligation visée. Dès lors, que l'on soit en présence de contrats nommés ou innomés, il est nécessaire de fixer certaines limites à l'application de ces clauses. Une distinction doit alors être faite entre les clauses renforçant ou transférant une obligation accessoire, et celles visant une obligation fondamentale du contrat. En effet, si en vertu de la liberté contractuelle, les parties disposent d'une certaine latitude dans l'aménagement des obligations accessoires, il n'en va pas de même concernant les obligations fondamentales du contrat. Certes, elles peuvent aménager les obligations essentielles mais en aucun cas les supprimer directement ou indirectement. Conformément à l'article 76 de l'avant projet de réforme de droit des obligations d'octobre 2013, « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Cette limitation concerne donc davantage les clauses allégeant les obligations essentielles et plus particulièrement les clauses exclusives. Les clauses renforçant une obligation restent moins concernées, sauf à démontrer que le renforcement de l'obligation de l'un entraîne la suppression de l'obligation de l'autre.

²⁰⁷ CCH L.231-3 Dans le contrat visé à l'article L.231-1, sont réputées non écrites les clauses ayant pour objet ou pour effet : D'obliger le maître de l'ouvrage à donner mandat au constructeur pour rechercher le ou les prêts nécessaires au financement de la construction sans que ce mandat soit exprès et comporte toutes les précisions utiles sur les conditions de ce ou de ces prêts ; a : De subordonner le remboursement du dépôt de garantie à l'obligation, pour le maître de l'ouvrage, de justifier du refus de plusieurs demandes de prêt ; b : D'admettre comme valant autorisation administrative un permis de construire assorti de prescriptions techniques ou architecturales telles qu'elles entraînent une modification substantielle du projet ayant donné lieu à la conclusion du contrat initial ; c : De décharger le constructeur de son obligation d'exécuter les travaux dans les délais prévus par le contrat en prévoyant notamment des causes légitimes de retard autres que les intempéries, les cas de force majeure et les cas fortuits ; e : De subordonner la remise des clefs au paiement intégral du prix et faire ainsi obstacle au droit du maître de l'ouvrage de consigner les sommes restant dues lorsque des réserves sont faites à la réception des travaux ; f : D'interdire au maître de l'ouvrage la possibilité de visiter le chantier, préalablement à chaque échéance des paiements et à la réception des travaux.

²⁰⁸ Cass. civ. 4 mai 2006 n°05-15151, *Gaz. Pal.* 15 décembre 2006, n°349 p.19 note Ph-H. Brault.

²⁰⁹ Ph. Delebecque, Prérogative contractuelle et obligation essentielle, *RDC* 1^{er} avril 2011, n°2 p.681.

Les juges du fond veillent alors à contrôler ces dérives par la mise en œuvre de sanctions adaptées.

Par principe, la clause visant à décharger le débiteur de l'obligation essentielle de son contrat n'a pas pour effet d'engendrer l'anéantissement total du contrat. Seule la clause litigieuse doit être déclarée non écrite. Mais les juges n'ont pas systématiquement recours à ce type de sanction et peuvent, après avoir analysé la volonté présumée des parties, procéder à une requalification du contrat. La clause anéantissant une obligation a alors pour effet de modifier la nature du contrat passé. Ainsi, la clause écartant l'obligation de conservation du dépositaire entraîne la requalification du contrat de dépôt en contrat de bail. Le contrat de bail dans lequel une clause dispenserait le locataire de payer le prix du loyer entraîne sa requalification en contrat de prêt²¹⁰ etc. Une clause portant sur l'obligation fondamentale du contrat n'est donc pas toujours nulle. Elle reste valable si l'allègement, ou le renforcement, qu'elle réalise aboutit à une requalification du contrat, anéantissant ainsi les prévisions des parties.

70. L'objet de l'obligation. Néanmoins, s'il convient de relever l'atteinte portée aux obligations essentielles du contrat pour apprécier la validité des clauses d'aménagement conventionnel, il reste également à déterminer le lien permettant d'établir la relation entre ces deux notions. C'est notamment la question que s'est posé dans sa thèse²¹¹ M. Ph. Delebecque. Ses développements destinés aux clauses allégeant les obligations peuvent alors être appliqués aux clauses renforçant les obligations dans la mesure où ces dernières exercent la même fonction au sein du contrat. L'auteur commence par analyser l'objet du contrat comme étant la notion sur laquelle les juges du fond peuvent se fonder pour annuler les conventions portant atteinte à l'obligation fondamentale du contrat. A l'image de nombreux auteurs contemporains, il considère alors que l'objet de l'obligation, c'est-à-dire ce à quoi le débiteur s'oblige, renvoie aux prestations promises. Ces prestations, à propos desquelles l'accord des volontés intervient et autour desquelles s'ordonne l'économie du contrat, deviennent l'objet d'une obligation. Selon cette analyse, l'objet du contrat se confond avec l'objet de l'obligation principale. Réciproquement, l'objet de l'obligation principale à laquelle

²¹⁰ N. Dion, La responsabilité de l'exploitant d'un parc de stationnement souterrain, *D.* 6 avril 1995, n°14 p.214 ; G. Pignarre, S. Pimont, V. Forray, Chronique de contrats spéciaux, *LPA* 24 mai 2011, n°102 p.6 ; L. Leveueur, Le sort du logement après la rupture, *Gaz. Pal.* 19 septembre 2007, n°262 p.18 ; B. Vial-Pédroletti, Qualification du contrat : distinction du bail et du prêt, *Loyers et copro.* février 2006, n°2 p.11 ; J-B. Seube, Qualification de la convention de collaboration : prêt à usage ou bail ? *RDC* avril 2004, n°2 p.362.

²¹¹ Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix Marseille III, 1981.

correspond la prestation essentielle du contrat apparaît comme étant l'objet du contrat. Ainsi, pris en tant qu'acte juridique, le contrat a pour objet de créer des obligations et n'a donc pas lui-même de véritable objet²¹².

Or, une telle conception n'est pas compatible avec la distinction devant être reconnue entre les effets du contrat et ceux de l'obligation. Si la convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels, l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé personnellement envers le créancier²¹³. Considérant le contrat comme une norme juridique particulière, son objet ne peut se limiter à l'objet de son seul contenu obligationnel. Par ailleurs, M. Ph. Delebecque admet au fil de sa démonstration que le contentieux relatif aux clauses d'aménagement des obligations atteint rarement ce niveau d'évidence. En effet, les cas les plus nombreux requièrent une appréciation globale qui n'est possible qu'en comparant les prestations respectives des parties, ce que la théorie de l'objet du contrat ne permet pas.

71. La cause de l'obligation. La théorie de la cause permet quant à elle de rechercher, sur le plan des obligations, leur justification économique et de contrôler et d'identifier au sein du contrat leur contrepartie convenue.

Dès lors, « *quand il s'agit d'objet des obligations, on envisage en elle-même et isolément la prestation de chacune des parties : quand on s'occupe de la cause, on apprécie les prestations respectivement dues par les contractants en les opposant, en les comparant*²¹⁴ ».

L'analyse de la validité des clauses aménageant les obligations se trouve renforcée, en ce sens que les éléments essentiels pris en considération ne sont autres que les prestations qui se servent mutuellement de contrepartie. Dans les contrats d'échange, la cause de l'obligation d'un contractant renvoie à la satisfaction devant être procurée par l'autre. En d'autres termes, la cause de l'obligation de l'une des parties se trouve dans l'objet de l'obligation de l'autre partie. La notion de cause marque donc ici la limite extrême des pouvoirs des contractants.

En effet, si la clause tend à évincer l'obligation essentielle de l'une des parties, la clause prive alors de cause l'obligation de l'autre contractant, incitant alors les juges à procéder à un

²¹² L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica 1984, n°8 et spéc. n°34 : « Toute dissociation entre le contrat-source et l'obligation-objet est illusoire ». G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse Perpignan, LGDJ 1997 n°154 : prône « une identification totale ou partielle de l'obligation au contrat ».

²¹³ J-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ 1969 p.23.

²¹⁴ Fr. Terré et A. Weill, *Les obligations*, Dalloz 2002, 4^{ème} éd. n°247.

rééquilibrage du contrat par l'annulation partielle de cette dernière. De plus, cette absence de cause provoquée par la clause ne se retrouve pas uniquement dans les contrats où les obligations se répondent de façon symétrique comme c'est le cas des contrats d'échanges ou contrats-permutation²¹⁵. En présence de contrat-organisation, encore dénommé contrat-concentration²¹⁶, dans lequel s'inscrit le contrat de société, la cause de l'engagement de chaque associé réside dans le droit qu'il acquiert à percevoir une part convenue des bénéfices éventuels. Dans le contrat-coopération²¹⁷, la cause représente le contenu obligationnel et plus encore, « *le contenu du contrat devant mener au résultat escompté, contenu qui doit être distingué des effets du contrat et de sa mise en œuvre*²¹⁸ ».

De plus, l'engagement de celui qui s'oblige ne se réduit pas toujours à une seule obligation, tout comme le contrat ne se réduit pas à faire naître que des obligations. La cause prise en tant que contrepartie convenue²¹⁹ doit parfois être recherchée dans l'ensemble des engagements contenus dans le contrat²²⁰. Plus précisément, c'est de façon globale, à l'échelle au moins du contrat, voire d'un ensemble de contrats indivisibles²²¹, que s'apprécie l'existence de la cause²²². Véritable indicateur contractuel, la recherche de la cause ainsi entendue permet d'établir les limites à la validité des clauses d'aménagement des obligations, ces dernières ne pouvant priver de cause l'obligation essentielle du contrat. Il ressort de cette acception et de la distinction de degré entre les clauses exclusives et limitatives d'obligation, deux règles limitant le rayonnement des clauses d'aménagement des obligations : les clauses élusives d'obligation ne peuvent viser que les obligations accessoires. Seule la clause limitative d'obligation semble pouvoir réduire le champ des obligations essentielles dans la limite de ne pas anéantir la contrepartie attendue du contrat et sous peine de voir la clause écartée ou le contrat requalifié. Concernant en revanche les clauses de responsabilité, la limite tenant aux exigences de l'obligation essentielle du contrat a moins de pertinence et peut même être rejetée en considération de l'adoption du régime que nous pourrions proposer.

²¹⁵ S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Thèse Paris II, Economica 2012, n°22 p.27.

²¹⁶ *Ibid* p.56 et s. « La cause cristallise les intérêts identiques des associés : chaque associé qui s'oblige à effectuer un apport obtient une quote-part du capital social qui lui donne vocation à participer aux bénéfices ».

²¹⁷ *Ibid* n°391 p.307.

²¹⁸ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 1999 n°314.

²¹⁹ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* n°149 p.111 et s.

²²⁰ Ph.-A Reigné, *La notion de cause efficience du contrat en droit privé français*, Thèse Paris II multigraph. décembre 1993, n°156 p.175.

²²¹ S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles des ensembles de contrats*, Thèse Paris II multigraph. novembre 2005, n°271 p.253.

²²² A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Thèse Nantes, LGDJ 2005, n°440.

Le lien contractuel établi par le contrat n'est pas entièrement absorbé par le rapport d'obligation. La norme juridique créée par l'accord des parties ne peut se résumer au contenu obligationnel. A coté des clauses aménageant les obligations des parties, certaines clauses imposent entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers, des règles de comportement.

§2 : Les clauses d'aménagement relationnel

72. Après avoir délimité l'étendue de leurs obligations respectives, les parties peuvent librement définir la conduite et les différentes attitudes devant être respectées par chacun au cours de l'exécution du contrat. Distinctes du contenu obligationnel, les clauses attachées à l'aspect relationnel jouent un rôle essentiel dans le bon déroulement de l'opération contractuelle. Véritables normes contractuelles, elles ne s'inscrivent pas dans le schéma technique du rapport d'obligations principales. Certes, les clauses de non-concurrence, pour ne citer qu'elles, peuvent être perçues comme des obligations secondaires mais elles participent également de l'aspect normatif du contrat. Par l'établissement volontaire d'un lien particulier entre elles, les parties cherchent à assurer la stabilité de la relation contractuelle. Toutefois, la continuité du lien contractuel ainsi créé se vérifie également au-delà des frontières du contrat. Si la fonction des clauses d'aménagement relationnel est d'inciter les parties à respecter leurs engagements pendant l'exécution du contrat (A), cette finalité passe inévitablement par une recherche de limitation de la concurrence après l'extinction du contrat (B).

A) La stabilité du lien contractuel pendant l'exécution du contrat

73. Les clauses dites de pérennisation ont pour fonction de pérenniser la structure contractuelle en incitant les parties à se maintenir dans la relation établie. Les clauses de comportement veillent quant à elles à ce que les parties adoptent un comportement en adéquation avec la nature du contrat conclu. Ces dernières présentent un double intérêt par les effets qu'elles produisent. Si les clauses usuelles de comportement restent applicables aux contractants, d'autres produisent leurs effets au-delà du contrat et s'imposent aux tiers malgré l'absence de lien contractuel entre eux. Leur rayonnement se répercute alors sur leur portée et leur sanction, laissant entrevoir la découverte de potentielles règles communes. Toutes porteuses d'effets normatifs, elles ne créent pas nécessairement d'obligations proprement dites mais fixent des directives laissant aux parties une liberté de moyens. Ainsi, dans un

premier temps, certaines clauses pérennisent le contrat lui-même (1) alors que d'autres imposent aux parties le respect d'un comportement dicté dès la formation du contrat (2).

1) Les clauses de pérennisation

74. Clauses de reconduction et de prorogation. Parmi ces clauses, dont la fonction est de pérenniser le lien contractuel, peuvent être analysées celles communément appelées « clauses d'avenir »²²³. Cette appellation renferme des clauses au régime juridique différent mais ayant toutes pour fonction d'assurer la pérennisation du contrat par la poursuite de la relation contractuelle au-delà du terme initialement prévu. Ces clauses ont uniquement vocation à s'appliquer dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, et seuls sont concernés ceux à durée déterminée²²⁴.

Dès lors, le fait pour les parties à un contrat à durée déterminée de poursuivre leurs relations après l'échéance de celui-ci s'analyse telle une reconduction tacite donnant naissance à un nouveau contrat²²⁵. Il en va ainsi de l'article 1738 du Code civil, véritable base juridique sur laquelle se fonde la Cour de cassation pour l'ériger en principe général applicable par déduction à un grand nombre de contrats²²⁶. Néanmoins, l'insertion d'une clause de reconduction va permettre aux parties d'aménager la prolongation de leur relation contractuelle. Soit les parties stipulent dans la clause que la reconduction du contrat se fera tacitement : dans ce cas, le silence observé par les parties pendant un certain temps prévu au contrat, entraîne la reconduction automatique du contrat initial, soit la reconduction peut être expresse et les parties précisent alors dans la clause les effets et la durée de ce nouvel accord. A ce titre, la reconduction se distingue de la simple prorogation. En effet, la clause de prorogation ne substitue pas un nouveau contrat à l'accord initial mais prolonge simplement ses effets dans le temps²²⁷.

²²³ J. Mestre, *les clauses d'avenir in les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990.

²²⁴ Tels que le contrat de bail, mandat commercial, contrat de concession, contrat de travail...

²²⁵ Tant pour les baux d'habitation Art. 10 Al.2 L. n°89-462 du 6 juillet 1989, que pour les baux commerciaux art. L.145-9 du C. com. Dans ces différentes hypothèses, la clause de reconduction tacite ne présente aucun intérêt puisque le contrat n'a pas vocation à prendre fin par l'arrivée du terme.

²²⁶ M. Mekki, *Contrats à durée déterminée et tacite reconduction*, D. 23 février 2006, n°8 p.587.

²²⁷ J. Mestre, *Les clauses d'avenir*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17 et 18 mai 1990, PUAM, 1990, p.160 s., spéc. p.164 s. ; Cass. civ. 3^{ème} 18 mars 1998 n°97-50029, Bull. civ. III, n° 64 ; D. 1998, IR p.105.

75. Une confusion des notions. Une première difficulté est alors à soulever quant à la durée de la relation ainsi prolongée. La Cour de cassation a affirmé pour la première fois, dans un arrêt du 15 novembre 2005, que la reconduction faisait naître un nouveau contrat à durée indéterminée²²⁸. Le législateur retenait déjà le caractère à durée indéterminée de certains contrats déterminés²²⁹ tacitement reconduits ou prorogés, mais la jurisprudence n'avait jusqu'ici jamais érigé cette formule en principe général. Or, cette position radicale de la Cour de cassation peut étonner aux vues des nombreuses exceptions légales dans lesquelles le contrat, reconduit ou prorogé, demeure à durée déterminée. La loi fixe alors la durée du contrat reconduit comme c'est le cas en matière de baux ou encore d'assurance²³⁰.

La limite entre la reconduction et la prorogation reste donc difficilement perceptible. De plus, ce choix en faveur d'une reconduction ou d'une prorogation pour une durée indéterminée est contraire à la stabilité des relations contractuelles puisque les parties restent libres de mettre fin à leur engagement à tout moment. Dans un objectif d'harmonisation et eu égard au nombre de cas particuliers existants, certains auteurs dont M. M. Mekki préconisent une solution plus nuancée²³¹. En effet, il serait davantage cohérent pour la jurisprudence de calquer la méthode du législateur, qui, en fonction de l'objectif poursuivi, privilégie la stabilité du contrat ou la liberté des parties. Ainsi, il faut inviter la jurisprudence, quelle que soit la nature du contrat en cause²³², à utiliser la singularité du contrat, son économie générale et la catégorie de personnes à protéger comme garde-fous contre toute rupture brutale.

Par ailleurs, la durée prorogée, ou la durée cumulée des contrats reconduits ne peut être supérieure au maximum légal²³³ sous peine de réduction²³⁴ par les juges du fond. Sur ce

²²⁸ Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 2005 n°02-21366, *D.* 23 février 2006, n°8 p.587 note M. Mekki ; *Defrénois* 30 mai 2006, n°10, art. 38395 note C. Le Gallou ; L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, La tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée forme un contrat à durée indéterminée, *Dr. & Pat.* octobre 2006, n°152 p.97.

²²⁹ Art. 1738 du C. civ. pour les baux ordinaires et Art. L.122-3-10 C. trav. pour le contrat de travail.

²³⁰ En matière d'assurance les dispositions légales prévoient que le nouveau contrat aura une durée d'un an. Le contrat se renouvelle automatiquement d'année en année si aucune dénonciation n'intervient à la fin de chaque prorogation. Pour ce qui concerne le bail rural et commercial, la loi prévoit qu'il aura une durée égale à celle du contrat expiré.

²³¹ M. Mekki, *art. préc.* p.587.

²³² Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de parrainage publicitaire, contrat innomé et atypique, doté d'un fort degré de collaboration et de stabilité.

²³³ A titre d'exemple, la clause d'exclusivité d'approvisionnement ne peut pas être prévue pour une durée supérieure à 10 ans, art. L.330-1 C. com., Cass. com. 21 février 1995 n°93-13302, *D.* 1995, inf. rap. p.92, *RJDA* 1995 p.803 ; L'article L.451-1 du Code rural relatif au bail emphytéotique et l'article L.251-1 du Code de la construction et de l'habitation pour le bail à construction excluent l'insertion d'une clause de reconduction au-delà de la durée maximale de quatre vingt dix neuf ans. Dans ce sens, l'article L.1243-11 du Code du travail et L.134-11 du Code de commerce interdisent toute clause de reconduction tacite dans les contrats de travail et

point, la jurisprudence confond, ou du moins assimile très fréquemment reconduction et prorogation, alors qu'en théorie, la reconduction ne procède pas d'une addition de contrats mais de la création d'un nouvel accord.

76. Les éléments de la confusion. La confusion entre ces deux notions ne s'arrête pas là et le besoin de cohérence se fait également ressentir quant à la naissance ou non d'un nouveau contrat. En effet, selon une jurisprudence bien établie, la reconduction donnant naissance à un nouveau contrat, les modalités d'exécution présentes dans le contrat initial peuvent donc être totalement modifiées²³⁵. De même, les garanties accessoires au contrat initial ne sont pas reconduites dans le nouveau contrat. En l'absence de précisions de la clause, les sûretés sont donc libérées de leurs obligations de couverture et restent seulement engagées pour les inexécutions relatives à la convention initiale. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises que le nouveau contrat pouvait répondre à des conditions différentes de celles de l'ancien, dans la mesure où elles seront définies lors d'une négociation ultérieure des parties. Cependant, force est de constater qu'en principe, seule la durée est modifiée alors que les conditions du contrat initial sont maintenues à l'identique. En effet, comment un nouveau contrat, prenant naissance dès l'arrivée du terme de l'ancien, peut-il faire - en pratique - naître de nouvelles obligations dont la nature et la portée seront définies ultérieurement ? Il semblerait qu'à défaut de précision dans la clause, la reconduction ne puisse se réaliser qu'aux conditions du précédent contrat. A charge pour les parties de renégocier le nouveau contrat ultérieurement, ou de le résilier, si elles ne parviennent pas à un nouvel accord. Les risques de confusion avec la prorogation sont donc importants.

En effet, la prorogation n'est en théorie qu'un simple allongement conventionnel de la durée du contrat. Or, la jurisprudence admet que le contrat soit prorogé à des conditions différentes dans la mesure où ces différences restent seulement partielles. L'objet, l'existence même de l'obligation, sa nature ou sa substance ne peuvent être modifiés, au quel cas on se trouve alors dans le champ de la novation.

d'agents commerciaux, destinée à faire naître, quelque soit sa durée, un nouveau contrat dès la fin du contrat en cours.

²³⁴ La jurisprudence est davantage favorable à la réduction des contrats conclus pour une durée excédant les maxima légaux plutôt qu'à leur annulation.

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 2005 *arrêt préc.* « [...] La tacite reconduction n'entraîne pas la poursuite du contrat initial mais donne lieu à la naissance d'un nouveau contrat dont la durée est indéterminée et dont les conditions ne sont pas automatiquement identiques à celles du contrat antérieur et peuvent parfaitement être modifiées ».

La frontière reste donc extrêmement mince entre la création d'un nouveau contrat établi en dehors de toute négociation préalable et la prorogation du contrat initial dont les conditions accessoires peuvent être modifiées. Face à ces deux notions au régime différent, les dérogations légales et jurisprudentielles engendrent une confusion certaine dans la détermination de leurs limites.

77. La clause de renouvellement. Si outre la durée, les autres éléments du contrat reconduit ne sont pas nécessairement identiques à ceux de l'accord initial, il devient également difficile de différencier la tacite reconduction du simple renouvellement. A mi-chemin entre ces deux types de clauses, la clause de renouvellement a, quant à elle, pour objet d'organiser la renégociation du contrat en cours dont l'échéance est proche. Elle permet donc aux parties de poursuivre leur relation sur la base d'un contrat renégocié. Or ici, la négociation a lieu antérieurement à l'arrivée du terme du contrat initial, contrairement à la clause de reconduction qui organise une négociation postérieure à l'arrivée du terme. L'admission par la jurisprudence d'une possible modification du contrat reconduit peut donc également être source de confusion avec le renouvellement. Les auteurs emploient indifféremment les termes de reconduction et de renouvellement tacite du contrat car, communément à ces deux hypothèses, un nouveau contrat prend la place de l'accord initial. La politique permissive de la Cour de cassation, quant à l'aménagement du contrat reconduit, crée donc une nouvelle source de confusion chez les praticiens.

Ce manque de clarté entre les règles applicables à ces différentes clauses n'altère pas pour autant leur fonction commune. En effet, elles contribuent toutes à pérenniser la relation contractuelle sans imposer d'obligations particulières aux parties. Afin d'éviter tout risque de confusion, il est donc conseillé aux parties de préciser dans la clause les modalités de sa mise en œuvre. Régulées au cas par cas, sans réelle vision d'ensemble, ces clauses ne sont pas créatrices de véritables obligations, en témoigne la liberté laissée au juge dans l'atténuation de leurs effets. Elles œuvrent certes pour le maintien du contrat et donc des obligations qu'il renferme, mais elles participent davantage de l'aménagement du lien contractuel dans sa globalité et de l'effet normatif qu'il produit.

78. Autres clauses de stabilité. Dans le même ordre d'idées, certaines clauses peuvent, de façon plus radicale, imposer aux contractants le maintien de la relation contractuelle. Il en va ainsi de la clause pénale, de la clause d'indemnité contractuelle de licenciement et de la clause

de dédit-formation. Détachées du rapport obligationnel principal, ces clauses ont un effet comminatoire et sont, à ce titre, susceptibles d'être confrontées à la réfaction judiciaire. Le juge apprécie alors le montant fixé dans la clause et procède le cas échéant à la réduction de son montant, sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. Le montant de la clause ne doit jamais empêcher l'un des contractants de rompre le contrat. Si ces clauses renforcent la stabilité du contrat, l'intervention possible du juge confirme que la pérennité n'est pas synonyme d'intangibilité et encore moins de perpétuité.

Une illustration de cette tendance peut être prise lors de la restitution des cuves dans les stations-service. En effet, au terme du contrat, les fournisseurs de carburants demandaient systématiquement la restitution des cuves fournies aux distributeurs. La clause de restitution constituait alors un moyen de pression des fournisseurs compte tenu des frais de terrassement, de transport et le manque à gagner engendré par la fermeture de la station pendant les travaux. Afin de mettre fin à cet abus, enfermant les distributeurs dans la relation contractuelle, ces derniers ont alors proposé de rendre des cuves neuves, soit en nature, soit en argent. Le Conseil de la concurrence a fait droit à leur demande considérant que la restitution des cuves demandée par les fournisseurs avait pour effet de restreindre le jeu de la concurrence²³⁶. La chambre commerciale a ensuite opté pour cette solution dans un arrêt²³⁷ du 18 février 1992. Bien que la Cour ne remette pas en cause la qualification de prêt à usage, l'absence de restitution en nature pourrait conduire à s'interroger sur la nature du prêt ainsi conclu. La position de la jurisprudence en faveur d'une restitution en argent devrait dès lors encourager les parties à insérer une clause prévoyant les modalités de détermination de son montant. La clause pourrait ainsi fixer le prix des cuves en fonction de paramètres de temps, d'usure ou plus simplement renvoyer cette fixation à un expert mandaté au moment de la restitution.

Si la stabilité du contrat ne doit pas dégénérer en abus, le maintien de la relation contractuelle passe également par la détermination du comportement des parties dès la formation du contrat.

²³⁶ F. Perrochon, L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence relative aux clauses de restitution des cuves, *Cah. dr. ent.* 1987, n°6 p.4.

²³⁷ Cass. com. 18 février 1992 n°87-12844, *D.* 1993 jurip. p.58 note C. Hannoun ; *RTD civ.* 1992 p.759 obs. J. Mestre ; *JCP G* 1992, IV, n°78 « Alors que l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs, la Cour d'appel a violé l'article 50 alinéa 1^{er} de l'ordonnance du 30 juin 1945 ».

2) Les clauses de comportement

79. Coopération et loyauté. De manière générale, le législateur impose aux parties d'une relation contractuelle le respect de certaines normes de comportement. Il en va ainsi de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi imposée par l'article 1134 du Code civil dans son troisième alinéa. Cependant, les devoirs des contractants ne se limitent pas à cette exigence. La jurisprudence associe à l'obligation de bonne foi des obligations positives de coopération. Le créancier ne peut donc se contenter d'exiger l'exécution de l'obligation par son débiteur, il doit également adopter une attitude positive rendant plus aisée l'exécution du contrat. Malgré l'existence de prescriptions d'ordre légal ou jurisprudentiel, les contractants peuvent prévoir des clauses de comportement venant renforcer ou du moins rappeler ces exigences. Ces clauses ont alors pour fonction de renforcer la collaboration entre les contractants. Si elles apparaissent sous des formes très diverses, elles prétendent toutes à la stabilité du contrat par la détermination préalable du comportement des parties. Il peut ainsi s'agir de clause dite de « best effort », « de bonne foi », « de tolérance », « de collaboration », ou encore « de fidélité ». Fréquemment insérées dans les contrats de franchise, de distribution, de travail, et plus largement dans tous les contrats impliquant une maîtrise, un transfert d'informations ou de technologies, ces clauses aménagent et précisent le devoir de comportement des contractants afin de les inciter à exécuter leurs engagements dans le respect d'un cadre relationnel souhaité.

80. Confidentialité des échanges. Par extension, l'obligation de fidélité implique également une obligation de secret. Encore appelée « clause de secret », « clause de confidentialité », « clause de non-divulgence », de « savoir-faire », de « know-how », « non disclosure agreement », son application pendant l'exécution du contrat permet de désigner de façon précise les informations à caractère confidentiel, et ce, avant même la formation du contrat. Ainsi, les parties peuvent s'imposer mutuellement un secret, de la phase des négociations²³⁸ jusqu'à l'après-contrat. En effet, outre les cas où elle est légalement prévue

²³⁸ Notamment concernant la délivrance par le fournisseur du document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause, en vertu de l'article L.330-3 du Code de commerce ; Cass. com. 14 janvier 2003 n°00-11781, *D.* 25 septembre 2003, n°33 p.2304 obs. H. Kenfack ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.159 obs. M. Behar-Touchais.

par les textes²³⁹, l'obligation de confidentialité se prolonge hors des frontières du contrat. Et c'est principalement à ces deux extrémités qu'elle présente le plus large intérêt.

De plus, cette clause ne permet pas de provoquer chez son débiteur une amnésie soudaine et totale. Seuls le savoir-faire²⁴⁰ de l'entreprise, protégé ou non par un droit privatif, et le secret de fabrication peuvent faire l'objet de cette clause. Tout ce qui relève de l'habileté, de l'expérience de son débiteur, lui reste personnel.

81. L'exclusivité de la relation. La collaboration entre les contractants peut encore s'élever à un niveau supérieur grâce à l'insertion de clauses aménageant relationnellement les rapports des parties dans l'exécution du contrat. Quelles que soient leurs modalités d'application au sein du contrat, elles contribuent en quelque sorte à moraliser le marché en excluant d'office tout autre intervenant. Il s'agit davantage d'une norme de comportement que d'un effet obligationnel du contrat²⁴¹. Ainsi, se situant entre la clause de préférence et la clause de non-concurrence, la clause d'exclusivité renferme une fonction identique et fait naître, à la différence des deux autres, à la fois une obligation de faire et de ne pas faire à la charge du débiteur. L'exclusivité peut également revêtir différentes formes. En droit du travail, elle peut interdire au salarié de travailler pour un autre employeur pendant toute la durée de son contrat, si la mesure ainsi prévue est proportionnée au but recherché. En matière de franchise et d'organisation de réseau, la clause d'exclusivité territoriale n'est pas un élément essentiel²⁴² de la franchise et cela, même en présence d'une clause d'approvisionnement exclusif. Toutefois, en pratique, il est préférable que ce système fonctionne en vase clos. Chaque franchisé va donc s'assurer qu'il bénéficie d'une exclusivité territoriale en contrepartie de quoi il est classiquement tenu de s'approvisionner exclusivement chez le fournisseur. Ainsi, la clause délimite strictement le cadre relationnel des parties en interdisant au distributeur de procéder à des ventes actives desdits produits en dehors de la zone géographiquement définie, et impose en contrepartie au fournisseur de ne

²³⁹ Notamment dans les professions juridiques et médicales.

²⁴⁰ D. Poracchia, La protection juridique des secrets de l'entreprise, *Dr. & Pat.* novembre 2000 p.76.

²⁴¹ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* décembre 1999 p.771 ; Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz 2005, n°157 et s. Pour qui il s'agit d'une règle contractuelle de comportement.

²⁴² Cass. com. 9 novembre 1993 n°91-20382, *JCP E* 1994 pan.45 ; *D.* 1995 jurisp. p.78 obs. D. Ferrier ; Cass. com. 19 novembre 2002 n°01-13492, *LPA* 23 juillet 2003, n°146 p.15 note Y. Marot ; *D.* 23 novembre 2006, n°41 p.2845 obs. P. Crocq.

pas confier la distribution de ses produits à un autre distributeur, ou de les distribuer lui-même sur le secteur contractuellement délimité.

Dès lors, en contrepartie de cette promesse d'approvisionnement, le fournisseur peut, outre la mise à disposition d'une enseigne et d'un nom commercial, fournir d'autres avantages tels qu'une assistance technique, financière, matérielle ou commerciale²⁴³. De plus, il n'est pas rare que pour renforcer davantage leur lien économique, la clause d'exclusivité soit accompagnée d'une clause de quota et de minima²⁴⁴. Ces dernières concourent à l'établissement d'un chiffre d'affaires entre les parties avec un minimum de sécurité et de prévisibilité²⁴⁵. La clause de non-concurrence applicable pendant la durée du contrat s'apparente également à une clause d'exclusivité en ce qu'elle interdit toute relation directe ou indirecte avec des services concurrents de ceux qui font l'objet du contrat.

82. Appréciation des sanctions. Lorsque ces clauses s'appliquent seulement dans une relation simple sans répercussion sur les tiers, la Cour de cassation sanctionne de façon similaire le non-respect de ces clauses. En cas de violation de la clause par le salarié, le distributeur, le fournisseur ou tout autre débiteur, la résolution du contrat sera prononcée à ses torts et saupoudrée de dommages et intérêts ou de l'indemnité prévue par une clause pénale. En revanche, les sanctions de ces clauses varient ostensiblement lorsqu'elles ont pour effet de renforcer la relation contractuelle tout en impliquant des tiers au contrat. Leurs effets peuvent alors dépasser le simple cadre contractuel. L'insertion systématique de ces clauses dans chaque contrat d'un même réseau, d'un secteur professionnel ou géographique déterminé conduit à la création d'une véritable zone de non-concurrence. Il en va ainsi en matière de concession, de franchise ou lorsque des baux commerciaux sont consentis par un propriétaire au sein d'un même immeuble²⁴⁶. Dès lors, la clause d'exclusivité ou de non-concurrence

²⁴³ Si la contrepartie de l'engagement exclusif d'approvisionnement est jugé dérisoire, la clause pourra être annulée pour absence de cause : Cass. com. 8 février 2005 n°03-10749, *RDC* juillet 2005, n°3 p.684 obs. D. Mazeaud ; *D.* 17 novembre 2005, n°41 p.2836 note S. Amrani-Mekki.

²⁴⁴ F.-J. Pansier, Les clauses de quotas, de résultats et d'objectifs, *Cah. soc. du Barreau de Paris* décembre 1999, n°115 p.345.

²⁴⁵ G. Parléani, *Les clauses d'exclusivité*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* PUAM 1990 p.55.

²⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007 n°06-11591, *D.* 24 mai 2007, n°20 p.1335 note Y. Rouquette ; *RLDC* 1^{er} juin 2007, n°39 p. 12 note S. Doireau ; *Rev. des loyers et des fermages* 1^{er} juillet 2007, n°879 p.336 note Ch. Quément ; *Gaz. Pal.* 29 juillet 2007, n°210 p.8 note F. Guerchoun ; *JCP E* 30 août 2007, 2009 et *JCP N* 21 décembre 2007, II, n°51 comm. F. Auque ; *RLDA* septembre 2007, n°19 p.23 note G. François ; *LPA* 2 octobre 2007, n°97 p.10 note C. Humman ; *RDC* octobre 2007, n°4 p.1210 note J.-B. Seube ; *RLDA* octobre 2007, n°19 p.23 note G. François ; *JCP G* 31 octobre 2007, II, 10179 n° 44, comm. M. Rousille ; *Contrats – conc. consom.* juillet 2007,

insérée dans chaque contrat de bail commercial ne profite pas à son initiateur, à savoir le propriétaire, mais aux débiteurs de l'obligation de non-concurrence, c'est-à-dire à tous les preneurs à bail. Les effets produits par la clause de non-concurrence dépassent alors le champ d'application de chaque contrat de bail pour s'étendre à l'ensemble des preneurs de l'immeuble. Ceci suppose que les conséquences de l'inexécution de ces clauses dépassent également le cadre contractuel.

Dans les centres commerciaux, le locataire victime de l'activité concurrente d'un autre occupant ne peut faire cesser cette concurrence. La Cour de cassation a sur ce point connu d'importantes évolutions et permet désormais aux tiers victimes, comme en matière de contrat de distribution, d'engager la responsabilité délictuelle²⁴⁷ de celui qui a violé son engagement. Le principe de l'effet relatif des contrats reste un obstacle ne permettant pas à un tiers d'obtenir l'exécution de l'obligation par le cocontractant défaillant. Plus spécifique aux baux commerciaux, la Cour a d'ailleurs récemment admis que le locataire n'avait que la possibilité d'obtenir la résolution²⁴⁸ de sa propre clause de non-concurrence afin de pouvoir, lui aussi, concurrencer les autres preneurs de la zone marchande.

Cette solution est critiquable à plusieurs titres :

83. Une sanction inadaptée. Tout d'abord, la résolution n'est pas adaptée dans la mesure où elle produit des effets rétroactifs. Une sanction telle que la résiliation aurait alors été plus adaptée, encore que son utilité pour le preneur victime reste discutable.

n°7 comm. 181 note M. Malaurie-Vignal ; *D.* 19 juin 2008, n°24 p.1645 note L. Rozès. Classiquement, le propriétaire d'un ensemble immobilier avait, en concertation avec les preneurs initiaux, inséré dans tous les baux commerciaux qu'il concluait une clause selon laquelle « *le preneur ne pourra en aucun cas exploiter les commerces actuellement exercés par les autres locataires de l'immeuble* ». Mais, l'immeuble vendu, le nouveau bailleur n'exigea plus cet engagement des nouveaux preneurs alors qu'une ancienne locataire avait vu, pendant cette même période, son contrat renouvelé aux conditions initiales. Invoquant le non-respect de ladite clause par les nouveaux preneurs, elle invoqua la suppression de la clause insérée dans son bail. La Cour lui accorda gain de cause et considéra que le bailleur s'étant « exonéré de l'obligation qui pesait sur lui, d'insérer cette clause dans les baux concernés par la zone de non-concurrence, avait commis une faute dans l'exécution du bail, rendant de fait impossible le respect de ladite clause [...] ce qui justifiait qu'en fût prononcée la résolution ». V° également Cass. civ. 3^{ème} 15 février 2012 n°11-17213, *D.* 2012 p.551 obs. Y. Rouquet ; *Gaz. Pal.* 8 mars 2012, n°68 obs. C. Berlaud ; *JCP E* 21 juin 2012, n°25, 1400, obs. P. Grignon ; *RDC* juillet 2012, n°3 p.867 obs. J-B. Seube ; *D.* 19 juillet 2012, n°28 p.1844 obs. M-P. Dumond-Lefrand.

²⁴⁷ Cass. AP 6 octobre 2006 n°05-13255, *D.* 2006 n°2825 note G. Viney ; *JCP G* 21 février 2007, I, n°8 obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC civ.* juin 2007, n°2 p.269 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* janvier 2009, n°1 p.123 note P. Jourdain ; Cass. civ. 3^{ème} 13 juillet 2010 n°09-67516, *Gaz. Pal.* 31 octobre 2010, n°304 p.16 obs. D. Houtcieff *Contrats-conc. consom.* novembre 2010, n°11 p.10 obs. L. Leveneur ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.65 obs. Th. Génicon ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.178 obs. J-B. Seube.

²⁴⁸ Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007 n°06-11.591 *arrêt préc.*

En effet, l'anéantissement de la clause présente probablement plus d'inconvénients que d'avantages pour le preneur victime. Certes, la résolution le libère de toute contrainte concurrentielle mais elle provoque également la disparition de la zone de non-concurrence avec le risque pour ce dernier de perdre sa clientèle au profit de nouveaux concurrents. Cette ouverture de la concurrence n'est alors pas favorable au preneur lésé.

84. Une solution envisageable. En ces circonstances, il serait sans doute préférable d'appliquer une autre sanction, plus radicale mais peut être plus efficace et cohérente, à savoir l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence²⁴⁹. En effet, la situation est transposable à une stipulation d'exclusivité tacite. L'insertion dans chaque contrat d'une clause de non-concurrence permet de préserver chaque preneur de la concurrence de tous. Ainsi, la Cour de cassation a dernièrement considéré que « *le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation*²⁵⁰ ». Dès lors, il semble possible de généraliser cette solution en pareille hypothèse et de limiter par la même occasion l'atteinte portée au principe de l'effet relatif des contrats. Pour ce faire, il peut être intéressant d'utiliser la position contractuelle du bailleur, fournisseur, en bref du créancier de la clause de comportement, pour articuler les modalités d'une telle sanction.

85. En présence d'une généralisation de la clause. Par conséquent, si l'inexécution provient du nouveau preneur, distributeur et plus généralement d'un partenaire contractuel, également soumis à une clause de comportement par le même créancier, le débiteur victime devrait pouvoir en exiger l'exécution en nature par le bailleur. Sur le terrain de l'article 1382,

²⁴⁹ Il en va ainsi en matière d'exécution d'une clause de préférence. : la clause de préférence renfermant une simple obligation de faire, les juges estimaient auparavant qu'en vertu de l'article 1142 du Code civil elle ne pouvait se résoudre qu'en dommages et intérêts, Cass. civ. 1^{ère} 10 juillet 2002 n°00-13669, *RTD civ.* janvier 2003, n°1 p.107 note P-Y. Gautier. Désormais, « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». Cass. ch. mixte 26 mai 2006 n°03-19376 et 03-19495, *D.* 2006 p.1861 note P-Y. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1080 obs. D. Mazeaud, p.1131 obs. F. Collard-Dutilleul.

²⁵⁰ Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 2006 n°04-10051, *JCP G* 12 juillet 2006, II, 10119 note O. Deshayes ; *JCP E* 19 octobre 2006, n°42, 2504 comm. J. Raynard ; *RTD civ.* 2006 p.554 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1154 obs. J-B. Seube ; *RDC* juin 2007, n°2 p.267 obs. D. Mazeaud ; *RDC* juin 2007, n°2 p.419 obs. M. Béhar-Touchais ; *D.* 5 juillet 2007, n°26 p.1831 obs. L. Rozès.

le juge peut ordonner une réparation en nature²⁵¹ pourvu qu'elle ne porte pas atteinte à la personne du débiteur. Ainsi, sans violer l'effet relatif des contrats, le débiteur victime pourrait en demander l'exécution, accompagnée de dommages et intérêts, à son cocontractant créancier, ce dernier en faisant de même auprès du nouveau partenaire. La force obligatoire de la clause ne s'impose alors pas aux tiers mais au bailleur, seul contractant commun.

86. En l'absence d'une généralisation de la clause. A défaut pour le créancier de ne pas insérer une clause de non-concurrence dans le contrat d'un nouveau partenaire, tous les commentateurs admettent que le second locataire ne commet aucune faute en exerçant l'activité litigieuse. L'exécution d'une condamnation sanctionnant la violation d'un premier contrat (le bail contenant la clause et liant le bailleur au locataire initial) ne peut avoir aucune influence sur les obligations d'un tiers à ce contrat dans l'exécution d'un deuxième contrat (le bail liant le bailleur au nouveau locataire) sans mettre des obligations nouvelles à la charge de ce tiers et contrevenir à l'effet relatif des contrats²⁵². En revanche, la démonstration de la bonne foi du second locataire devrait pouvoir lui permettre d'engager la responsabilité du créancier commun, à savoir le propriétaire, pour défaut d'information quant à l'existence d'une zone de non-concurrence.

Il serait donc souhaitable que dans des circonstances similaires, les juridictions adoptent la même sanction. L'exécution forcée de l'obligation constitue dès lors une sanction plus dissuasive, sans pour autant heurter aucun principe fondamental du droit des contrats.

87. Des obligations accessoires. Parmi les auteurs qui proposent une nouvelle lecture de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil M. P. Ancel rejette la conception traditionnelle consistant à voir dans le contrat les seules obligations voulues par les parties. Il désigne alors « *le contenu non obligationnel* » par les effets produits par le contrat lui-même, c'est-à-dire essentiellement les effets extinctifs, translatifs ou constitutifs de droit. Ainsi, le contrat « *peut éteindre un droit, le transférer ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle*²⁵³ ». A l'image des clauses de pérennisation, les clauses attributives, dont la fonction

²⁵¹ M. Mekki, Quand la « réparation en nature » l'emporte sur « la réparation par équivalent », *Gaz. Pal.* 6 juin 2013, n°157 p.17.

²⁵² CA Paris 27 septembre 2007, *RDC* 2010 p.55 obs. O. Deshayes.

²⁵³ P. Ancel, *op. cit.* p.779 ; dans ce sens M. J-L. Aubert précise dans son petit ouvrage consacré au contrat que « la force obligatoire du contrat ne se limite pas à cet effet ponctuel créateur d'obligations : le contrat engage de façon globale celui qui le souscrit ». J-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit 1996 p.96.

est d'attribuer des prérogatives aux parties venant aménager les modalités d'exécution de leurs engagements, ne peuvent être pleinement considérées comme des obligations contractuelles. Certaines accordent à un cocontractant un pouvoir unilatéral contractuel et font alors l'objet d'un contrôle ne pouvant se limiter aux règles classiques appliquées aux obligations contractuelles²⁵⁴ ; les autres, confèrent un pouvoir unilatéral institutionnel et permettent ainsi la mise en œuvre du pouvoir de direction de l'employeur²⁵⁵.

Certes le droit apparaît comme un réseau d'obligations, d'interdictions et de permissions. Les interdictions et permissions pouvant sans mal être ramenées à des obligations, force est de constater que les clauses de comportement renferment, quant à elles, des obligations mises à la charge des parties ou seulement de l'une d'entre elles. En effet, les clauses de bonne foi, de collaboration, de confidentialité et plus particulièrement de non-concurrence sont porteuses d'obligations sans pour autant se rapporter au rapport principal d'obligations. Elles constituent ainsi des obligations secondaires²⁵⁶ dont le régime et principalement les effets peuvent être atténués par les juges du fond. La clause de non-concurrence illustre parfaitement cette vision dogmatique, tant dans son application entre un créancier et un débiteur pendant l'exécution du contrat que dans les effets transversaux qu'elle produit par son insertion dans les baux commerciaux d'une galerie marchande. Véritable obligation réciproque transcendant les parties pour embrasser des tiers, M. J. Rochfeld la qualifie alors d'« obligation transversale²⁵⁷ » dont la cause doit être recherchée dans les engagements analogues et réciproques des autres preneurs, fussent-ils parties de contrats divers et sans lien contractuel entre eux. Or, cette particularité des directives de comportement, distinctes du rapport principal d'obligations mais néanmoins dépendantes du contrat se vérifie également dans la période de l'après-contrat à travers les clauses de comportement post-contractuel.

²⁵⁴ À côté des règles procédurales devant être appliquées à ces clauses (clause résolutoire, clause de modification unilatérale, clause de dédit, clause de fixation unilatérale du prix, clause relative à la rupture du contrat...), M. M. Mekki préconise que l'unilatéralisme ait pour contrepois un devoir de motivation. Dans ce sens, toute clause relative à la rupture du contrat devrait être accompagnée d'un préavis obligatoire et soumise à un contrôle de l'abus. M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *art. préc.* p.1063 ; J. Ghestin, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ 2001 p.301 ; Th. Revet, L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC* avril 2004, n°2 p.579 ; Cass. civ. 1^{ère} 21 février 2006 n°02-21240, *RTD civ.* avril 2006, n°2 p.314 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{ère} 7 février 2006 n°05-82490, *D.* 2006 p.1796 note A. Penneau.

²⁵⁵ Telles les clauses de mobilité, de résidence, de célibat, de non-divorce. Elles permettent ainsi l'aménagement contractuel d'un pouvoir unilatéral institutionnel dont l'employeur est investi.

²⁵⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.* n°130 et s. 157 et s.

²⁵⁷ J. Rochfeld, *L'obligation transversale ?*, *D.* 27 juillet 2007, n°29 p.2068.

B) Le prolongement du lien contractuel après l'extinction du contrat

88. La volonté des parties de limiter toute forme de concurrence est nettement plus exacerbée dans la période de l'après-contrat²⁵⁸. Les clauses d'aménagement relationnel et particulièrement les directives de comportement qu'elles établissent sont également présentes dans la période de l'après-contrat (1). La clause de non-concurrence constitue ici encore un angle de vue privilégié et représentatif de ces clauses quand bien même l'inspiration créatrice de la chambre sociale de la Cour de cassation envers cette dernière n'a pas trouvé le même écho au sein des autres chambres. Néanmoins, elle ouvre la voie à la création d'un régime juridique commun à l'ensemble des clauses relationnelles post-contractuelles (2).

1) Les clauses de comportement post-contractuel

89. La clause de non-concurrence. Après l'extinction du contrat, quelle qu'en soit la cause, le cocontractant retrouve une pleine et entière liberté de travailler, de concurrencer²⁵⁹ son ancien contractant si aucune clause de comportement n'a préalablement été prévue par le contrat pour la période post-contractuelle. L'insertion de ces clauses se rencontre dans les milieux où la spécificité d'une activité doit être préservée et la clientèle afférente sauvegardée. Les contrats de distribution intégrée, tels les contrats de concession, de franchise²⁶⁰ ou de distribution sélective, comportent très souvent des clauses imposant un comportement contractuel pour l'après-contrat. En effet, que ces clauses s'appliquent pendant ou après l'exécution du contrat, elles sont dotées d'une fonction propre. Elles constituent un accessoire du contrat protégeant ainsi l'obligation principale qu'il renferme aussi bien

²⁵⁸ J. Mestre, Des relations post-contractuelles, *RTD civ.* 1997, n°4 p.311 ; Ph. Stoffel-Munck, L'après-contrat, in *Durées et contrats*, *RDC* janvier 2004, n°1 p.159 ; M. Mekki, *Les clauses aménageant la phase post-contractuelle*, in *Remédier aux défaillances du contrat*, sous dir. S. Le Gac-Pech, Contrats & Patrimoine 2010 éd. Larcier p.147.

²⁵⁹ Excepté dans les cas légalement prévus. Le législateur peut indirectement imposer une telle abstention notamment si les actes accomplis sont constitutifs de concurrence déloyale sanctionnée par les dispositions de l'article 1182 du Code civil ou lorsque l'obligation de non-concurrence est fondée sur la garantie. En matière de vente, cession ou encore de location gérance...

²⁶⁰ En matière de franchise le texte de référence est le règlement européen n°2790/1999 du 22 décembre 1999 relatif aux accords verticaux et pratiques concertées. Selon ce texte les clauses de non-concurrence sont autorisées si elles remplissent une série de conditions cumulatives. Le règlement en impose quatre : 1) l'obligation doit concerner des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services objet du contrat ; 2) elle doit être limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat ; 3) elle doit être indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le franchiseur ; 4) elle est limitée à un an à compter de l'expiration du contrat.

pendant, qu'après son exécution. Il n'est donc pas incohérent de leur faire produire leurs effets en cas de rupture, de cessation ou encore d'anéantissement du contrat, dans la prévision des parties. Parmi ces clauses de comportement post-contractuel, la plus répandue reste la clause de non-concurrence utilisée en droit du travail. La jurisprudence de la chambre sociale constitue en effet une véritable source d'inspiration, à la fois pour les autres matières mais également pour toutes les clauses exerçant la même fonction.

90. La clause de confidentialité. Utilisée dans la période de l'après-contrat, elle s'apparente ainsi à la clause de non-concurrence quant à sa fonction de protection de la relation passée. Toutefois, la jurisprudence ne lui applique pas les mêmes conditions de validité. Ici encore, cette clause présente des effets limités et sera utilisée seulement lorsque la clause de non-concurrence n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Il en va ainsi lorsque le salarié occupait un emploi subalterne et n'avait pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel susceptibles de constituer un trouble dans l'exercice normal de la concurrence pour son ancien employeur²⁶¹. Insérée dans les contrats de salariés détenteurs de certains secrets, elle reste trop souvent imprécise et non limitée. Lui appliquer les conditions de validité de la clause de non-concurrence permettrait alors d'encadrer ses effets et d'informer le contractant sur l'étendue de son obligation. La jurisprudence serait alors invitée à revoir son application quant au contenu des conditions de validité fixées par les parties. Par exemple, les conditions de temps et de lieu pourraient ainsi être limitées au rayonnement de la clause dont les effets ne placent pas le salarié dans l'impossibilité d'utiliser sa qualification professionnelle et ne portent qu'une atteinte limitée à sa liberté d'entreprendre et de travailler.

91. La clause de non-rétablissement. L'aspect normatif de ces clauses se révèle davantage à travers la clause dite de non-rétablissement, encore dénommée clause de réembauchage par certains auteurs, en opposition aux clauses de non-rétablissement du droit commercial. La jurisprudence la soumet actuellement aux mêmes conditions de validité que la clause de non-concurrence. En effet, malgré une portée plus limitée, elle répond à la même

²⁶¹ Cass. soc. 13 janv. 1999 n°97-40.023 ; Cass. soc. 20 janv. 1999 n° 96-45.305, *LPA* 11 novembre 1999, n°225 p.15 note A. Pelletier & B. Mathieu.

fonction que cette dernière. Le débiteur d'une telle clause, qu'il s'agisse d'un cédant²⁶², d'un franchisé en fin de droit ou d'un salarié, s'engage à ne pas se rétablir pendant un temps donné et sur un territoire déterminé. Or, rien n'empêche le débiteur d'une telle clause de travailler pour la concurrence.

La clause de non-réaffiliation, permet, quant à elle, à son débiteur de se réinstaller mais lui interdit de se réaffilier à une enseigne directement concurrente²⁶³. Très fréquente dans les contrats de distribution, elle s'avère moins restrictive que la clause de non-rétablissement. Néanmoins, la Cour de cassation contrôle la proportionnalité entre les intérêts légitimes du franchiseur et les restrictions imposées au franchisé.

92. La clause de non-sollicitation. Une autre forme de clause de comportement aux effets post-contractuels peut être étudiée à travers la clause de non-sollicitation. Là où la clause de non-concurrence crée une obligation à la charge du salarié, la clause de non-sollicitation en crée une à la charge des clients de l'employeur. Ceux-ci s'engagent à ne pas faire travailler « directement ou indirectement » des employés de leurs prestataires pendant une durée déterminée. La clause de non-sollicitation entrave donc moins la liberté de travail du salarié que la clause de non-concurrence. Toutefois, elle ne doit pas être confondue avec la clause dite « de non-sollicitation de clientèle » qui, comme la clause de non-concurrence, crée des obligations entre les principaux intéressés. Le débiteur de cette clause ne peut alors prospecter la clientèle du créancier.

93. Vers un régime commun. Quelle que soit leur portée, ces clauses exercent la même fonction durant la période post-contractuelle. Elles prolongent l'intensité du devoir de loyauté qui figure naturellement au sein de tout contrat. C'est donc en toute logique que la jurisprudence leur applique actuellement un régime respectif très proche de celui de la clause de non-concurrence. Cette harmonisation se retrouve également dans les décisions

²⁶² Selon le Professeur Libchaber, « la clause de non-concurrence est « de pur confort », tandis que la clause de non-rétablissement, nullement restrictive, ne tend pas à protéger l'acquéreur d'un fonds de commerce de l'activité d'un tiers, mais à garantir autant que possible l'efficacité de la transmission de la clientèle. La clause de non-rétablissement est stipulée dans l'intérêt du fonds».

²⁶³ Cass. com. 22 février 2000 n°97-15560, *Dr. & Pat.* janvier 2000, n°155 p.26 note M. Lepincé ; *Contrats-conc. consom.* juin 2000, n°6 p.15 note L. Leveneur : « [...] la clause a pour objet d'interdire seulement l'usage d'une enseigne de renommée nationale ou régionale et la vente de produits liés, qu'elle n'interdit nullement la poursuite d'une activité commerciale identique sous une autre enseigne et que cette clause procure seulement au franchiseur un délai de un an pendant lequel l'implantation par l'ancien franchisé d'une enseigne renommée concurrente ne sera pas possible ».

sanctionnant la violation de ces clauses. Il ne lui reste alors plus qu'un pas à franchir pour leur appliquer un régime unique basé sur leur fonction commune. Ainsi, les restrictions de concurrence imposées par ces clauses ne doivent pas être générales et absolues, c'est notamment pourquoi les juges du fond contrôlent strictement le respect de leurs conditions de validité. Ici encore, le terreau social constitue un véritable engrais naturel pour toutes les matières.

94. Reconnaissance du préjudice. Parmi les conditions de validité communes envisageable, il est a relevé que l'une des conséquences principales du revirement de 2002 tient de l'absence, dans les contrats antérieurement conclus, d'une contrepartie financière. L'absence²⁶⁴ ou le non-paiement de l'indemnité compensatrice libère alors le salarié de son obligation de non-concurrence.

Toutefois, si le salarié a, avant d'avoir eu connaissance de l'illicéité de la clause, respecté son engagement de non-concurrence, il peut prétendre au versement de dommages et intérêts²⁶⁵, sans avoir à rapporter la preuve de son préjudice. La contrepartie doit alors lui être versée sans que le juge ait à rechercher l'existence d'un quelconque préjudice²⁶⁶. Cette solution s'impose compte tenu de la nature salariale et non indemnitaire de la contrepartie pécuniaire²⁶⁷. Sur ce point, la jurisprudence a modifié sa position depuis quelques années. Si auparavant le salarié devait prouver avoir subi un préjudice du fait du respect d'une clause illicite, il est aujourd'hui dispensé de cette charge. « *Le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice*²⁶⁸ ». Par cette solution, la Cour

²⁶⁴ Cass. soc. 10 juillet 2002 *arrêt préc.* ; Cass. soc. 18 septembre 2002 *arrêt préc.* ; Cass. soc. 25 février 2003 n°00-46.263, *Bull. civ.* V 2003, n° 65 p.62 ; *JCP E* 5 juin 2003, n°23, 855 note D. Corrignan-Carsin ; Cass. soc. 23 janvier 2003 n°01-21148, *D.* 2003 inf. rap. p.531 ; Cass. soc. 4 février 2004 n°01-45.520.

²⁶⁵ Cass. soc. 18 mars 2003 n°00-46358, *Bull. civ.* V 2003 n°98, S. Martin-Cuenot, *Lexbase hebdo* éd. sociale 3 avril 2003, n°65 ; Cass. soc. 29 janvier 2003 n°00-44882, *Bull. civ.* V 2003 n°27 ; « Le salarié ne peut prétendre au paiement de l'indemnité de non-concurrence que pour la période pendant laquelle il a respecté son obligation, et, le cas échéant, au versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice que lui a causé l'inexécution par l'employeur de son obligation de verser la contrepartie financière à laquelle il était tenu [...] » Cass. soc. 25 février 2003 n°00-46263, *Bull. civ.* V 2003 n°65 p.62 ; D. Corrignan-Carsin, Evaluation de la contrepartie financière en cas de respect partiel de la clause de non-concurrence, *JCP G* 18 juin 2003, n°25. 1162 ; S. Martin-Cuenot, La sanction pécuniaire de la violation de la clause de non-concurrence, *Lexbase Hebdo* 13 mars 2003, n°62.

²⁶⁶ Cass. soc. 15 juillet 1998 n°96-40.866, 96-41.006, *RJS* 1998 n°986 ; Cass. soc. 13 novembre 1990 n°87-42.893, *RJS* 1990 n°953 ; Cass. soc. 10 mars 2004 n°01-47350, *Sem. soc. Lamy* 2004 p.14.

²⁶⁷ Cass. soc. 13 janvier 1998 n°95-41.467, *Dr. soc.* 1998 p.278 obs. J. Savatier.

²⁶⁸ Cass. soc. 13 mars 2001 n°99-40114.

instaure donc un nouveau cas de préjudice automatique en droit du travail et augmente ainsi le nombre d'hypothèses admettant un tel préjudice en faveur des salariés²⁶⁹.

Inversement, l'employeur se doit, quant à lui, de rapporter la preuve du préjudice que la violation de la clause par le salarié a pu lui occasionner, s'il souhaite être indemnisé. Les pertes dues aux marchés détournés par le salarié, ou les gains dont l'employeur a été privé doivent dès lors être invoqués. Il est donc de pratique usuelle d'insérer de façon accessoire à la clause de non-concurrence, une clause pénale²⁷⁰ évitant à l'employeur de rapporter la preuve du préjudice qu'il subit. En effet, une telle clause lui permet de percevoir l'indemnité antérieurement prévue et versée du seul fait de la violation de la clause par le salarié.

En l'absence de clause pénale, cette dispense accordée au salarié débiteur de l'obligation de non-concurrence reste une protection spécifique au droit du travail. Néanmoins, d'aucuns ont pu penser que la première chambre civile avait, dans son arrêt du 10 mai 2005²⁷¹, tenté de généraliser le privilège accordé au salarié à tous les créanciers d'une clause de comportement. La Cour considéra au visa de l'article 1145 du Code civil que le préjudice ne jouait aucun rôle en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire. La simple inexécution par le débiteur rendant automatique l'établissement du préjudice, contrairement à la position orthodoxe qui suppose qu'un préjudice soit nécessairement démontré par le créancier victime pour fixer la réparation.

95. Un affinement du régime. La Cour semblait ainsi rompre avec la jurisprudence des autres chambres²⁷² pour prendre à contre-pied les solutions en vigueur. Or, il est à noter que dans cette affaire la violation de la clause de comportement, en l'occurrence d'une obligation

²⁶⁹ Cass. soc. 16 mars 2004 n°02-40633, *RJS* mai 2004, n°5 p.363 cas d'absence de mention de la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement pour motif économique ; Cass. soc. 23 octobre 1991 n°88-43.235, *Bull civ.* V 1991, n°429 cas de non-respect de la procédure de licenciement ; Cass. soc. 29 septembre 2004 n°02-40027, *RJS* 26 octobre 2004, n°154 p.4, cas de privation de la possibilité de lever des options d'actions suite à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; Cass. soc. 25 janvier 2006 n°03-47517, *RJS* avril 2006 n°4 p.269, cas de nullité du licenciement.

²⁷⁰ En vertu de cette clause le salarié s'engage en cas d'inexécution de son obligation de non-concurrence à verser à l'employeur une somme forfaitaire à titre de dommages et intérêts. Cette clause pénale est soumise aux dispositions des articles 1226 et suivants du Code civil.

²⁷¹ Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 2005 n°02-15910, *RTD civ.* juillet 2005, n°3 p.594 obs. J. Mestre et B. Fages et p.600 obs. P. Jourdain ; *RDC* 1^{er} avril 2006, n°2 p.326 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2009, n°1 p.77 note O. Deshayes.

²⁷² Si pendant un temps la troisième chambre civile dispensait le créancier de prouver un préjudice, Cass. civ. 3^{ème} 30 janvier 2002 n°00-15784, *D.* 29 août 2002, n°29 p.2288 note J-L.Elhoueiss ; *RTD civ.* octobre 2002, n°4 p.816 obs. P. Jourdain ; *D.* 2003 p.458 obs. D. Mazeaud ; elle a depuis modifié sa position en exigeant la preuve du préjudice, Cass. civ. 3^{ème} 3 décembre 2003 n°02-18033, *RDC* avril 2004, n°2 p.280 obs. P. Stoffel-Munck, *JCP G* 22 septembre 2004, I, n°163, obs. G. Viney.

de non-concurrence, ne causait aucun préjudice au créancier puisque celui-ci était lui-même dans l'impossibilité d'exercer l'activité que le débiteur exerçait en violation de ladite clause. La première chambre civile ne crée donc pas de contradiction mais affirme simplement que l'action en exécution forcée d'une obligation de ne pas faire est parfaitement valable en l'absence d'un préjudice subi par le créancier. Dès lors, dans une logique de réparation²⁷³, la démonstration d'un préjudice demeure toujours nécessaire en vertu de l'article 1145 du Code civil ; en revanche, elle cesse si l'on se place seulement dans une logique d'exécution forcée²⁷⁴. En effet, il n'est pas rare que lorsque l'exécution de l'obligation est encore partiellement possible pour l'avenir²⁷⁵, le créancier souhaite obtenir l'exécution en nature de l'obligation pour le futur. En droit du travail, l'employeur peut alors exiger en référé²⁷⁶ que le salarié réfractaire soit condamné à résilier, sous astreinte, le contrat de travail conclu avec son nouvel employeur. Il peut également aller jusqu'à mettre en cause le nouvel employeur²⁷⁷. De même, il peut demander la fermeture du fonds de commerce ouvert par celui-ci²⁷⁸. Aucun revirement de jurisprudence, ni aucune contradiction n'est donc à souligner entre les différentes chambres de la Cour de cassation.

La généralisation d'une contrepartie financière à toutes les clauses imposant un comportement post-contractuel aurait en revanche pour effet d'alléger la charge probatoire de son débiteur.

²⁷³ C Larroumet, *Le contrat*, Economica 1996, 3^{ème} éd. n°643 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 novembre 1996 n°94-20822, *RTD civ.* 1997 p.156 obs. P-Y. Gautier ; Dans ce sens, l'article 1154-1 de l'avant-projet de réforme des obligations. Le projet va encore plus loin en suggérant dans son article 1371 que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs ».

²⁷⁴ Voir C. Larroumet, *op.cit.*

²⁷⁵ L'obligation de non-concurrence peut faire l'objet d'une exécution partielle, dans la mesure où le salarié a respecté la clause pendant un certain temps avant de la méconnaître. Le salarié conserve alors le bénéfice de l'indemnité au prorata temporis, pendant le temps où il a respecté la clause. Mais il sera bien évidemment privé de la contrepartie pour la période consécutive au manquement.

²⁷⁶ Si la concurrence créée par le salarié à son ancien employeur constitue un trouble manifestement illicite, la formation de référé peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent. Mais le juge des référés ne peut que faire cesser le trouble et non ordonner la résiliation du contrat.

²⁷⁷ En effet, le nouvel employeur qui engage une personne liée par une clause de non-concurrence commet une faute constitutive de concurrence déloyale²⁷⁷ et pourra voir sa responsabilité engagée sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du Code civil. Afin d'assurer le respect de la clause de non-concurrence l'ancien employeur peut cumuler son action en responsabilité contractuelle contre le salarié et l'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur, ayant sciemment embauché le salarié lié par une telle clause. Il appartient à celui qui se prévaut de l'existence de la clause de prouver qu'elle avait été connue du nouvel employeur. V° Cass. com. 7 février 1995 n°92-21816, *D.* 1997 somm. p.105 ; Cass. com. 19 octobre 1999 n°97-15795, *LPA* 19 juillet 2000 p.19 ; Cass. soc. 18 décembre 2001 n°01-10978, *D.* 2002 p.644 note E. Chevrier. Or, même si le nouvel employeur ignorait l'existence d'une telle clause, les juges peuvent alors invoquer une certaine négligence de ce dernier, qui aurait dû s'enquérir de la situation exacte de son salarié. S'il pouvait se référer au certificat de travail, à la mise en demeure que lui aura adressée l'ancien employeur, aux usages de la profession concernée...

²⁷⁸ Cass. soc. 24 janvier 1979 n°77-41536, *D.* 1979 p.619.

En effet, la chambre sociale assimile la contrepartie financière à un véritable salaire²⁷⁹, dispensant le salarié de rapporter la preuve d'un quelconque préjudice. Elle s'apparente donc plus naturellement à un salaire d'inactivité²⁸⁰. La généralisation de cette condition de validité ne permettrait donc pas aux juges d'en réviser le montant mais les autres chambres de la Cour de cassation auraient, comme la chambre sociale, à faire face à un nouveau cas de préjudice automatique.

Toutefois, si un régime commun des clauses de comportement post-contractuel tend à se développer en jurisprudence, permettant ainsi de les regrouper, les chambres de la Cour de cassation ne parviennent pas à s'accorder sur l'exigence d'une contrepartie financière. Alors qu'elle pourrait contribuer à finaliser notre recherche d'harmonisation, l'exigence d'une contrepartie financière généralisée à l'ensemble de ces clauses se fait attendre.

2) La généralisation de la contrepartie financière

96. La justification d'une contrepartie financière. Depuis le spectaculaire revirement de jurisprudence opéré dans les trois décisions²⁸¹ du 10 juillet 2002, la Cour de cassation exige désormais l'existence d'une contrepartie financière comme condition de validité de la clause de non-concurrence. Qualifié de véritable « tsunami²⁸² », ou encore de « tempête²⁸³ » par les commentateurs, la Cour de cassation fondait sa position non seulement sur l'article L.120-2 du Code du travail, aujourd'hui L.1121-1, mais également sur « *le principe fondamental de*

²⁷⁹ Cass. soc. 13 janvier 1998 n° 95-41467, *D.* 25 mars 1999, n°12 p.103 ; Cass. soc. 6 juillet 2000 n°98-15307, *JCP E* 23 novembre 2006, n°47 note G. Vachet ; Cass. soc. 28 novembre 2001 n° 99-46.032.

²⁸⁰ Elle ne pourrait s'analyser en une clause pénale susceptible d'être révisée par le juge en application des dispositions de l'article 1152 du Code civil²⁸⁰. En effet, les juges n'ayant pas le pouvoir de fixer le montant du salaire il semblerait difficile de leur accorder le pouvoir de fixer eux-mêmes le montant d'une contrepartie financière. Cass. soc. 4 juillet 1983 n°80-41906, *Bull. civ. V* n°380 ; Cass. soc. 17 octobre 1984 n°82-41114 et 82-41115 *Bull. civ. V* n°385 ; Cass. soc. 26 mai 1988 n°85-45074 *Bull. civ. V* n°318 ; Cass. soc. 19 juillet 1988 n°85-43179, *Bull. civ. V* n°461.

²⁸¹ Cass. soc. 10 juillet 2002 (3 arrêts) n°00-45135, n°00-45387, n°99-43334, *JCP G* 16 octobre 2002, II, n°42, 10162 comm. Fr. Petit ; *JCP E* 17 octobre 2002, n°42, 1511 comm. D. Corrignan-Carsin ; *Gaz. Pal.* 6 décembre 2002, n°340 p.9 note M. Kehrig ; *LPA* 31 janvier 2003, n°23 p.16 note N. Damas ; *JCP E* 20 mars 2003, n°12 note P. Morvan ; *JCP E* 10 avril 2004, n°15 note C. Masquefa ; *Option Finance*, 4 avril 2005, n°828 p.37, note J-M. Lavallart ; *JCP E* 3 janvier 2008, n°1 note G. Damy. De plus, la Cour de cassation justifiait l'effet immédiat du revirement par le fait que « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ».

²⁸² Selon Y Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, *D.* 19 septembre 2002, n°32 p.2491.

²⁸³ Selon F. Favennec-Héry, Les incidences de la nouvelle jurisprudence sur la clause de non-concurrence, *Sem. soc. Lamy* 21 octobre 2002 p.6.

*libre exercice d'une activité professionnelle*²⁸⁴ », ce qui laissait à supposer une généralisation de la solution. Cette contrepartie financière aurait alors pour finalité de rééquilibrer la relation contractuelle, en renforçant les droits du débiteur face à une obligation de non-concurrence plus souvent subie que librement acceptée²⁸⁵. Pourtant la Cour n'a pas jugé nécessaire d'étendre cette solution aux autres matières et aux clauses remplissant une fonction similaire. Bien au contraire, des décisions montrent que, malgré le revirement de 2002 en matière sociale, tant les clauses de non-concurrence stipulées dans les rapports civils ou commerciaux, que l'ensemble des clauses relationnelles d'application post-contractuelle continuent d'être appréciées selon leurs seules conditions traditionnelles. Contrairement au droit du travail où l'inégalité des parties est présumée, le droit des contrats présumerait en ces domaines leur égalité et l'honnêteté de la clause.

A titre d'illustration, la Cour de cassation refuse d'étendre la jurisprudence adoptée en matière sociale aux agents commerciaux²⁸⁶. Elle se fonde sur la volonté du législateur : « *le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L.134-14 du Code de commerce* ». L'absence de contrepartie financière est donc un choix de politique législative évitant ainsi de faire de ces clauses en droit du travail de véritables clauses de style.

La situation est plus délicate concernant les clauses de non-concurrence contenues dans un contrat de franchise. Malgré une décision de principe établie par la Cour dans le célèbre arrêt Trévisan de 2002²⁸⁷, dans lequel elle reconnaît au franchisé la propriété de sa clientèle, elle refuse de lui verser une contrepartie financière. Elle empêche donc ce dernier d'exercer une activité analogue à celle qu'il exploitait et le prive ainsi de sa clientèle, élément essentiel de son fonds de commerce. Une telle atteinte devrait donc logiquement faire l'objet d'une rémunération²⁸⁸. Certains auteurs préconisent alors le versement d'une indemnité financière

²⁸⁴ Cass. soc. 17 décembre 2004 n°03-40008, *Bull. civ.* V 2004 n°346 ; *D.* 2005, somm. p.2457 obs Y. Auguet ; *Dr. soc.* mars 2005, n°3 p.332 note B. Gauriau.

²⁸⁵ I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse Paris, Litec 2001.

²⁸⁶ Cass. com. 4 décembre 2007 n°06-15137, *RLDA* janvier 2008, n°23 p.44 note C. Anadon ; *RTD com.* juillet 2008, n°3 p.615 note B. Bouloc ; N. Mathey, Clause de non-concurrence, *Contrats-conc. consom.* février 2008, n°2 comm. 38 ; pour un mandataire libéral : Cass. civ. 1^{ère} 2 octobre 2013 n°12-22846, *D.* août 2013, n°12 p.23 obs. M. Malaurie-Vignal ; *RLDC* mars 2014, n°113 p.8 note V. Pezzella ; V° pour explications relatives à la cause *infra* n°576.

²⁸⁷ Cass. civ. 3^{ème} 27 mars 2002, n°00-20732, *Bull. civ.* III n°77, *D.* 2002 p.2400 note H. Kenfack ; *Cah. dr. entr.* 2002, n°5 p.20 obs. J-L. Respaud ; *D.* 2002 p.3006 obs. D. Ferrier ; *JCP N* 18 novembre 2002, II, n°10112 note F. Auque.

²⁸⁸ Selon M. Jamin l'indemnité devrait couvrir la perte de clientèle et s'apparenter à l'indemnité d'éviction prévue par le statut des baux commerciaux, Clause de non-concurrence et contrat de franchise, *D. Aff.* 2003

correspondant à une « *fraction déterminée de la redevance initiale versée*²⁸⁹ ». Dans le même ordre d'idées, l'indemnité devrait correspondre en matière de contrat de concession à l'accroissement de la valeur du réseau dû à son labeur, sous forme d'une « *redevance de sortie de réseau*²⁹⁰ ». Aucun obstacle ne se dresse pour empêcher la chambre commerciale d'ajouter cette condition de validité sur le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est pourquoi sa décision s'apparente plus à un choix de politique juridique.

Un raisonnement analogue pourrait être suivi pour le contrat de concession ou le contrat de location-gérance, la cession de parts sociales...

Toutefois, il faut préciser que cette atteinte ne concerne que les clauses de non-concurrence d'origine volontaire, recevant application après l'extinction du contrat, qu'il s'agisse de contrat à exécution successive ou instantanée.

97. Clauses applicables pendant l'exécution du contrat. En effet, les obligations de non-concurrence d'origine légale, telles que celles inhérentes à la cession d'un fonds de commerce ou d'une clientèle civile, ne peuvent être concernées par l'exigence d'une contrepartie financière. Il en est de même des contrats à exécution successive dans lesquels l'obligation de non-concurrence est imposée pendant la durée du contrat, par référence au droit commun des obligations. La garantie d'éviction, l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi des conventions sont autant de fondements permettant de justifier la non-concurrence entre les contractants pendant l'exécution de l'opération contractuelle envisagée. Ainsi, comme il est précisé dans les développements précédents, l'obligation de non-concurrence constitue alors une véritable composante de la relation contractuelle, trouvant sa contrepartie dans les avantages tirés du contrat et non dans le versement ultérieur d'une quelconque rémunération. L'équilibre du contrat ne peut alors être remis en cause sur ce point.

Cependant, il en va différemment des clauses de comportement ayant vocation à se prolonger après l'exécution du contrat.

p.2878 spéc. n°13 ; F-X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Thèse Starsbourg III, Litec 2002 p.83 et s. préconisant une indemnité analogue à celle prévue par l'article L.134-2 du Code de commerce relatif à l'agent commercial.

²⁸⁹ Ph. le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, Litec 2003 n°808.

²⁹⁰ *Ibid* n°318.

98. Clauses applicables après l'exécution du contrat. Afin d'encourager la Cour de cassation à généraliser l'exigence d'une contrepartie financière, certains auteurs, dont M. Ch. Jamin, préconisent le versement d'une contrepartie financière dans tous les contrats où s'instaure une véritable relation de pouvoir et de subordination²⁹¹. Il établit alors une proximité structurelle entre le contrat de travail et le contrat de franchise encore appelé contrat de dépendance²⁹². Or, il semblerait qu'en vertu de l'atteinte portée à la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle subie par l'un des contractants, l'exigence d'une contrepartie financière ne se limite pas aux seuls contrats présentant un lien de subordination. Peut-être serait-il plus juste de se rapporter à l'analyse des civilistes du début du XXème siècle, et d'instaurer cette condition « *lorsque il y a entre les cocontractants une inégalité qui n'a pas permis au créancier de discuter la clause avec son débiteur*²⁹³ ». Nul n'ignore que cette opposition actuelle entre le régime des clauses de non-concurrence insérées dans le contrat et celles insérées dans d'autres contrats ne traduit plus les réalités des activités économiques²⁹⁴.

99. Autres arguments favorables à une généralisation de la contrepartie financière.

La consécration de la liberté du commerce et de l'industrie, et plus généralement de la liberté d'exercer une activité professionnelle milite en ce sens²⁹⁵. La clause de non-concurrence a pour fonction de prévenir le comportement de son débiteur en lui imposant de ne pas entrer en compétition avec son ancien partenaire après l'extinction du contrat. Or, la fonction de la clause de non-concurrence reste identique quelle que soit la nature du contrat qui la contient. Par extension, toutes les clauses étudiées ici, remplissent une fonction identique à la clause de non-concurrence et portent également atteinte à la liberté du débiteur. L'atteinte portée à une liberté du contractant peut donc justifier l'originalité du régime applicable. Dès lors, pourquoi

²⁹¹ A Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. soc.* février 2000, n°2 p.131 et s. ; Ch. Jamin, Clause de non-concurrence et contrat de franchise, *D.* 27 novembre 2003, n°42 p.2578.

²⁹² G. Virassimy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ 1986, spéc. n°109 ; Ph. le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, *op. cit.* n°5.

²⁹³ Voir sur ce point le manuel de *Cours élémentaire de droit civil français* de A. Colin et H. Capitant, Dalloz 3^{ème} éd. 1921 p.14.

²⁹⁴ A. Supiot, *art. préc.* : cet auteur dénonce la création de nouvelles féodalités qui utilisent délibérément des statuts juridiques non salariés afin d'éviter les contraintes du droit du travail, tout en imposant en réalité une dépendance économique.

²⁹⁵ Art. 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

ne pas généraliser le régime juridique applicable à l'ensemble de ces clauses, y compris quant à l'exigence d'une contrepartie financière²⁹⁶.

En effet, la clause de confidentialité porte atteinte, dans une moindre mesure, à la liberté d'exercice de son débiteur. Moins restrictive que la clause de non-concurrence, la clause de non-rétablissement ou de non-réaffiliation limite le champ d'action post-contractuelle de son débiteur et donc sa liberté d'exercer son activité professionnelle. La clause de non-sollicitation entrave quant à elle indirectement la liberté du travail du salarié. En effet, rien n'empêche ce dernier de se faire embaucher par un concurrent à l'exception des clients de son employeur liés par une clause de non-sollicitation. Cependant, l'atteinte à la liberté du débiteur n'est pas moins consommée du fait qu'il ne participe pas à ce montage juridique où son accord n'est pas nécessaire. La position de la jurisprudence n'est sur ce point pas arrêtée. Certains arrêts en ont conclu que la clause de non-sollicitation n'était pas soumise à une contrepartie financière à la différence de la clause de non-concurrence²⁹⁷, alors que d'autres ont semblé l'exiger²⁹⁸.

Une solution générale peut alors être trouvée dans la mesure où les clauses relatives au comportement post-contractuel des contractants ont toutes des effets directs sur la liberté du contractant visé. Si leur validité ne fait pas de doute, elles doivent néanmoins prendre en compte la liberté d'expression, du travail, du commerce et de l'industrie, ou encore la vie privée du contractant. Toutes ces clauses limitent directement ou indirectement la liberté du travail de son débiteur et devraient à ce titre bénéficier d'une contrepartie financière par analogie aux clauses de non-concurrence en droit du travail.

100. Légitimation de la contrepartie financière. En n'imposant pas le versement d'une contrepartie financière à ces clauses dans différentes matières, la jurisprudence souhaite,

²⁹⁶ L'ampleur de l'atteinte portée à la liberté du salarié quant à sa durée, son étendue géographique ou encore les fonctions qu'il exerce, contribue tout autant à l'évaluation de son montant. En droit du travail, la base de calcul de la contrepartie financière est le plus souvent réalisée sur la moyenne des salaires des 12 ou 3 derniers mois. Son montant varie entre un quart et deux tiers du salaire. La somme le plus fréquemment octroyée est la moitié de la rémunération mensuelle brute.

²⁹⁷ Cass. com. 11 juillet 2006 n°04-20438, *Contrats-conc. consom.* novembre 2006, n°11 comm. 232 obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD civ.* 2007 p.111 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. com. 13 juin 2007 n°06-41753 ; *Contrats-conc. consom.* octobre 2006, n°10 p.26 note M. Malaurie-Vignal ; CA Lyon 12 juillet 2005 n°04/00669, *JCP E* 2006, 1609, obs. Ph. Stoffel-Munck, *JCP E* 2006, 1895, n°8 obs. M. Vivant et alii.

²⁹⁸ Cass. com. 10 mai 2006 n°04-10149 *Contrat-conc. consom.* septembre 2006, n°8 comm.164 note M. Malaurie-Vignal ; *JCP E* 7 septembre 2006, n°36, 2298 note R. Vatinet ; *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.111 obs. J. Mestres et B. Fages.

semble-t-il, restreindre leur expansion. En effet, le critère de proportionnalité ayant été largement admis comme condition commune de validité des clauses de non-concurrence, son respect est moins facilement assuré en l'absence de contrepartie financière. Intervenant indirectement dans l'appréciation du critère de proportionnalité, l'absence de contrepartie entraîne inévitablement une diminution quantitative de la licéité des clauses de non-concurrence et favorise le principe de libre concurrence au sein du marché. Dès lors, le moindre déséquilibre entre les intérêts des parties en présence entraîne la nullité de la clause. Il s'agit donc d'une solution à deux vitesses car les débiteurs d'une telle clause sont moins nombreux mais ils sont alors placés dans une situation défavorable puisque privés de toute contrepartie. Il semblerait donc que l'insertion systématique d'une contrepartie financière ne produise pas plus d'effets néfastes sur la concurrence. Les créanciers de non-concurrence hésiteront alors à insérer une telle clause dans le contrat du fait de son coût financier, ce qui entraînera également une diminution quantitative de ces clauses et un renforcement qualitatif de celles reconnues licites. Si pour des raisons de politique législative une contrepartie financière est exigée en droit du travail, il n'est pas légitime, qu'à défaut ces clauses puissent devenir de véritables clauses de style dans les autres matières. Répondant à un régime juridique unique, les clauses de non-concurrence permettront d'harmoniser et d'équilibrer les atteintes subies par les différents acteurs économiques.

Certains de nos voisins européens l'ont déjà compris et intègrent dans leurs législations, le versement d'une contrepartie financière comme condition de validité de la clause de non-concurrence. Au regard des enjeux sociaux et économiques, il est à regretter que les pouvoirs publics ne soient pas encore intervenus.

Conclusion du Chapitre I

101. Les fondations contractuelles. Si nombre d'auteurs s'accordent pour reconnaître que le contrat se caractérise principalement au regard des obligations qu'il renferme, il est néanmoins nécessaire de procéder à l'analyse des clauses qui l'entourent.

Servant directement le contrat et ses obligations, les clauses d'origine légale et les clauses d'aménagement contractuel sont les premières clauses sur lesquelles s'interrogent les parties lors de la formation du contrat. La primauté de ces clauses dans la réflexion contractuelle s'explique par la fonction qu'elles exercent. En effet, les clauses légales constituent le socle de la relation contractuelle et s'imposent aux parties dans la détermination de la nature et de la qualification du contrat. Cette première catégorie de clauses indispensables à l'encadrement législatif du contrat et à l'assurance d'une certaine protection des contractants a une véritable unité malgré la diversité de leur contenu et de leurs effets. Si les mentions obligatoires imposées par la loi permettent une identification des parties et laissent poindre la volonté de ces dernières en complément du contenu des éléments qu'elles imposent, les formules légales commandent, quant à elles, la reproduction de dispositions dans le contrat et ne laissent aucune liberté aux parties. Néanmoins, elles informent celles-ci des règles impératives à respecter et exercent une même fonction d'encadrement de la relation contractuelle. Non dénuées d'effets juridiques, elles constituent un élément du contrat à part entière. Elles revêtent ainsi un caractère contractuel dès lors qu'elles sont insérées dans le contrat ou identifiées par une clause de renvoi. Il n'existe pas d'incohérence à qualifier de contractuelles des clauses ou obligations dont l'origine est légale ou jurisprudentielle. Cette incorporation découle de l'article 1135 du Code civil qui consacre le phénomène d'enrichissement du contenu des conventions en dehors de la volonté des contractants²⁹⁹.

De plus, les clauses légales sont suffisantes à la formation du contrat dans la mesure où rien n'interdit que le contrat se limite à ces dispositions. L'exemple classique des statuts de société démontre ainsi que ceux-ci doivent impérativement reprendre les mentions obligatoires de l'article 1835 du Code civil, sans exiger de précisions supplémentaires, nécessaires à leur validité. Cependant, il est rare que les parties se contentent de ce socle légal préétabli.

²⁹⁹ J-P. Chazal, *Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?* in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p.99 spéc. p.110.

102. Les adaptations contractuelles. Désireuses d'adapter leurs relations contractuelles à leurs propres exigences, les parties associent généralement à leurs obligations respectives, des clauses subjectives marquant ainsi le contrat de leur empreinte personnelle. Ces clauses pouvant être qualifiées de « clauses satellites » accompagnent les obligations principales dont elles complètent, étendent, restreignent ou modulent le contenu, la portée et les effets. Or, si l'objet des clauses d'aménagement du rapport obligationnel reste très variable, puisqu'il détermine soit la quantité, la qualité, le prix ou encore les délais, rendant difficile leur harmonisation, ces clauses répondent néanmoins à une même fonction permettant ainsi de leur appliquer des règles communes. Véritables normes de comportement, les clauses qualifiées de clauses d'aménagement relationnel se révèlent, quant à elles, plus homogènes notamment lorsqu'elles sont destinées à prendre effet après l'extinction du contrat. L'idée d'une harmonisation de leurs conditions de validité et de leurs éventuelles sanctions a donc pu être avancée sous réserve d'une modulation de leurs effets sur la liberté d'exercer une activité professionnelle.

Bien que la jurisprudence n'établisse actuellement que des rapprochements ponctuels entre ces clauses, la confrontation de leur fonction et de leurs effets permet ici de démontrer que des règles communes aux clauses exerçant une même fonction existent, contribuant ainsi à la création d'un régime juridique propre à chaque catégorie fonctionnelle de clauses.

Chapitre II : Les clauses de gestion des risques

103. L'opération contractuelle constitue en elle-même le premier grand risque pour les parties³⁰⁰. La recherche d'une certaine sécurité financière représente la principale source d'inquiétude pour les contractants, or elle ne peut être atteinte en dehors de tout encadrement contractuel fiable. En effet, la gestion contractuelle des risques³⁰¹ implique nécessairement une protection juridique guidée par les considérations pécuniaires. Face à la multitude d'évènements susceptibles de perturber le déroulement de la relation contractuelle, les parties se doivent donc de prévoir des techniques juridiques propres à aménager les conséquences d'un bouleversement des circonstances. Ces techniques sont principalement utilisées dans le cadre des contrats à long terme, plus vulnérables aux changements de circonstances. De nombreuses clauses peuvent dès lors être insérées en vue de garantir l'adaptation et la sécurisation du lien contractuel. En effet, les risques sont multiples et sont susceptibles d'intervenir tout au long de l'exécution du contrat, voire après son extinction. Ils peuvent provenir de multiples sources prises en matière sociale³⁰², fiscale³⁰³ ou encore environnementale³⁰⁴. La preuve constitue également un générateur important de difficultés. Le contrat est « un pari sur l'avenir » et celui de la preuve³⁰⁵ est plus qu'incertain. Le risque

³⁰⁰ B. Oppetit, *Développement économique et développement juridique*, in Mélanges A. Sayag, Litec 1997 p.74 et s. ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat : contribution à l'étude d'une hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse Paris I, LGDJ 2004 n°7 et s. ; H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, Thèse Aix-en-Provence, PUAM 2011 p.87 et s. p.113 et s.

³⁰¹ J.-M. Mousseron, *La gestion des risques*, *RTD civ.* 1988, p. 481 ; A.-C. Martin, *L'imputation des risques entre contractants*, Thèse Montpellier I, LGDJ 2009.

³⁰² M-Th. Join-Lambert, *Les « nouveaux risques »*, *Dr. soc.* septembre 1995, n°9 p.779 ; Fr. Loncle, J. Robert, J.-C. Pasti et alii, *Table ronde, LPA* 13 décembre 2000, n°248 p.16.

³⁰³ R. Gouyet, *La location gérance : un mode de gestion fiscale à part entière*, *JCP N* 6 juillet 2001, n°27 ; M. Cozian, *Des risques encourus à négliger l'immatriculation d'une société*, *LPA* 9 janvier 2001, n°6 p.3.

³⁰⁴ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF 3^{ème} éd. 2011, n°547 et s. ; I. Desbarats, G. Jazottes et V. Vidalens, *Entreprise et développement durable*, Lamy coll. Axe droit 2011, n°41 s. ; M. Boutonnet, *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, *RDC* juillet 2012, n°3 p.932 ; M. Boutonnet et M. Mekki, *Contrats et développement durable*, *RDC* juillet 2012, n°3 p.907 ; *La coloration environnementale des obligations contractuelles*, *RDC* octobre 2012, n°4 p.1305 ; *Le contrat de bail confronté au droit des déchets*, *RDC* avril 2013, n°2 p.651 ; Fr. G. Trébulle, *Passifs environnementaux*, *Environnement* avril 2013, n°4 p.30 ; Cass. civ. 10 avril 2002 n°00-17874, *RD imm.* 2002 p.371 note Y. Jégouzo et F-G. Trébulle ; Cass. civ. 2 avril 2008 n°07-12155 et 07-13158, *Environnement* mai 2008, comm. 83 note M. Boutonnet.

³⁰⁵ J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse 1980, spéc. p.20 et s. ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Thèse Paris, LGDJ 1994 spéc. n°128 et s. p.203 et s. ; D. Ferrier, *Preuve et contrat*, in Mélanges M. Cabrillac Litec 1999 p.105 et s. ; J-fr. Cesaro, *Le doute en droit privé*, Thèse Paris Panthéon-Assas, LGDJ 2003, spéc. n°115 et s. p.180 et s. ; V. Depadt-Sebag, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve*, sous la dir. De C. Puigelier, Economica coll. Etudes juridiques t.19, 2004 p.13 et s. ; B. Teyssié, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, Economica coll. Etudes juridiques t.19, 2004 p.73 et s. ; L. Cadiet, *La preuve*, in *La procédure civile mondialisée*, sous dir. De Fr. Ferrand, Ed. juridiques et techniques

probatoire est alors contractuellement appréhendé dans un souci majeur de prévisibilité d'un procès potentiel. L'aménagement de la preuve et particulièrement le risque dont elle est porteuse nécessite une étude à part entière ne pouvant être réduite à des considérations principales sous peine de présenter une analyse incomplète. Ne pouvant être seulement perçue à travers une analyse générale, elle sera donc écartée de nos propos. Néanmoins, certaines de ses implications dans les mesures contractuelles d'anticipation ou d'éviction du procès seront traitées lors de l'examen des clauses de résolution des litiges.

La diversité des risques susceptibles d'affecter le contrat étant indénombrable, il était nécessaire de restreindre notre champ d'analyse afin d'optimiser le classement des clauses relatives à la gestion des risques. Deux objectifs peuvent être recensés permettant de révéler avec une plus grande clarté les différentes fonctions et effets produits par ces clauses. Les contractants peuvent, quelle que soit la nature du risque encouru, prévoir dès la rédaction de leur contrat des clauses destinées à être mise en œuvre avant la survenance du risque, dans un pur souci d'anticipation et de prévention (Section I). En revanche, si l'inexécution d'une obligation contractuelle venait à être constatée malgré la présence de clauses de prévention, la responsabilité de chaque protagoniste, préalablement établie, doit alors être mise en œuvre. Ici encore les parties disposent de techniques contractuelles propres à assurer la répartition des responsabilités. Cette seconde catégorie de clauses dont la fonction consiste à aménager les conséquences de l'inexécution mais surtout à fixer contractuellement l'attribution des responsabilités doit être envisagée (Section II).

Section I : Les clauses de prévention des risques

104. Les conditions d'exécution peuvent se trouver profondément modifiées par un changement important des circonstances non prévisibles pour les parties au moment de la conclusion du contrat. Deux types de situation peuvent alors être envisagés pour construire une classification des clauses relatives à la gestion des risques. Le premier type correspond aux changements de circonstances provoqués par les parties elles-mêmes. Directement issus

2004 spéc. p.119 et s. ; D. Jacotot, *Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve*, in *Au cœur des combats juridiques*. Pensées et témoignages de juristes engagés, sous dir. d'E. Dockès, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, Actes 2007 p.277 et s. ; A-L. Sidony et E. Barbier de la Serre, *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit commercial de la concurrence : pour un changement de perspective*, *RTD eur.* 2007 p.205 et s.

de l'environnement contractuel, ces risques seront alors dénommés « risques internes » à la relation contractuelle, et seront appréhendés par des clauses contractuelles assurant simplement une protection contre les risques liés à l'inexécution du contrat (§1). Ainsi, elles doivent être différenciées de celles relatives à l'aménagement du rapport obligationnel car contrairement à ces dernières elles ne portent pas sur les modalités d'exécution de la prestation, mais bien sur les risques susceptibles d'affecter son exécution. Bien qu'associées par les tribunaux, ces clauses doivent être ici étudiées séparément pour une meilleure compréhension de leurs effets.

Aussi, une seconde série d'hypothèses doit être soulevée par la survenance d'une crise économique, d'une dévaluation monétaire, et plus généralement de tout événement imprévisible par les parties, extérieur à leur volonté et entraînant un bouleversement, au moins temporaire, de l'économie du contrat. Cependant loin d'être reconnue par le droit privé français, l'imprévision oblige les juristes et les praticiens à faire preuve d'imagination pour pallier cette carence. Face à ces risques qualifiés « d'externes », l'emploi de clauses particulières peut se révéler être la solution la plus appropriée (§ 2).

§ 1 : La gestion des risques internes

105. Tous les risques ne proviennent pas d'événements extérieurs aux parties. Les risques d'inexécution des obligations contractuelles peuvent être directement issus de la relation contractuelle et du comportement des contractants. Les clauses étudiées ici ont donc toutes pour fonction d'organiser la gestion des risques internes susceptibles d'affecter la relation contractuelle, mais toutes ne peuvent être classées dans une même catégorie au regard de l'objet qu'elles renferment et des effets qu'elles produisent. Les deux éléments sur lesquels les contractants interfèrent principalement sont les risques liés au paiement du prix convenu et à la stabilité du patrimoine du débiteur. L'effet de ces clauses diffère également quant à l'atteinte qu'elles portent à la liberté du débiteur, et particulièrement à sa liberté patrimoniale. Proposer des règles communes applicables à chaque catégorie implique alors d'opérer une distinction entre les clauses anticipant les changements de situation contractuelle par l'adaptation du prix (A), et celles autorisant le créancier à agir sur le patrimoine de son débiteur (B).

Bien que la tendance actuelle dirigée vers l'approche fonctionnaliste des suretés constitue une source d'inspiration, ces dernières, dotées d'un régime particulier et établi ne seront pas directement abordées.

A) Les clauses préventives de prix

106. Les clauses de gestion des risques relatives à l'ajustement des prix ne se limitent pas à cette composante. Le choix d'une approche réalisée sous l'angle du prix renferme en réalité tous les éléments internes susceptibles d'entraîner sa variation. Dès lors, l'inexécution totale ou partielle de l'obligation principale, la modification des prestations, les retards de paiement, l'évolution de la concurrence, ainsi que toutes les solutions envisageables ayant une influence directe sur l'évolution du prix peuvent donner lieu à la mise en œuvre de clauses dites d'adaptation contractuelle (1). Malgré l'absence d'atteinte portée à la liberté du débiteur par ces clauses contractuellement négociées, les contractants ne leur sont pas toujours favorables. Elles sont généralement primées par des clauses dont la finalité première est guidée par la rentabilité financière. En revanche, les contrats internationaux à forte inspiration anglo-saxonne contiennent fréquemment des clauses d'ajustement dont il serait opportun de s'inspirer, dans la limite de leur conformité aux principes du droit français des contrats (2).

1) Les clauses d'adaptation contractuelle

107. Les risques concernés. Les clauses dites « d'adaptation du contrat » assurent une protection contre les risques liés aux conditions d'exécution du contrat. Elles ont pour fonction de prévoir, dès la rédaction du contrat, les risques internes susceptibles de paralyser la relation contractuelle ou d'en déséquilibrer gravement les prestations. Cette dénomination peut être employée pour désigner toutes les clauses permettant aux parties d'adapter les stipulations de leur contrat suite à un changement des circonstances contractuelles. Ces modifications peuvent donc résulter soit de faits prévisibles liés à l'évolution du marché, soit de leurs propres faits, voire de leur propre volonté. Ce changement de situation interne peut être provoqué par la mauvaise exécution ou l'absence totale, ou partielle, d'exécution par l'une des parties de ses obligations relatives à la prestation, au paiement, ou aux délais à respecter. Toutefois, l'existence d'une faute n'est pas requise. L'incident n'implique pas nécessairement la mauvaise volonté ou la mauvaise foi de celui par qui la difficulté survient. La perturbation doit être objectivement constatée. L'efficacité tant rédactionnelle que juridique de ces clauses consiste alors à pallier à toutes les hypothèses envisageables.

Or, s'il est impossible de prévoir l'imprévisible, les risques internes de l'opération contractuelle sont généralement bien maîtrisés par les professionnels, rompus à ce genre de difficultés. En effet, non seulement les aléas et les risques font partie intégrante de la culture

contractuelle, mais les parties cherchent également à protéger le contrat par des clauses adaptées à l'ensemble des risques potentiellement connus ou encourus. Chaque contractant refuse d'anticiper la réalisation du risque, pensant que sa survenance peut lui être favorable si aucune adaptation n'est prévue sur ce point.

108. La suspension du contrat. Parmi ce type de clauses, la clause de suspension du contrat³⁰⁶ reste la plus répandue dans les milieux d'affaires car, souvent rédigée en termes généraux, elle est peu contraignante pour le contractant désireux de profiter du déséquilibre survenu. Ayant pour effet de figer la réalisation des risques propres à l'exécution du contrat, la clause de suspension est une mesure de sauvegarde. Sans modifier le contenu des obligations des parties, elle permet de suspendre leur exécution pendant une certaine durée. Généralement liée à la notion de force majeure³⁰⁷, il est préférable que la clause liste de façon détaillée les événements possibles en vue d'éviter tout conflit quant aux hypothèses de sa mise en œuvre.

Il est sur ce point conseillé aux parties de désigner avec soin les événements susceptibles de mettre en œuvre la suspension de l'exécution du contrat, ainsi que les frais supplémentaires qu'elle entraîne et surtout la durée pendant laquelle elle s'exerce. Afin de s'assurer d'une mise en œuvre de la clause en temps utile, les parties peuvent également prévoir une clause de « contravention anticipée³⁰⁸ ». Elle instaure une obligation d'information à la charge de celui

³⁰⁶ J-M. Mousseron, *op. cit.* ; Les contrats de financement soumis à la loi française contiennent également ce type de clause sous la dénomination explicite de « clause de Clean-up Period ». Mais à la différence de la version française, cette clause permet au contractant qui n'a pas exécuté son engagement, de procéder à sa régularisation. Il n'y a alors qu'un seul pas vers la révision contractuelle.

³⁰⁷ P-H. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse Montpellier, LGDJ 1992 ; AP 14 avril 2006 n°02-11168, *RDC* octobre 2006, n°4 p.1207 note G. Viney ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1083 note Y-M. Laithier ; *JCP E* avril 2010, n°13 note E. Chavance ; Cass. civ. 1^{ère} 22 février 2006 n°05-12032, *RDC* octobre 2006, n°4 p.1087 note Y-M. Laithier ; Indépendamment de toute clause, la jurisprudence considère que « la force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé ».

³⁰⁸ Art. 71 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, pouvant être complété par l'article 4.303 des principes du droit européen du contrat élaborés par la Commission O. Lando. Cette disposition accorde au contractant victime de la défaillance une faculté de résiliation en cas de constatation d'une « inexécution essentielle » du contrat. L'« avant-projet » a intégré aux articles 1110 et 1101-1, l'obligation d'information précontractuelle, inconnue du Code civil mais que la jurisprudence a mise à la charge de certains professionnels, tels le contrat médical ou le contrat de consommation (Art. L.111-1 C. consom.). Toutefois, le critère du devoir d'information repose dans l'article 1110 sur un élément purement subjectif : la connaissance par son débiteur de « l'importance déterminante de cette information par l'autre partie ». Une telle formulation revient à vider l'obligation d'information de toute effectivité. L'obligation d'information est limitée « en faveur de ceux qui ont été dans l'impossibilité de se renseigner par eux-mêmes ou qui ont pu légitimement faire confiance à leur cocontractant, ou en raison notamment de la nature du contrat et de la qualité des parties » : P. Sargos, *Aperçus sur la réforme du droit des obligations et de la responsabilité dans le projet Catala*, *Rev. Jur. de l'économie publ.* octobre 2007, n°646 Etude 2 ; les principes de l'Acquis communautaire ont en partie été

qui craint l'inexécution. Néanmoins, une fois la clause de suspension mise en œuvre, ses effets ne peuvent viser l'ensemble des stipulations contractuelles. Là encore, les parties doivent réduire les effets de la clause lors de sa rédaction. Les clauses de confidentialité, de non-concurrence et plus largement toutes les « clauses de comportement » étudiées précédemment doivent être maintenues lors de la période de suspension. On comprend aisément les difficultés qu'engendrerait une suspension totale du contrat, précédant une éventuelle continuation de la relation d'affaires. Ces clauses, et particulièrement celles relatives à la bonne foi et à l'obligation de coopération constituent le fondement imposant contractuellement aux parties de tout mettre en œuvre pour que le délai de suspension du contrat soit réduit. Elles doivent donc perdurer.

De plus, le maintien des clauses dites de comportement s'avère indispensable lorsque pendant cette période, les parties ont recours à des obligations alternatives permettant à l'un ou à l'autre des contractants de procéder à une substitution de prestation au profit d'un tiers ou de recourir à une cotraitance. Une fois la durée de suspension écoulée, les parties pourront décider de reprendre la relation contractuelle, ou de procéder à sa révision, si les faits générateurs de sa mise en œuvre n'ont pas cessé. Or, la poursuite du contrat doit s'inscrire dans une logique de pérennisation et de rentabilité pour les parties. A défaut, il est légitime de se demander si la résiliation du contrat, accompagnée de dommages et intérêts, n'est pas plus efficace que sa révision, ce qui suppose d'accepter que le droit puisse être guidé par un souci de recherche du plus grand profit.

109. Clause du client le plus favorisé. C'est le plus souvent le sentiment qui guide les contractants dans la mise en œuvre de mécanismes d'adaptation du contrat. Nombre de ces

intégrés au projet de Cadre commun de référence. Ainsi, les Art. 2 :201 à 2 :207 des principes Acquis forment, au sein d'un chapitre 2 regroupant les obligations précontractuelles, un *corpus* de règles originales systématisant l'apport du droit communautaire à l'instauration d'une obligation générale d'information précontractuelle. Ce corps de règles compose l'un des apports les plus conséquents du droit communautaire : C. Aubert de Vincelles & J. Rochfeld, Les apports de l'« Acquis communautaire » au cadre commun de référence, *RTD eur.* octobre 2008 p.741 ; Dans les rapports entre professionnels et consommateurs, celle-ci devra être distincte de celle exprimant l'accord au contrat (art. 8). Le professionnel sera également tenu d'une obligation d'information spécifique supplémentaire (art. 9) : il devra commencer par avertir le consommateur de son intention d'appliquer au contrat le régime européen et de lui remettre à cette occasion un avis d'information dont le modèle est annexé au règlement. Cela signifie donc que, concrètement, le choix du nouvel instrument relèvera normalement de l'initiative du professionnel : G. Paisant, La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la commission européenne, *JCP G* 30 avril 2012, n°18 doctr. 560 : dans les rapports entre professionnels et consommateurs l'information devra être distincte de la manifestation expresse de volonté des parties exprimant l'accord au contrat (Art. 8). Le professionnel sera également tenu d'une obligation d'information spécifique supplémentaire (Art. 9).

clauses ne se contentent pas de prévenir la survenance de risques internes mais associent à cette fonction une recherche de compétitivité et de rendement économique. L'alignement des prix sur la concurrence ou des délais de paiement sont alors les principaux éléments soumis à adaptation.

Parmi les plus fréquemment rencontrées, citons la clause « du client le plus favorisé³⁰⁹ », encore appelée « clause d'alignement » ou de « traitement égal ».

Cette dernière a pour objet de permettre à son bénéficiaire d'obtenir de son partenaire qu'il s'engage, pour le cas où il viendrait à conclure un contrat de même nature avec un tiers mais à un prix plus avantageux, à lui faire bénéficier automatiquement de ce prix³¹⁰. Une telle clause ne consiste pas à adapter le contrat à des circonstances extérieures. Contrairement à une clause d'indexation, ses effets restent sous l'emprise du commettant et son automaticité est moins prononcée dans la mesure où il peut refuser de consentir un meilleur prix à un autre de ses clients. La volonté des parties reste donc extrêmement présente. Les juges seront attentifs à ce que les effets d'une telle clause n'affectent pas le fonctionnement ou la structure de la concurrence³¹¹ sur le marché de référence, ce qui entraînerait son annulation.

En effet, le fournisseur qui a généralisé une telle clause dans ses contrats a tout intérêt à s'abstenir de consentir à un nouveau client de meilleurs tarifs pour éviter une modification en cascade des prix consentis à l'ensemble de ses clients. Si l'effet direct d'une telle clause semble donc avantager le bénéficiaire en faisant obstacle à la hausse des prix, sa généralisation produit en réalité l'effet contraire. Cet obstacle pourra être contrarié par l'indétermination³¹² du prix visé à l'article 1591 du Code civil, dans la mesure où les clauses d'alignement de prix restent toujours favorables à leur bénéficiaire et ne permettent pas d'invoquer l'arbitraire du créancier.

110. Clause d'offre concurrente. Il en va ainsi de la clause d'offre concurrente souvent insérée dans les contrats d'approvisionnement à long terme. Cette dernière poursuit la même finalité, à la différence qu'il ne s'agira pas du prix consenti par le fournisseur à un autre client, mais de celui proposé au client par un autre fournisseur. Le fournisseur s'engage donc à

³⁰⁹ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Thèse Paris 2, LGDJ 1987, n°701 p.337 ; G. Virassimy & Ph. le Tourneau, Détermination du prix dans les contrats-cadre de fourniture, *Contrats-conc. consom.* décembre 1993, n°12 p.1.

³¹⁰ J.-M. Mousseron, La gestion des risques par le contrat, *RTD civ.* 1988 p.481 et spéc. n°4 p.484.

³¹¹ Art. 420-1 à 420-3 du C. com.

³¹² Cass. AP. 1^{er} décembre 1995 n°91-19653, *JCP E* 1996, II, 776 note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1996 p.153 note J. Mestre ; *RDC* juillet 2007, n°3 p.976 note L. Grynbaum.

s'aligner sur la concurrence qui n'est pas un facteur extérieur à la relation contractuelle répondant à la définition de l'imprévision. De plus, elle n'a pas pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat mais d'obtenir un ajustement permanent des conditions du contrat en cours d'exécution, afin de permettre au contractant de se fournir aux conditions les plus favorables.

111. Des difficultés communes. Toutefois, des difficultés non négligeables peuvent intervenir lors de la mise en œuvre de ces clauses d'adaptation. La comparaison des contrats consentis par le promettant à l'ensemble de ses clients pose deux types de problème. Tout d'abord, la comparaison ne doit pas s'arrêter au prix établi mais doit s'étendre à l'ensemble des modalités figurant au contrat. Ainsi, la qualité de la chose ou de la prestation fournie, la quantité prévue, les délais de paiement octroyés, les limitations de garanties consenties doivent nécessairement être pris en compte. Faire du prix le seul élément déterminant de la comparaison aboutirait à la création d'une source de conflits insolubles. Il est donc préférable, à notre sens, d'appliquer la clause entre contrats identiques, et à plus forte raison si le bénéficiaire de la clause s'est engagé à des conditions plus strictes que le favorisé. Cela limite fortement les hypothèses de mise en œuvre de telles clauses mais en assure la validité au regard du droit de la concurrence.

L'autre difficulté, intervient en amont. Elle vise la connaissance par le bénéficiaire des stipulations figurant dans les contrats des autres clients du promettant ou celles contenues dans les offres concurrentes faites à son client. L'efficacité de telles clauses commande donc de prévoir un droit de regard sur le contenu des contrats dont le contractant n'est pas partie. Cette immixtion, même limitée à certains documents professionnels, reste peu acceptable et contraire à l'article 1165 du Code civil. De plus, ce droit de regard peut être anéanti face au secret professionnel ou à l'insertion d'une clause de confidentialité. La pratique a alors le plus souvent recours à un expert indépendant³¹³, en charge de décider si la clause d'alignement peut être mise en œuvre. Or, le coût d'une telle opération constitue très souvent un motif de renonciation au bénéfice de la clause, le rapport coût-avantage n'étant pas toujours profitable.

³¹³ H. Dubout, La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises, *BMS* juin 2004, n°6 p.891 ; J-L. Dumont, 2^{ème} thème : les clauses contractuelles débordant du cadre strict des articles 1592 et 1844-4 du Code civil, Colloque : La pratique de l'évaluation irrévocable à dire d'expert, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2009, n°247 p.10 et P. Loeper, 3^{ème} thème : la mise en application des clauses contractuelles et statutaires, définissant la méthodologie d'évaluation, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2009, n°247 p.15 ; Cass. Com. 8 mars 2011 n°10-40069, *JCP E* 23 juin 2011, n°25 note P. Mousseron.

La solution la plus sûre, et la moins attentatoire aux principes contractuels, serait donc d'instituer en complément de telles clauses une obligation de renseignement, d'information à la charge du bénéficiaire de la clause, assortie d'une clause pénale³¹⁴.

112. Les sanctions encourues. Outre, l'effet comminatoire de la clause pénale, en cas de non respect de l'obligation d'information et donc, *a fortiori*, du non-respect de la clause, les sanctions applicables restent classiques. Le bénéficiaire de la clause peut demander des dommages et intérêts mais l'article 1142 du Code civil ne fait plus obstacle à l'exécution forcée de la clause. La Cour de cassation estime désormais que le créancier a droit à l'exécution chaque fois qu'elle est encore possible, et fait même de cette nouvelle solution un remède prioritaire. L'exécution forcée consistera en l'espèce à procéder à l'alignement initialement prévu. Par ailleurs, la résolution du contrat peut toujours être préférée par le contractant victime si le déséquilibre créé s'avère insurmontable.

Le régime juridique appliqué à ces clauses pourrait alors être transposé aux clauses d'adaptation provenant de droits étrangers, renfermant une même fonction et des effets similaires. Encore faut-il s'assurer qu'elles ne contredisent pas les principes essentiels du droit des contrats.

2) Des inspirations anglo-saxonnes

113. Les exemples étrangers. Afin de pallier le défaut, ou du moins le manque de diversité des mécanismes de gestion des risques internes, les praticiens français ont recours aux clauses issues de droits étrangers. Le droit anglo-saxon est alors une source d'inspiration privilégiée pour les juristes français. Une énumération non exhaustive des clauses étrangères d'anticipation des risques, liées à l'exécution du contrat et particulièrement à la modification du prix, permet alors de vérifier leur conformité aux principes français du droit des contrats, ainsi que l'étendue des possibilités laissées à l'imagination créative des praticiens.

114. La variabilité des éléments du contrat. Dans le prolongement des clauses du client le plus favorisé, la clause de benchmarking³¹⁵, fréquemment rencontrée dans les contrats

³¹⁴ W. Cross, *Clausier*, Litec 2008 p.37.

³¹⁵ Issu de l'anglais benchmark : point de référence, repère ; V° également L. Szuskin et J-L. Juhan, Quelques clauses originales venues d'ici et d'ailleurs, *RLDC* mars 2006, n°25, la clause dite de Benchmarking dans les contrats de prestation de services ou comment rendre un contrat compétitif.

d'externalisation de services, organise une comparaison et un ajustement des prix ou des niveaux de services pratiqués par le prestataire avec d'autres clients ou par d'autres prestataires dans des conditions équivalentes. Elle peut donc être envisagée à la hausse ou à la baisse. Son objet est plus étendu que celui des clauses du client le plus favorisé. Néanmoins, sa fonction première reste de favoriser l'adaptation du contrat en permettant aux parties de s'assurer qu'elles bénéficieront de bonnes sinon de meilleures conditions tout au long de l'exécution du contrat.

D'autres exemples peuvent être pris à travers la prolifération des clauses encadrant les risques liés à l'exécution des contrats de financement. Parmi ces derniers, les opérations de LBO (Leveraged Buy-Out) renferment fréquemment des clauses d'adaptation dont la teneur dépend de l'état du marché au moment de la conclusion du contrat et de la capacité de négociation de chacune des parties. Apparues aux Etats-Unis ou en Angleterre, ces clauses commencent à se propager en France³¹⁶. Bien que la flexibilité qu'elles introduisent dans la relation contractuelle soit fortement éloignée de la pratique contractuelle française classique, ce qui pourrait laisser présager de leur invalidité, le principe de la liberté contractuelle consacré par l'article 1134 du Code civil permet dans la plupart des cas de reconnaître leur validité en droit interne, excepté face à certaines lois impératives³¹⁷. Ayant également pour fonction de permettre une adaptation du contrat, elles visent à minimiser les risques d'inexécution de ce dernier afin d'assurer une rentabilité optimale au cocontractant bénéficiaire. Ainsi, les clauses de « Reverse Flex » et de « Market Flex³¹⁸ » imposent à l'arrangeur l'obligation de placer l'emprunt aux conditions les plus favorables à l'emprunteur compte tenu de l'état du marché.

115. La situation de l'emprunteur. Les clauses de « margin ratchet » instituent, quant à elles, une variabilité du taux à la baisse ou à la hausse en cas de modification de la situation financière de l'emprunteur et donc de l'évolution des risques pour ce dernier. Le droit français ne fait pas obstacle à l'admission de ces clauses dans la mesure où elles ne remettent pas en

³¹⁶ Etude – Droits bancaires et financiers comparés par J. Stoufflet, commentaire de diverses clauses insérées dans les contrats de financement d'opérations LBO, série de dispositions présentée par Me Laurent Assaya, *RD banc. et fin.* mars 2008, n°2 Dossier 15.

³¹⁷ Ph. Bonneau, H. Hovasse, J-L. Pierre et D. Vidal, L'adaptation de la législation française et modernisation des activités financières en vue de la troisième phase de l'union économique et monétaire (Loi n°98/546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier), *Dr. soc.* août/septembre 1998 p.4.

³¹⁸ P. Tallot, Le refinancement des sociétés françaises en 2010 : quelles contraintes ? Quelles solutions ? *Option Finance* 11 octobre 2010, n°1095 p.40.

cause la validité du taux d'intérêt. Ici encore, la référence à tout événement extérieur est écartée. L'adaptation est réalisée en fonction de la situation particulière de l'une des parties, l'emprunteur. Il s'agit donc de prévoir les risques pouvant naître du comportement de l'une ou l'autre des parties.

Dans la même optique, les clauses de *Qualifying IPO : Ratings Trigger*³¹⁹ prévoient un allègement des obligations imposées à l'emprunteur en cas d'amélioration de la situation financière de ce dernier. La validité de ces clauses ne pose pas de problème particulier au regard de la liberté contractuelle. Seule une définition suffisamment précise des situations permettant la mise en œuvre des avantages qui en résulteront pour l'emprunteur est exigée par le droit français. Ici encore, le risque repose sur une difficulté née directement de l'environnement contractuel.

Les risques de blocage peuvent également être prévus en cas de mésentente entre les participants. Les clauses *Snooze-and-loose*³²⁰ et *Yank the Bank*³²¹ permettent aux participants d'un contrat de financement d'effectuer des aménagements en cours d'exécution malgré la désapprobation de l'un d'entre eux. La clause *Snooze-and-loose* prévoit qu'en cas de non-réponse d'un participant à une demande d'aménagement, sa participation ne sera pas prise en compte pour déterminer si les prêteurs ont ou non donné leur accord à la proposition qui leur a été soumise. Malgré l'exigence du droit commun de recueillir un accord unanime des parties pour réaliser une modification des termes du contrat, ces clauses semblent parfaitement applicables dès lors qu'elles ont initialement recueilli l'accord de tous les cocontractants.

Une autre technique, beaucoup moins répandue, consiste pour le créancier à anticiper les risques liés à l'exécution interne du contrat en agissant directement sur la composition du patrimoine de son débiteur.

³¹⁹ B. Dondéro, M. Haschke-Dournaux, S. Sylvestre, Les agences de notation, *Actes Prat. & Ingénierie soc.* novembre 2004, n°78 p.5 ; M. Chauvot, La titrisation s'adapte aux besoins des entreprises, *Option Finance* 22 juillet 2002 n°699 p.14.

³²⁰ A. Diesbecq, Ph. Roussel Galle, La prévision et le droit des entreprises en difficulté, *Gaz. Pal.* 29 décembre 2010, n°363 p.8.

³²¹ *Ibid.* p.10.

B) Les clauses de garanties indirectes

116. Plus couramment dénommées clauses de « sûretés négatives³²² », ces clauses dont la fonction est de permettre au débiteur d'intervenir sur le patrimoine de son débiteur, ne peuvent pas être qualifiées de sûretés prises dans leur définition traditionnelle³²³. Elles ne permettent pas au créancier de garantir sa créance sur un patrimoine tiers, ou d'échapper au concours des autres créanciers. Les clauses de sûretés négatives préservent ou renforcent la position du créancier sur le droit de gage général du débiteur plus qu'elles ne lui donnent une préférence. Elles seront ici traitées sous l'angle de la prévention car leur mise en œuvre s'effectue, contrairement aux clauses de responsabilité, avant la survenance du risque. Essentiellement issues du droit bancaire, elles sont particulièrement présentes dans les contrats internationaux de crédit³²⁴. Cependant, rien n'interdit un créancier d'avoir recours à cet instrument de gestion conventionnelle des risques internes pour s'assurer de la stabilité patrimoniale de son débiteur. Ce dernier peut, dès lors, se garantir contre la diminution en valeur ou en nature des éléments d'actifs dont dispose son débiteur et, corrélativement, de l'accroissement du passif. Bien que leurs objets et leurs effets diffèrent quelque peu, elles présentent ainsi la même fonction de sécurisation et de moralisation du droit des affaires que les clauses de garantie de passif³²⁵. Toutefois, à la différence des sûretés traditionnelles, les clauses de sûretés négatives présentent certains avantages quant à leur souplesse d'application, leur discrétion et leur faible coût. Cela s'avère révélateur d'un régime juridique aux contours incertains qu'il est important de préciser. Pour ce faire, deux catégories doivent être distinguées à travers la diversité³²⁶ de ces clauses. En effet, si certaines clauses interdisent

³²² Différentes appellations sont données à ces clauses par les auteurs : « garanties indirectes », « garanties négatives », « garanties fourre-tout », « sûretés économiques », « sûretés spécifiques » ou encore de « pseudo-sûretés ».

¹³ J. Devèze, A. Couret, G. Hirigoyen : *Lamy droit du financement* 2009, n°4769 et s.

³²⁴ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ 2013, n°23.

³²⁵ A. Charvériat, Clause de garantie de passif, *Option Finance* 15 octobre 2007, n°951 p.40 ; H. Lécuyer, La garantie de révision de prix, *Dr. & Pat* novembre 2008, n°175 p.70 ; V. Maugeri, Clause de garantie de passif et obligation d'information préalable, *RLDC* octobre 2010, n°64 p.15 ; Fr. Chénéde, Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles, *RDC* avril 2011, n°2 p.709 ; Cass. com. 4 décembre 2007 n°06-19996, *RTD civ.* janvier 2008, n°1 p.155 note R. Perrot ; Cass. com. 9 juin 2009 n°08-17843, *Dr. soc.* octobre 2009, n°10 p.15 obs. R. Mortier ; Cass. com. 12 juillet 2011 n°10-16118, *RDC* octobre 2012, n°4 p.1275 note A-S. Barthez ; Cass. com. 9 octobre 2012 n°11-21258, *JCP E* 3 janvier 2013, n°1 note J-B. Seube.

³²⁶ La renonciation par le créancier de certains de ses droits sur le débiteur, qu'il s'agisse d'une subordination de créance, fréquemment utilisée dans les crédits participatifs, les financements mezzanine ou d'une exclusion de saisie sélective seront écartés au profit des seules clauses imposant une renonciation au débiteur. Plus généralement recherchées par les créanciers, ces clauses renforcent indirectement leurs droits sur le patrimoine du débiteur. Y. Chaput, *Les clauses de garantie*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* : colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990 PUAM 1990 p.119 spéc. ; L. Faugérolas,

au débiteur de disposer librement d'un droit sans l'accord de son créancier (1), d'autres ne mettent à sa charge qu'un devoir de renseignement (2).

1) Les clauses de sûretés négatives

117. Elles ne se limitent pas à la seule interdiction faite au débiteur de constituer des sûretés en faveur d'un tiers. Le champ d'application des clauses de sûretés négatives s'avère plus étendu. Dans son acception large, les clauses de sûretés négatives interdisent au débiteur, généralement l'emprunteur ou la caution, de disposer de certains droits réels ou de contracter des engagements personnels sans l'accord du créancier ou, tout le moins, sans l'en informer au préalable. Si toute négation des droits concurrents fait naître une garantie pour le créancier, il est possible d'établir des sous-catégories au regard de leur objet et de leurs effets sur la liberté patrimoniale du débiteur. Ainsi, les clauses imposant au débiteur une renonciation de certains de ses droits réels portent atteinte à ses libertés patrimoniales, à l'image des clauses d'inaliénabilité ou de l'interdiction de constituer une hypothèque (a). Dans une moindre mesure, les clauses imposant une renonciation des droits personnels ont une influence moins importante sur la liberté du débiteur et doivent dès lors être appréhendées avec plus de souplesse (b).

a) Renonciation du débiteur à un droit réel

118. Recherche d'un régime juridique. Les clauses de sûretés négatives, dont l'objet est d'interdire au débiteur de faire sortir de son patrimoine un bien déterminé en lui interdisant d'accomplir certains actes de disposition ou d'administration, se doivent de répondre à un régime juridique adapté. L'atteinte générée par ces clauses peut porter sur une large diversité de droits réels du débiteur. En pratique, leur manifestation la plus attentatoire à la liberté du débiteur résulte de l'insertion de clauses d'inaliénabilité. Répondant à une même fonction et produisant des effets similaires, elles constituent alors un terrain propice à l'élaboration d'un

La subordination des créances, Mélanges J. Derrupé, Litec 1991 p.227 ; B. Mercadal, *Droit commercial* : mémento Lefebvre 2014 n°58221 ; Clause de renonciation : Ph. Billot et J-N. Pontier, Brèves réflexions sur certaines clauses de renonciation, *RD banc. et fin.* septembre 2001, n°5 p.331 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit des sûretés, *JCP G* 2 avril 2003, n°14 ; C. Delobel, Clause de renonciation anticipée et obligation essentielle, *JCP G* 21 novembre 2011, n°47 ; D. Martel, Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution, *D.* 11 juillet 2013, n°25 p.1728 ; Clause d'insaisissabilité : Cass. com. 13 mars 2012 n°11-15438, *Gaz. Pal.* 25 mai 2012, n°146 p.27 note J. Théron ; Ph. Delebecque (Ph.), La constitution d'une sûreté sur un bien frappé d'une indisponibilité conventionnelle, *RLDA* octobre 2013, n°86 p.85.

régime juridique propre aux clauses de sûretés négatives. Les clauses d'inaliénabilité, tout comme la renonciation du débiteur à exercer l'un de ses droits, généralement de constituer une hypothèque, ont pour fonction d'empêcher la dilapidation de son patrimoine par une forte limitation de la liberté patrimoniale du débiteur.

La clause d'inaliénabilité est généralement présentée comme une stipulation contractuelle ayant pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien d'en transférer librement, à titre gratuit ou onéreux, la propriété et plus largement de faire sur ce bien, objet de la clause, un quelconque acte de disposition. La clause d'inaliénabilité se présente donc comme la manifestation la plus significative mais aussi la plus générale de ce type de sûretés négatives³²⁷. En effet, face au manque d'efficacité de certaines sûretés, principalement en cas de procédure collective, les créanciers sont souvent tentés de recourir à l'inaliénabilité pour sauvegarder leurs droits.

119. Clause de référence. Alors que l'ancien droit considérait l'inaliénabilité conventionnelle antiéconomique, car contraire à l'intérêt général et à la libre circulation des richesses, le législateur de 1804 a prévu une application du dispositif législatif aux seules libéralités. La jurisprudence a alors progressivement étendu sa validité aux actes à titre onéreux³²⁸ dès lors qu'elle répond à la double condition de durée et d'intérêts sérieux et légitimes.

Principalement insérée dans les contrats de concession exclusive, de distribution sélective, de prêt et plus rarement dans les contrats de vente, elle intervient dans le même champ d'application que les clauses de sûretés négatives. Quoique la doctrine et la jurisprudence aient raisonné à propos des seuls immeubles, l'argumentation reste la même pour les meubles. L'inaliénabilité peut également viser des créances ou des biens futurs. A l'image des clauses de sûretés négatives imposant une renonciation, les clauses d'inaliénabilité ne dépendent pas directement de la nature de l'engagement principal qu'elles accompagnent.

³²⁷ Le non-transfert de propriété doit être pris en compte dans l'application des clauses d'inaliénabilité. En effet, les clauses instituant un transfert de la propriété en faveur du créancier ou entraînant un transfert de la possession sans transfert immédiat de la propriété telles que la clause de réserve de propriété ont des conséquences plus dures que la clause d'inaliénabilité.

³²⁸ Cass. civ. 1^{ère} 16 février 1953, S. 1953 p. 282 ; Cass. civ. 1^{ère} 20 avril 1858, S. 1858 I p. 154 ; Ph. Simler, *D.* 1971 Législ. 417 ; Cass. civ. 1^{ère} 31 octobre 2007 n°05-14238, *RLD com.* 2008 n°2824, *RLDC* 2008 p. 57 obs. V. Perruchot-Triboulet ; *RDC* avril 2008, n°2 p. 249 obs. Y-M. Laithier ; *D.* 3 avril 2008, n°14 p. 963 note A. L. Thomas-Raynaud ; *Deffrénois* 2008, 1064 note R. Mortier.

De plus, tout comme ces dernières, la clause d'inaliénabilité renferme une obligation de ne pas faire, nécessairement accessoire d'une opération qui la dépasse dans ses finalités. Ce caractère trop souvent oublié constitue un rempart indispensable à l'organisation par le débiteur de sa propre insolvabilité. Le propriétaire ne peut, de par sa seule volonté, frapper d'inaliénabilité ses propres biens et ainsi réduire ou anéantir le droit de gage général des créanciers³²⁹. Cependant, l'importance accordée à ce caractère accessoire ne doit pas occulter les conditions imposées pour qu'une clause d'inaliénabilité soit conforme à l'ordre public³³⁰.

120. Un régime juridique adapté. Au regard des similitudes constatées, quant à leur fonction et leurs effets, la double condition de validité imposée par la jurisprudence à la clause d'inaliénabilité pourrait alors être généralisée à l'ensemble des clauses de sûretés négatives, ayant pour effet d'interdire au débiteur de disposer librement de certains de ses biens par l'effet d'une renonciation. Le respect de ces conditions permettrait d'outrepasser l'hostilité des articles 537 et 544 du Code civil et d'éviter l'annulation de telles clauses pour non-respect de l'ordre public économique. Toutefois, une adaptation de ces conditions de validité à la vie des affaires doit être réalisée.

121. Des conditions communes de validité. Face à l'imagination des praticiens, il n'existe pas d'appréciation jurisprudentielle standardisée permettant de caractériser l'intérêt sérieux et

³²⁹ Certes, le législateur permet depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, aux entrepreneurs individuels de faire une déclaration notariée d'insaisissabilité de leur résidence principale par dérogation au droit de gage général des créanciers. Cette insaisissabilité a par ailleurs été étendue par la loi LME à l'ensemble du patrimoine foncier bâti ou non bâti de l'entrepreneur individuel non affecté à un usage professionnel par le déclarant. Cette loi prévoit désormais que l'entrepreneur individuel puisse opérer une renonciation partielle de sa déclaration d'insaisissabilité. Une telle clause de renonciation, voulue par le créancier et acceptée par le débiteur, conduit à une rupture de l'égalité entre les créanciers chirographaires, tout comme c'est le cas en présence d'une clause d'inaliénabilité.

³³⁰ Aux regards de cette double condition, l'inaliénabilité même temporaire est tout d'abord illicite si elle porte sur des biens composant la réserve héréditaire du gratifié, celle-ci devant lui parvenir libre de charges et en pleine propriété. De plus, la clause ne peut être prévue pour la vie entière du gratifié : Req. 19 mars 1877, *DP* 1879. 1. 455 rapp. Barafort ; Req. 13 juillet 1938, *JCP G* 1939. II. 942 ; CA Bordeaux 8 juin 1959, *D.* 1959 somm. 113, *JCP G* 1960. II. 11638 note Y. Guyon ; pour la vie entière du donateur : Cass. Civ. 1^{ère} 8 janvier 1975, *Defrenois* 1975 Art. 30907 p.524 note A. Ponsard ; pour une durée fixe dès lors que le terme ne correspond pas à la durée de vie probable du gratifié, TGI Rochefort-sur-Mer 20 octobre 1993, *RG* n°94/296 ; l'interdiction d'aliéner peut également être indéfinie à condition d'être limitée dans ses effets, CA Paris 4 octobre 1971, *Gaz. Pal.* 1971. 2. 813 note X. Cabannes. Par ailleurs, l'inaliénabilité doit assurer la sauvegarde d'un intérêt légitime. Il convient de noter que les décisions intervenues témoignent d'un libéralisme moins hostile qu'autrefois aux clauses d'inaliénabilité, CA Toulouse, 16 janvier 1907, *S.* 1908. 2. 133 ; l'inaliénabilité peut être conçue dans l'intérêt du gratifié, Req 16 janvier 1923, *S.* 1923. 1. 107 ; dans l'intérêt du donateur, Cass. Civ. 1^{ère} 20 juillet 1982, *RTD civ.* 1983, 376 obs J. Patarin ; dans l'intérêt de tiers, Cass ; civ. 1^{ère} 16 mars 1903, *S.* 1905, I, 513 ; Ces conditions prévues par la loi n°71-526 du 3 juillet 1971 doivent être conciliées avec la libre circulation des biens et la liberté contractuelle qui chercherait à la limiter.

légitime d'une telle clause. Les juges vont s'efforcer de rechercher si, au regard des avantages et inconvénients générés par de telles clauses, l'ordre public économique n'est pas troublé. Le créancier ne peut se contenter d'invoquer le simple intérêt de la conservation des biens dans le patrimoine du débiteur. L'intérêt légitime doit être caractérisé par la sécurisation de l'opération financière, proportionnellement aux enjeux qu'elle renferme et au respect de l'autonomie patrimoniale générale du débiteur. Ainsi, de telles clauses ne peuvent porter sur l'ensemble des biens du débiteur ou lui empêcher toute possibilité de crédit pour l'avenir, voire de valorisation de ses actifs. La précision dans la rédaction de la clause et le respect de la proportionnalité³³¹ des enjeux semblent être les deux facteurs essentiels pour caractériser l'existence d'un intérêt sérieux et légitime. Il s'agit donc de vérifier si la clause portant l'inaliénabilité d'un bien répond aux intérêts légitimes tant de son créancier que de son débiteur.

La reconnaissance de leur validité sera d'autant plus facilitée lorsque la clause d'inaliénabilité intervient en complément d'une sûreté réelle classique et particulièrement lors d'une constitution d'hypothèque. Dans ce cas, les juges du fond s'accordent pour reconnaître que l'inaliénabilité garantit valablement les droits du vendeur.

Le critère de proportionnalité intervient également dans l'appréciation de la durée. Cette dernière doit être en adéquation directe avec l'intérêt légitime. Outre le principe de droit commun interdisant les engagements perpétuels³³², la fixation de la durée de ces clauses ne peut être appréciée en comparaison avec la durée des clauses d'inaliénabilité figurant dans les libéralités. La durée doit être déterminée, ou du moins déterminable, soit par l'échéance prévue dans l'opération de crédit, soit par l'échéance de la relation d'affaires³³³.

122. Des sanctions communes. La généralisation des conditions de validité à cet ensemble de clauses s'accompagne également d'un régime de sanctions comparables. La généralisation des sanctions s'explique cette fois par la nature juridique et l'effet des sûretés négatives.

Ainsi, les clauses d'inaliénabilité et les clauses de renonciation à un droit réel, dont le débiteur est titulaire, peuvent à notre sens s'analyser à travers la consécration d'une obligation

³³¹ D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *LPA* 30 septembre 1998, n°117 p.12 ; N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in colloque, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n°117 p.21 ; H. Lécuyer, Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat, *LPA* 30 septembre 1998, n°198 p.31.

³³² J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, Thèse Lyon, LGDJ 1969, n°33 et s. p.25.

³³³ Art. L.227-13 C. com prévoit une durée maximale de 10 ans pour les SAS.

personnelle. La doctrine classique s'appuie sur l'indisponibilité créée par ces clauses pour se prononcer en faveur de la nature réelle des clauses d'inaliénabilité stipulées dans les actes à titre gratuit. D'autres les envisagent comme un démembrement du *jus abutendi*. Enfin, selon le doyen Voirin, c'est l'intention clairement exprimée des parties qui déterminera la nature de la clause. La fonction attachée à ces clauses n'a pas pour finalité d'accorder aux créanciers un pouvoir indépendant sur la chose elle-même. Le créancier désire seulement restreindre les actes que peut accomplir le débiteur de par sa seule volonté. L'inaliénabilité ne se conçoit donc pas abstraitement par rapport aux biens³³⁴ mais par rapport à la personne du débiteur. Par ces clauses, le débiteur contracte une obligation personnelle de ne pas aliéner. Plus précisément, il convient de dire que les clauses d'inaliénabilité ou de prohibitions de sûretés réelles sont des droits personnels « *mélangés de réalité*³³⁵ ».

La nature de l'obligation contenue dans ces clauses détermine alors le régime des sanctions applicables.

123. Des sanctions adaptées. Le non-respect de ces conditions de validité entraîne la nullité de la clause en vertu de l'article 1172 du Code civil. Mais, cette nullité ne saurait affecter l'acte entier. Les clauses de sûretés négatives restant des garanties accessoires à une obligation supérieure, seule la clause litigieuse est anéantie. A moins, toutefois, que l'une des parties en ait fait une condition impulsive et déterminante de son engagement.

Se pose également la question des recours du créancier en cas de violation de la clause par le débiteur. En matière de crédit, le banquier qui subit la violation d'une clause de garantie indirecte peut s'appuyer sur la sanction conventionnelle générale prévue et consistant en la déchéance du terme de l'obligation principale. Il y a alors exigibilité immédiate des sommes empruntées. Cette sanction présente un avantage certain pour le créancier car elle lui offre un motif de résiliation anticipée du contrat, lui permettant d'agir contre le débiteur avant qu'il ne connaisse des difficultés financières plus accentuées.

³³⁴ Elles ne peuvent donc pas être confondues avec des clauses qui opèrent un transfert de propriété au profit du créancier à titre de garantie. En effet, dans cette hypothèse, le débiteur perd son droit de disposition qui est transmis au nouveau propriétaire.

³³⁵ J. Carbonnier, *Les biens*, PUF 1995 n° 41.

A défaut de prévision contractuelle, c'est alors un point faible, le créancier peut avoir recours au droit commun de la responsabilité. La preuve d'un préjudice³³⁶ permettra alors au créancier d'obtenir le versement de dommages et intérêts à titre de réparation.

124. Publicité des sûretés négatives. Analysées précédemment comme la consécration d'un droit personnel, ces clauses de sûretés négatives n'entraînent pas une indisponibilité réelle. Leur nature personnelle a pour effet de priver le créancier du pouvoir d'invoquer la nullité de l'aliénation, ou de tout acte de disposition portant sur le bien, objet de la clause. Or, la violation de la clause suppose l'intervention d'une troisième personne. La Cour de cassation raisonne alors en termes de responsabilité délictuelle sur la base de l'article 1382 du Code civil et recherche non pas l'existence d'une collusion ou d'une intention frauduleuse, mais la connaissance qu'avait le tiers de la contractualisation d'une clause de sûreté négative. Cette preuve sera facilement rapportée lorsque la sûreté négative entre dans l'énumération des actes obligatoirement soumis à publicité. Les clauses d'inaliénabilité portant sur un immeuble ou une prohibition d'hypothèque répondent à cette exigence légale. En revanche, il n'existe pas de techniques comparables de publicité et d'opposabilité pour des sûretés négatives prises sur des droits de propriété intellectuelle, et plus généralement de toute négation portant sur des biens meubles³³⁷. La sanction de l'inopposabilité de la clause ne peut alors être invoquée au profit du créancier³³⁸.

Par ailleurs, l'inopposabilité, comme toute forme d'exécution en nature, sera écartée car elle conférerait au créancier plus de droit que dans l'hypothèse où la clause serait respectée. En effet, en vertu de la relativité des conventions, le bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité, ou de prohibition au droit de disposer, pourrait seul profiter de l'inopposabilité de l'acte passé en

³³⁶ Si la sûreté bénéficie à une banque, l'article 60 de la loi bancaire de 1984 codifiée à l'article L.313-12 du Code monétaire et financier prévoit que le non-respect de l'engagement contractuel constitue un comportement gravement répréhensible permettant à l'établissement de crédit de mettre fin sans préavis au concours accordé à une entreprise. V° sur ce point Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire* Litec 2014 n°1008 et M. Cabrillac, C. Mouly, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec 2007 n°629 qui exigent une intention frauduleuse du débiteur.

³³⁷ Art. 28 al.2 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : « 2° Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1° ; de même, les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses [...]. De plus, si un régime de publicité du nantissement d'un fonds de commerce ou de l'outillage et du matériel d'équipement est organisé, aucune disposition n'envisage leur négation ».

³³⁸ D'autres auteurs, dont M. J. Boulanger avait proposé de se fonder sur l'article 1131 pour obtenir la nullité de la convention passée au mépris de la clause de sûretés négatives. Or, l'illicéité de la cause, combattue par l'article 1131 du Code civil ne vise pas ces hypothèses mais s'entend d'une atteinte aux exigences générales de l'ordre public.

violation de la clause et serait déchargé de tout concours des créanciers chirographaires. Cela n'est nullement l'effet recherché par ces clauses. Une réparation par équivalent sous la forme d'un versement de dommages et intérêts doit donc être préférée par les juridictions.

b) Renonciation du débiteur à un droit personnel.

125. L'absence de conditions particulières de validité. Les clauses de sûretés négatives peuvent également avoir pour objet la prohibition d'engagements personnels. Répondant à une même fonction, elles présentent néanmoins une plus grande souplesse au regard de la liberté du débiteur.

Elles n'ont alors pas pour effet d'interdire au débiteur d'exercer directement des droits réels sur un bien déterminé, mais restreignent l'expression de ses droits personnels. Parmi la grande variété de leurs objets, il sera le plus fréquemment imposé au débiteur de ne pas donner à bail un immeuble, de ne pas contracter un emprunt, de se porter caution au profit d'un tiers ou encore de ne pas donner en location un fonds de commerce. Toutefois, leur validité n'est pas soumise par la jurisprudence à l'existence complémentaire d'un intérêt sérieux et légitime, ni d'une durée déterminée ou déterminable. Les juges du fond se contentent de relever le grief général tiré de la violation de l'ordre public pour manquement aux prérogatives du propriétaire reconnues constitutionnellement. Elles ne peuvent porter atteinte au principe constitutionnellement reconnu du droit de propriété, ni affecter les modalités d'exécution de l'engagement contracté, sans être prohibées par la loi³³⁹. En ce sens, elles ne peuvent conduire à une paralysie de la surface financière du débiteur. Cela revient pour les juridictions à se prononcer sur la violation ou non à l'ordre public économique, sans rechercher l'existence de conditions particulières de validité. Les juges du fond se prononcent donc au regard de la seule situation du débiteur.

126. Une transposition des conditions de validité. D'autres fondements devraient moins rarement en pratique être invoqués pour justifier la nullité de telles clauses. Les attributs de la personnalité³⁴⁰, la violation de la vie privée et familiale, et plus généralement l'atteinte aux droits fondamentaux reconnus au débiteur, devraient davantage être pris en considération. En

³³⁹ Cass. civ. 1^{ère} 13 décembre 2005 n°04-13772, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.557 obs J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 7 décembre 2006 n°49, 2080 note L. Lamoureux.

³⁴⁰ B. Fages, *Le comportement du contractant*, Thèse Aix Marseille III, PUAM 1997 n°383.

effet, ces clauses contiennent habituellement plusieurs obligations sous-jacentes, rendant leur qualification délicate. A titre d'exemple, une clause de sûreté négative prohibant la constitution d'un bail sur un immeuble oblige le débiteur à habiter personnellement le bien³⁴¹, sans pouvoir *a fortiori* le vendre³⁴² et cela sans l'accord du créancier³⁴³.

L'analyse de ces clauses à travers la violation des droits fondamentaux permettrait d'introduire la double condition de durée et d'intérêt légitime dans l'appréciation de leur validité. Dans ce cas, une atteinte portée aux droits fondamentaux pourrait alors être « *justifiée par un intérêt légitime et proportionné à ce qu'exige cet intérêt*³⁴⁴ ».

127. Une harmonisation des sanctions. Dès lors, à l'image des clauses d'inaliénabilité, le non respect de ces conditions de validité, la violation de droits fondamentaux ou l'atteinte portée à l'ordre public économique entraînent la nullité de la clause. Aussi, la fonction et l'effet de ces clauses conduisent à la consécration d'une obligation personnelle de ne pas faire. Le débiteur s'oblige ici à ne pas accorder d'engagements personnels en faveur d'un tiers. Bien que leurs objets diffèrent, la nature juridique et les effets attachés à ces clauses doivent permettre une harmonisation des sanctions applicables. Rien ne s'oppose à ce que la violation de la clause par le débiteur donne lieu à l'application d'un régime de sanctions similaires aux clauses de renonciation à un engagement réel.

128. Les clauses d'alignement de garantie. Par ailleurs, une autre catégorie de clauses doit être analysée séparément, dans la mesure où leur objet limite moins significativement la liberté patrimoniale du débiteur. Il s'agit des clauses d'alignement de garantie, parmi lesquelles sont entre autres recensées les clauses « *de traitement égal* », « *de maintien de rang* » ou les clauses dites de « *pari passu* » etc. Outre l'insertion fréquente de ces clauses en matière obligataire, elles permettent au créancier de s'assurer que le débiteur s'engage, non pas à s'interdire de contracter de nouvelles sûretés, mais de le faire bénéficier automatiquement des mêmes sûretés. Elles n'ont donc pas pour effet d'empêcher la participation de nouveaux créanciers mais d'éviter l'entrée de nouveaux créanciers

³⁴¹ Cl. D'habitation personnelle ; Cass. civ. 3^{ème} 22 mars 2006 n°04-19349, *RTD civ.* octobre 2006, n°4 p.722 obs. J-P. Marguénaud ; concernant le droit de choisir son domicile : Cass. soc. 12 juillet 2005 n°04-13342, *RTD civ.* 2006 p.109 obs. J. Mestre & B. Fages.

³⁴² Cl. D'inaliénabilité entendue au sens large. Le débiteur ne peut alors « vendre ou louer » le bien objet de la clause.

³⁴³ Ce qui renferme une véritable clause d'agrément.

³⁴⁴ Cass. civ. 1^{er} 30 mai 2006, n°02-13495, *RTD civ.* 2006 p. 558 obs. J. Mestre & B. Fages.

susceptibles de le primer. Le créancier est alors assuré de voir maintenir la créance à son rang³⁴⁵.

L'efficacité de ces clauses reste néanmoins limitée. Assuré de bénéficier de sûretés ultérieurement consenties, un premier créancier, à savoir généralement un établissement de crédit, doit être amené à octroyer plus facilement son concours sans sûreté. Dans cette hypothèse la clause prend son plein effet. En revanche, son utilité reste très contestable si des créanciers antérieurs bénéficient déjà de sûretés. Certes, elles sont censées, dans cette hypothèse, dissuader les nouveaux créanciers d'exiger une sûreté, or, en pratique, la frilosité des créanciers les pousse à revenir sur les concours précédents et à multiplier les sûretés. On assiste alors à une superposition de sûretés ayant pour effet de dissuader les créanciers d'apporter leur concours.

129. Des sanctions communes inadaptées. Obligeant le débiteur à faire bénéficier le créancier des mêmes garanties, tant réelles que personnelles, que celles qui pourraient être consenties à tous les créanciers ultérieurs, les clauses d'alignement de garantie consacrent donc une obligation de faire à l'encontre du débiteur. Le régime des sanctions pourrait dès lors être aligné sur celui appliqué à l'ensemble des clauses de sûretés négatives, mais l'effet créé par les clauses d'alignement restreint fortement le champ des sanctions applicables.

Certes, le non-respect de l'alignement par le débiteur peut toujours entraîner la déchéance du terme par application de l'article 1188 du Code civil, ou la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle. Cependant, excepté en matière obligataire, les garanties accordées au tiers ne peuvent en aucun cas être frappées de nullité. Malgré la preuve de la connaissance de la clause d'alignement de garantie par le tiers, elle ne permet pas au créancier d'engager la responsabilité dudit tiers ou d'agir en inopposabilité. Le rejet de ces sanctions s'explique par l'effet résultant des clauses d'alignement. Elles n'interdisent pas l'octroi de sûretés à un tiers mais commandent seulement l'extension de leur bénéfice à l'initiateur de la clause.

Le tiers ne peut donc jamais être considéré comme ayant participé à la fraude par la seule connaissance de l'existence de la clause d'alignement.

³⁴⁵ Ph. Simon, Financement d'entreprise : le fil à la patte des sûretés négatives, *D. aff.* 29 mai 1996, n°21 p.635 rectificatif p.703.

Or, quel que soit leur objet, les clauses de sûretés négatives ne confèrent pas à leur bénéficiaire un droit d'investigation sur les autres éléments patrimoniaux du débiteur. Afin de remédier à ce manque de visibilité, les praticiens tentent très souvent de se faire consentir un droit de regard sur la situation financière de leur débiteur.

2) Les clauses de renseignement

130. La visibilité du créancier. Le droit d'immixtion du créancier dans le patrimoine de son débiteur n'est pas une prérogative approuvée par le droit positif. Hors en droit des assurances, aucun texte n'impose au débiteur d'informer son créancier sur ses éventuelles difficultés passées ou sur l'ensemble de sa situation financière actuelle³⁴⁶. Certes, en matière de crédit, les banques soumettent systématiquement leurs clients à un questionnaire préalable, relatif à leur situation financière et à la production d'un bilan dont la régularité et la sincérité ont été attestées par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes. Toutefois, en dehors de ces renseignements stéréotypés, il est plus complexe pour cette dernière de prolonger ses investigations jusqu'à l'échéance, malgré l'existence de techniques bancaires permettant de limiter cette difficulté. En effet, la majorité des banques subordonne l'octroi d'un crédit à l'ouverture d'un compte soit personnel, soit professionnel, leur permettant ainsi de contrôler directement l'évolution de la situation personnelle ou professionnelle de leurs clients. La vision sur le patrimoine de leurs débiteurs est alors privilégiée contrairement aux autres créanciers qui se doivent d'avoir recours à un recensement contractuel de ces informations.

131. L'impuissance du créancier. Les banques, et *a fortiori* les créanciers offrant leur concours à un débiteur, sont continuellement en quête de sécurité et de prévisibilité³⁴⁷. Le corollaire de ces notions réside dans l'anticipation des difficultés dont le droit de regard du créancier est un instrument efficace. En effet, les différentes actions permettant au créancier de contrer l'appauvrissement de son débiteur ont au fil du temps révélé leur limite. A ce titre,

³⁴⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Collab. Avec M. Billau et Ch. Jamin, LGDJ 1980 n°495. Dans ce sens, Cass. com. 24 septembre 2003 n°00-21863, *RTD civ.* janvier 2004, n°1 p. 86 obs. J. Mestre & B. Fages « Aucun texte n'oblige une entreprise à informer son cocontractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire ».

³⁴⁷ R. Saint-Alary, *Le secret des affaires en droit français*, in *Le secret et le droit*, Travaux de l'association H. Capitant Dalloz 1976 p.263, la transparence de l'information et le secret des affaires sont deux notions opposées dont la concomitance requiert certains aménagements.

l'action paulienne requiert une preuve difficile à rapporter quant à l'existence de la fraude et la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il génère. La précarité de l'action oblique³⁴⁸ dépourvue de droit de préférence, ou le caractère marginal de l'infraction pénale d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité³⁴⁹, restent des actions aux effets trop étroits. Les praticiens ont dès lors recours aux clauses de renseignement dont la formulation détermine directement l'étendue de l'obligation d'information.

132. Une visibilité limitée. Une première limite peut alors être posée quant à l'étendue de leur objet. A l'image des sûretés négatives étudiées précédemment, le droit de regard accordé au créancier ne peut être absolu et porter sur l'ensemble des actes passés par le débiteur. Face à la possibilité d'une dégradation rapide de la situation financière du débiteur, il serait nécessaire que le créancier puisse bénéficier d'une information journalière. Or, notre droit refuse à juste titre un tel contrôle.

La publicité juridique ne peut par ailleurs constituer un instrument susceptible de remplir ce rôle. En effet, cette dernière ne peut être instantanée et un délai de 10 jours, voire d'un mois dans certains cas, est souvent requis entre la survenance d'un fait ou d'un acte et sa parution dans un journal d'annonces légales, ou sa mention au registre du commerce et des sociétés. Le droit de regard conventionnellement accordé au créancier ne peut davantage pallier à cette difficulté sans risque de provoquer une immixtion ou une ingérence³⁵⁰. De plus, les clauses de renseignement ne peuvent outrepasser le secret attaché à certaines relations d'affaires du débiteur et à plus forte raison, porter atteinte à sa vie privée par l'emploi de procédés de vérification disproportionnés ou déloyaux.

133. Contractualisation du droit de regard. La distinction habituellement faite entre les clauses instaurant un droit de regard reposant sur l'initiative du créancier ou sur celle du débiteur ne présente en réalité qu'un faible intérêt. Dans la pratique, ces clauses répondent à la même fonction et produisent les mêmes effets. Si l'étendue de leur objet peut varier d'une clause à l'autre, elles ont toutes pour but d'offrir au créancier un droit de regard sur l'évolution de la situation financière et patrimoniale du débiteur avec pour finalité principale

³⁴⁸ A. Cermolacce, Etat des lieux des actions oblique et paulienne, *LPA* 25 janvier 2008, n°19 p.5.

³⁴⁹ Art. 314-7 du Code pénal.

³⁵⁰ Pour autant tout risque n'est pas écarté pour le banquier. La notion d'ingérence est plus subtile, elle présente en outre la particularité de pouvoir être mise en œuvre en dehors du cadre d'une procédure collective et sur la base d'une responsabilité plus floue, car découlant de l'inobservation du devoir de non-ingérence.

la prévention des risques futurs. Dès lors, les effets qu'elles produisent restent identiques quel que soit leur objet. Elles seront en réalité toujours voulues par le créancier, l'obligation de faire qu'elles consacrent reposera systématiquement sur le débiteur. Le créancier peut alors demander de prendre connaissance des diverses factures, écritures comptables et actes financiers passés par le débiteur avec d'autres créanciers, et en particulier les prêts contractés. Il est alors plus prudent d'établir dans la clause la liste des documents visés par le droit de regard afin de ne pas permettre au créancier d'étendre implicitement l'objet de la clause au fil du temps. Une rédaction précise de la clause constitue donc, tant pour le créancier que pour le débiteur, un gage de sécurité.

Toutefois, il est à remarquer qu'à défaut d'une énumération préétablie, l'imprécision devrait bénéficier au débiteur et lui octroyer le droit de limiter son obligation de transparence aux seuls actes entraînant une modification substantielle de la composition de son patrimoine. Ainsi, il resterait seul décideur des actes à porter à la connaissance de la banque, à charge pour lui de ne pas contrevenir à la bonne foi contractuelle. Il éviterait ainsi que la prétendue dissimulation d'actes courants et prévisibles soit prétexte à la mise en œuvre des sanctions conventionnellement prévues.

134. Sanctions applicables. Comme pour les autres clauses de sûretés négatives, les parties prévoient classiquement que la violation d'une obligation de renseignement entraîne la déchéance du terme, sans qu'une décision judiciaire n'intervienne. Dès lors, en cas de non révélation d'actes conventionnellement prévus par la clause, les juges du fond n'ont qu'à constater l'agissement reproché. En revanche, en l'absence d'énumération, les tribunaux se doivent de rechercher l'intention des parties. L'absence d'information donnée relativement à des actes de gestion courante ne doit être sanctionnée, contrairement aux actes les plus graves dont la dissimulation déclenche inévitablement une demande de remboursement anticipé.

Toutefois, si ces clauses permettent une modification, et plus particulièrement un réajustement du contrat, elles ne couvrent que les risques liés à la survenance de circonstances internes à la relation contractuelle et ne peuvent être qualifiées de clauses de révision. Les contractants cherchent ici à se prémunir contre leurs propres défaillances. Les clauses destinées cette fois à assurer la survie du contrat face à la survenance de difficultés extérieures sont quant à elles qualifiées de clause de révision.

§ 2 : La gestion des risques externes

135. Réfractaire à la révision du contrat pour imprévision, le droit français incite les parties à prévoir des clauses organisant les différents cas d'imprévision possibles. Elles ne constituent pas pour autant des clauses de répartition des risques car leur mise en œuvre n'est pas liée à une répartition *ab initio* des risques. Les parties se doivent donc d'anticiper la survenance de risques extérieurs qu'elles ne peuvent se répartir avant une renégociation du contrat, les plaçant ainsi lors de sa formation dans une démarche de pure prévention. Cette révision conventionnelle des contrats est non seulement respectueuse du principe de la force obligatoire des conventions mais permet également une révision par les parties elles-mêmes dans des conditions strictes et préalablement définies (A). Toutefois, les effets produits par ces clauses doivent être appréhendés à des degrés différents dans la mesure où leur champ d'application peut être plus ou moins étendu selon la finalité recherchée par les parties. Dès lors, seule la portée des clauses de révision permettant de provoquer une renégociation par les parties elles-mêmes, suite à un changement de circonstances extérieures sera ici étudiée (B).

A) La diversité des remèdes à l'imprévision

136. Le droit positif français est traditionnellement hostile à la révision du contrat pour imprécision qu'il considère contraire aux principes de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats. Il ne semble pas pour autant définitivement figé sur ce point. La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ressurgit régulièrement et nombre d'ouvrages traduisent ainsi l'évolution constante des raisonnements consacrés à ce sujet³⁵¹. Cet élan, impulsé par la doctrine, s'est jusqu'ici heurté à la résistance plus que centenaire de la Cour de

³⁵¹ J. Auverny-Bennetot, *La théorie de l'imprévision : droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, Thèse Paris, Sirey 1938 ; D. Ledouble, *L'entreprise et le contrat*, Thèse Rennes, Litec 1980 spéc. n°258 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM 1994 ; H. Lécuyer, *Le contrat acte de prévision*, in Mélanges Fr. Terré, Dalloz-PUF-Juris-classeur 1999 p.643 et s. ; L. Aynes, L'imprévision en droit privé, *RJC* 2005, n°5 p.397 et s. ; R. Al Achkar, *Clause de hardship et clause d'amiable composition*, Thèse Paris II, 2010 ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse Paris I, Economica 2011 ; Cass com. 29 juin 2010 n°09-67369, *LPA* 24 décembre 2010, n°256 p.7 note A-S. Choné ; *JCP E* 16 décembre 2010, n°50 note S. Le Gac-Pech ; B. Lyonnet, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *Gaz. Pal.* 3 décembre 2000, n°338 p.15 ; S. Doireau, La théorie de l'imprévision peut être...mais certainement pas pour ce qui a été prévu, *RLDC* mai 2004, n°5 p.11 ; X. Lagarde, Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *D.* 3 novembre 2005, n°38 p.2745 ; A-C. Aune, Le fait du prince en droit privé, *RLDC* mars 2008, n°47 p.71 ; Th. Genicon, Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance, *D.* 28 octobre 2010, n°37 p.2485 ; B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD civ.* octobre 2010, n°4 p.719.

cassation (1). Dès lors, l'insuccès d'une telle théorie devrait conduire les praticiens à repenser des stipulations contractuelles de remplacement (2).

1) Prolégomènes de l'imprévision

137. Une consécration antérieure. La Cour de cassation n'a pas toujours fait prévaloir le principe de la force obligatoire des contrats. La théorie de l'imprévision était en effet largement acceptée depuis le bas Moyen Âge jusqu'au XVIIème siècle. Saint-Thomas considérait qu'il n'y avait pas infidélité à la parole donnée à ne pas respecter un accord passé dans des circonstances différentes. La thèse défendue était alors celle de la clause *rebus sic stantibus* selon laquelle les parties subordonnent, de manière tacite, l'exécution du contrat au maintien des circonstances existantes au jour de sa formation.

Puisant ses origines dans la philosophie stoïcienne, théorisée par le droit canonique avant d'être diffusée chez les glossateurs médiévaux, la condition selon laquelle les contractants ne s'engageraient que pour autant que les choses demeurent en l'état n'a pas connu un véritable succès, et son rayonnement s'est amoindri au fil des années.

138. Abandon de l'imprévision. Au XVIIe siècle, Grotius fut l'un des premiers à dénoncer cette théorie comme contraire à la stabilité contractuelle. Le déclin de l'imprévision était alors amorcé. C'est notamment pourquoi au début du XIXème siècle, les rédacteurs du Code civil ignorèrent la question. Ce refus, général et absolu, fut clairement réaffirmé par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt dit *du canal de Craponne*³⁵² de 1876. L'argument principalement invoqué par les commentateurs consistait à dire que la révision pourrait être la source d'un déséquilibre économique que le juge ne serait pas à même d'apprécier, ainsi qu'un moyen pour les contractants de mauvaise foi d'échapper à leurs obligations contractuelles.

Le législateur est intervenu pour admettre l'application de cette théorie à certaines hypothèses. Il s'agissait soit de lois temporaires, comme à la suite de la première et de la deuxième guerre mondiale, soit de lois permanentes comme il en existe en matière de

³⁵² Cass. civ. 6 mars 1876, *D.* 1876 I p.193 note A. Giboulot : la Cour avait alors établi avec fermeté que « dans aucun cas, il appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps comme circonstance pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

lésion³⁵³, de rente viagère³⁵⁴ ou encore de loyers des baux d'habitation³⁵⁵ ou à usage commercial³⁵⁶. La révision est aussi légalement prévue en matière de pensions alimentaires, de libéralités³⁵⁷, de rentes viagères, où il est possible de contourner judiciairement les problèmes liés au changement de circonstances.

139. Les auteurs favorables à l'imprévision. La controverse fut toutefois relancée au XXème siècle par un courant d'auteurs réceptifs à l'admission de cette théorie. Les partisans de l'application de la révision judiciaire pour imprévision avançaient comme argument phare qu'il était impossible de séparer le contexte économique et l'exécution du contrat. En l'absence de texte du Code civil pouvant servir de base à cette théorie, ils ont alors tenté de s'appuyer sur des principes généraux du droit et plusieurs fondements ont été avancés pour justifier de son intérêt. L'insertion implicite d'une clause *rebus sic stantibus*³⁵⁸ dans tout contrat à exécution successive, la sauvegarde de la justice contractuelle³⁵⁹, l'abus de droit³⁶⁰, l'enrichissement sans cause³⁶¹ ou la force majeure³⁶² ont été retenus par certains auteurs pour justifier l'application de cette théorie.

A notre sens, l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, visée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, constituerait sans nul doute un fondement approprié à reconnaître l'imprévision en droit positif, notamment au regard des décisions précédemment étudiées.

³⁵³ A titre d'exemple, l'article L.131-5 du Code de la propriété intellectuelle permet à l'auteur d'une œuvre de l'esprit ayant cédé ses droits d'exploitation de provoquer la révision du contrat s'il subit un préjudice de plus de 7/12° due à une lésion ou une prévision insuffisante. Article 37 de la loi du 11 mars 1957. De même l'article 833-1 du Code civil prévoit la possibilité de réévaluer la soulte due à un copartageant lorsque « par suite de circonstances économiques la valeur des biens mis dans son lot a augmenté ou diminué d'un quart depuis le partage ».

³⁵⁴ Lois du 25 mars et 2 août 1949, souvent modifiées, relatives à la révision des rentes viagères à la suite de la dépréciation monétaire défavorable au créancier.

³⁵⁵ Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986.

³⁵⁶ L'article 26 du décret du 30 septembre 1953 qui organise la révision des loyers des locaux à usage commercial. V° également pour les baux ruraux Art. 812 du C. rural ; en matière droit des assurances Art. L.113-4 et L.113-7 C. ass. ; ainsi que les nombreuses dispositions spéciales permettant de lutter contre certaines formes de déséquilibre excessif entre les contrats Art. L.132-1 C. consom. Art. 1244-1 C. civ.

³⁵⁷ Art. 900-2 et s. du C. civ. (L. n° 84-562 du 4 juillet 1984) mettant en place une révision des charges et conditions rattachées à certaines libéralités.

³⁵⁸ CA Rouen 1844 *DP* 1845.2.4 ; CA Bordeaux 18 mai 1952, *DP* 1853.2.105 ; H. Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 1992 3^{ème} éd. n° 372-1.

³⁵⁹ La lésion est ici inapplicable puisqu'elle nécessite que le déséquilibre des prestations se manifeste dès la conclusion du contrat et non lors de son exécution.

³⁶⁰ Cass. Req. 3 août 1915 n°00-02378, *DP* 1917 I 79 ; S. 1920 I 300.

³⁶¹ Cependant ce fondement s'avère être de nul effet puisque l'enrichissement est sanctionné par la répétition et non par révision du contrat.

³⁶² Dès lors, il ne suffit pas que l'imprévision rende l'exécution du contrat difficile et onéreuse, il est nécessaire qu'elle soit impossible.

Selon le doyen Carbonnier, « *les affaires pourraient au contraire bien gagner en sécurité si les parties étaient certaines de pouvoir obtenir une révision équitable du contrat, en cas de bouleversements totalement imprévus*³⁶³ ». Accordant une faveur certaine à ce fondement, M. Ph. le Tourneau considère pour sa part que « *la vraie fidélité est inventive* ». Il précise entre autre « *que refuser l'imprévision consiste à privilégier la sécurité statique, donc trompeuse, par rapport à la sécurité dynamique, seule à même de protéger le contrat et de permettre la survie de ces caractères d'utilité et de justice*³⁶⁴ ».

Plus récemment, MM. Ph. Stoffel-Munck, Ch. Jamin et J. Ghestin se fondent sur la notion de solidarité contractuelle, contenant une nécessité de bonne foi et d'équité, et prônent le pouvoir donné au juge de remédier à un déséquilibre contractuel causé par un événement imprévisible. Dans cette perspective, l'élément d'objectivité réside dans l'équilibre contractuel³⁶⁵ devant être maintenu tout au long de la relation contractuelle.

140. Position jurisprudentielle. Pour promouvoir le rôle de l'autorité judiciaire en matière d'imprévision, ces auteurs se fondent principalement sur des décisions jurisprudentielles³⁶⁶ venant atténuer la portée de l'interdiction d'appliquer la théorie aux contrats de droit privé.

³⁶³ J. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, 1995, tome 4, 19^{ème} éd.

³⁶⁴ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action de 2006/2007 n° 3703.

³⁶⁵ L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*

³⁶⁶ CA de Paris 28 décembre 1976, *JCP G* 1978, II, 18810 note J. Robert : La Cour d'appel avait ici maladroitement tenté d'imposer une révision judiciaire. Le contrat de fourniture avait été bouleversé par le quintuplement des prix du pétrole. Malgré l'existence d'une clause de sauvegarde, les juges imposèrent une nouvelle négociation se réservant en cas d'échec, soit de mettre fin aux contrats si la formule imposée devait en altérer l'économie, soit et surtout d'imposer cette solution d'office dans le cas contraire. Cette initiative ne semblait pas ici inévitable d'autant plus qu'elle dénaturait la clause de sauvegarde. Cette dernière prévoyant seulement, en cas de hausse ou de baisse subites des prix, un rapprochement des parties et en cas d'échec des négociations, une faculté de résiliation. Cass. soc. 25 février 1992 n°89-41634, *RTD civ.* 1992 p.760 obs. J. Mestre ; *D.* 1993, jurisp. p.390 note M. Defossez ; V° également Cass. soc. 23 septembre 1992 n°89-45656, *JCP E* 1993, II, 430 note J.-J. Serret ; Cass. soc. 6 avril 1994 n°91-42639, *Gaz. Pal.* 1995, I, p.218 note J. Berenguer, Inspirée de théories solidaristes, cette décision, initiatrice d'une nouvelle jurisprudence met à la charge de la partie qui est en position de force une obligation de négociation en cas de changement de circonstances. Elle consacre ici l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi et ce, en se fondant expressément sur l'exigence de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

Cass. com. 3 novembre 1992 n°90-18547, *RTD civ.* 1993, n°7 p.124 J. Mestre ; *JCP G* 1993, II, 22164 note G-J. Virassamy, *Contrats-conc. consom.* 1993 comm. 4. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de distribution contenant une clause d'approvisionnement exclusif. Suite à des circonstances nouvelles liées directement à la libération des prix en matière de carburant, le distributeur s'était vu durement confronté à la concurrence. La Cour de Cassation avait alors considéré que l'exigence de bonne foi contraignait le fournisseur à négocier un accord de coopération commerciale avec le distributeur afin qu'il puisse aligner ses prix sur ceux des concurrents.

Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 2004 n°01-15804, *Bull. civ.* 2004, I, n°86 ; *RTD civ.* avril 2004, n°2 p.290 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RLDC* juin 2004, n°6 p.5 note D. Houtcieff ; *D.* 24 juin 2004, n°25 p.1754 note D. Mazeaud ; *LPA* 28 juin 2004 note C. Gavoty et O. Edwards ; *RDC* juillet 2004, n°3 p.642 note D. Mazeaud ; *D.* 9 septembre 2004, n°31 p.2239 note J. Ghestin ; *JCP G* 2004 I, 747 note O. Renard-Payen. Malgré la position de certains

Vues comme de véritables failles à la position actuelle, ils les ont alors utilisées afin de démontrer les bienfaits et la cohérence de cette théorie, pour ainsi faire éclater la vision purement économiste de la Cour. La jurisprudence maintient cependant sa position et continue d'affirmer que le principe de la force obligatoire³⁶⁷ ne doit pas fléchir devant l'équité. L'intangibilité du contrat doit être préservée quelles que soient les circonstances. Il s'agit ainsi d'une vision subjective, individualiste, plus économique, mais moins humaine du contrat. Pourtant, loin de constituer une antilogie, la révision pour imprévision et la force obligatoire du contrat peuvent être conciliées pour assurer la pérennité du lien contractuel. Sans pour autant la considérer comme une clause *rebus sic standibus*, la révision peut alors constituer un instrument au service du maintien de la force obligatoire du contrat³⁶⁸. En effet, les prévisions des parties peuvent être affectées par des circonstances extérieures entre la formation et l'exécution du contrat, mais prôner l'intangibilité du contrat au nom de la force obligatoire qui anime toute convention revient alors à porter atteinte à la volonté des contractants dans son principe et son contenu. C'est encore respecter la force obligatoire du contrat que d'essayer de respecter le but recherché par les parties³⁶⁹.

Or, face à la persistance du refus de la Cour de cassation et dans l'attente d'une évolution future, il est envisageable d'introduire en droit privé des contrats, des clauses permettant aux parties d'aménager elles-mêmes la mise en œuvre et les effets de l'imprévision. Il pourrait notamment s'agir d'un mécanisme général, capable de ne pas contredire toute tentative d'élaboration d'une prochaine harmonisation entre les droits³⁷⁰.

auteurs dont D. Mazeaud, *D.* 2004 p.1754 pour qui cet arrêt consacre l'obligation de négociation en cas de changement de circonstances d'une manière générale. La Cour de cassation a très vite mis fin à cette extrapolation affirmant que la décision n'avait pas la portée qu'on lui accordait. En effet, aucune consécration implicite de la théorie de l'imprévision n'était recherchée par la Cour. Le déséquilibre de la convention étant ici structurel et non conjoncturel. Non seulement la révision restait conventionnelle et non judiciaire, mais le changement de circonstances résultait d'un évènement imputable à l'un des contractants et non fortuit.

³⁶⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t.4, *Les obligations*, PUF 2000, 22^{ème} éd. §148 p.286.

³⁶⁸ M. Mekki, Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, *JCP G* 6 décembre 2010, n°49 doctr. 1219 et Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision, *JCP G* 13 décembre 2010, n°50 doctr. 1257.

³⁶⁹ Contrairement à cette position défendue par M. M. Mekki, d'autres auteurs ont tenté de valider l'imprévision sur d'autres fondements : Ch. Besson, *La force obligatoire du contrat et les changements de circonstances*, Thèse Lausanne 1955 p.61 ; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse Nancy 1922 spéc. p.103 dans laquelle l'auteur associe l'imprévision à la loi. Quand bien même elle ne la prévoit pas.

³⁷⁰ Droit européen des contrats et révision de l'acquis. La voie à suivre, COM (2004) 651.

2) Les clauses de révision contractuelle

141. Remèdes à l'imprévision. Selon la vision traditionnelle du droit civil, le contrat est l'œuvre de la volonté des parties et les rares interventions du juge dans la sphère volontariste sont strictement limitées et encadrées par la loi ou la jurisprudence. La révision judiciaire est donc de façon générale refusée par le droit positif. Seule la possibilité de réaliser une révision conventionnelle reste admise sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Les clauses dites cette fois « de révision contractuelle » peuvent être insérées afin de prévenir les conséquences d'un changement de circonstances extérieures entraînant un déséquilibre économique préjudiciable à l'un des contractants. Cependant, elles visent à assurer la survie du contrat, sans rechercher strictement la performance ou la compétitivité. Elles agissent en vue de rééquilibrer les obligations de chacun, et ainsi permettre l'exécution du contrat jusqu'à son terme.

Une des premières tentatives de la jurisprudence d'imposer l'intervention judiciaire dans le contrat, par l'insertion d'une stipulation particulière, le fut par la clause d'indexation³⁷¹.

142. La clause d'indexation. Selon la loi du 9 juillet 1970 modifiant l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, une clause d'indexation rendue illicite par les dispositions de la présente loi est remplacée de plein droit, et à défaut d'accord des parties sur une autre indexation licite, par une clause portant indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publiée par l'INSEE. Mais, le juge n'a pas le pouvoir d'opérer lui-même à une substitution d'indice en dehors de cette hypothèse. Il ne saurait en effet se substituer aux parties pour remplacer une clause d'indexation déclarée nulle par la loi par une clause nouvelle se référant à un indice différent³⁷². La disparition d'un indice de référence choisi par les parties constitue également un obstacle absolu à l'exécution du contrat. C'est notamment dans ce sens que s'est prononcée la chambre commerciale dans un arrêt en date du 16 novembre 2004³⁷³. Plusieurs contrats de change à terme³⁷⁴ sur la base du

³⁷¹ *RTD civ.* 1988 n°5 p.738 obs. J. Mestre.

³⁷² Cass. civ. 3^{ème} 14 octobre 1975 n°74-12880, *Bull. civ.* 1975, III, n° 290 p.221.

³⁷³ Cass. com. 16 novembre 2004 n°02-15202, *JCP E* 6 octobre 2005, n°40, note J. Stoufflet et S. Durox ; *RTD civ.* janvier 2006, n°1 p.117 obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁷⁴ A noter que les parties adoptèrent ici la convention cadre élaborée et publiée par l'association française des banques en 1994 et que ni cette convention cadre, ni son additif technique relatif aux opérations sur taux et devises, ne prévoient de solutions alternatives à la disparition de la source d'un cours.

cours RUR/US\$ avaient été conclus, mais face à la crise monétaire russe le taux de change rouble / US dollar avait disparu. La Cour d'appel avait, sous couvert d'interprétation, cru bon de modifier le dispositif contractuel pour l'adapter aux conditions résultant de la disparition du mode de cotation initial. Or, le contrat étant clair, la Cour d'appel n'a pu s'octroyer le pouvoir de substituer un autre cours, alors même qu'elle le considérait comme objectivement pertinent. Dans cette hypothèse, le juge ne peut que constater la caducité du contrat. La Cour de cassation applique invariablement cette solution en cas de disparition d'un indice lorsque la volonté des parties exclut la substitution d'un nouvel indice³⁷⁵.

La seule possibilité de révision judiciaire permet aux tribunaux de remplacer un indice illicite par un nouvel indice en justifiant qu'il existe par voie d'interprétation des stipulations en ce sens dans le contrat. Encore doivent-elles être clairement et précisément exprimées.

143. Champ d'action. Par l'insertion d'une clause d'indexation, les parties souhaitent donc se couvrir contre les risques imprévisibles et extérieurs susceptibles d'altérer les conditions d'exécution de leur relation contractuelle. Sans être favorable à l'une ou à l'autre des parties, les clauses d'indexation, tout comme les clauses d'échelle mobile, tendent à faire varier le montant d'une obligation de somme d'argent en fonction d'un élément objectif de référence appelé indice³⁷⁶. Le montant du prix suit l'évolution à la hausse ou à la baisse. Le caractère permanent et automatique de la révision conventionnelle permise par ces clauses restreint alors nécessairement leur champ d'application. L'élément, objet de la révision, se résume à la variation de l'indice décidé par les contractants dès la formation du contrat. Les autres modalités d'exécution des diverses obligations ne peuvent donc faire l'objet d'une renégociation profonde par les parties.

144. La renégociation du contrat. Seules les clauses de sauvegarde, encore appelées de « *Hardship* » ou de « renégociation », permettent aux parties de demander « *un réaménagement du contrat qui les lie, si un changement intervenu dans les données initiales*

³⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème} 14 octobre 1975 n°74-12880, *Bull. civ.* 1975, III, n°290, *JCP G* 1975, IV, n° 281.

³⁷⁶ B. Boccara, Définir l'indexation : *JCP G* 1985, I, 3187 ; mais le choix de la référence n'est pas libre, du moins lorsqu'il s'agit de contrats internes, par opposition aux contrats internationaux. De plus l'indexation n'est licite que si l'indice choisi est en relation directe avec l'objet de la relation ou avec l'activité de l'une des parties. Cette exigence légale est appréciée par les juges du fond qui sont en charge de ce contrôle. V° notamment Cass. com. 4 mars 1964, *JCP G* 1964, II, 13 713 note P. Esmein.

*au regard desquelles elles s'étaient engagées, vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur injuste*³⁷⁷ ».

La survenance d'un évènement imprévisible et extérieur aux parties ne suffit pas à provoquer la renégociation. Il doit impliquer un effet perturbateur sur l'exécution du contrat. La constatation de l'évènement générateur de la renégociation constitue dès lors la principale difficulté. Il est conseillé aux contractants d'étayer la rédaction de la clause par une liste non exhaustive d'évènements constitutifs de *hardship*. De même, il est préférable de fixer avec précision un seuil³⁷⁸ de renégociation, comme le législateur l'a imposé en matière de clauses d'échelle mobile dans les baux commerciaux³⁷⁹, pour déclencher la procédure de renégociation³⁸⁰.

145. Mise en œuvre. L'apport d'une telle précision dans la rédaction de la clause est important en cas de litige. En effet, saisi d'une demande de mise en œuvre de la clause, il facilite l'évaluation par le juge des conditions requises, et par là même la bonne foi du demandeur et de son opposant.

Lorsque toutes les exigences sont réunies, les parties se réunissent pour renégocier et présenter des offres sérieuses, sous peine de voir leur responsabilité engagée, la mauvaise foi d'un contractant engageant sa responsabilité contractuelle. Néanmoins, l'obligation de renégocier reste une obligation de moyens³⁸¹. Les parties ne sont pas tenues d'aboutir à un accord. Dans cette hypothèse, rien ne peut justifier la disparition du contrat et les parties se

³⁷⁷ B. Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de Hardship*, Clunet 1974, 794 n°3 p.797.

³⁷⁸ En effet, les parties devront alors préciser quelle sera l'amplitude du changement de circonstances économiques ou juridiques permettant la mise en œuvre légitime de la clause. La référence proposée au « sérieusement dommageable » est empruntée à l'article 900-2 du Code civil qui se réfère aussi à l'exécution devenue « extrêmement difficile ». Ces conditions doivent donc être très précisément définies pour n'intervenir que dans des cas exceptionnels. Un seuil, généralement de prix, sera fixé dès la conclusion du contrat et constituera une limite dégagée de toute interprétation. La jurisprudence admet qu'il faille remédier à ce type de déséquilibre, dans la mesure où il dépasse, par son ampleur excessive, l'aléa ordinaire de toute entreprise. Ce qui a également pour conséquence de remettre en cause l'article 1135-1 de l'avant-projet Catala dont la formulation apparaît alors trop restrictive.

Certains auteurs proposent d'évaluer le déséquilibre créé pour en partager également la charge entre les parties. Ainsi la victime du déséquilibre pourrait exiger de son partenaire une indemnité compensatrice. Cette clause alors appelée « clause de répartition des pertes » aurait le mérite de se calquer sur la position prise par le Conseil d'État en matière d'imprévision, V° CE 30 mars 1916 Gaz de Bordeaux n°59928, *Dr. & Pat* novembre 1999, n°76 p.49 obs. M. Gros et J-L. Bourgois.

³⁷⁹ Article 28 du décret du 30 septembre 1953 réglementant la mise en œuvre de la clause d'échelle mobile, précise que la révision ne peut être demandée que si, par le jeu de la clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé.

³⁸⁰ CA Paris 28 septembre 1976, *JCP G* 1978, II, 18810 note J-H. Robert.

³⁸¹ J. Cedras, L'obligation de négocier, *RTD com.* 1985 p.265 et 284.

doivent de continuer à l'exécuter dans toutes ses stipulations. Afin d'écartier une telle situation pouvant se révéler dangereuse pour le contractant victime de l'imprévision, les parties doivent prévoir une clause de résiliation comme alternative à l'échec des négociations. Cependant, la résiliation peut également se révéler néfaste à la partie victime de l'imprévision. Déjà en position de faiblesse, la résiliation peut lui faire perdre un marché qui constituait peut être son unique source de commandes ou d'approvisionnement selon le cas. Les faits relatés dans l'arrêt *Huard*³⁸², en sont un parfait exemple. Aucun principe du droit privé n'interdit aux parties d'ajouter à cette clause une échelle d'indemnisation, équilibrant ainsi les conséquences de la rupture du contrat³⁸³.

146. Tierce intervention. Afin d'éviter la résiliation du contrat et d'instaurer un équilibre certain des négociations, les parties peuvent également prévoir le recours à un tiers, soit pour la constatation du *Hardship*, soit pour la réalisation de la révision du contrat. Ce dernier peut alors être amené à se prononcer sur le comportement des parties, notamment quant à leur bonne foi, tant pour apprécier la mise en œuvre de la clause que dans la conduite des discussions. En cas d'échec des négociations, le tiers, généralement un expert, pourra fixer lui-même les nouvelles conditions de l'accord. La désignation d'un tiers permet ici d'écartier toute appréciation du juge qui n'est pas spécialement compétent dans le domaine donné, pour ainsi favoriser la vision d'un expert. Dans ce dernier cas, il doit être considéré comme un arbitre, et la sentence arbitrale rendue devra être respectée par les contractants³⁸⁴.

Toutefois, rien ne semble interdire aux parties d'investir directement le juge du pouvoir de fixer les nouvelles conditions de leur accord, à la condition pour ce dernier de motiver sa décision sous le contrôle, en aval, de la Cour de cassation. C'est notamment le modèle prôné par le projet de réforme du droit des obligations d'octobre 2013. Proche de l'article 101 alinéa 2 du projet de réforme de la Chancellerie³⁸⁵ dans sa version de mai 2009 mais laissant pour sa part l'initiative aux parties, il est ainsi prévu en son article 104 alinéa 2

³⁸² Cass. com. 3 novembre 1992 n°90-18547, *arrêt préc.*

³⁸³ Cass. com. 13 novembre 2003 n°01-14368, M. Behar-Touchais, *Actualité de droit de la distribution, Contrats-conc. consom.* août 2004, n°8 p.6, la Cour de cassation n'admet pas que celui qui refuse la renégociation puisse être considéré par cela comme ayant commis seul un abus dans la fixation du prix justifiant la révision du contrat.

³⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère} 5 mars 2014 n°12-29112, *RTD com.* avril 2014, n°2 p.323 obs. E. Loquin ; *Procédures* mai 2014, n°5 p.20 obs. A. Weiller ; *JCP E* 28 août 2014, n°35, 1430 note J. Ortscheidt.

³⁸⁵ Art. 101 al.2 du projet de réforme de droit des contrats Chancellerie version mai 2009 « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut procéder à l'adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

qu' « *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

L'insertion de clauses de révision reste néanmoins le moyen le plus efficace et le plus respectueux de la volonté des parties pour encadrer la survenance de circonstances extérieures pouvant se révéler néfastes à la relation contractuelle. L'émergence de ces clauses permet aux parties de surmonter les obstacles dispendieux survenant dans les contrats tant internes qu'internationaux. Les clauses de révision se sont substituées à la théorie de l'imprévision sans heurter les principes fondamentaux du droit des contrats et constituent une alternative parfaitement conforme à la philosophie du droit privé français.

B) La portée des clauses de révision

147. Permettre au juge de réviser lui-même les clauses du contrat revient pour de nombreux auteurs à créer un contrat forcé et profondément contraire aux principes de liberté contractuelle et de liberté individuelle. La refonte judiciaire du contrat peut se révéler préjudiciable au créancier amené à faire des concessions ou à sacrifier certains de ses intérêts. Contraignant les contractants à participer à une relation contractuelle bien différente de celle à laquelle ils avaient initialement consenti, cette situation est tout aussi inéquitable que de maintenir le débiteur dans un contrat totalement bouleversé par les circonstances. Il ne s'agit pas de permettre au juge de refaire le contrat sans préoccupation de la volonté des parties. La plupart des systèmes font d'ailleurs de la négociation des parties une première étape obligatoire et parfois même la seule étape envisageable. Lorsque le juge est sollicité, son intervention reste toutefois encadrée et propre à rechercher ce que les parties auraient raisonnablement accepté si elles avaient eu connaissance de ce changement des circonstances. Une autre solution consiste à employer des clauses que l'on désignera sous l'appellation plus générale de « clauses de révision contractuelle ». Si leur contenu et leurs effets peuvent être librement aménagés par les parties, l'établissement d'un régime juridique commun peut tout de même être envisagé en tenant compte des difficultés rencontrées. Les règles proposées offrent une plus grande visibilité sur l'apport de la clause de révision et ses conditions d'application (1). Or, si les dispositions européennes admettent la renégociation en présence ou en l'absence de telles clauses, la jurisprudence française l'admet pour sa part à des conditions moins favorables (2).

1) L'apport de la clause de révision

148. La révision des parties. Une solution intermédiaire consacrant l'obligation de renégocier, sans pour autant permettre la révision judiciaire pour imprévision, peut néanmoins être envisagée. Une position plus nuancée et modérée, en adéquation avec les principes fondamentaux de la conception française, est alors permise grâce aux clauses de révision contractuelle. La clause de révision permettrait dans les contrats internes ou internationaux de se limiter à la révision des parties³⁸⁶. La rédaction de cette dernière doit alors prévoir les modalités de réalisation du rapprochement entre les parties ainsi que les conséquences d'un éventuel échec des négociations³⁸⁷.

149. Dispositions des projets de réforme. Cette conception de l'imprévision est notamment adoptée par le projet Catala, annoncé comme précurseur d'une simplification du droit français. Une distinction est opérée selon l'utilisation ou non d'une clause de renégociation dans le contrat. En présence d'une telle clause, les parties pourraient alors librement rééquilibrer leurs prestations. L'article 1135-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription dispose sur ce point que « *dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet de circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fut perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles* ». On peut remarquer qu'il n'est nullement exigé que l'évènement à l'origine du déséquilibre ait été imprévisible. Le projet de la Chancellerie de mai 2009 évoque pour sa part un évènement « *imprévisible* » rendant « *l'exécution excessivement onéreuse pour une partie* ». Ainsi encore, l'avant projet de réforme de Code européen des contrats en son article 157 alinéa 1 se réfère à des « *évènements extraordinaires et imprévisibles* » pour une exécution devenue « *excessivement onéreuse* ». La proposition du groupe de travail dirigé par M. Fr. Terré adopte également ces termes pour une exécution devenue « *excessivement onéreuse pour l'une d'elles part suite d'un changement imprévisible* ».

³⁸⁶ Notamment par la fixation de différents seuils ou limites au-delà desquels l'exécution du contrat devra faire l'objet d'une renégociation. La rédaction de cette dernière doit alors prévoir les modalités de réalisation du rapprochement entre les parties ainsi que les conséquences d'un éventuel échec des négociations. Mieux encore, les parties peuvent désigner dans la clause un tiers dont la mission consistera à certifier que les conditions de mise en œuvre de celle-ci sont bien remplies.

³⁸⁷ Notamment par la fixation de différents seuils ou limites au-delà desquels l'exécution du contrat devra faire l'objet d'une renégociation.

des circonstances ». Les PDEC et principes Unidroit visent un changement de circonstances « *imprévisible* » et « *ruineux* ». Le changement doit être raisonnablement imprévisible au moment de la formation du contrat. Ce sont d'ailleurs les termes retenus par les Principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée qui s'appuient sur « *un changement de circonstances raisonnablement imprévisible* ».

Il convient également de se concentrer sur l'intensité des conséquences engendrées par ce changement sur l'équilibre du contrat. En effet, en matière d'imprévision, l'exécution du contrat n'est pas simplement plus difficile mais bien excessivement difficile. Plus qu'un déséquilibre suscité par une augmentation des coûts³⁸⁸ il serait préférable d'exiger un déséquilibre excessif³⁸⁹. La révision pour imprévision ne doit pas être un moyen d'imposer un équilibre parfait entre les prestations mais de lutter contre les déséquilibres excessifs³⁹⁰.

150. Une solution intermédiaire. Afin de renforcer la fonction exercée par la clause de révision, il conviendrait de prévoir en cas d'impossible continuité du contrat sa résiliation accompagnée d'indemnités équitables. L'utilité de la clause et de sa rédaction est patente afin d'éviter de laisser au juge le soin d'évaluer l'ampleur du déséquilibre et de fixer le montant de l'indemnisation. Or, il semble très difficile, voire impossible de fixer dès la formation du contrat la somme à verser au cocontractant victime de l'imprévision. C'est pourquoi la clause peut augurer de l'intervention d'un tiers chargé d'évaluer les pertes causées par la poursuite du contrat déséquilibré, pour les répartir entre les parties. Concrètement, la victime du déséquilibre peut exiger de son partenaire une indemnité³⁹¹ appréciée par un expert et le cas

³⁸⁸ C'est le cas du Draft common frame of reference de l'Acquis Group qui exige uniquement « un coût de l'exécution (qui a) augmenté » : Art. III.-1 :110 [1] ; ou des principes d'Unidroit qui exigent, dans son article 6.2.2 « soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la prestation ait diminué ».

³⁸⁹ Art. 6.111 [2] PDEC : exécution « onéreuse à l'excès » ; Art. 157 et 97 de l'avant projet de Code européen des contrats renvoie à une exécution devenue « excessivement onéreuse » ; Art. 7 : 101 des principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée se réfèrent à un contrat qui « devient profondément déséquilibré ».

³⁹⁰ F. Hinestrosa, *Rapport général, La révision du contrat*, in *Le contrat*, Journées brésiliennes (2005), Association Henri Capitant, 2008, spéc. p.412.

³⁹¹ Il est préférable que la rédaction de la clause ne fasse référence qu'aux pertes subies et non à la notion plus large de dommages, englobant les gains manqués, qui constitueraient sans nul doute une nouvelle source de litiges.

échéant validée par le juge. Ainsi conçue, la rupture du contrat aurait le mérite de se rapprocher de la position prise par le Conseil d'Etat en matière d'imprévision³⁹².

Le spectre de la supposée incompetence des juges, en raison de leur méconnaissance de la vie économique, soulevée par la doctrine va parfaitement dans le sens d'un aménagement contractuel de l'imprévision par les parties elles-mêmes. La liberté contractuelle, principe fondamental du droit contractuel français, ne s'oppose en rien à ce que les parties prévoient une telle clause pour assurer la pérennité de leur relation contractuelle. Dans les contrats internationaux, l'insertion de telles clauses est fortement conseillée. Face aux États³⁹³ qui ne reconnaissent pas l'imprévision, l'absence de clause d'indexation ou de révision se traduit par la volonté des parties de refuser une inexécution basée sur la théorie de l'imprévision. Aussi, l'insertion de ces clauses dans les contrats internationaux permet d'éviter de subir le régime de l'imprévision de l'un des Etats concernés³⁹⁴.

Le rejet absolu de consacrer la théorie de l'imprévision ne limite donc pas la faveur d'une reconnaissance implicite de la clause de renégociation, quoique la jurisprudence l'ait déjà admise par le passé.

2) L'absence de clause de révision

151. Le recours à la bonne foi. Fruits de travaux menés pendant plus de vingt ans en droit comparé, les PDEC ainsi que les principes Unidroit ne tiennent pas compte de la présence ou non de clauses de *Hardship*³⁹⁵ au sein du contrat. Malgré leur manque de prévisibilité, les

³⁹² En effet, le contrat passé par la puissance publique n'est pas modifié par le juge, mais une indemnité est versée au cocontractant de l'Administration.

³⁹³ Parmi les États rejetant tout mécanisme général de révision pour imprévision peuvent être cités, outre la France, la Belgique, le Luxembourg, la France, l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, le Québec, la Louisiane et le Chili.

³⁹⁴ Le Brésil (art. 478 C. civ.) A. Junqueira de Azevedo, *Rapport brésilien*, in *Le contrat*, Journées brésiliennes (2005), Association H. Capitant, 2008, p. 591, spéc. p.472 ; L'argentine (art. 1198 C. civ.) C. R. Sanz, *Rapport argentin, La révision du contrat*, in *Le contrat op. cit.* spéc. p.446 ; La Colombie (art. 868 C. com) F. Hinestrosa, *Rapport colombien*, in *Le contrat op. cit.* spéc. p.534 et F. Mantilla Espinosa, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien, *RDC* juillet 2010, n°3 p.1047 ; La grèce (art. 388 C. civ) V. R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, in *Études A. Jauffret* 1974 p.211 spéc. p.219 ; l'Italie (art. 1467 et 1468 C. civ) ; Le Portugal (art. 312 C. civ) ; L'Égypte (art. 147 C. civ) ; L'Algérie (art ; 107 al.3 C. civ) ; La Roumanie (art. 969 et 970 C. civ) ; L'Autriche (§936 A.B.G.B.) ; La Turquie (art. 2 C. civ) ; La Suisse (art. 2 C. civ) ; Le Chili (art. 2003 al.3 C. civ).

³⁹⁵ PDEC Art. 6 : 111 «(1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Cependant les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur

parties ont l'obligation, à la demande de l'une d'entre elles, de se rapprocher en vue d'engager des négociations permettant soit d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles, soit d'entériner sa disparition. Faute d'accord entre les parties, ces réglementations prévoient que le tribunal peut intervenir pour mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou réviser lui-même le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations³⁹⁶. En l'absence de clause de révision dans le contrat, rien n'empêche les parties de modifier, d'un commun accord, les termes de celui-ci. Toutefois, il est fréquent que dans cette hypothèse, l'une des parties tire un avantage conséquent du déséquilibre qui s'est produit. Il est donc peu probable qu'une tentative de révision du contrat aboutisse naturellement. Dès lors, en admettant l'existence d'une obligation implicite de renégociation du contrat³⁹⁷, la jurisprudence française a ainsi instauré, malgré l'absence de stipulation en ce sens, un moyen de mettre fin à une situation de déséquilibre contractuel causé par imprévision. À la différence des PEDC et des principes Unidroit, la Cour de cassation se fonde sur la notion de bonne foi. Les solutions adoptées par les tribunaux arbitraux témoignent également d'une certaine souplesse en la matière. En effet, de nombreuses sentences récentes ont admis une révision du contrat pour circonstances exceptionnelles en se fondant, en l'absence de clause, sur le principe de la bonne foi³⁹⁸. Favorable à la renégociation du contrat, la jurisprudence arbitrale n'est donc pas entièrement uniforme en la matière. Ce qui laisse présager un engouement de plus en plus

contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances [...] ».

Principes Unidroit Art. 6.2.3 «(1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée (2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations [...] ».

³⁹⁶ Une proposition de loi du 21 juin 2011 n°3563, visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution, reprend cette solution tout en lui apportant une certaine nuance. Elle prévoit ainsi que le juge peut procéder à l'adaptation du contrat mais seulement si les parties en sont d'accord. Le juge ne peut donc pas modifier le contenu du contrat à la place des parties contrairement à ce qui est prévu dans le projet de M. Fr. Terré. A défaut d'accord des parties, cette proposition prévoit que le juge peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe. De plus, si le texte ne précise pas que le juge peut lui-même fixer des indemnités en cas de refus de négociation ou en cas de rupture de négociation de mauvaise foi comme le prévoit le texte européen ou implicitement le rapport Catala, cette proposition n'exclut pas pour autant toute fixation judiciaire de l'indemnité (à l'inverse du projet de la Chancellerie). Organisant les conséquences d'un désaccord des parties dans la renégociation, le texte oblige tout de même les parties à renégocier de bonne foi.

³⁹⁷ Cass. com. 3 novembre 1992 n°90-18547 arrêt Huard *arrêt préc.*

³⁹⁸ A titre d'exemple : l'affaire CCI 4761-1987 dans laquelle le tribunal arbitral affirme que la *lex mercatoria* « donne effet à la théorie de l'imprévision, qui procède du principe que la règle *pacta sunt servanda* trouve sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi ». Sentence rendue en 1987, *JDI* 1987 p.1012 note S. Jarvin ; CCI 5953-1989, Kluwer, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1986-1990 comm. Y. Derains ; sentence rendue en 1975 dans l'affaire CCI n° 2291, *JDI* 1976, p.989 obs. Y. Derains.

prononcé pour la consécration d'une théorie de l'imprévision plus nuancée et cohérente envers les principes du droit français des obligations.

C'est d'ailleurs dans cette voie que s'est engagée la plupart des codifications doctrinales dont les effets s'avèrent indispensables dans les relations contractuelles opposant une ou plusieurs parties en position de force à des partenaires économiquement plus faibles ou néophytes.

152. Contrôle de la bonne foi. Ces dispositions ne violent aucun principe fondamental mais permettent simplement au juge d'obliger les parties à renégocier de bonne foi, sans interférer sur leur volonté et donc sur les stipulations du contrat.

Le caractère exceptionnel de la mise en œuvre de l'action doit tout de même être souligné. Le contrat doit dès lors être encore viable pour qu'on puisse envisager son maintien. Un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 juin 2010 établit un rapprochement entre la révision pour imprévision et le fondement de la cause qui aurait disparu en cours d'exécution en raison d'une atteinte à l'économie voulue par les parties³⁹⁹. Cette référence à la cause et à l'économie générale du contrat n'est pas sans rappeler le fondement contractuel du droit allemand⁴⁰⁰. Il serait cependant plus cohérent de s'inspirer des conditions posées par le droit administratif, à savoir l'exigence de bonne foi du contractant perceptible à travers son comportement contractuel, comme cela peut également être le cas en présence d'une clause de renégociation. Assurer la pérennité du contrat par le respect de sa force obligatoire nécessite une appréciation judiciaire de la bonne foi de la partie demanderesse. Pour de nombreux auteurs, cette seule appréciation laissée aux juges du fond permettrait d'éviter que l'obligation de renégociation ne soit invoquée de mauvaise foi par un débiteur cherchant un prétexte pour échapper à ses obligations. A l'instar des arrêts de 1992 et de 1998 précités, l'autorité judiciaire n'interviendrait que pour vérifier si le refus de renégocier ne constitue pas un manquement à l'exigence de bonne foi susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du créancier. Elle n'aurait alors qu'un simple droit de regard sur l'opportunité de la renégociation du contrat.

³⁹⁹ Cass. com. 29 juin 2010 n°09-67369 *arrêt préc.*, *JCP G* 25 octobre 2010, 1056 note Th. Favario ; *D.* 28 octobre 2010, n°37 p.2481 note D. Mazeaud ; *LPA* 24 décembre 2010, n°256 p.7 note A-S. Choné ; *JCP E* 16 décembre 2010, n°50 note S. Le Gac-Pech.

⁴⁰⁰ P. Ancel et R. Wintgen, La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français, *RDC* juillet 2006, n°3 p.897 spéc. n°20.

Ce manque de prévisibilité conduit à un renforcement du rôle du juge sans lui permettre pour autant de réviser lui-même les stipulations contractuelles. En l'absence de clause de révision, il aura le pouvoir d'apprécier la bonne foi des contractants, alors qu'en présence d'une clause de révision précisément détaillée dans le contrat prévoyant le recours à un tiers, ce dernier se substitue à l'appréciation judiciaire quant au déclenchement de la clause. Ce problème prend alors toute son ampleur si l'une des parties demande la résiliation du contrat.

153. Echec des négociations. Conformément à certaines doctrines européennes⁴⁰¹, les projets de réforme français font de la renégociation entre les parties un préalable obligatoire. Ainsi, le projet Catala propose dans son article 1135-3 que « (...) leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque fois la faculté de résilier le contrat sans frais, ni dommage ». L'avant-projet Fr. Terré précise qu'en cas d'échec des négociations, les parties doivent mettre fin à la relation contractuelle sans envisager le recours à l'intervention judiciaire⁴⁰². Le projet de réforme de la chancellerie va plus loin en ce qu'il prévoit en cette circonstance une adaptation judiciaire du contrat avec l'accord des parties⁴⁰³. La nécessité de recueillir l'accord des parties est alors censée les inciter à renégocier, sous menace de voir leur contrat résilier. Or, cette solution, moins convaincante, a pour effet de protéger la partie désireuse d'obtenir la résiliation du contrat et donc d'anéantir toute protection de la pérennité contractuelle dans le respect de l'économie initialement voulue. Or, la résiliation n'est pas toujours souhaitable et bien souvent rejetée par l'une des parties. C'est généralement le cocontractant qui a pris l'initiative de saisir le président du tribunal de grande instance pour obtenir une nouvelle négociation et permettre la survie du contrat, qui en cas d'échec est lésé par cette sanction. Il perdrait alors tout dédommagement. Il semble dès lors opportun de se référer au droit

⁴⁰¹ Les PDEC, le Draft common frame of reference de l'Acquis Group et l'avant-projet de Code européen des contrats font de la renégociation une première étape obligatoire.

⁴⁰² Art. 92 al.2 de l'avant-projet Fr. Terré : « Cependant les parties doivent renégocier pour adapter le contrat ou y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible des circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assurer le risque lors de la conclusion du contrat ».

⁴⁰³ Art. 136 al.1 du projet de Chancellerie non modifié par l'article 101 de la version 2009 : « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut procéder à l'adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». En revanche, certaines codifications envisagent d'abord la résiliation et proposent uniquement, dans un second temps, la révision. C'est le cas des PDEC et du Draft common frame of reference de l'Acquis Group dont les dispositions sont dès lors sur ce point très critiquables.

administratif pour organiser une répartition équitable des pertes et indemnités entre les contractants. Comme détaillé précédemment, la clause de « révision contractuelle » permet de désigner un tiers pouvant également être chargé d'évaluer les frais et indemnités dus à chacun. En revanche, en l'absence de clause, il appartient au juge d'évaluer lui-même les conséquences financières devant être supportées par les parties. Cela n'est pas sans laisser transparaître une pointe d'inquiétude au sein de la doctrine. En effet, malgré l'absence d'abus de pouvoir et d'arbitraire de la part des juges dans les pays voisins où ils procèdent à la révision du contrat, les craintes de la pratique française restent persistantes.

Il est tout de même notable que le manque de compétence des juges en la matière les rend moins à même qu'un expert pour apprécier la bonne foi des parties lors de la négociation et éventuellement, en cas d'échec, lors de l'évaluation du montant de l'indemnisation. Face à un juge qui n'est pas forcément familiarisé avec ces techniques contractuelles dont il ne maîtrise pas les enjeux complexes et incertains, un cocontractant peut habilement faire échouer les négociations tout en ne se faisant pas condamner pour son comportement. Cela est moins évident face à un professionnel avisé.

Qu'une clause de révision soit insérée ou non dans le contrat, il est donc possible d'instituer la thèse contractuelle de l'imprévision sans nuire à la cohésion des principes qui gouvernent le droit français des obligations. Toutefois, soumettre la volonté de renégociation des contractants à une formulation explicite dans le contrat est tout à fait souhaitable, tant elle favorise l'emprise des parties sur la relation contractuelle. Dès lors, censés connaître les risques auxquels ils s'exposent, les stipulations de leur contrat témoigneraient en cela de l'expression d'une volonté que l'on ne saurait exclure.

En accord avec les professeurs Terré, Simler et Lequette, il semble donc préférable de responsabiliser les parties plutôt que de miser sur l'intervention du juge.

Section II : Les clauses de répartition des risques

154. Au nom de la liberté contractuelle, le droit français permet aux contractants de prévoir par avance les conséquences de l'inexécution de ses obligations par l'un d'eux par l'insertion d'une clause pénale ou une clause relative à la responsabilité. Toutefois, il convient d'écarter l'étude des clauses pénales qui exercent une force comminatoire importante sur le débiteur de l'obligation. A l'inverse, les clauses de répartition des risques n'ont pas pour fonction de faire

pression sur le débiteur mais de définir sa responsabilité face aux risques et conséquences de son éventuelle inexécution. La fonction et les effets de ces deux clauses étant divergents, la clause pénale sera ultérieurement traitée dans sa dimension de peine privée.

Une étude approfondie des clauses de répartition des risques à travers leur fonction et leurs effets au sein du contrat permet de définir avec précision leur portée et d'établir un rapprochement avec des clauses déjà existantes ou d'éventuelles futures clauses issues de l'imagination de la pratique. Véritable instrument de prévisibilité juridique des risques potentiels, ces clauses sont reprises sous des formes très diverses qui complexifient leur encadrement par la jurisprudence. Actuellement perçues comme un moyen de protection et de déviance favorable au débiteur, les juridictions procèdent à une analyse au cas par cas, sans cohérence d'ensemble ni fondement juridique stable. Le rayonnement des clauses de responsabilité et leurs diverses déclinaisons peuvent alors constituer une référence à toute généralisation (§1). Il s'avère donc nécessaire de partir d'une vision élargie de ces clauses pour leur appliquer un régime juridique commun susceptible d'éviter toute forme de dérives. Les clauses de répartition des risques seront classées au sein d'une même catégorie basée sur « l'identité » de leur fonction pour ensuite se voir proposer des règles fondées sur les notions de cause et de faute du débiteur, appréciées non à la formation du contrat mais lors de son inexécution. L'analyse complémentaire de ces deux éléments, permettant de valider la clause ou de l'écarter, nécessite de rechercher une harmonisation de leur régime (§2).

§1 : Les clauses de responsabilité

155. Les clauses aménageant la responsabilité des contractants sont très présentes dans le monde des affaires et rayonnent principalement dans les contrats de prestations de services, et de transfert de propriété. Longtemps perçues comme des instruments de déviance favorables au débiteur, un rappel de leur fonction au sein du contrat ne semble pas superflu. Les effets de ces clauses sur la relation contractuelle étant multiples, de nombreuses clauses peuvent prétendre relever de cette catégorie, alors que toutes ne sont pas susceptibles d'exercer la même fonction. L'étude de leurs effets à travers une approche fonctionnelle doit permettre de dégager une catégorie homogène des clauses de répartition des risques (A). Les nombreux rebondissements et controverses générés par les changements de position de la jurisprudence révèlent les difficultés typologiques et contribuent à complexifier voire à pervertir un régime juridique aux contours déjà incertains (B).

A) L'approche fonctionnelle des clauses de responsabilité

156. Parallèlement à leur fonction initiale, les clauses relatives à la responsabilité, et plus généralement les clauses aménageant la répartition des risques, renferment une réalité économique non négligeable. Une approche économique de leurs effets sur la relation contractuelle met en évidence leur finalité sous-jacente, et éclaire les raisons de leur multiplication dans les contrats d'affaires. Véritables instruments de négociation commerciale dans les relations entre professionnels (1), la diversité de leurs effets explique les difficultés à les faire entrer dans un même ensemble. Alors qu'un rapprochement de régimes juridiques serait souhaitable entre ces clauses régisseuses de risques, les spécificités de certaines d'entre elles s'opposent à une éventuelle considération d'ensemble (2). Il est donc tout d'abord nécessaire d'identifier la nature et les formes de clauses de responsabilité qui retiendront notre attention.

1) L'intérêt des clauses de responsabilité

157. Une finalité économique. Si la fonction première de ces clauses est d'organiser la répartition⁴⁰⁴ des risques liés à l'inexécution contractuelle, son bénéficiaire va avant tout chercher à réduire le coût de ladite inexécution, voire le supprimer. Ce mécanisme contractuel se traduit soit par une limitation de l'indemnité due, ou des hypothèses dans lesquelles la responsabilité peut être engagée, soit par l'exclusion totale du versement de dommages et intérêts. Dès lors, si le régime juridique qui leur est applicable doit davantage être lié au moment de leur mise en œuvre, leurs effets économiques sous-jacents font de ces clauses un instrument d'équilibrage recherché par les opérateurs dès la formation des relations commerciales. En effet, il est possible de relever de nombreuses hypothèses dans lesquelles le prix fixé par le débiteur serait beaucoup trop élevé pour des créanciers rompus à des tarifs standardisés sur un marché donné. Ainsi, le débiteur peut limiter le prix de sa prestation et bénéficier corrélativement d'une diminution de l'étendue de sa responsabilité. Ces clauses encouragent donc l'initiative économique et permettent de préserver la compétitivité des entreprises, lesquelles peuvent proposer leurs services à des tarifs plus attractifs. Cela permet au débiteur, non seulement de résister à la concurrence, mais également de pouvoir apprécier, dès la formation du contrat, les conséquences de son éventuelle inexécution.

⁴⁰⁴ J. Pellerin, *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants*, Thèse dactyl. Paris II 1979.

Ainsi, la négociation des polices d'assurance souscrites contre les risques liés à la mise en œuvre de leur responsabilité est un facteur d'ajustement des prix pratiqués. La limitation ou la suppression des dommages et intérêts contractuels permet en effet de limiter le coût de l'assurance et donc le prix du service. Le client retire alors un avantage évident de cette stipulation, à charge pour lui de se couvrir par une assurance directe à moindre coût. Cependant, si une réduction tarifaire est généralement consentie, les clauses de répartition des risques peuvent également avoir pour contrepartie divers avantages accordés au contractant que seule une analyse de l'économie générale du contrat peut permettre d'identifier.

Si pour de nombreux auteurs l'utilité économique ne doit pas guider la politique juridique, il semble qu'au contraire les clauses de responsabilité s'inscrivent parfaitement dans cette optique.

158. Les relations visées. Conscient des dérives et des abus suscités par une approche plus économique que juridique, le législateur est intervenu pour apporter des limites à l'application de ces clauses dans certains domaines. Il prohibe ainsi leur insertion dans les contrats de vente⁴⁰⁵ conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, les invalide sur le fondement des textes de droit de la concurrence en cas d'abus de position dominante⁴⁰⁶ et régit strictement l'utilisation de ces clauses dans les contrats de transport terrestre⁴⁰⁷, maritime⁴⁰⁸ et aérien⁴⁰⁹, dans les contrats de dépôt hôtelier⁴¹⁰,

⁴⁰⁵ La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 (JO 11 janvier 1978) consacrant la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation a d'abord laissé le soin au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre cette police contractuelle ; Cass. civ. 1^{ère} 15 mars 2005 n°02-13285, *Bull. civ. I*, n°135, *D.* 21 juillet 2005, n°28 p.1948, note A. Boujeka. Puis c'est le décret n°2009-302 du 18 mars 2009 (JO 20 mars 2009), pris en application de la loi dite LME, qui généralisera la condamnation des clauses limitatives de réparation à tous les contrats de consommation. Analyse des changements législatifs futurs à travers la menace interne de l'article 3 de la proposition de loi sur la responsabilité civile déposée le 9 juillet 2010 au Sénat « subordonnant la limitation de l'exclusion de responsabilité à l'existence, au profit du consommateur ou du non-professionnel, d'une contrepartie réelle et sérieuse – Ainsi – la menace communautaire que représente l'harmonisation complète de la directive cadre du 8 octobre 2008 (Dir. Comm. CE n°2008/O196 – V° A. Astraix *D.* 2008 p.2784) qui interdit aux Etats membres de maintenir ou d'introduire dans leur droit national des dispositions plus favorables aux consommateurs que celles qu'elle prévoit.

V° sur ces points : V. Lasbordes de Virville, *Le point sur les clauses limitatives et exclusives de réparation en droit des contrats*, *RLDC* mai 2011, n°82 p.7.

⁴⁰⁶ Les pratiques restrictives de concurrence Art. L. 442-6, I, 2° du C. com.

⁴⁰⁷ C. com. art. L.133-1, en matière de transport routier de marchandises, une faute inexcusable est alors exigée. De même, en matière de contrat-type seule une faute lourde peut faire échec à l'application de la clause limitative de responsabilité sans considération de l'objet de l'obligation qu'elle aménage (essentiellement accessoire).

⁴⁰⁸ C. transp., art. L.5121-3 et s. et L.5421-5.

⁴⁰⁹ C. transp., art. L.6421-3, L. 6421-4, L.6422-2 et L.6422-3.

⁴¹⁰ C. civ., art. 1953.

hospitalier⁴¹¹, dans les contrats de construction immobilière⁴¹² ou encore au profit de certaines personnes victimes d'un produit défectueux⁴¹³.

Seules les clauses de responsabilité applicables entre professionnels seront abordées dans les prochains développements. Le monde des affaires met en lumière leurs effets économiques conduisant leur régime juridique à tendre vers davantage de cohérence et d'efficacité. En effet, les rapports entre professionnels usent et abusent de ces clauses pour asseoir leur politique de négociation commerciale. Les clauses de responsabilité applicables aux obligations essentielles constituent inéluctablement l'apport le plus riche en termes de négociation des prestations réciproques. Touchant le cœur du contrat, elles répartissent en amont les risques les plus importants. La condamnation des clauses de responsabilité portant sur les obligations essentielles reviendrait à prohiber les clauses de responsabilité entre professionnels, ce qui au regard de leur intérêt économique n'est pas souhaitable.

159. Des effets particuliers. Dans ce sens, les clauses dites exclusives de responsabilité, portant ou non sur une obligation essentielle, ne doivent pas faire l'objet d'une condamnation systématique. En effet, les clauses exclusives de responsabilité liées à une obligation essentielle ou fixant un montant dérisoire de réparation seront plus facilement écartées que les clauses seulement limitatives de responsabilité, sans pour autant porter atteinte à la force obligatoire du contrat. Fruits de la volonté des parties, elles ne doivent pas être, contrairement aux clauses de non obligation visant une obligation essentielle, automatiquement annulées pour absence de cause⁴¹⁴. Le créancier accepte l'insertion d'une telle clause en contrepartie d'avantages financiers mais aussi parce que le débiteur s'engage à exécuter les obligations qui lui incombent. A la différence des clauses d'aménagement des obligations dont la fonction est d'aménager l'étendue des obligations et de fixer leurs modalités d'exécution, les clauses aménageant la responsabilité n'influencent pas directement l'exécution des obligations du débiteur⁴¹⁵. Elles ne leur permettent donc pas de se soustraire volontairement à ses

⁴¹¹ C. santé publ., art. L.1113-2 et L.1113-3.

⁴¹² C. civ., art. 1792-5.

⁴¹³ C. civ., art. 1386-15, al.1^{er}.

⁴¹⁴ H, L et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien 1950, n°2540 p.679, qui, raisonnant déjà sur le terrain de la cause montrent que les contrats contenant une clause de non-responsabilité n'en sont pas dépourvus. On sait que le raisonnement sera largement repris au lendemain de l'arrêt Chronopost pour le critiquer.

⁴¹⁵ Cass. com. 22 mai 1991 n°88-13700, *Gaz. Pal.* 1992 p.561 – S'agissant non pas d'une clause de responsabilité « mais d'une clause qui détermine l'étendue des obligations contractuelles des parties », les juges

obligations. A défaut, sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée ainsi que toutes les sanctions⁴¹⁶ relatives à l'inexécution du contrat telles que l'exception d'inexécution, l'exécution forcée et principalement la résolution pour inexécution s'agissant d'une obligation essentielle. De plus, l'existence d'une faute lourde ou du dol permet d'écarter la clause de responsabilité, alors qu'en présence d'une clause de non obligation, le contractant ne commet aucune faute à ne pas exécuter une obligation exclue du champ contractuel.

Outre les clauses relatives aux obligations dont le régime juridique diffère sensiblement des clauses de responsabilité, de nombreuses clauses aux dénominations différentes peuvent être rapprochées des clauses de responsabilité. Leur fonction et effets seront alors des indices importants de leur proximité, et par extension d'une éventuelle harmonisation de leur régime juridique.

2) La diversité des clauses de responsabilité

160. Exclusion des clauses légales de responsabilité. Le domaine des clauses de responsabilité ne peut être limité à leur appellation rédactionnelle.

Seules les clauses de responsabilité contractuelle, fruit de la volonté des parties, seront ici étudiées. Seront exclues de notre analyse les clauses de responsabilité directement appréhendées par les pouvoirs publics. Ainsi, les clauses de responsabilité issues d'un contrat type établi par décret, comme c'est le cas en matière de transport, ne peuvent se voir imposer le même régime juridique puisque la loi aménage elle-même la responsabilité du cocontractant. Aucun fondement, à l'image de l'article 1131 du Code civil, ne peut ici permettre de vérifier la validité de ces clauses, dans la mesure où elles sont imposées par le pouvoir législatif ou réglementaire. La loi fixe un plafond d'indemnisation et interdit aux parties d'aller contractuellement en deçà. Seule la démonstration d'une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol, et démontrant la carence du débiteur défaillant à l'accomplissement de son obligation contractuelle, peut alors faire échec à son application⁴¹⁷.

du fond n'ont pas à rechercher l'existence d'une faute lourde de la banque. V° plus récemment Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006 n°05-13598, *Bull. civ.* III n°194, *JCP G* 13 juin 2007, I, 115 n°24 note M. Huyghe.

⁴¹⁶ Y-M. Laithier, obs préc. sous Cass. com. 30 mai 2006 n°04-14974, *JCP E* 17 juin 2010, n°24, 331 ; I. Gavanon, Validité des clauses limitatives de responsabilité et la salutaire nécessité d'un équilibre contractuel contrôlé par les juges, *JCP E* 17 juin 2010, n°24 p.3.

⁴¹⁷ E. Tricoire, La faute lourde évince l'application du plafond d'indemnisation prévu par le contrat type, *JCP G* 24 octobre 2005 II, n°43, 10150; Cass. com. 28 juin 2005, n°03-20744, *D.* 3 novembre 2005, n°39 p.2748 obs. H.

161. Les modalités de la responsabilité. Par clauses de responsabilité doivent être entendues les clauses fixant un plafond de réparation, et non une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts. La précision est importante car dans ce dernier cas le pouvoir de révision du juge entre en jeu en application de l'article 1152 al.2 du Code civil. Intervenant alors dans le domaine de la clause pénale, le régime juridique applicable diffère sensiblement. Les clauses de responsabilité, encore appelées clauses de réparation, peuvent contenir une simple limitation de responsabilité mais également une exclusion totale. Ces dernières sont encore dénommées clauses élusives, exonératoires de responsabilité ou clauses d'irresponsabilité⁴¹⁸. Toutefois, elles ne se limitent pas, en pratique, aux seules clauses fixant un montant dérisoire de réparation. Les parties peuvent prévoir un montant de réparation correct, voire élevé, tout en insérant dans le contrat une autre clause excluant contractuellement la quasi-totalité des préjudices possibles de réparation. Si la technique n'est pas la même, les effets produits restent similaires. La Cour de cassation a longuement hésité à valider ce type de clauses, considérant qu'elles incitaient le débiteur à faire preuve de négligence dans l'exécution de ses obligations. Elle se prononce aujourd'hui en faveur de leur pleine efficacité⁴¹⁹.

162. La diversité des clauses de répartition des risques. Un regroupement des clauses remplissant cette fonction et aboutissant à un résultat identique est alors possible. Il serait plus opportun pour la jurisprudence de raisonner par analogie et de traiter de manière identique des clauses qui ont des effets semblables. Toutes les clauses ayant pour fonction d'organiser la répartition des risques devraient être soumises au même régime juridique quels que soient l'objet et les moyens qu'elles renferment. La répartition des risques, plus que toute autre catégorie de clause, est une source intarissable de techniques contractuelles. Harmoniser le régime juridique permettrait, en ce domaine, de moraliser et d'encadrer toutes les clauses issues de l'inventivité fertile des praticiens. M. M. Mekki précise sur ce point « *qu'un raisonnement par analogie devrait faire admettre la soumission des clauses abrégant le délai d'action aux mêmes règles que les clauses limitant le droit à réparation* ». Ajoutant que

Kenfack ; *JCP G* février 2006, I, n°8 obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. com. 21 févr. 2006, n°04-20139, *D.* 11 janvier 2007 n°2 p.111 obs. H. Kenfack ; Cass. com. 13 juin 2006, n° 05-12619, *RTD com.* janvier 2007, n°1 p.224 note B. Bouloc ; *JCP E* mai 2007, n°23 note A. Cathiard.

⁴¹⁸ P.-J. Durand, *Les conventions d'irresponsabilité*, Thèse Paris 1931.

⁴¹⁹ Cass. civ. 24 janvier 1874, *DP* 1876, I p.133 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 janvier 1982 n°96-21869, *JCP G* 31 mai 2000, II, 10326 note J.-P. Chazal.

« cela permettrait de prendre conscience de l'ambivalence de la prescription qui touche tant au droit substantiel qu'à l'action en justice⁴²⁰ ». A ce titre, les clauses limitant ou anéantissant le droit de recours du débiteur ou limitant le délai pour agir, encore appelées clauses de prescription ou de réclamation, ainsi que les clauses transférant la responsabilité ou supprimant son caractère solidaire, devraient être appréhendées au sein du même régime juridique. De plus, rien ne semble interdire aux contractants d'insérer une clause de non recours permettant d'exempter valablement le contractant d'une obligation essentielle dès lors que cette dernière s'accompagne d'une contrepartie s'inscrivant dans une logique contractuelle cohérente.

Seules peuvent être écartées les clauses drastiques privant le créancier de tout recours contre le débiteur. Dans sa rédaction simple, la clause de non-recours ne fait pas obstacle aux droits du créancier de demander la résolution du contrat ou l'exécution forcée s'il démontre que le débiteur a fait preuve de mauvaise volonté dans l'exécution de ses engagements.

163. Les clauses exclues. Peuvent également être recensées les clauses classiquement introduites par les professionnels et prenant soin de définir les préjudices exclus de la réparation, qualifiés alors contractuellement de préjudices « *indirects* ». Leur multiplication ayant pour effet de limiter ou d'exclure la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur, la jurisprudence refuse de les soumettre aux mêmes règles de fonctionnement. La Cour de cassation reconnaît la validité⁴²¹ de ces clauses mais les soumet à un régime juridique particulier, alors même que le droit de la prescription a également pour but principal de protéger le débiteur contre les négligences du créancier. La chambre commerciale⁴²² juge sur ce point que la faute lourde est impropre à écarter le jeu d'une stipulation conventionnelle abrégant le délai de prescription de l'action en responsabilité. Au contraire, le droit des transports condamne les clauses abrégant le délai de prescription en cas de faute lourde. Elle instaure ainsi une dissociation entre les clauses ayant pour objet de limiter la responsabilité et celles qui n'ont que pour effet d'arriver à un tel résultat. Or, la finalité est ici identique. Ce manque de cohérence et d'unicité dans les décisions relatives à la responsabilité contribue à une désinformation des contractants quand bien même il s'agit de relations entre

⁴²⁰ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *art.préc.* n°4 p.1051.

⁴²¹ L. Cadiet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *op. cit.* p.193 et s. spéc. n°38 et s. p.211 et s.

⁴²² Cass. com. 12 juillet 2004 n°03-10891 et 03-10547, *D.* 9 septembre 2004, n°31 p.2296 note Ph. Delebecque ; *JCP G* 13 avril 2005, I, 132, n°15 obs. G. Viney.

professionnels. Une modification du régime actuel des clauses de responsabilité, axée sur une recherche de stabilité juridique, permettrait peut-être d'unifier les règles applicables à l'ensemble de ces clauses.

Ainsi, l'appréciation de la cause au stade de l'exécution du contrat, complétée par l'évaluation du comportement du débiteur dans l'exécution de ses engagements peuvent se révéler les fondements d'un régime juridique commun. Cette proposition sera analysée au cours des développements suivants.

164. Les clauses de garantie. Afin de renforcer cette approche catégorielle des clauses relatives à la répartition des risques, il est nécessaire de rechercher si les clauses portant sur la garantie peuvent également intégrer ce regroupement. Les dispositions relatives au contrat de vente seront appliquées aux clauses de garantie en tant que règles générales de référence. Contrairement aux clauses de sûretés négatives, certaines clauses relatives à la garantie peuvent ici être regroupées avec les clauses de responsabilité dès lors qu'elles sont mises en œuvre postérieurement à la réalisation du risque, leur faisant ainsi quitter le champ de la prévention pour mieux assurer une répartition des risques. Elles ont alors vocation à intervenir à titre de sanction de l'inexécution de ses obligations par l'un des contractants. Cependant, prises négativement, dans leur sens limitatif ou exclusif, les clauses de garantie produisent des effets nettement plus étendus que les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Si ces dernières se contentent d'interférer sur l'octroi de dommages intérêts, les clauses limitatives ou exclusives de garantie font obstacle à l'ensemble des sanctions attachées à l'existence d'un vice caché, telles que les actions estimatoire, rédhitoire, en dommages intérêts, ainsi que l'exception d'inexécution et l'exécution forcée.

En vertu de la liberté contractuelle, les clauses relatives à la garantie sont valables à défaut de textes contraires revêtant un caractère d'ordre public⁴²³. En théorie, les clauses limitatives ou exclusives de garantie sont écartées en cas de dol ou de faute lourde du débiteur. Ce qui en d'autres termes consiste à rechercher si le débiteur avait connaissance du vice dès la formation du contrat⁴²⁴. La mauvaise foi du débiteur entraîne donc corrélativement l'inefficacité de la

⁴²³ Vente d'immeubles, en présence de termites L. n°99-471, 8 juin 1999 Art.8 ; en présence d'installation intérieure de gaz naturel : L. n°2003-8, 3 janvier 2003 Art.17 al.3 ; en présence de plomb : art. L.1334-5 C. santé publ. ; en présence d'amiante : Art. L.1334-7 C. santé publ. ; en matière de bail d'habitation L. n°89-462, 6 juillet 1989 Art. 6b).

⁴²⁴ Cass. civ.3^{ème} 28 mars 2007 n°06-12299, *RLDC* mai 2007, n°38 p.13 obs. S. Doireau ; *RDC* octobre 2007, n°4 p.1201 note Ph. Brun.

clause. Cette solution de principe trouve également application en matière d'éviction du fait des tiers. Elle sera en revanche écartée en matière de garantie d'éviction du fait personnel, le débiteur de la garantie ne pouvant troubler personnellement la jouissance de l'acquéreur. Cependant, rien n'interdit le débiteur d'insérer une clause informant l'acquéreur d'une menace précise d'éviction qu'il encourt de son propre fait. La Cour de cassation a sur ce point considéré que l'article 1628 du Code civil ne fait pas obstacle à la validité de la clause de non-garantie précisant une éventuelle éviction personnelle dont le contractant avait accepté de supporter le risque⁴²⁵.

165. Une harmonisation possible. Toutefois, dans les faits la jurisprudence adopte une position nettement plus radicale lorsque le débiteur de la garantie est un professionnel. La Cour de cassation et la doctrine considèrent alors qu'il a connaissance de manière irréfragable du vice qui affecte la chose⁴²⁶ ou d'une cause d'éviction future. Le débiteur professionnel ne peut donc jamais s'exonérer à l'avance de ses garanties par une clause⁴²⁷. En revanche, l'assimilation au régime des clauses de responsabilité prend toute son importance dans les relations entre professionnels de même spécialité. Certes, les hypothèses dans lesquelles interviennent des professionnels de même spécialité sont extrêmement restrictives, mais la Cour adopte alors une position contraire dans la mesure où elle considère que l'acheteur professionnel de même spécialité connaît le vice de la chose vendue. En d'autres termes, le vice n'a jamais vocation à être couvert par la garantie des vices cachés, qu'il existe ou non une clause en ce sens au sein du contrat. Cette vision extrême conduit la jurisprudence à valider une clause d'exonération de garantie alors même que le vendeur professionnel aurait une connaissance effective du vice de la chose⁴²⁸. Elle permet donc étrangement à l'un des contractants professionnels de se protéger des conséquences de son propre dol.

Soumettre les clauses de garantie, relatives aux vices cachés et aux risques d'éviction du fait des tiers, au régime des clauses de répartition des risques n'aurait donc pas pour

⁴²⁵ Cass. com. 2 décembre 1965, *RTD com.* 1966 p.309 obs. A. Jauffret.

⁴²⁶ Cass. com. 27 novembre 1991 n°89-19546 ; Cass. civ. 2^{ème} 30 mars 2000 n°98-15286.

⁴²⁷ Cass. civ. 1^{ère} 7 mai 1982 n°81-10315 ; Cass. civ. 3^{ème} 3 janvier 1984 n°81-14326.

⁴²⁸ Cass. com. 8 octobre 1973 n°71-14322, *D.* 1973 somm. p.152 ; *JCP G* 1975, II, 17927 note J. Ghestin ; Cass. com. 3 février 1998 n°95-18602, *D.* 1998 p.455 note J. Revel ; *JCP G* 1998, I, 187, n°27 obs. G. Viney ; une nouvelle précision a néanmoins été apportée par la Cour de cassation quant à l'étendue de l'obligation du professionnel de même spécialité. Il pèse sur ce dernier « une simple présomption de connaissance des vices décelables selon une diligence raisonnable ». Il ne peut donc être soumis à une clause de non-garantie des vices cachés pour les vices qui ne pouvaient pas être détectés lors de la vente : Cass. com. 28 février 2012 n°11-10705, *Contrats-conc. consom.* mai 2012, n°5 p.11 note L. Leveneur.

conséquence de restreindre la liberté contractuelle des parties, mais permettrait d'encadrer et de moraliser leurs conditions d'application entre les professionnels. Néanmoins, l'étendue des effets des clauses de garantie devrait alors inciter les juges du fond à intensifier leur contrôle vers un degré d'exigence et de sécurité supérieure.

Un régime commun aux clauses de répartition des risques pourrait alors constituer une base juridique aux clauses de garantie à condition d'intensifier leur contrôle proportionnellement à l'intensité de leurs effets. Mais il est tout d'abord nécessaire de revisiter le régime des clauses de responsabilité actuellement sujet à la confusion et à la dispersion.

B) Une approche jurisprudentielle des clauses de responsabilité

166. De façon synthétique, la construction jurisprudentielle du régime des clauses de responsabilité consiste en un double contrôle. La Cour se fonde tout d'abord sur la notion de cause afin de rechercher toute contradiction entre la clause et l'engagement contractuel pris par le débiteur. La cause est ici utilisée comme révélateur de la validité des clauses de responsabilité dès la formation du contrat (1). Un second contrôle est effectué lors de l'exécution du contrat par la recherche de l'existence d'une faute lourde ou dolosive commise par le débiteur (2). Toutefois les divergences de définitions autour de ces notions ont contribué à obscurcir le régime actuel et à complexifier son application.

1) Une recherche délicate de la cause

167. Evolution jurisprudentielle. Dans le première arrêt Chronopost de 1996, la Cour de cassation se fondait sur l'article 1131 du Code civil pour réputer non écrites toutes les clauses de responsabilité qui avaient pour effet de « *contredire la portée de l'engagement pris par le débiteur de l'obligation*⁴²⁹ ». L'objet de l'obligation visée n'avait alors aucune incidence sur le sort de la clause. Par cette jurisprudence devaient donc être réputées non écrites les clauses de responsabilité fixant un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à une

⁴²⁹ Cass. com. 22 octobre 1996 n°93-18632, *D.* 1997 p.121 note A. Sériaux ; *RTD civ.* 1997 p.418 obs. J.Mestre ; *Contrats-conc. consom.* 1997 comm. n°24 obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 1997, II, jurispr. p.519 note R. Martin ; *JCP G* 1997, II, 22881 note D. Cohen, *JCP G* 1997, I, 4002, n°1 obs. M. Fabre-Magnan et *JCP G* 1997, I, 4025 n°17 obs. G. Viney ; *Deffrénois* 1997 p.333 obs. D. Mazeaud.

obligation contractuelle. Le montant de réparation fixé par la clause était alors l'indice principalement retenu pour caractériser la « *contradiction à la portée de l'engagement* ». Ainsi, confronté à un plafond minime de réparation, le juge considérait que cette réduction excessive de la sanction de l'inexécution permettait au débiteur de se soustraire de son engagement de façon arbitraire et en toute impunité.

Quelques années plus tard, une chambre mixte commença à orienter plus fortement son argumentation sur la notion d'obligation essentielle. Ainsi, elle décidait dans son arrêt du 22 avril 2005 qu' « *une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat* » mais continuait de préciser que « *la clause limitant la responsabilité [...] contredisait la portée de l'engagement*⁴³⁰ ». Puis la Cour de cassation adopta, toujours sur le terrain de la cause, une position plus radicale et annula, à partir de 2006, les clauses de responsabilité dès lors qu'elles portaient sur une obligation essentielle⁴³¹. Cette position fut plus clairement affirmée dans les célèbres arrêts *Faurecia I* et *Extand* qui réputaient la clause non écrite alors même qu'elle ne contredisait pas la portée de l'engagement pris, et indépendamment de son effet, sur l'économie du contrat.

Les effets de la clause sur l'engagement souscrit par le débiteur étaient donc relayés au seul objet de l'obligation concernée. L'intérêt majeur des clauses de responsabilité résidant dans l'aménagement de la prestation principale du débiteur, cette jurisprudence eut des effets antiéconomiques importants. Une telle solution laissait entendre que les contractants ne pouvaient limiter ou supprimer leur responsabilité pour inexécution des seules obligations accessoires, limitant dès lors le rôle des clauses de responsabilité à une véritable peau de chagrin. Or, l'objet de l'obligation inexécutée ne devrait pas avoir d'influence sur la lourdeur

⁴³⁰ Cass. ch. mixte 22 avril 2005 n°02-18.326 et n°03-14112, *JCP G* 25 mai 2005. II. n°21, 10066, obs. G. Loiseau ; *D.* 7 juillet 2005, n°27 p.1864, note J.-P. Tosi, p.2748 obs. H. Kenfack, et p.2836 obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD com.* 2005. 828, obs. B. Bouloc ; *RTD civ.* 2005, p.604 obs. P. Jourdain, et p.779 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005 p.673 obs. D. Mazeaud et p.753 obs. Ph. Delebecque ; *Contrats-conc. consom.* 2005 comm. n°150 obs. L. Leveneur.

⁴³¹ Cass. com. 30 mai 2006 n°04-14.974, *D.* 28 septembre 2006, n°33 p.2288 note D. Mazeaud ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1075 obs. Y.-M. Laithier, p.1159 obs. Ph. Delebecque et p.1224 obs. S. Carval ; Cass. com. 13 février 2007 n°05-17407 arrêt *Faurecia I*, *RDC* janvier 2007, n°1 p.707 obs. D. Mazeaud et p.746 obs. S. Carval ; *JCP G* 11 avril 2007, II, 10063 note Y.-M. Sérinet ; *RTD civ.* juillet 2007, n°3 p.567 obs. B. Fages ; *Defrénois* 30 juillet 2007, n°13-14 p.1042 obs. R. Libchabert ; *JCP G* 12 septembre 2007, I, 185 obs. Ph. Stoffel-Munck ; V° également Cass. com. 5 juin 2007 n°06-14.832 arrêt *Extand*, *D.* 2007 p.2975 obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP G* 5 septembre 2007, II, n°36, 10145 note D. Houtcieff ; *Dr. & Pat.* septembre 2007, n°162 p.95 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP E* 11 octobre 2007, n°41, 2234 note Ch. Paulin ; *RDC* octobre 2007, n°4 p.1121 obs. D. Mazeaud et p.1144 obs. S. Carval ; V° également, G. Loiseau, Le crépuscule des clauses limitatives de réparation, *RLDC* mai 2007, n°38, p.6.

de la faute commise. En effet, de nombreux auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir si une limitation de réparation consécutive au manquement à une obligation essentielle devait nécessairement priver de cause l'obligation souscrite en contrepartie par le cocontractant. La réponse s'est avérée négative au regard des hypothèses envisagées par la clause, du plafond d'indemnisation retenu mais surtout des autres éléments du contrat révélateurs de son économie générale. Une interrogation subsidiaire aurait pu être soulevée relativement au moment d'appréciation de la cause. Pourquoi dès lors apprécier l'existence de la cause dès la formation du contrat, alors que la clause a vocation à produire ses effets seulement lors de l'inexécution de l'obligation concernée ? Un plus large développement sera ultérieurement consacré à l'opportunité de déplacer le contrôle de la cause vers l'inexécution de l'obligation contractuelle.

168. Position actuelle de la jurisprudence. Dès la fin de l'année 2007, la Cour fit preuve d'un certain fléchissement et réintroduisit une plus forte dose de cohérence contractuelle dans son raisonnement. Elle effectua un retour à la jurisprudence initiée par l'arrêt Chronopost et valida les clauses de responsabilité à la double condition qu'elles « *n'aient pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle* » du débiteur, « *caractérisant ainsi l'absence de contrariétés entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit*⁴³² ». En décidant dans l'arrêt Faurecia II du 29 juin 2010 que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur*⁴³³ », la Cour de cassation s'inscrit dans cette continuité. Par cette décision, déjà retenue dans des arrêts inédits⁴³⁴ en 2008 et 2009, la jurisprudence redonne leur pleine efficacité aux clauses de responsabilité et restaure leur fonction d'instrument de gestion des risques d'inexécution. A

⁴³² Cass. com. 18 décembre 2007 n°04-16069, *D.* 17 janvier 2008, n°1 p.154, obs. X. Delpéch, et p.1776, chron. D. Mazeaud ; *JCP G* 12 mars 2008. I. 125, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.310, obs. P. Jourdain ; *RDC* juillet 2008, n°3 p.262 obs. T. Genicon, et p.287, obs. G. Viney.

⁴³³ Cass. com. 29 juin 2010 n°09-11841, *D.* 29 juillet 2010, n°28 p.1832 note D. Mazeaud ; *Gaz. Pal.* 4 août 2010, n°216-217 p.22 obs. D. Houtcieff ; *JCP E* 16 septembre 2010, n°37 note Ph. Stoffel-Munck ; *Contrats-conc. consom.* octobre 2010, n°10 p.28 note L. Leveneur ; *RDC* octobre 2010, n°4 p.1220 note Y-M. Laithier ; *RLDC* novembre 2010, n°76 p.16 note S. Pimont ; *RDC* avril 2013, n°2 p.671 note B. Fauvarque-Cosson ; Cass. com. 3 décembre 2013 n°12-26412, *Gaz. Pal.* 12 mars 2014, n°71-72 p.18 obs. R. Carayol ; *RDC* juillet 2014, n°2 p.176 note Th. Génicon.

⁴³⁴ Cass. com. 4 mars 2008 n°07-11790 : cassation d'une décision ayant appliqué une clause de responsabilité « sans expliquer en quoi la clause litigieuse comportant une limite financière n'avait pas pour conséquence tant par son objet que par son effet de contredire la portée de cette obligation de réparer et de réviser » ; *D.* 17 janvier 2008, n°2 p.844, obs. X. Delpéch ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.490, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2008, p.845, obs. B. Bouloc ; *Dr. & Pat.*, février 2009, obs. P. Stoffel-Munck – Cass. com. 9 juin 2009 n°08-10350, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1359, obs. D. Mazeaud : « le débiteur d'une obligation essentielle [...] ne pouvait s'en exonérer par une clause évasive de responsabilité [...] contredisant la portée de son engagement ».

travers une position plus adaptée et nuancée, la Cour de cassation neutralise ainsi les dérives résultant d'un régime exclusivement basé sur l'obligation essentielle et renforce l'expression de la liberté contractuelle.

Le juge se fonde davantage sur l'effet de la clause et la portée de l'engagement contractuel du débiteur, que sur l'objet de l'obligation dont la clause aménage la sanction de l'inexécution. Les réflexions de la Cour, dorénavant basées sur l'effet de la clause, peuvent dès lors permettre de pousser le raisonnement jusqu'à un contrôle total de la validité de ces clauses lors de la mise en œuvre de leurs effets, c'est-à-dire lors de l'exécution du contrat.

169. La recherche de la cause. C'est donc au visa de l'article en 1131 du Code civil, parfois implicitement reconnu⁴³⁵, que la Cour de cassation rend ses décisions. Ce n'est pas le manquement du débiteur à son obligation, fût-elle essentielle, qui entraîne la nullité de la clause mais bien la notion de cause. C'est alors à un contrôle de la notion de cause et donc de la formation du contrat que la Cour procède. La théorie de la cause permet ainsi aux juges de neutraliser le plafond contractuel d'indemnisation.

Afin que « *la clause limitative de réparation ne contredise pas la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » ou « *qu'elle ne prive pas l'obligation essentielle de sa substance* », le juge s'appuie sur la théorie de la cause et l'applique directement à la clause elle-même. Les critères retenus par la jurisprudence, afin de déterminer si la clause vide l'obligation essentielle de toute substance, visent principalement à vérifier si le montant de l'indemnisation a bien été négocié, si les prix convenus reflètent la répartition du risque, si la limitation de responsabilité qui en résulte n'est pas dérisoire, et enfin si le contrat prévoit des contreparties à cette limitation. Pour être valable, la clause limitative de responsabilité doit être causée. Une contrepartie de la clause doit exister au sein du contrat. C'est donc à juste titre que la jurisprudence procède à cette recherche à travers l'économie générale du contrat. Cette dernière permet alors aux juges de porter une appréciation globale et d'apprécier la compatibilité de ces clauses au regard de la finalité envisagée par les parties. La jurisprudence recherche d'abord la cause de la clause litigieuse prise isolément, puis en contemplation de son environnement contractuel.

⁴³⁵ Dans l'arrêt Faurecia III du 29 juin 2010, la Cour ne fait plus référence à l'article 1131 mais reprend la condition imposée par l'arrêt Chronopost de 1996 sur le fondement de la cause en précisant que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle ». De plus, elle ajoute, que « la clause ne doit pas vider de toute substance l'obligation essentielle » c'est-à-dire ne pas heurter la cohérence du contrat.

170. Appréciation de la cause. Certes, la prise en compte de l'économie générale du contrat dans le contrôle de la validité d'une telle clause s'opère classiquement dès la formation du contrat. Or, si cela revient à rechercher la cause de la clause à travers cette dernière, nous démontrerons que la clause ne contient pas de cause propre. C'est en réalité l'obligation accompagnée de la clause de responsabilité qu'il est nécessaire d'analyser sur le fondement de l'article 1131 du Code civil. La prise en compte de l'environnement contractuel dans ce contrôle devrait inciter les juges à rechercher la cause de cet ensemble à l'aune de l'économie générale du contrat. Or juridiquement, l'existence de la clause, qu'elle soit seulement limitative ou exclusive de responsabilité, ne prive pas de cause l'obligation qu'elle accompagne ni même l'obligation pesant sur son cocontractant. En effet, au stade de la formation du contrat, elle ne produit aucun effet. Seule l'inexécution de l'obligation visée, et plus particulièrement l'appréciation de la faute commise par le débiteur, peut sembler-il augurer de sa validité et donc de sa mise en œuvre.

Axer davantage le sort de ces clauses sur le comportement du débiteur et l'inexécution consciente du contrat devrait permettre de neutraliser la clause de responsabilité, qu'elle porte sur une obligation essentielle ou accessoire⁴³⁶.

2) L'évolution notionnelle de la faute lourde

171. Une vision désuète. La clause ayant passé le test précédent, sa survie au sein du contrat n'est pas assurée pour autant. La jurisprudence vérifie au stade de l'exécution du contrat si la défaillance du débiteur est constitutive d'une faute lourde permettant de réputer non écrite la clause limitative litigieuse. Dès les années 1980, la Cour de cassation s'est fondée sur le caractère essentiel ou fondamental de l'obligation inexécutée pour définir la faute lourde et écarter l'application des clauses limitatives de responsabilité sur le fondement de l'article 1150 du Code civil. La Cour considérait qu' « *en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée et de la gravité des conséquences possibles du manquement constaté, celui-ci s'analysait en une faute lourde faisant obstacle à l'application de la clause exonératoire de responsabilité*⁴³⁷ ». Elle a donc généralisé l'appréciation de la faute lourde à

⁴³⁶ Cass. com. 4 mars 2008 n°07-11790, D. 17 janvier 2008, n°2 AJ. p.844 obs. X. Delpech ; RDC 2008 p.750 obs. S. Carval.

⁴³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 18 janvier 1984, JCP G 1984, II, 20372 note J. Mouly ; Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 1988 D. 1989 p.349 note Ph. Delebecque ; Cass. civ. 2^{ème} 9 mai 1990 n°89-10172, RTD civ. 1990, 666 obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{ère} 2 décembre 1997 n°95-21907, D. 1998, 200 obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1998, 673 obs. J. Mestre ;

tout manquement à une obligation essentielle, à l'exception des contrats types pour lesquels seule la faute lourde peut priver d'effet la clause de responsabilité légalement insérée.

Cette conception avait pour effet d'anéantir toute limitation de responsabilité ayant pour objet une obligation essentielle quel que fut son montant. On retrouvait à nouveau, dans cette seconde forme de contrôle, un obstacle aux effets économiques⁴³⁸ de la clause et par ricochet un frein à la pérennisation de son appréhension juridique. La liberté contractuelle se trouvait donc bafouée par une recherche excessive de sécurité juridique trop rigide et abstraite. La référence à l'obligation essentielle revenait à autoriser d'office le juge à s'immiscer dans la relation contractuelle alors que la clause était négociée par des professionnels et accompagnée de contreparties diverses ou du moins d'un prix reflétant cette répartition du risque.

172. Une vision subjective. Si la règle ne semble pas souffrir d'ambiguïté, elle fût néanmoins à l'origine de nombreuses controverses doctrinales principalement axées sur la notion même de faute lourde. Deux grandes conceptions de la faute lourde se sont affrontées en jurisprudence. D'une part, la conception subjective suivant laquelle la faute lourde⁴³⁹ est celle d'une exceptionnelle gravité, et d'autre part, une conception objective pour laquelle la faute lourde est déduite de la seule méconnaissance d'une obligation essentielle. C'est finalement la première conception qui fût consacrée dès le début du XXIème siècle. Sous l'impulsion d'imminents spécialistes, dont M. Ch. Larroumet⁴⁴⁰, la Cour de cassation consacra cette vision subjective de la faute lourde.

Réunie en chambre mixte le 22 avril 2005, la Cour définit la faute lourde comme « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de*

Cass. civ. 1^{ère} 30 nov. 2004 n°01-13110, *RLDC* février 2005, n°13 p.21 obs. L. Dogniaux ; *Dr. & Pat.* mai 2005, n°138 p.98 note P. Chauvel.

⁴³⁸ D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation – les quatre saisons*, *D.* 3 juillet 2008, n°26 p.1776.

⁴³⁹ M. Finck, *Dol et faute lourde en matière de responsabilité contractuelle*, Thèse Grenoble 1961 ; A. Mangin, *Portée et réalité de la distinction entre la faute lourde et la faute inexcusable*, Thèse Paris I 1991 ; M-Ch. Meizeaud-Garaud, *La conception objective de la faute lourde n'a pas disparu*, *LPA* 26 octobre 2006, n°214 p.18 ; D. Bakouche, *L'efficacité des clauses initiatives de responsabilité à l'épreuve de la faute dolosive et de la faute lourde*, *Lexbase Hebdo* 17 avril 2008 n°301 ; S. Carval, *La faute lourde permettant d'écarter les plafonds légaux et contractuels : persistance de la définition étroite*, *RDC* juillet 2009, n°2009/3 p.1044 ; R. Siri, *Nouvel éclairage sur le manquement à une obligation essentielle et la faute lourde*, *LPA* 13 septembre 2010, n°182 p.6.

⁴⁴⁰ Ch. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica 2003 spéc. n°625, « [...] Une imprudence ou une négligence dans l'exécution d'une obligation, quel que soit le caractère essentiel de cette obligation, n'est pas nécessairement une faute lourde. Le critère de la faute lourde ne se trouve pas dans l'importance de l'obligation inexécutée, mais dans le comportement du débiteur ».

*l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle*⁴⁴¹ ». Si ces arrêts visent des clauses limitatives contenues dans des contrats type messageries, leur nature réglementaire ne devait aucunement influencer l'analyse. Il n'existe pas de dédoublement possible de la notion de faute lourde⁴⁴². La conception subjective adoptée dans les contrats types doit être étendue aux clauses contractuelles de responsabilité. La chambre commerciale a donc suivi cette voie et considéra dans le célèbre arrêt Faurecia II que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fut-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur*⁴⁴³ ».

173. Une vision consacrée. Si la Cour de cassation ne s'est véritablement détachée de la référence à l'obligation essentielle dans le contrôle de la cause qu'à partir de 2007, parallèlement elle abandonna la vision objective de la faute lourde dès 2005. Dans les années suivantes, quelques arrêts ont bien fait preuve de résistance mais la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est progressivement ralliée à la conception subjective. Par cette évolution jurisprudentielle, la Cour a sans nul doute cherché à bâtir un régime unique des clauses de responsabilité, portant tant sur une obligation essentielle qu'accessoire. L'arrêt *Faurecia II* du 29 juin 2010⁴⁴⁴ renforce ce courant jurisprudentiel et rappelle la position adoptée aux termes de l'arrêt du 13 juin 2006⁴⁴⁵. Ainsi, les fautes lourdes ou dolosives sont désormais de nature à écarter une clause limitative de responsabilité quel que soit l'objet de l'obligation concernée. Conformément aux arrêts rendus en chambre mixte le 22 avril 2005, la jurisprudence est passée d'une appréciation totalement objective de la faute lourde à un contrôle mesurant le degré d'implication du débiteur dans l'inexécution et plus simplement la gravité de son comportement. L'établissement d'un régime unifié de ces clauses tend plus restrictivement vers un contrôle du comportement du débiteur dont la gravité, initiatrice de la faute lourde, ne sera pas uniquement retenue. Élément central de l'appréciation de la faute quelle qu'elle soit, le comportement du débiteur doit être analysé avec minutie.

⁴⁴¹ Cass. ch. mixte 22 avril 2005 n°02-18.326 et n°03-14112, *arrêt préc.*

⁴⁴² G. Viney, Validité et efficacité des clauses limitant la réparation dans les rapports entre contractants professionnels, *RDC* avril 2008, n°2 p.294 et s.

⁴⁴³ Cass. com. 13 février 2007 *arrêt préc.* ; Cass. com. 21 févr. 2006, n°04-20139, *RTD civ.* avril 2006, n°2 p.322 note P. Jourdain ; *RLDC* avril 2006, n°26 p.11 obs. S. Doireau ; *D.* 27 juillet 2006, n°28 p.1929 obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *RTD com.* octobre 2006, n°4 p.909 note B. Bouloc ; Cass. com. 13 juin 2006 n°05-12619, *RLDC* août 2006, n°29 p.24 obs. C. Kleitz ; *Dr. & Pat.* octobre 2006, n°152 p.98 note L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* octobre 2006, n°2006/4 p.1159 obs. Ph. Delebecque ; *D.* 11 janvier 2007, n°2 p.111 obs. H. Kenfack ; *JCP E* 17 mai 2007, n°23 note A. Cathiard ; Cass. com. 29 juin 2010 n°09-11841 *arrêt préc.*

⁴⁴⁴ Cass. com. 29 juin 2010 n°09-11841 *arrêt préc.*

⁴⁴⁵ Ex : Cass. com. 13 juin 2006 n°05-12619 *arrêt préc.*

La notion de faute lourde est donc désormais recentrée sur la gravité du comportement imputable au débiteur. Cette vision plus adaptée à la réalité des affaires reste respectueuse de la justice contractuelle. L'incapacité du débiteur dans l'accomplissement de sa mission contractuelle ne saurait devenir une source de profit à travers la clause modérant la sanction d'une telle faute.

§2 : Une harmonisation nécessaire

174. A la différence des clauses d'aménagement des obligations vues dans le chapitre précédent, les clauses relatives à la responsabilité ne sont pas mises en œuvre dès la formation du contrat mais seulement si l'inexécution d'une obligation est avérée.

La recherche de la cause lors de l'exécution du contrat, et plus spécialement lors de la survenance de l'inexécution, n'a alors pas pour effet de restreindre l'intérêt économique de ces clauses lors de la négociation du contrat. Bien au contraire, laissant une totale liberté aux contractants lors de la négociation du contrat, elle les invite à davantage de prudence dans l'exécution de l'obligation visée. Le débiteur est alors dans l'obligation de répondre de ses actes et de ses éventuelles erreurs tant au cours des négociations que de l'exécution du contrat (B). Le régime des clauses de répartition des risques peut ainsi gagner non pas à supprimer le double contrôle, mais à le compléter et à le transposer vers l'exécution du contrat dans un souci de cohérence et de moralité (A).

A) L'adaptation du fondement de la cause

175. Le contrôle de la cause transposé au stade de l'exécution du contrat permet de renforcer l'expression du principe de liberté contractuelle dans l'insertion de ces clauses. En effet, ce contrôle tardif de l'existence de la cause, dicté par leur fonction, conduit inévitablement à présumer de leur validité lors de la formation du contrat.

Toutefois, cette recherche de la cause lors de l'exécution du contrat nécessite de revenir à une application quelle que peu abandonnée de la notion. Corrélativement, la conception objective de la cause appliquée lors de l'exécution du contrat doit également être repensée (1). Cette approche de la cause vise à rechercher non pas l'existence d'une contrepartie propre à la clause mais bien à l'obligation à laquelle la clause se rapporte. C'est alors la cause de

l'obligation elle-même qu'il faut rechercher à travers l'analyse causale dont le sort reste conditionné à la démonstration d'une certaine cohérence contractuelle (2).

1) L'appréciation de la cause lors de l'exécution du contrat

176. Une conception rejetée. L'analyse de la cause, utilisée depuis plus de 15 ans par la jurisprudence dans le contrôle de validité des clauses de responsabilité, lui permet de s'assurer que l'obligation visée par la clause dispose bien d'une contrepartie au sein du contrat.

Toutefois, il peut être intéressant d'adapter l'application de la théorie de la cause pour procéder au contrôle des clauses de responsabilité, et plus généralement de toutes les clauses de répartition des risques, lors de l'exécution du contrat. Cette vision de la cause, chère à MM. Capitant et Moury, a longtemps divisé la doctrine mais n'a pas trouvé grâce aux yeux de la jurisprudence⁴⁴⁶. Pour ces auteurs⁴⁴⁷, la finalité recherchée par le contractant, du moins dans les contrats synallagmatiques, n'est pas tant l'existence de la contreprestation initiale que son exécution effective. Dès lors, ils perçoivent l'interdépendance des obligations, caractéristique de ce type de contrat, pendant toute la durée du contrat. La disparition ou l'inexécution de l'une des obligations prive de cause l'obligation réciproque, et explique ainsi que le cocontractant ne soit plus tenu d'exécuter son obligation. Or, cette position n'a jamais été consacrée par la Cour de cassation. C'est au gré des circonstances et des inspirations que cette conception de la cause apparaît dans la justification des solutions.

Certes, la notion de cause est aujourd'hui remise en question et nombre d'auteurs en appellent à recourir à la notion d'intérêt⁴⁴⁸. La cause serait ainsi l'expression de l'intérêt conçu comme

⁴⁴⁶ Quelques arrêts peuvent seulement être recensés, Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 1986 n°85-11396, *RTD civ.* 1987 p.750 obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 2006 n°04-13204, *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.105 obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* juin 2007, n°2 p.253 obs. Y-M. Laithier ; Cass. civ. 1^{ère} 30 octobre 2008 n°07-17646 ; A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, PUAM 2001, n°109 et s. et p.74 et s.

⁴⁴⁷ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz 3^{ème} éd. 1927 ; J. Mestre, *RTD civ.* 1987 p.750 obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 1986 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* n°59 ; A. Seriaux, *Droit des obligations* PUF 1998, 2^{ème} éd. n°56 ; A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat* Préface J. Mestre PUAM 2001 ; Ch. Larroumet, *Droit civil t.3, Les obligations, Le contrat*, 1ère partie : *Conditions de formation*, Economica 2007, 6^{ème} éd. n°469 ; En revanche d'autres auteurs cantonnent la cause à une condition de validité du contrat, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, les obligations, Les sources*, Sirey 1988, t.1, 2^{ème} éd. n°210 et 340 ; V. H. L. J. Mazeaud et G. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, t.2 vol.1 Montchrestien 1998, 9^{ème} éd. n°266 ; D. Mazeaud, *La cause in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004 p.451 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006 n°970 et s.

⁴⁴⁸ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°332 p.352 ; Fr. Chénéde, *Les commutations en droit privé*, Thèse Paris II, Economica 2008, n°186 p.170 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.* n°113 et s. p.74 et s. ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat, op. cit.* n°88 et s. p.82 et s. ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n°107 et s. p.105 et s.

le but dont la considération a déclenché la volonté de celui qui s'engage. En accord avec Mme S. Lequette, le contrôle de l'existence de la cause au sein du contrat à titre onéreux qui animera nos démonstrations, ne doit alors pas être entendu comme l'intérêt économique que l'une des parties espère secrètement atteindre mais comme l'intérêt économique résultant du projet contractuel lors de la rencontre des volontés⁴⁴⁹. La cause est un instrument irremplaçable de la structure du contrat à titre onéreux. La proposition d'une transposition de son contrôle lors de l'exécution du contrat est ici simplement suggérée par une approche fonctionnelle de ces clauses.

177. L'influence fonctionnelle des clauses. Le recours à la cause, appliquée lors de l'exécution du contrat et non classiquement dès sa formation, se justifie en l'espèce par la fonction exercée par ces clauses. Contrairement aux clauses d'aménagement des obligations, les clauses d'aménagement de la responsabilité n'influencent pas « *la prestation, objet de la promesse* » mais agissent « *sur la diligence que doit exercer le débiteur dans l'exécution de la prestation qui lui incombe*⁴⁵⁰ ». Elles délimitent seulement le montant de la réparation du en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution des obligations prévues dans le champ contractuel. Ainsi, au stade de la formation du contrat, les clauses de réparation n'ont pas, contrairement à la majorité des positions doctrinales avancées, d'influence sur l'exécution du contrat, ou seulement de manière indirecte. Elles ne trouvent pas à s'appliquer si l'exécution du contrat reste conforme aux prétentions contractuelles initiales. Ces clauses ne doivent pas être perçues comme un instrument de trahison future. Le débiteur ne cherche pas à échapper à ses engagements, ne serait-ce que pour des raisons purement commerciales et économiques. Au contraire, le débiteur se doit en vertu de la force obligatoire du contrat, et de la bonne foi contractuelle, d'exécuter son engagement. Le créancier s'engage pour que le débiteur exécute ses prestations. De plus, l'obligation du débiteur d'exécuter son engagement continue de s'exprimer pleinement à travers les autres sanctions de l'inexécution que sont l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature ou la résolution pour inexécution.

Sans rejeter le fondement de la cause, véritable catalyseur de la validité de ces clauses, il convient, afin de procéder à un contrôle plus cohérent, de ne pas la confiner à un élément de

⁴⁴⁹ S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit. n°62 p.51. V° également Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse Paris II, LGDJ 2007, n°182.

⁴⁵⁰ Ph. Delebecque, *Les clauses de responsabilité in les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, préface J. Mestre PUAM 1990 p.177 et s.

la formation du contrat mais de l'inscrire dans la durée, c'est-à-dire tout au long de l'exécution du contrat⁴⁵¹. Rechercher l'existence de la cause pendant l'exécution du contrat permet ici de rendre compte des conditions d'inexécution de l'obligation par le débiteur, ce que ne permet nullement l'appréciation de la cause au jour de la formation du contrat. En effet, en cas de retard par exemple, il est toujours plus pertinent d'en évaluer l'importance une fois l'exécution mise en œuvre. Il sera, par ailleurs, démontré dans les développements suivants que le recours à l'obligation essentielle pourrait être définitivement écarté si l'on admet le jeu de la cause sur le terrain de l'exécution du contrat⁴⁵².

178. La contrepartie convenue. Adopter cette thèse de la cause pour les clauses de répartition des risques nécessite pourtant de repenser son approche. Cette doctrine précise qu'il ne peut s'agir que de la cause objective de l'obligation et en aucun cas de la cause subjective du contrat, prise en tant que motif déterminant. En effet, rechercher la disparition de la cause, prise dans sa conception subjective, affecterait inévitablement la force obligatoire du contrat, et ruinerait ainsi la sécurité juridique. Il suffirait alors au débiteur de l'obligation de changer d'avis, de situations personnelle, professionnelle ou de rencontrer des difficultés financières, pour alléguer de l'absence de cause de son engagement⁴⁵³.

La recherche de la cause, prise dans sa conception objective classique, dès lors qu'elle est appréciée pendant l'exécution du contrat, n'apparaît plus totalement satisfaisante. La cause appréciée à l'aune de la contrepartie convenue⁴⁵⁴ doit être préférée. Cette dernière conception de la cause est sans nul doute plus souple et plus riche que celle de la vision traditionnelle qui ne retient de façon abstraite et détachée qu'une contre-prestation prédéterminée pour chaque type de contrat. Dès lors, si elle « *ne doit plus être confinée à un élément de la formation du contrat mais s'inscrit dans la durée et suppose une continuité pendant l'exécution du contrat*⁴⁵⁵ », il conviendrait dès lors de transposer cette conception de la cause à l'exécution

⁴⁵¹ G. Meilhac-Redon et F. Marmoz, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, note sous Cass. com. 15 février 2000 n°97-19793, *LPA* 29 décembre 2000, n°260 p.12 ; *JCP E* 3 février 2005, n°5 note F. Pollaud-Dunian ; *Dr. & Pat.* septembre 2007, n°162 p.87 obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁴⁵² J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 1999 n°482.

⁴⁵³ Exemple classique des cautions sollicitant la nullité ou du moins la caducité de leur engagement après avoir été évincées ou avoir quitté la société cautionnée ou après leur divorce du conjoint qu'elles avaient garanti. Cass. com. 8 novembre 1972, n°74-12469 et n°71-12479, *D.* 1973 p.753 note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1973, I, p.143 note D. Martin ; Cass. com. 28 février 1977 n°74-14602, *JCP G* 1977 IV, 110 ; *D.* 1977, inf. rap. p.235 ; Cass. civ.1^{ère} 24 octobre 1979 n°77-14076, *JCP N* 1980 II, 100 note G. Parléani ; Cass. ch. mixte 23 novembre 1990, 3 arrêts n°87-17044, n°86-19396, n°88-16883, *JCP G* 1991, II, 21642 note D. Legeais.

⁴⁵⁴ J. Ghestin, *cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* n°149 p.111 et s.

⁴⁵⁵ G. Meilhac-redon et F. Marmoz, *Cause et économie du contrat*, note préc.

du contrat. La complémentarité de ces deux notions peut alors être recherchée lors de l'exécution du contrat.

2) Un contrôle effectif de la cause.

179. Une clause sans cause propre. Une justification de la nullité partielle d'une telle clause, fondée sur sa propre absence de cause, ne doit pas être perçue à travers les arrêts rendus sur ce sujet, et plus particulièrement à travers l'arrêt Chronopost. C'est bien parce que cette clause, à défaut d'être éliminée, aurait pour effet de priver d'objet l'obligation essentielle du transporteur et de priver ainsi de contrepartie, de cause, l'obligation de payer le prix spécialement prévu en raison de la garantie de fiabilité et de célérité du service offert qu'elle doit être réputée non écrite.

Contrairement à la position de certains auteurs, l'arrêt Chronopost et plus largement la « saga » des arrêts rendus en ce domaine, ne permet pas d'affirmer l'existence d'une cause propre à chaque clause du contrat et dans une moindre mesure aux clauses relatives à la responsabilité. Dès lors, si l'analyse de la cause à travers le contrat doit être approuvée, ce n'est nullement la contrepartie de la clause qui doit être recherchée⁴⁵⁶. La clause de responsabilité ne peut avoir de cause propre. La diminution du prix qui, dans les hypothèses les plus simples, est généralement perçue comme la contrepartie de l'insertion d'une clause de responsabilité, a en réalité pour contrepartie l'exécution de l'obligation accompagnée de ladite clause. La clause en elle-même n'est porteuse d'aucune obligation et ne faisant qu'aménager les conséquences de l'inexécution de l'obligation, elle se trouve dépourvue de cause propre. Seule l'obligation doit être causée. Ainsi, lorsque le juge procède à la recherche de la cause, il se doit de vérifier si le prix payé ou les autres avantages consentis tiennent lieu de contrepartie, non pas à la seule limitation de responsabilité mais à l'obligation principale ou accessoire que la clause limitative de responsabilité accompagne⁴⁵⁷. L'obligation du débiteur et la clause de responsabilité constituent un tout et ne peuvent être appréciées séparément.

⁴⁵⁶ J. Ghestin, *ibid.* n°409 p.268.

⁴⁵⁷ Si nous nous accordons avec ce principe général réfutant l'existence d'une cause particulière pour chaque clause, la partie II, traitant de l'autonomie de certaines clauses, permettra tout de même de démontrer qu'un nombre limité de clauses bénéficie d'une contrepartie directe. Ces clauses seront alors étudiées isolément ainsi que les conditions permettant de percevoir ou non la cause contrepartie comme un des indices de leur autonomie.

180. Une existence renforcée. Partant du postulat qu'une clause de répartition des risques ne dispose pas d'une contrepartie propre, c'est donc à la recherche de la cause de l'obligation, accompagnée de ladite clause, qu'il est nécessaire de procéder. L'appréciation de la validité de la clause par le truchement de la cause évaluée lors de l'exécution du contrat favorise davantage l'expression de la liberté contractuelle. Contrairement au régime actuel, un contrôle effectué lors de l'exécution du contrat entraîne corrélativement une présomption de validité des clauses de responsabilité lors de la formation du contrat. Une telle présomption de validité permettrait entre autre, d'accentuer l'intérêt économique sous-jacent de leur insertion et favoriserait la liberté des négociations professionnelles. Ce n'est qu'au moment de la réalisation de l'inexécution de l'obligation du débiteur que la Cour de cassation pourrait effectuer un contrôle de l'existence de la cause. Dès lors, en présence d'une clause limitative de réparation, le juge devrait vérifier que l'inexécution de l'obligation à laquelle la clause est associée contient une contrepartie, notamment de prix, à travers les obligations du créancier. Si une contrepartie peut être identifiée mais que le débiteur n'exécute pas son obligation, elle serait alors dépourvue de cause et l'inexécution ne pourrait être couverte par la clause. Celle-ci doit alors être écartée.

À la différence du régime actuel, le défaut de contrepartie ne permettrait pas d'écarter la clause si le débiteur exécute correctement son engagement. Cela permettrait alors aux praticiens de maintenir une certaine compétitivité, du fait de l'intérêt de ces clauses lors des négociations, et de valoriser cette compétitivité par la bonne exécution de ses engagements contractuels. Or, actuellement, la clause peut être anéantie, quelle que soit la diligence du débiteur, du fait de son appréciation au jour de la conclusion du contrat.

181. Une justification de l'irresponsabilité. Une clause exclusive de responsabilité n'aurait quant à elle aucun effet sur la relation contractuelle dans le cas où le débiteur exécute parfaitement son obligation. En cas d'inexécution partielle ou totale, le juge doit alors rechercher s'il existe une contrepartie satisfaisante à l'inexécution de l'obligation accompagnée de la clause exonératoire de responsabilité. Conformément à la position actuelle, il sera néanmoins difficile de ne pas les écarter en présence d'une inexécution totale de son obligation par le débiteur. En effet, le plafond dérisoire de réparation doit s'apprécier au regard du préjudice réellement subi par le créancier. Néanmoins, en présence d'un préjudice faible, rien n'interdit au juge d'apprécier le montant de la réparation fixé à 0 euro comme n'étant pas dérisoire, ce qui permet alors à la clause de conserver sa pleine efficacité.

A l'image des clauses limitatives de réparation fixant un plafond dérisoire d'indemnisation, les clauses exclusives de responsabilité ne doivent pas automatiquement être vouées à l'échec. En effet, alors même qu'il existe une forte probabilité de contradiction entre ces dernières et la portée de l'engagement pris, il reste néanmoins possible, en écartant toute appréciation isolée de la clause, d'outrepasser cette contradiction par le seul contrôle de leurs effets dans l'économie générale du contrat.

182. Inexécutions admises. Il existe donc diverses hypothèses dans lesquelles l'inexécution de l'obligation du débiteur ne prive pas de cause l'engagement en paiement du créancier. Ce maintien de la cause malgré l'inexécution peut alors s'expliquer par le caractère ponctuel de l'inexécution, qui, associé à la clause limitant la responsabilité du débiteur pour ce même type d'inexécution, ne prive pas de cause l'engagement en paiement du créancier.

L'arrêt de la chambre commerciale du 18 décembre 2007, dit arrêt « EDF⁴⁵⁸ », permet entre autre d'illustrer ces propos. En effet, la chambre commerciale considère ici que la clause n'avait pas pour effet de vider de toute sa substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité. Il n'existait pas de contrariétés entre la clause et la portée de l'engagement souscrit car EDF avait pris soin de limiter l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur.

Or, en l'espèce, l'inexécution s'était traduite par une simple coupure inopinée d'électricité, inexécution couverte par la clause et n'ayant pas pour effet de priver de contrepartie l'obligation du créancier au regard de l'économie générale du contrat. La clause doit donc être appliquée chaque fois que l'inexécution n'a pas privé d'intérêt le contrat pour le créancier.

Le contrôle de la cause pendant l'exécution du contrat relativement à ce type de clauses accentuerait les hypothèses d'absence de cause, permettant alors de durcir mais aussi de moraliser et d'instaurer une certaine cohérence de leur mise en œuvre.

B) Le double contrôle des clauses de responsabilité

183. Après avoir présenté une adaptation possible de la notion de cause, il est temps de se pencher sur sa complémentarité avec la recherche du comportement fautif du débiteur lors de

⁴⁵⁸ Cass. com. 18 décembre 2007 *arrêt préc.* et Cass. com. 4 mars 2008 *arrêt préc.*

l'inexécution de ses engagements. En effet, cette proposition de contrôle met fin au double contrôle pratiqué par les juridictions à la formation et l'exécution du contrat pour laisser place à un contrôle recentré autour des notions de cause et de faute du débiteur apprécié lors de son exécution. Ce lien peut alors être établi par l'intermédiaire de l'économie générale du contrat. La recherche de la contrepartie convenue à travers l'économie générale du contrat supprime alors toute distinction entre les obligations concernées. Ces dernières devant être toutes perçues comme éléments de l'économie générale du contrat (1). Véritable instrument d'analyse de la cause, l'économie générale du contrat peut également contribuer, grâce à la diversité des variables pouvant la composer, à caractériser l'inexécution consciente du débiteur. Dans un unique souci de moraliser l'application de ces clauses, la faute du débiteur doit alors être retenue et sanctionnée selon son degré de gravité et le type de sanction envisagée (2).

1) La référence à l'économie générale du contrat

184. Un révélateur de la cause. Actuellement, il ressort de nombreux arrêts que le juge effectue une appréciation *in concreto* de la cause du contrat. Les indices retenus par le juge, tels que le montant du plafond de réparation, l'adaptation des prix convenus à la répartition du risque, le caractère dérisoire de la limitation de responsabilité qui en résulte, ou enfin l'existence de contrepartie à cette limitation, sont actuellement analysés de façon ponctuelle. C'est seulement dans un second temps que la validité de la clause est appréciée à l'aune de l'économie générale du contrat. La Cour recherche alors si indépendamment du contenu et du contexte contractuel, la clause à une contrepartie, une cause puisée dans l'ensemble de son environnement contractuel. L'arrêt *Faurecia* du 29 juin 2010 témoigne de cette démarche. En l'espèce, la Cour de cassation a admis la validité de la clause limitative de responsabilité seulement parce que la Cour d'appel avait procédé à une appréciation *in concreto* de l'économie générale de l'ensemble contractuel, révélant ainsi le caractère proportionnel de la clause. Appréciée lors de l'exécution du contrat⁴⁵⁹, le juge pourrait se contenter de contrôler la validité de la clause en recherchant sa cause dans le seul prisme de son environnement contractuel par une référence directe à l'économie générale du contrat. C'est alors la contrepartie de l'obligation inexécutée à laquelle est associée la clause de responsabilité qui doit alors être recherchée au sein même de l'économie générale du contrat. Le montant du

⁴⁵⁹ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse Paris, LGDJ 2000 spéc. n°331 p.134.

plafond de réparation ou le caractère dérisoire de la limitation de responsabilité ne sont que des indices, dans la mesure où ce n'est pas la justification directe de la clause qui est recherchée mais bien la contrepartie de l'obligation inexécutée accompagnée de ladite clause. En prenant comme référence l'économie générale du contrat, le juge peut désormais confronter l'inexécution de l'obligation assortie de la clause de responsabilité avec les obligations et les clauses mises à la charge du cocontractant. Cette méthode préserve ainsi une certaine sécurité juridique et le respect de la volonté des parties.

185. Une notion hétéroclite. Le juge se doit alors de rechercher la commune intention des parties qui n'est ni celle du débiteur ni celle du créancier, mais bien une volonté « unifiée », « raisonnable » caractérisant la « volonté contractuelle⁴⁶⁰ ». En effet, « l'économie du contrat désigne la cohérence interne du contrat mais également la finalité d'une opération contractuelle. En tant qu'elles reflètent la cohérence du contrat, l'économie générale du contrat ne se limite pas au contenu contractuel exprimé⁴⁶¹, mais vise l'équilibre qu'il réalise entre les intérêts des parties. Elle ne concerne pas seulement le détail des clauses de la convention mais touche à sa globalité, à son esprit... L'économie du contrat représente ainsi l'équilibre général de la convention, la répartition des droits et obligations des parties, qui s'imposent tant aux contractants qu'au juge... C'est donc la contradiction de la clause avec l'économie générale du contrat qui justifie sa mise à l'écart⁴⁶² ».

Il serait alors opportun de se référer à une pluralité d'éléments. Outre l'existence éventuelle d'un avantage pécuniaire en contrepartie, il convient également de prendre en compte la conscience qu'aurait dû avoir l'auteur de la faute des risques engendrés par son comportement, l'atteinte à la confiance légitime entre contractants ou encore la gravité des conséquences que la faute a entraînées pour le créancier⁴⁶³. A titre de comparaison, le système anglais prend également en considération le caractère négocié ou non du contrat, la possibilité qu'avait le créancier d'obtenir ailleurs la même prestation sans en subir la clause, la

⁴⁶⁰ S. Pimont, *L'économie du contrat*, PUAM 2004 n°354 ; Cass. civ. 1^{ère} 28 février 2006 n°04-13786, *RTD civ.* avril 2006, n°2 p.285 ; *RLDC* mai 2006, n°27 p.44 note G. Marraud des Grottes ; *D.* 7 juin 2007, n°22 p.1561 note J-J. Lemouland et D. Vigneau ; Cass. civ. 3^{ème} 31 octobre 2006 n°05-11672 ; Cass. civ. 3^{ème} 8 novembre 2006 n°05-17748, *RLDC* décembre 2006, n°33 p.9 note S. Doireau ; *Rev. dr. rural* février 2007, n°350 p.39 note S. Crevel ; Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2007 n°04-18406 ; Cass. civ. 1^{ère} 7 février 2007 n°05-21428.

⁴⁶¹ Ainsi l'analyse peut porter non seulement sur les clauses du contrat, mais en cas d'ambiguïté sur l'ensemble contractuel. Cela inclut les pourparlers, les lettres d'intention ou les courriers ainsi que tous les éléments susceptibles d'éclairer la commune intention des parties.

⁴⁶² Cass. com. 15 février 2000 n°97-19793 *arrêt préc.*

⁴⁶³ C. Barnaud, Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation, *LPA* 30 septembre 2010, n°195 p.6.

connaissance ou les moyens que le créancier avait de connaître l'existence et l'étendue de la clause, la complexité du bien ou du service rendu ou encore le caractère extrêmement coûteux de l'assurance. En revanche, procédant à ce contrôle au jour de la conclusion du contrat, la gravité du préjudice subi par le créancier n'est pas prise en compte.

186. Indifférence de l'obligation visée. Il est également à remarquer que parmi l'ensemble des variables pouvant être utilisées, toute considération relative au caractère de l'obligation concernée est rejetée.

Dans la continuité de l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010, annonciateur de l'abandon de l'obligation essentielle comme pivot du régime des clauses limitatives de responsabilité, notre proposition de contrôle ne s'appuie nullement sur l'objet ou la nature de l'obligation visée par la clause. La référence à l'économie générale du contrat, prise en tant qu'instrument d'analyse de la cause permet entre autre de contourner la difficulté liée à la distinction⁴⁶⁴ des obligations essentielles ou accessoires. En effet, la fragilité de cette distinction subsiste et particulièrement quand elle est appliquée aux clauses de responsabilité. La doctrine reste divisée sur ce point et les diverses définitions retenues par les auteurs contribuent à alimenter l'ambiguïté de leur identification. Ainsi, ce qui est une obligation essentielle pour un auteur ne l'est pas nécessairement pour l'autre⁴⁶⁵. Qu'on en suggère l'abandon⁴⁶⁶ ou qu'on en défende l'utilité⁴⁶⁷, elle n'en reste pas moins difficile à caractériser. L'économie générale du contrat peut alors être perçue comme un instrument permettant de parvenir à un juste équilibre entre la liberté des parties de déroger aux règles de responsabilité contractuelle d'une part, et la préservation de l'idéal promu par ces mêmes règles d'autre part. La référence à l'obligation essentielle ne serait alors rien d'autre qu'une manière savante de limiter la liberté contractuelle.

⁴⁶⁴ R. Roblot, De la faute lourde en droit privé français, *RTD civ.* 1951, n°22 et s. p.19 et s. ; Cass. com. 18 décembre 2007 n°04-16069, *arrêt préc.*, *D.* 17 janvier 2008, n°2 p.154 obs. X. Delpech ; *JCP G* 12 mars 2008, I, n°11, 125 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* avril 2008, n°2 p.287 et s. obs. G. Viney.

⁴⁶⁵ A propos du respect par La Poste des formalités applicables à la distribution des plis recommandés, Cass. civ. 1^{ère} 19 septembre 2007 n°05-17769, *JCP G* 24 octobre 2007, II, n°43, 10176 obs. Ph. Delebecque ; *Contrats-conc. consom.* janvier 2008, n°1 p.14 obs. L. Leveneur.

⁴⁶⁶ D. Mazeaud, Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons, *art. préc.* n°19 ; Ph. Delebecque, Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? *RDC* juillet 2008, n°3 p.979 ; Th. Genicon, Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives, *art. préc.* p.982 et s. n°8 et s.

⁴⁶⁷ C. Grimaldi, Les clauses portant sur une obligation essentielle, *RDC* décembre 2008, n°4 p.1095.

187. Caractère de l'obligation. Une nuance doit toutefois être apportée, dans la mesure où il ne s'agit pas de relayer définitivement le rôle essentiel ou accessoire de l'obligation. Si cette distinction n'a plus lieu dans le régime des clauses de responsabilité où le contrat est abordé à travers son économie générale, elle trouve toujours grâce dans le régime juridique des clauses de non obligation. En effet, comme il a pu être démontré, le régime de ces clauses ne peut faire l'économie d'une recherche de l'essence du contrat, soit pour requalifier la figure contractuelle, soit pour invalider la clause.

Il est alors nécessaire d'établir une réelle complémentarité entre la recherche de la cause et l'appréciation du comportement du débiteur. Cette proposition de contrôle dualiste gagnerait alors en cohérence.

Si malgré l'inexécution partielle ou totale de son obligation par le débiteur, l'engagement de son cocontractant reste causé, encore faut-il que l'inexécution ne soit pas imputable à une faute du débiteur.

2) Le contrôle renforcé du comportement du débiteur

188. Appréciation du juge. Le comportement du débiteur est un instrument complémentaire à la recherche de la cause. En effet, si les parties ont convenu d'une contrepartie lors de la formation du contrat, l'obligation du débiteur accompagnée de la clause de responsabilité a pour cause l'avantage consenti au créancier. Dans cette hypothèse, la bonne exécution de son obligation par le débiteur ne peut conduire à la mise à l'écart de la clause. Or, si une inexécution totale ou partielle survient, il convient de rechercher la nature de l'inexécution imputable au débiteur. Sans avoir à démontrer l'existence d'une faute lourde, l'inexécution fautive du débiteur doit conduire à priver de cause l'obligation du créancier et à écarter la mise en œuvre de la clause. Ainsi la cause peut être présente à la formation du contrat et disparaître lors de son exécution. Ces deux notions doivent donc rester intimement liées tout au long de l'exécution du contrat. Confronté à l'inexécution de son obligation par le débiteur, le juge devrait donc rechercher dans un premier temps si une contrepartie convenue existe au sein de l'économie générale du contrat. A défaut, la clause devra être écartée.

En revanche, si une contrepartie peut être identifiée, le juge doit alors analyser les conditions et circonstances de l'inexécution. Dès lors, en cas d'inexécution non fautive du débiteur, la clause limitative de responsabilité doit trouver à s'appliquer. La clause a alors pour effet de protéger le débiteur de son inexécution. La fonction de ces clauses étant d'assurer une répartition des risques non fautifs d'inexécution du contrat, il est légitime de

mesurer l'implication du débiteur dans les faits d'inexécution. En d'autres termes, le débiteur ne doit être admis à exclure ou limiter sa responsabilité qu'en cas d'inexécution procédant d'un fait non fautif ou d'une simple faute non intentionnelle⁴⁶⁸. Que cette précision soit ou non stipulée dans le contrat, le juge ne devrait pas tenir le débiteur responsable de ses fautes légères non intentionnelles, mêmes si elles sont susceptibles de causer un dommage à son contractant⁴⁶⁹.

189. Renversement de la charge de la preuve. Une fois le degré de la faute apprécié par le juge, il appartiendrait au débiteur de démontrer son absence de faute. Actuellement, le créancier doit démontrer uniquement l'existence d'un dol ou d'une faute lourde pour faire échec à l'application de la clause. Contrairement à cette perspective, le renversement de la charge de la preuve sur le débiteur s'inscrirait parfaitement dans la logique de la fonction attribuée à la clause. Ainsi, le débiteur ne pourrait se cacher derrière sa simple faute. Bénéficiaire direct de la clause, il n'est pas illégitime de lui laisser le soin de démontrer qu'il n'est pas coupable. Dès lors, soit le débiteur démontre qu'il n'a commis aucune faute, soit il peut tenter par tout moyen de légitimer sa faute au regard des circonstances, du contexte ou de l'équilibre particulier qui avait été décidé lors de la conclusion du contrat. En bref, il devrait prouver que l'inexécution était indépendante de sa volonté et de toute négligence blâmable de sa part. A défaut de quoi, la protection que lui accorde la clause limitative de responsabilité devrait être écartée.

Cette nouvelle approche permettrait non seulement de ne pas laisser impunies les fautes de degré inférieur à la faute lourde, mais également de moraliser la recherche de la preuve. En effet, en dehors de la caractérisation d'une faute lourde, il apparaît extrêmement difficile pour le créancier d'avoir accès aux circonstances précises de l'inexécution. De plus, ce procédé aurait pour mérite de dispenser la jurisprudence de façonner, voire de tordre la définition de la faute lourde au gré des opportunités, dans le but de l'appliquer au plus grand nombre d'hypothèses. Face à l'impossibilité du débiteur de démontrer que l'inexécution n'est pas due à une faute tolérable, il ne serait pas pour autant tenu de réparer le préjudice non prévisible en vertu de l'article 1150 du Code civil.

⁴⁶⁸ Th. Genicon, Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives, *RDC* juillet 2008 n°3 p.982.

⁴⁶⁹ H., L. et J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, n°2540, p.679 : « un contractant peut valablement stipuler qu'il ne sera pas responsable de ses fautes légères non intentionnelles susceptibles de causer un dommage aux biens de son contractant ».

190. Preuve de la faute lourde. Le recours à la faute lourde ne doit cependant pas être exclu. A un degré de gravité supérieur, le juge peut constater une faute lourde dont la charge de la preuve incomberait cette fois au créancier. S'écartant du droit commun, la répartition de la charge de la preuve serait ainsi équilibrée dans son ensemble. Il lui appartiendrait alors de prouver positivement que les éléments de la faute lourde sont réunis afin d'obtenir la réparation du préjudice imprévisible. Désormais admise dans sa conception subjective, le créancier se doit de prouver la faute lourde caractérisée par « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* ». Pour ce faire, le comportement adopté par le débiteur lors de l'exécution du contrat doit être analysé, mais pas seulement. La complémentarité recherchée entre la notion de cause appréciée au jour de l'exécution du contrat et l'analyse du comportement du débiteur doit interférer dans la caractérisation de la faute lourde. Pourrait alors être adoptée une solution presque sur mesure, alliant l'appréciation du comportement du débiteur sous l'angle de l'équilibre contractuel. Ainsi, aux concessions faites par le créancier, à l'importance du plafond d'indemnisation évalué à l'aune de l'économie générale du contrat, doit s'ajouter la manière dont la prestation a été présentée. En effet, l'ampleur des promesses faites par le débiteur, l'emploi d'un argumentaire d'opportunité, la promotion surévaluée et excessive des mérites⁴⁷⁰ de son service devraient également intervenir dans la recherche de la faute lourde.

La prise en considération de ces différents éléments devrait conduire la jurisprudence à adopter une définition plus nuancée de la faute lourde. Ainsi, la notion de faute lourde pourrait être comprise différemment et contenir une dose de subjectivisme teintée d'objectivisme, comme le suggèrent déjà certains auteurs⁴⁷¹.

191. Les sanctions envisagées. Dès lors, toute défaillance fautive du débiteur doit conduire à la mise à l'écart de la seule clause de responsabilité. La jurisprudence a alors généralement recours à la sanction du « réputé non écrit ». Ainsi, en présence d'une faute simple, l'indemnisation doit être limitée à la réparation du dommage prévisible. En revanche, si une

⁴⁷⁰ Cass. com. 7 juin 1952, *D.* 1952, p.651 ; Cass. com. 20 décembre 1962, *Bull. civ. III*, n° 530, « si prodigue en promesses avant la passation du marché ».

⁴⁷¹ D. Mazeaud, *op.cit.* ; Th. Génicon, *op. cit.* ; C. Barnaud, Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation, *art. préc.* n°195 p.6.

faute lourde ou dolosive est constituée, l'indemnisation doit inclure la réparation du dommage imprévisible. Dans les hypothèses où la loi prévoit une nullité⁴⁷², le juge ne peut la remplacer par la sanction du réputé non écrit. A l'inverse, il peut prononcer le caractère non écrit d'une clause en dehors de toute disposition législative ou réglementaire en ce sens.

Au cours des deux dernières décennies, le juge s'est arrogé ce droit, notamment en matière de contrat d'assurances, afin de réputer non écrites les clauses limitant la garantie de l'assurance responsabilité dans le temps, ou les clauses instituant des exclusions de garanties illimitées. La jurisprudence Chronopost s'inscrit également dans cette tendance et comme pour l'exemple précédent, c'est sur le fondement de l'article 1131 du Code civil que le juge répute non écrite la clause limitative de responsabilité contredisant la portée de l'engagement pris.

192. Non intervention judiciaire. Certains auteurs⁴⁷³ sont favorables à une révision judiciaire du montant d'indemnisation fixé par la clause. Ils préconisent sur le fondement de l'article 1152 du Code civil, le droit reconnu au juge de réviser la clause lorsqu'elle remet en cause l'exécution d'une obligation essentielle du contrat. Or, dans un souci de préservation de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, il ne semble pas souhaitable de les rapprocher du régime des clauses pénales.

De plus, cette sanction alternative à l'éradication n'apporte pas de réelle innovation positive au régime existant. En effet, seule une augmentation judiciaire du montant de réparation, non sans être aligné sur la valeur du préjudice réparable, pourrait renforcer quelque peu la gestion conventionnelle des risques. Si le juge révisé la clause à hauteur du préjudice réparable, son intervention s'avère stérile dans la mesure où l'éradication de la clause et l'application des règles de droit commun de la responsabilité contractuelle aboutissent exactement au même résultat.

⁴⁷² Cass. civ. 3^{ème} 23 janvier 2008 n°06-19129, *Bull. civ. III* 2008, n°11, *Defrénois* 30 mars 2008, n°6 p.688, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.292, obs. B. Fages.

⁴⁷³ G. Viney, obs. sous Cass. com. 18 décembre 2007 n°04-16069, *RDC* avril 2008, n°2 p.287 et s., spéc. p.294 et s. note G. Viney, et sous Cass. com. 4 mars 2008 n°06-18893, *RDC* 2008, p.750 et s., spéc. p.754 obs. S. Carval. Dans le même sens, D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, *art. préc.*, n°20 ; Ph. Malinvaud, *De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité*, in *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz PUF - *JurisClasseur* 1999 p.689 et s.

193. Les sanctions rejetées. La caducité⁴⁷⁴ est également une sanction plébiscitée par de nombreux auteurs et les réflexions menées par le législateur et la doctrine témoignent de cet intérêt pour la notion⁴⁷⁵. Dans les décisions où la jurisprudence a contrôlé l'existence de la cause en cours d'exécution du contrat, elle se prononce très fréquemment en faveur de la caducité⁴⁷⁶, bien que cette notion n'apparaisse pas systématiquement dans les arrêts.

La Cour de cassation considère alors que la disparition de la cause d'un engagement à exécution successive emporte caducité de cet engagement. En effet, la caducité est classiquement utilisée pour sanctionner l'avènement d'un déséquilibre contractuel dû à la disparition d'un élément essentiel d'un contrat lors de son exécution⁴⁷⁷. Toutefois, la caducité a vocation à s'appliquer en cas de disparition de la cause du contrat en son entier, et doit donc être exclue en cas de disparition de la cause d'une des obligations, suite à l'inexécution de ses obligations par l'un des contractants. Prononcer la caducité du contrat ne serait en rien une solution favorable au créancier.

La résolution pour inexécution pourrait davantage être avancée, puisqu'elle sanctionne l'inexécution⁴⁷⁸ volontaire ou non de ses obligations par l'un des contractants. Mais ici encore cette solution profiterait davantage au débiteur. Le réputé non écrit, ou la nullité partielle de la clause limitative de responsabilité, reste encore le moyen de dissuasion le plus efficace et le plus protecteur du créancier.

⁴⁷⁴ Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse Toulouse, LGDJ 1963 : La caducité frappe un acte pleinement valable à sa formation, qui n'a encore produit aucun effet juridique, mais qui est privé d'un élément essentiel à sa validité en raison d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur. Cette caducité opère de plein droit et sans rétroactivité ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1998, *V° Caduc* : accepte que l'évènement attendu soit sous la dépendance de l'auteur de l'acte, ce qui n'est pas admis par tous ... adde M-Ch. Aubry, Retour sur la caducité en matière contractuelle, *RTD civ.* octobre 2012, n°4 p.625.

⁴⁷⁵ Le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie prévoit, en son article 101 que « Le contrat valablement formé devient caduc par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonné son efficacité », de plus, « sauf exception, la caducité ne produit effet que pour l'avenir ». Un constat similaire ressort des propositions formulées par le groupe de travail dirigé par le Professeur Fr. Terré dans le cadre de l'Académie des sciences morales et politiques. L'article 89 de ce projet adopte une rédaction semblable à celle du texte de la Chancellerie, en y ajoutant l'hypothèse dans laquelle la disparition d'un contrat inclus dans un ensemble de conventions est susceptible d'entraîner la caducité des autres. Il classe également la caducité parmi les sanctions des règles de validité.

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 2006 n°04-13204, *JCP G* 2006, IV, 2749 ; *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.105 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* juin 2007, n°2 p.253 obs. Y-M. Laithier ; Cass. com. 5 juin 2007 n°04-20380, *RTD civ.* juillet 2007, n°3 p.569 obs. B. Fages ; *JCP G* 14 novembre 2007, II, 10184 note Y-M. Sérinet ; Cass. civ. 1^{ère} 30 octobre 2008 n°07-17646, *JCP G* 7 janvier 2009, II, n°1, 10000 obs. D. Houtcieff ; *RTD civ.* janvier 2009, n°1 p.111 obs. B. Fages ; *RDC* janvier 2009, n°1 p.49 obs. D. Mazeaud ; *D.* 19 mars 2009, n°11 p.753 note P. Chauvin et C. Créton ; *Défrenois* 30 mars 2008, n°6 art. 38916 p.671 obs. R. Libchaber.

⁴⁷⁷ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, l'Harmattan 2004, n°20 et n°109 et s. p.157 et s.

⁴⁷⁸ R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, essai de droit civil*, Thèse Toulouse, LGDJ 2006 n°623 insiste sur le fait que la caducité n'est pas une sanction de l'inexécution.

Conclusion du chapitre II

194. La gestion du risque constitue une des préoccupations principales des contractants. Mieux appréhender les clauses permettant d'encadrer les incertitudes dont peut être frappé le contrat nécessitait tout d'abord de distinguer la prévention des risques susceptibles d'affecter la relation contractuelle pour ensuite établir leur répartition en cas de réalisation.

La distinction entre les risques internes et externes ne s'imposait alors pas pour les clauses de prévention dans la mesure où le régime des clauses de répartition ne tient pas compte du caractère des risques encourus mais détermine les modalités d'attribution des risques survenus.

195. Régimes communs des clauses de risques internes. Parmi les clauses d'encadrement des risques internes, entendus comme les risques résultant directement de l'environnement concurrentiel du contrat ou du fait des contractants, les clauses d'ajustement du prix constituent inévitablement la première interrogation des parties cherchant à s'assurer de la rentabilité de l'opération. Ces clauses peuvent en effet être regroupées au sein d'un régime juridique commun et bénéficier également de l'exemple des clauses d'inspiration étrangère dont la mise en œuvre ne heurterait pas les grands principes du droit français des contrats.

Les clauses portant sur le patrimoine du débiteur constituent, malgré leur trop faible utilisation, des moyens de prévention des risques directement liés aux sûretés traditionnelles. Il serait nécessaire de les rapprocher de ces dernières. Bien que moins contraignantes et donc moins efficaces, les clauses porteuses de sûretés négatives répondent à une fonction commune dont les effets présentent une proximité certaine avec la clause d'inaliénabilité. La double condition de durée et de recherche d'un intérêt sérieux et légitime imposée par la Cour de cassation à la clause d'inaliénabilité devrait être généralisée à l'ensemble des clauses interdisant au débiteur de disposer de certains de ses biens par l'effet d'une renonciation. L'harmonisation des conditions de validité permettrait en outre de surmonter l'application des articles 537 et 544 du Code civil, et d'écarter l'annulation de ces clauses pour non-respect de l'ordre public économique.

L'étude des sanctions applicables aux clauses de sûretés négatives renforce également l'idée d'un régime commun à cette catégorie de clauses. En effet, contrairement à la position de la doctrine classique, les clauses de sûretés négatives prises dans leur renonciation à un

droit réel peuvent s'analyser sous l'angle de la consécration d'un droit personnel. La fonction de ces clauses doit alors être appréciée par l'engagement personnel du débiteur de ne pas aliéner un bien désigné. Leur identité de fonction et de nature avec les clauses de suretés négatives portant renonciation d'un droit personnel doit ainsi conduire à l'application d'un régime de sanctions similaire. En revanche, bien que les clauses d'alignement de garantie répondent à une fonction semblable, la restriction de leurs effets amoindrit par conséquent la portée de leurs sanctions et leur efficacité. Il en est ainsi des clauses de renseignement présentant un caractère peu contraignant mais dont l'objet offre néanmoins au créancier une visibilité sur les actes de son débiteur.

196. Régime commun des clauses de gestion des risques externes. L'harmonisation des clauses relatives à la gestion des risques externes peut sembler plus délicate au regard de la diversité des clauses regroupées dans cette même catégorie fonctionnelle. En effet, si le rejet de l'imprévision a conduit les praticiens à imaginer des clauses favorisant une révision extrajudiciaire du contrat, il est néanmoins permis de leur appliquer un régime commun, plus particulièrement inspiré des règles jurisprudentielles utilisées pour la clause de renégociation dont les effets sont les plus étendus.

Ces règles communes ont alors pour finalité de laisser aux parties le soin de réviser elles-mêmes le contrat ou de confier cette mission à un tiers indépendant. Egalement inspiré du droit administratif, ce régime permettrait ainsi de contrarier l'immixtion du juge par l'insertion d'une clause de révision contractuelle. Elle serait caractérisée par le recours au fondement de la bonne foi dans la phase de renégociation, ou encore par la fixation extrajudiciaire de l'indemnité due en cas d'échec de cette dernière. Le juge n'interviendrait alors qu'à *minima* pour obliger les parties à mettre en œuvre les renégociations. Leur bonne foi dans le déroulement de cette phase étant directement appréciée par le tiers également investi par les parties du pouvoir de se prononcer sur le sort du contrat ou de l'éventuelle indemnité versée.

197. Régime commun des clauses de répartition des risques. La répartition des risques, prise à travers les différents modes de réparation ou de responsabilité, ne facilite pas davantage l'établissement d'un régime commun à cette catégorie fonctionnelle. Néanmoins, les clauses limitatives et exclusives de responsabilité peuvent, au regard de leur rayonnement et de leur utilisation intensive par les praticiens, constituer un véritable modèle à une

harmonisation du régime juridique applicable. Malgré la diversité des clauses en la matière, leur fonction commune permet de les soumettre à des règles communes quels que soient les objets qu'elles renferment. Toutefois, cette généralisation de régime nécessite une modification des règles actuellement applicables aux clauses de responsabilité. Ainsi, l'appréciation de la cause pendant l'exécution du contrat associée à l'évaluation du comportement du débiteur dans l'exécution de ses engagements peuvent constituer les fondements d'un régime juridique commun. Modérateur des effets dont ces clauses peuvent être l'objet, le régime commun appliqué à cette catégorie fonctionnelle permettrait ainsi un encadrement plus cohérent et une valorisation de leurs effets sur le rapport contractuel.

TITRE II : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR L'OFFICE DU JUGE

198. L'aménagement des obligations et la gestion des risques futurs conduisent inévitablement les parties à anticiper les conséquences de la naissance d'un litige sur la relation contractuelle. En effet, dans un souci de sécurité juridique et de désir de maîtriser ses effets, rares sont les contractants qui ne souhaitent pas exercer leur emprise tout au long de la vie du contrat. A défaut d'avoir pu être évitée, la naissance d'un différend doit être prévue par les parties. Elles disposent alors de nombreuses techniques contractuelles propres à faciliter sa résolution. Donnant lieu classiquement à l'ouverture d'une procédure judiciaire, elle entraîne une dépossession des parties au profit du juge étatique. L'intérêt des clauses contractuelles établissant dès la formation du contrat les modalités de résolution du litige⁴⁷⁹ prend alors tout son sens. Ces clauses permettront aux parties d'influencer la position du juge dans les diverses étapes de son raisonnement. Les parties doivent alors intervenir contractuellement sur toutes les étapes du cheminement judiciaire afin d'influencer le juge. L'analyse préalable des principales prérogatives judiciaires est alors indispensable pour envisager les clauses permettant aux parties d'imposer ou du moins de guider le juge vers une solution conforme à leurs prévisions. Une confrontation entre les pouvoirs du juge et les possibilités d'aménagement contractuel laissées aux parties doit dès lors être réalisée.

Face à la diversité des clauses répondant à cette fonction, une classification sera établie en vue de mesurer l'influence de leurs effets sur les pouvoirs du juge. Au regard de leur fonction

⁴⁷⁹ A. Jeammaud, *Conflit/litige*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris PUF 2003 p.256 : M. A. Jeammaud définit le litige comme « l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision alors que le conflit est quant à lui « une relation antagoniste que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements ». Le conflit est donc plus large que le litige, et revêt des implications dépassant ce que le juge peut résoudre par sa décision comportant « des dimensions sociales, économiques, politiques, psychologiques irréductibles à la seule dimension juridique ». M-C. Rivier, *Conflit/litige*, in L. Cadet (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris PUF, 2004 p.198 : le caractère plus large du terme conflit se traduit en droit du travail, puisque les relations entre l'employeur et l'employé sont la plupart du temps revêtues du terme de litige alors que les différends concernant une collectivité de travailleurs sont visés par le terme de conflit. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige 2011 9^{ème} éd. V° Litige : « différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate (litige né) comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage, entre autres modes de solution des litiges (renonciation), indépendamment de tout recours à la justice étatique. Il est également précisé que pouvant se situer antérieurement à la naissance du litige proprement dit, le conflit est parfois synonyme de litige (né, même s'il n'est pas encore porté devant un juge). V° *Différend* : « Contestation entre deux ou plusieurs personnes provenant d'une divergence d'avis ou d'intérêt », « Par extension, le différend porté devant un tribunal et devenu matière du procès, une fois saisie la justice ». Les termes de litige, conflit et différend seront ici employés indifféremment dans la mesure où ces développements ont pour finalité de démontrer l'influence exercée par les clauses contractuelles sur l'office du juge. La saisine d'une juridiction est donc sous-entendue pour tous les points de désaccords dont il est ici question.

commune, ces clauses seront alors classées selon les différentes phases de cheminement du raisonnement judiciaire. En effet, outre la prise en compte des faits générateurs du litige, le juge se doit, dans une première approche, d'appréhender le contrat à travers les différentes clauses qui le composent et l'influence qu'elles exercent sur son appréciation (Chapitre I). Cette première approche s'avère alors essentielle pour permettre au juge de dégager une solution au litige. Les parties pouvant également prévoir dès la formation du contrat, l'éviction du juge pour favoriser un mode conventionnel de résolution des différends, leur influence sur la résolution du litige doit alors être mesurée (Chapitre II).

Chapitre I : Les clauses d'aménagement de l'appréciation judiciaire

199. Face à l'ambiguïté de certaines stipulations contractuelles, l'autorité judiciaire se doit de mettre en œuvre les prérogatives dont elle dispose pour mettre fin au litige dans le strict respect de la volonté des parties. Cependant, l'interprétation du contrat ne permet pas toujours de déterminer l'étendue des engagements des parties et ainsi trancher leur litige. Le juge use alors de son pouvoir de qualification afin de déterminer le régime juridique applicable au contrat. Certes, ces deux procédés peuvent être complémentaires pour parvenir à une solution mais ces opérations ne sont pas nécessairement indissociables, l'interprétation n'impliquant pas systématiquement une requalification du contrat. Ce dualisme entre complémentarité et indépendance contribue à affaiblir les pouvoirs du juge, laissant ainsi la possibilité aux parties d'influencer l'appréciation judiciaire. Des aménagements conventionnels peuvent alors être envisagés, permettant aux parties de renforcer leur rapport juridique tout en limitant les sources judiciaires d'incertitudes. Les parties y ont très souvent recours afin d'anticiper les différends et prévoir des clauses relatives au mode d'interprétation de l'accord écrit, à sa qualification et au traitement de la preuve.

Confrontées à l'ambiguïté d'une ou plusieurs clauses, les parties peuvent conclure un avenant interprétatif. Toutefois, cette technique sera écartée de l'étude au regard de la rareté des hypothèses, l'ambiguïté se révélant généralement après la survenance du litige. Seules les clauses d'aménagement contractuel prévues dès la rédaction du contrat seront envisagées.

Une typologie de ces clauses, selon la fonction qu'elles exercent sur les pouvoirs de qualification et d'interprétation judiciaire doit être proposée. Si les premières restent d'une autorité limitée et présentent une influence très mesurée sur la liberté d'appréciation du juge (section I), les clauses relatives à l'interprétation tendent à restreindre le pouvoir judiciaire d'interprétation (Section II).

Section I : Le pouvoir des clauses sur la qualification judiciaire

200. La recherche de la vérité et le respect de la légalité sont des notions capitales de la fonction juridictionnelle. Lorsqu'un litige survient en cours d'exécution du contrat est soumis à l'autorité judiciaire, les juges du fond sont amenés à vérifier la qualification donnée par les parties et dans certaines circonstances à la corriger. La qualification juridique du contrat, et plus particulièrement sa requalification, sont des étapes nécessaires à la recherche des règles

de droit applicables. En présence d'un contrat simple, le juge se contentera d'appliquer la qualification proposée par les parties ou, au contraire, si cette dernière est erronée, volontairement ou non, il procédera à sa requalification. Il dispose pour ce faire d'une multitude de prérogatives d'ordre processuel propres à lui permettre d'exercer sa mission (§1). Les hésitations naissant des contrats complexes peuvent néanmoins obscurcir son appréciation et ainsi favoriser les aménagements contractuels. Bien que les clauses contractuelles à la disposition des parties ne soient pas d'une influence certaine sur l'office du juge, elles peuvent néanmoins permettre dans certaines circonstances d'affaiblir ses pouvoirs ou du moins de les infléchir (§2).

§ 1 : Le pouvoir judiciaire de qualification

201. Il appartient aux juges du fond, au titre de leur pouvoir souverain d'appréciation, de qualifier la situation de fait qui leur est soumise et plus particulièrement ici la qualification du contrat, source du litige. Après avoir procédé à une vue d'ensemble de l'acte litigieux, les juges sont alors à même d'en déduire une qualification juridique en accord ou non avec celle proposée par les parties. Ce pouvoir de contrôle consistant à vérifier que la volonté exprimée par les parties permet de classer le contrat dans une catégorie juridique déterminée n'est pas toujours aisé (A). Certaines clauses du contrat peuvent en effet contredire la qualification adoptée par les parties, ou du moins ne pas correspondre exactement à la définition juridique du contrat tel qu'il est qualifié. Les juges se doivent alors de mener leurs propres investigations pour analyser tous les éléments du contrat et procéder ainsi à une entière requalification du contrat (B).

A) L'office du juge sur la qualification du contrat

202. Si la qualification reste une prérogative importante accordée aux juges du fond, les règles ont évolué. Certaines mesures ont été prises en vue d'accélérer les procédures et réduire leur intervention à un simple contrôle (1). En revanche, en présence de contrats complexes ou de combinaisons de qualifications, la recherche, tant des obligations que des clauses contractuelles prises dans leur ensemble, devrait conduire les juges à soulever d'office les moyens de droit nouveau, plus particulièrement lorsqu'ils renferment un caractère d'ordre public (2).

1) Le contrôle de la qualification judiciaire

203. Exigence d'une qualification. La qualification est une opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération les éléments de faits qui constituent une question de droit pour les qualifier et ainsi les faire rentrer dans une catégorie juridique préexistante⁴⁸⁰. Autrement dit, 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*⁴⁸¹ ». Le domaine de la qualification demeure un pouvoir fort du juge. Il est « le maître des qualifications ». L'article 12 alinéa 1 du CPC précisant que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » confirme en son alinéa 2 le rôle déterminant du juge dans son devoir de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé* ». S'il a toujours été reconnu en jurisprudence que le juge avait le devoir de qualifier les faits en l'absence de toute qualification donnée par les parties⁴⁸², le décret du 28 décembre 1998⁴⁸³ oblige désormais les parties à qualifier juridiquement les faits, même si cette qualification reste cependant soumise au contrôle du juge.

204. Une obligation de qualification mesurée. Auparavant, les parties n'avaient qu'une simple possibilité, et non l'obligation, de qualifier juridiquement une situation. Cette simple possibilité de qualification est devenue une obligation depuis le décret de 1998 et ce dès l'assignation qui doit désormais être argumentée⁴⁸⁴. Les conclusions qualificatives sont imposées en première instance et en appel, et l'obligation pour les avocats de reprendre, dans leurs dernières conclusions, les prétentions invoquées dans les conclusions antérieures est exigée. L'adage « *Donne-moi le fait, je te donnerai le droit* » est donc délaissé.

Il appartient ensuite au juge de contrôler l'exactitude de la qualification établie par les parties et de redonner si nécessaire leur exacte qualification aux faits d'espèce, conformément aux dispositions de l'article 12 alinéa 2 du CPC. En définitive, c'est donc principalement le devoir de requalification du juge qui est dorénavant au centre de ses obligations. Certes, les parties se

⁴⁸⁰ Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° *Qualification*.

⁴⁸¹ M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les cocontractants*, Thèse Aix Marseille III, PUAM 2006 Tome I, n°25 p.57.

⁴⁸² J. Normand, *RTD civ.* 1996 p.696 ; Cass. com. 15 octobre 1991, n°90-12819, *Bull. civ. IV* n°294, *JCP G* 1991, IV, 438 ; Cass. com. 26 octobre 1993 n°92-10019, *Bull. Civ. IV* n°365, *JCP G* 1993, IV, 2376, *D.* 1993, inf. rap. p.252.

⁴⁸³ Le décret de 1998 a repris certains éléments du rapport Coulon de 1997.

⁴⁸⁴ Art. 56 du décret et «... exposé des moyens en fait et en droit... ».

contentent encore parfois d'éléments de faits. Dans ce cas, le juge doit les qualifier et appliquer la règle de droit dont il estime les conditions d'application satisfaites.

205. Requalification judiciaire. Savoir si le devoir de requalification du juge constitue une simple faculté ou une véritable obligation ne souffre d'aucune contestation. Un arrêt⁴⁸⁵ de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007 a fermement réaffirmé le devoir du juge en la matière. Il ne s'agit donc pas d'une simple faculté. La Cour de cassation exerce son contrôle sur la requalification, et le juge encourt la censure s'il s'avère ne pas avoir redressé de sa propre initiative l'erreur de la partie intéressée. Toutefois, l'assemblée plénière réaffirme l'existence d'une certaine limitation, plus précisément d'un encadrement de ce pouvoir du juge : « *le devoir de qualification imposé au juge par l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile ne concerne que les faits qui ont été invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions*⁴⁸⁶ ». Ainsi, il n'est pas possible de reprocher au juge de ne pas avoir requalifié des faits ou des actes dès lors que l'adoption de cette nouvelle qualification supposerait la prise en considération d'éléments factuels non débattus.

Le décret de 1998 n'a donc pas modifié l'office du juge, ni bouleversé la procédure civile. Seules les parties doivent désormais dans leurs écritures qualifier les faits invoqués. Le juge ne peut quant à lui se contenter d'apprécier l'argumentation des uns et des autres afin de déterminer celle qui lui paraît être la mieux justifiée. L'obligation qui lui est faite de trancher le litige lui confère des pouvoirs d'initiative permettant de justifier du bien fondé de la règle invoquée, ou au contraire d'écarter son application. Le juge se doit donc d'apporter les « corrections » nécessaires, sans pour autant aller jusqu'à modifier l'objet du litige. Cela est également vrai lorsque le juge relève d'office un moyen nouveau.

⁴⁸⁵ AP 21 décembre 2007 n°06-11343, *JCP G* 9 janvier 2008, II, 10006, note L. Weiller ; *D.* 2008 p.1102 note O. Deshayes ; *RLDC* février 2008, n°46 p.10 note S. Doireau ; *RDC* avril 2008, n°2 p.327 note A. Bénabent ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.317 note P-Y. Gautier : hypothèse classique de l'acquisition d'un véhicule automobile dont le fonctionnement ne satisfaisait pas l'acquéreur. Ce dernier avait donc assigné le vendeur six mois après la vente, réclamant la remise en état du véhicule, une réduction du prix et des dommages et intérêts. Ayant été débouté devant les juridictions inférieures, il soutenait dans son pourvoi que « la Cour d'appel se devait de rechercher si l'action en réduction de prix n'était pas plutôt fondée sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule d'occasion en excellent état, plutôt que sur la garantie des vices cachés ».

⁴⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère} 16 février 1988 n°86-14858 ; Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2006 n°04-13967, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.547 note J. Hauser ; *D.* 31 mai 2007, n°21 p.1460 note F. Granet-Lambrechts ; Cass. soc. 20 juin 2007 n°06-41399.

2) Le relevé d'office des moyens de droit

206. Une position discutée. La décision de l'assemblée plénière, précédée par un autre arrêt important dit « Césaréo » déjà rendu en assemblée plénière⁴⁸⁷, a par ailleurs permis de clore un autre débat relatif à l'obligation pour le juge de rechercher d'office si les faits invoqués par le demandeur pouvaient recevoir un autre fondement juridique que celui qui leur avait été assigné.

Ce point restait très controversé tant en doctrine qu'en jurisprudence. Certaines chambres estimaient que l'article 12 du NCPC « *n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé*⁴⁸⁸ », d'autres exigeaient au contraire « *la substitution d'office d'un autre fondement à celui expressément invoqué*⁴⁸⁹ ». La doctrine, quant à elle, est dans son ensemble favorable à la thèse du devoir du juge de relever d'office⁴⁹⁰ les moyens de pur droit. La position inverse, celle de la simple faculté, est moins répandue⁴⁹¹. Elle est surtout défendue, mais avec énergie, par M. R. Martin⁴⁹².

⁴⁸⁷ Cass. AP 7 juillet 2006 n°04-10672, *Bull. civ.* 2006 AP n°8 ; *JCP G* 2006, I, 183 n°15 obs. S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2006, comm. 201 obs. R. Perrot ; *D.* 2006 p.2135 note L. Weiller ; *JCP G* 2007, II, 10070 note G. Wiederkehr.

⁴⁸⁸ Cass. civ. 2^{ème} 4 novembre 1988 n°87-16436, *Bull. civ. II* 1988, n°202 ; Cass. com. 14 novembre 1995 n°94-13361 : *Procédures* 1996, comm. 143, obs. H. Croze ; Cass. civ. 3^{ème} 30 avril 1997 n°95-17913, *Bull. civ. III*, 1997, n°75 ; J-L. Aubert, La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, *D.* 28 avril 2005, n°17 p.1115 et s.

⁴⁸⁹ Le dol à la place du vice caché : Cass. civ. 1^{ère} 16 avril 1991 n°88-18530, *Bull. civ. I*, 1991 n°144 ; la non-conformité à la place de la nullité pour erreur : Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 2001 n°99-16687, *Bull. civ. I*, 2001 n°225, *JCP G* 2001, I, 370 n°10 obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2002, II, 10143 note L. Maupas ; ou encore la non-conformité au lieu de la garantie des vices cachés : Cass. civ. 1^{ère} 15 mai 2007 n°06-14781, *RDC* 2007 p.1125 chron. G. Viney ; *RTD com.* octobre 2007, n°4 p.824 note B. Bouloc ; Cass. civ. 1^{ère} 26 septembre 2006 n°04-20327 ; Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2006 n°04-19926, *Dr maritime français* novembre 2006, n°675 p.894 note C. G de Lapparente ; Cass. civ. 1^{ère} 25 janvier 2005 n°02-12072, *JCP G* 2005, II, 10184, note Ch. Lièvremont ; *RDC* 2005 p.1147 chron. Y-M. Serinet.

⁴⁹⁰ J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ 1965, préf. R. Perrot ; *Le juge et le fondement du litige*, in Mélanges Hébraud 1981 p.595 et s. ; J-Cl. Procédure civile, Fasc. 152, « *principes directeurs du procès, office du juge, fondements des prétentions litigieuses* » ; G. Cornu & J. Foyer, *Procédure civile*, 3^{ème} éd. PUF 1996 p.464 ; S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne droit communautaire*, 28^{ème} éd., Dalloz 2006, n° 704 et 705 ; Cass. civ. 1^{ère} 22 avril 1997 (deux arrêts) n°95-12152 et n°95-13975, *JCP G* 5 novembre 1997, II, 22 944 note G. Bolard ; J. Normand, *Les garanties du procès civil*, in *Droit et pratique de la procédure civile*, ss dir. S. Guinchard, Dalloz Action, 2006 5^{ème} éd. n°2306 s.

⁴⁹¹ G. Gouchez, *Procédure civile*, 2006 14^{ème} éd. n° 236 et les notes : H. Croze, *le procès civil*, p.38.

⁴⁹² R. Martin, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, Dalloz 1990 chron. 163 ; Le juge a-t-il obligation de qualifier ou requalifier, *D.* 1994 chron. p.308 ; Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée, *D.* 2005 Point de vue 1444 ; Le relevé d'office d'un moyen de droit, *D.* 2006 Point de vue 2201.

207. Une position discutable. Dans sa décision précitée, l'assemblée plénière⁴⁹³ a considéré que « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ». L'assemblée plénière vient donc ici mettre fin à toute discussion. Cela revenait tout d'abord à s'interroger sur une assimilation possible entre le relevé d'office des moyens de pur droit⁴⁹⁴ et la requalification.

Motulsky adoptait une position très nette à ce sujet, « *il n'existe pas de différence de nature entre la requalification et la substitution d'office d'une règle de droit non invoquée*⁴⁹⁵ ». Position également partagée par M. J. Moury dans sa thèse relative au moyen de droit⁴⁹⁶. A ce jour, la contradiction n'est pas encore résolue⁴⁹⁷ entre le constat de cette parenté et les différences de régime auxquelles sont soumis les relevés d'office et la requalification, tant en ce qui concerne leur caractère facultatif ou obligatoire que leur soumission au principe de la contradiction. Pourtant, une distinction semble perceptible entre ces deux notions. Si la requalification des faits conduit nécessairement le juge à relever un moyen de droit nouveau, à l'inverse, le relevé d'office d'un moyen de droit n'entraîne pas nécessairement une requalification des faits de l'espèce⁴⁹⁸.

208. Les conséquences probables. Reconnaisant le juge débiteur d'une obligation de relever d'office les moyens de pur droit, l'assemblée plénière aurait dangereusement ouvert les portes du contentieux judiciaire, permettant, en cas d'échec, aux parties d'invoquer systématiquement la défaillance des juges du fond⁴⁹⁹. La responsabilité des magistrats serait considérablement mise en avant et la lenteur des procédures ne ferait que s'accroître. Certes, les conseils vont s'empressez de multiplier les fondements juridiques obligeant les juges à

⁴⁹³ AP 21 décembre 2007 n°06-11343 *arrêt préc.*

⁴⁹⁴ Entendus comme ceux n'impliquant l'appréciation d'aucune circonstance de fait.

⁴⁹⁵ H. Motulsky, Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.* 1972, chron. p.102.

⁴⁹⁶ J. Moury, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du code de procédure civile*, Thèse Lille III, 1987 p.123 et s.

⁴⁹⁷ M. Douchy-Oudot, *L'office du juge*, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz 2009 p.99.

⁴⁹⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec 2013, 8^{ème} éd. n°540 p.346 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 mars 1985, *RTD civ.* 1987 p.393 obs. J. Normand.

⁴⁹⁹ Selon l'analyse de M. R. De Gouttes : « En termes de montée du contentieux, l'obligation imposée de la sorte au juge du fond de requalifier les demandes à peine de cassation pourrait avoir pour effet d'ouvrir quasiment sans limite le champ des pourvois en cassation ».

répondre point par point, quitte à ce que cette vérification des fondements par le juge entraîne incontestablement un ralentissement de l'instance, mais ce ralentissement reste tout de même moins important que celui qui serait engendré si le juge devait lui-même rechercher tous les fondements applicables. Et cela sans réinsister sur les conséquences que pourrait avoir l'omission de l'un d'entre eux.

Il existe cependant certaines exceptions. Dans certaines circonstances, le législateur exige que cette faculté se transforme en véritable obligation pour le juge. Cette constatation est nettement perceptible dans l'attendu de principe de l'assemblée plénière à travers les termes employés « [...] *il ne lui fait pas obligation sauf règles particulières*⁵⁰⁰ ». Ainsi, peut-on comprendre que doivent être relevés d'office tous les moyens de droit revêtant un caractère d'ordre public. Ces exceptions restent tout de même limitées. Sont ainsi relevées d'office, au terme de l'article 120 alinéa 1, les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure. Les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, notamment relatives à l'inobservation des délais pour exercer les voies de recours ou à l'absence d'ouverture de voies de recours selon l'article 125 alinéa 1. Un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 12 juillet 2012 s'inscrit parfaitement dans le sillage des décisions⁵⁰¹ de l'assemblée plénière de 2006 et 2007 imposant « *au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, à peine d'irrecevabilité*⁵⁰² ». Toutefois, la deuxième chambre civile limite l'exigence de concentration des moyens à une simple identité d'objet⁵⁰³. Peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors que l'objet de la demande est identique.

⁵⁰⁰ La réserve « des règles particulières » apparaissant en somme assez floue, cela permet de réintroduire une distinction que l'on croyait sans grande utilité s'agissant du fond du droit : celle opposant les moyens tirés d'une règle d'ordre public aux moyens tirés d'une règle supplétive ». V° sur ce point le rapport de M. Loriferne.

⁵⁰¹ Cass. AP 7 juillet 2006 n°04-10672 *arrêt préc.* ; Cass. AP 7 juillet 2006 n°04-10672 *arrêt préc.*

⁵⁰² Cass. civ. 2^{ème} 12 juillet 2012 n°11-20587, *JCP G* 22 octobre 2012, n°43, 1932 note F. Meuris.

⁵⁰³ La première chambre civile a adopté une vision très extensive, imposant à travers la concentration des moyens une véritable exigence de concentration des demandes. Toute demande qui aurait pu être introduite relativement à la situation juridique litigieuse doit l'avoir été dès l'instance initiale, à peine d'être déclarée irrecevable par la suite : Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2010 n°09-10364, *D.* 29 juillet 2010, n°28 p.1780 note V. Avéna-Robardet ; *RLDC* novembre 2010, n°76 p.60 note L. Raschel ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.86 note S. Carval ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2011, n°79 p.11 note S. Amrani-Mekki ; *RD banc. et fin.* septembre 2012, n°5 p.72 note J. Théron ; La chambre commerciale partage cette conception : Cass. com. 6 juillet 2010 n°09-15671, *Gaz. Pal.* 5 novembre 2010, n°309 p.35 note P. Pailler ; *D.* 10 février 2011, n°6 p.406 note P. Crocq ; la troisième chambre civile refuse d'assimiler concentration des demandes et concentration des moyens Cass. civ. 3^{ème} 11 janvier 2012 n°10-23141, *RLDC* mars 2012, n°91 p.13 note E. Pouliquen ; *JCP G* 9 avril 2012, n°15, 724, note J. Ghestin et Y-M. Serinet ; *AJDI* mars 2013, n°3 p.225 note F. Cohet-Cordey ; la deuxième chambre civile limite donc quant à elle l'exigence de concentration des moyens à une simple identité d'objet quel que soit le fondement invoqué : Cass. civ. 2^{ème} 26 mai 2011 n°10-16735, *JCP G* 27 juin 2011, n°26, 1250, note G. Deharo ; *RTD civ.* juillet 2011, n°3 p.593 note R. Perrot ; *D.* 26 janvier 2012, n°4 p.244 note N. Fricero.

Or, malgré ce strict encadrement, le juge dispose toujours d'un pouvoir certain d'appréciation qu'il peut mettre en œuvre grâce à quelques exceptions procédurales pouvant entraîner une remise en cause des faits invoqués et donc de la qualification. En effet, les initiatives des juges du fond ne restent pas enfermées dans un carcan rigide. Les règles qu'ils envisagent de relever d'office peuvent parfaitement impliquer la prise en considération de circonstances de fait que l'éclairage juridique, d'abord donné par les parties à leurs prétentions, n'avait pas conduit à envisager jusque là.

B) Le pouvoir d'investigation du juge

209. Malgré les pouvoirs dont il dispose pour exercer sa mission, le juge peut parfois être confronté à des difficultés de requalification. Bien qu'il puisse renforcer son intime conviction en exigeant que les parties fournissent des explications, ou encore ordonner toutes mesures d'instruction permettant de démontrer la véracité des éléments invoqués, ces procédés ne suffisent pas toujours. En présence de contrats complexes, le juge est souvent confronté aux erreurs de qualification des parties ou à leur ingéniosité contractuelle. Il peut alors se baser sur des faits relevés dans le dossier dont les parties ont omis ou souhaité ne tirer aucune conséquence juridique (1). Le juge tente ainsi d'éclairer les zones d'ombres planant sur certaines clauses afin de définir l'économie générale du contrat, instrument non processuel de requalification du contrat (2).

1) Les faits adventices

210. Investigation du juge. L'obligation d'alléguer les faits qui pèse sur les parties leur impose donc de faire ressortir ceux qu'ils estiment être véritablement concluants. En vertu de l'article 7 al.1 du CPC, « *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* ». Le juge ne doit donc pas rechercher des faits qui n'ont pas été invoqués par les parties. Les faits dont il aurait une connaissance personnelle ou qui n'auraient été invoqués par aucune des parties, ne peuvent être introduits dans le procès⁵⁰⁴.

En revanche, l'alinéa 2 de cet article vient préciser que « *parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement*

⁵⁰⁴ Toutefois en vertu de l'article 8 du CPC : « le juge peut inviter les parties à fournir des explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». L'article 10 dudit Code lui donne : « le pouvoir d'ordonner d'office des mesures d'instruction légalement admissibles ».

invoqués au soutien de leurs prétentions ». Il s'agit des faits qualifiés « *d'adventices* » par Motulsky⁵⁰⁵. Il peut alors s'agir de faits que le juge peut déduire de pièces qui lui sont soumises mais que les parties ont omis de mentionner dans leurs conclusions ou volontairement ignorés. Les faits adventices sont donc des faits « *dans le débat* », bien qu'ils n'aient pas été invoqués directement par une partie. S'ils n'ont pas été expressément écartés par une clause particulière, il apparaît alors du devoir⁵⁰⁶ du juge de les prendre en compte dans son opération de qualification ou de requalification, à condition cependant que les parties aient été en mesure d'en débattre contradictoirement⁵⁰⁷. Certains auteurs, tels que Motulsky, relèvent une simple faculté pour le juge de retenir ces faits⁵⁰⁸. Or, il semblerait mal venu de lui permettre d'écarter des faits dont il a connaissance au risque de fausser la qualification et donc la règle de droit applicable. Le juge violerait la loi en refusant d'appliquer la règle appropriée. « *Moins que tout autre le juge ne saurait être autorisé à exercer incorrectement son office, plus que tout autre il doit appliquer la loi*⁵⁰⁹ »

211. Transposition au contrat. Ce raisonnement consistant à traduire en droit tous les éléments ressortant du litige s'avère difficile à appliquer en matière contractuelle où des difficultés de qualification sont fréquemment rencontrées par les juges du fond. Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties d'élaborer un contrat qui n'est réglementé par aucune loi particulière.

Ainsi, certains contrats dits « *innomés* » ne font l'objet d'aucune réglementation, et sont bâtis « *sur mesure* » par la seule volonté des parties, en fonction des objectifs qu'elles souhaitent atteindre. Dès lors, ces formes de contrats sont uniquement encadrées par la théorie générale du contrat⁵¹⁰ et le respect de l'ordre public⁵¹¹. Tous les contrats innomés sont, à l'origine, des contrats nommés. Souvent apparus pour répondre à des besoins économiques, les praticiens ont pris la peine de les consigner par écrit et de les rédiger en détail, avant que le législateur

⁵⁰⁵ H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, *D.* 1964 p.235 et s.

⁵⁰⁶ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, Précis droit privé Dalloz 2013 n°705 ; G. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2006-2007 n°221.

⁵⁰⁷ Art. 16 Code de procédure civile.

⁵⁰⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien 2006 3^{ème} éd., n°269 ; Ph. Blondel, *Actes du Colloque sur "le nouveau code de procédure civile, vingt ans après"*, 11-12 décembre 1997 - La Doc. française, n°144 p.103 et s.

⁵⁰⁹ G. Bolard, La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits, *JCP G* 5 novembre 1997, II, 22944, n°45.

⁵¹⁰ Art. 1101 à 1369 du C. civ.

⁵¹¹ Art. 6 du C. civ. « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

n'intervienne parfois pour les encadrer par une loi spéciale⁵¹². La qualification d'un contrat complexe peut alors présenter un caractère hybride ou mixte, et recevoir une double qualification lorsqu'il comporte des éléments touchant à deux types de contrats.

L'imprécision et l'inexactitude de la terminologie contractuelle constituent dès lors une source d'erreur supplémentaire pour le juge. C'est notamment pourquoi l'opération de qualification exige d'analyser l'économie générale du contrat.

2) Le contenu de l'économie générale du contrat

212. Appréciation judiciaire. En matière contractuelle, il existe une règle de principe bien précise. Pour définir l'exacte qualification d'une convention, le juge se réfère à l'économie du contrat et donc aux stipulations contractuelles. Sous réserve de dénaturation, il appartient aux juges du fond de rechercher quelle a été la commune intention des parties. Jusqu'à la fin du XIXème siècle, la distinction entre contrats nommés et innomés n'étant pas consacrée, les lois relatives aux contrats nommés étaient pour la plupart supplétives. Elles permettaient ainsi de suppléer la volonté des parties qui n'avaient pas prévu toutes les éventualités et difficultés pouvant survenir en cours d'exécution du contrat. Or, la situation a considérablement changé depuis que sont apparues puis multipliées les lois impératives, encore appelées lois d'ordre public⁵¹³. Le juge ne s'arrête donc plus à la dénomination donnée par les parties mais prend soin de vérifier que cette appellation réponde bien à la qualification légale que commandent les clauses du contrat.

213. Importance des clauses. Dès lors, la qualification d'une convention dépend donc des obligations que la commune volonté des parties a créées, mais pas seulement. L'analyse ne doit pas se restreindre aux clauses relatives aux obligations, sous peine de consacrer une véritable « *économie obligationnelle du contrat*⁵¹⁴ ».

⁵¹²La dernière étape est alors effectuée lorsqu'une loi réglemente le contrat, en consacrant son appellation, par des dispositions supplétives ou impératives selon les cas. A titre d'exemple de nombreux contrats ont été importés en droit français et ont longtemps été considérés comme des contrats innomés, avant d'être consacrés par l'usage puis par la loi : ex le leasing est devenu le crédit bail, le franchising le contrat de franchise

⁵¹³ A titre d'exemple il est possible de citer la législation moderne sur les baux d'immeubles d'habitation prévoyant pour la protection des intérêts du locataire, de nombreuses dispositions impératives, qui varient par ailleurs au fil des réformes : taxation ou blocage du montant des loyers, maintien dans les lieux du locataire à l'expiration du bail etc...

⁵¹⁴ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, art. préc. p.771.

Afin de ne pas violer la volonté des parties, le juge se doit de dégager l'économie générale du contrat à partir de l'ensemble des clauses contenues dans celui-ci. Chaque clause⁵¹⁵ est en effet susceptible d'apporter une précision sur la volonté réelle des contractants. Prendre en compte l'ensemble des clauses du contrat est d'autant plus nécessaire qu'elle permet un contrôle des clauses et de façon plus générale du contrat vis-à-vis des dispositions impératives. En effet, les clauses contraires à une loi impérative visant un contrat nommé étant déclarées nulles, la qualification du contrat devient alors déterminante.

214. Illustrations diverses. Il n'est évidemment pas possible d'envisager ici toutes les fraudes possibles. Un exemple de fraude récurrente peut être cité à travers la législation relative aux baux.

Au lieu d'insérer dans le contrat de bail commercial une clause dont l'objet est de faire échec au droit au renouvellement, le bailleur impose au locataire la conclusion d'un contrat distinct du bail commercial. Il fait alors échec à l'application du statut en résultant. Cette simulation frauduleuse permet de détourner les contraintes liées aux dispositions d'ordre public du statut des baux commerciaux. Poursuivant le même objectif, les conventions d'occupation précaire, reconnues comme des contrats innomés, sont fréquemment utilisées dans cet objectif. Le bailleur d'un immeuble à usage commercial conclut parfois avec l'acquéreur du fonds de commerce une convention d'occupation précaire non justifiée par un juste motif de précarité. Par ce truchement, il vient faire échec aux dispositions impératives du droit au renouvellement.

À côté de ces tentatives frauduleuses, les parties restent toujours en quête de techniques contractuelles leur permettant d'influencer la position judiciaire. Plusieurs catégories de clauses peuvent être distinguées en fonction des effets incitatifs qu'elles renferment. L'étude des pouvoirs attribués au juge était alors un préalable indispensable afin de mettre désormais en exergue les possibilités laissées aux parties dans l'aménagement de clauses capables d'exercer leur influence sur la requalification judiciaire du contrat.

⁵¹⁵ Cass. civ. 1ère 12 décembre 2006 n°05-21388, *RTD com.* juillet 2007, n°3 p.630 note Ph. Delebecque, La Cour de cassation rappelle qu'une clause d'attribution de compétence fait partie de l'économie des contrats internationaux.

§2: L'affaiblissement contractuel des pouvoirs du juge

215. La recherche de clauses dont la fonction est destinée à influencer le juge, ou à le convaincre de la bonne qualification adoptée par les parties, passe inévitablement par l'analyse des règles de procédure dont il dispose. L'article 12 du CPC confère au juge le devoir de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, sans s'arrêter à la dénomination⁵¹⁶ que les parties en auraient proposé.

Il ressort de l'examen de ces différentes règles que l'influence des contractants sur la qualification judiciaire reste limitée aux seuls droits dont elles ont la libre disposition. Il appartient alors aux parties d'avoir recours à certaines techniques contractuelles basées sur l'insertion de clauses particulières, appelées dans certaines hypothèses à contraindre le juge (B). Toutefois, ces occurrences ne sont pas légion et la plupart des clauses contractuelles relatives à la qualification auront pour simple fonction de faciliter son appréciation voire d'orienter sa position (A).

A) La qualification du contrat par les parties

216. L'insertion de clauses particulières par les parties ne saurait lier définitivement le juge quant à la qualification qu'elles entendent donner à leur contrat ou aux clauses qu'il renferme. Cette supériorité de l'autonomie de la volonté aurait inévitablement pour conséquence de réduire à néant le rôle du juge, et par là même de favoriser les qualifications frauduleuses. Les dénominations proposées par les parties, qu'il s'agisse du contrat lui-même ou de ses composantes, ne constituent que des éléments de qualification du contrat permettant d'influencer le juge dont l'appréciation serait indécise (1). Il en est de même des clauses de qualification dont l'influence ne reste notable qu'en présence de qualifications multiples, généralement rencontrées dans les contrats complexes (2).

⁵¹⁶ Cass. civ 1ère 3 janvier 2006, n°04-13734, *JCP N* 9 juin 2006, n°23 p.1103 ; Cass. com., 3 mai 1995 n°93-14714, *JCP E* 1995, II, 748 note L. Leveneur ; L'affaire Bata est venue rappeler que, quelle que soit la dénomination du contrat invoquée par les parties, le juge a toujours la possibilité de requalifier un acte litigieux à raison de l'ambiguïté des clauses stipulées ; Cass. AP. 20 déc. 1991 n°90-43616, *JCP G* 1992, II, 21850, note Y. Saint-Jours ; *Bull. civ.*, AP, n°7, admettant l'existence d'un contrat de travail et, par suite, la compétence du conseil de prud'hommes, à propos d'un contrat dit "de rémunération et de classement", conclu dans un établissement d'enseignement privé sous contrat ; Cass. com. 22 mai 1991 n°87-45086, *D.* 1992, somm. p.233, obs. M. Vasseur. La lettre d'ordre, bien que se référant au concept de cautionnement solidaire, invitait la banque à prendre un engagement payable à première demande, sans tenir compte d'éventuels différends entre les parties au contrat de base.

1) Les éléments de qualification du contrat

217. Un contrôle de la qualification des clauses. La dénomination contractuelle adoptée par les parties n'a pas pour effet de lier le juge. Certes, le titre du contrat est le premier élément soumis à la lecture du juge mais il n'est pas pour autant le seul. Il permet au juge de centrer sa réflexion sur la situation juridique voulue par les parties, mais ce n'est qu'après analyse de l'ensemble des clauses du contrat qu'il sera en mesure de déterminer la qualification exacte de l'acte. La démarche est alors la même concernant la dénomination des clauses du contrat. Le juge doit qualifier les stipulations contractuelles sans tenir compte des qualifications que leur ont données les parties. Les confusions les plus fréquentes concernent les clauses pénales⁵¹⁷, assimilées par les parties à des clauses de dédit ou d'indemnité d'immobilisation, ou encore les clauses de non-concurrence⁵¹⁸ et d'exclusivité pour lesquelles la distinction peut, en certaines circonstances, s'avérer délicate, comme vu dans le premier chapitre.

Dès lors, quel que soit le titre du contrat ou la dénomination de la clause, les parties ne peuvent influencer l'appréciation du juge pour appliquer, au contrat ou à la clause, le régime juridique qu'elles désirent.

218. La clause de documents non contractuels. La vérification de la qualification est la première démarche opérée par le juge. Elle conditionne en effet l'application des règles de droit applicables. Face à un litige de nature contractuelle, le juge va donc s'attacher à analyser tous les documents relatifs à la formation de la relation contractuelle, y compris les documents préparatoires.

Dans les documents précontractuels tels que les lettres d'intention, ou les engagements d'honneur, les parties peuvent préciser qu'il s'agit seulement de négociations et non de relations contractuelles. Il s'agit généralement d'une clause dite « *de documents non contractuels* ». Mesdames Labarthe⁵¹⁹ et Laude⁵²⁰ s'accordent pour dire que la clause « *de*

⁵¹⁷ Cass. civ. 3^{ème} 24 septembre 2008 n°07-13989, *JCP G* 28 janvier 2009, II, 10017, p.27 obs. Y. Dagonne-Labbe ; *Dr. & Pat.* juillet 2009, n°183 p.88 obs. L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck ; *RLDC* juillet 2009, n°62 p.7 obs. H. Kenfack ; *RDC* juillet 2009 n°2009/2 p.60 obs. D. Mazeaud.

⁵¹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 4 mai 2006 n°04-10051 *arrêt préc.*

⁵¹⁹ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, Thèse Paris I, LGDJ 1993 n°290 et s.

⁵²⁰ A. Laude, Le constat judiciaire des pourparlers, *RTD com.* 20 octobre 1998, n°3 p.551 et s.

documents non contractuels » reste sans effet⁵²¹ si tous les éléments essentiels du contrat sont présents. Le juge se réfère à cette stipulation que si un doute existe dans son esprit. En d'autres termes, ce n'est qu'après avoir conclu à l'inexistence d'un contrat en raison du défaut d'un élément objectif nécessaire à sa reconnaissance qu'elle sera appliquée par le juge.

Cependant la jurisprudence a, quant à elle, tendance à ne respecter que de façon épisodique la qualification non contractuelle et à favoriser la requalification de l'acte. Si le contractant initiateur exclut généralement leur valeur contractuelle afin de ne pas les intégrer, la Cour de cassation n'est pas favorable à ce frein unilatéral et arbitraire à la formation du contrat mais considère qu'au regard du principe de cohérence⁵²², ces documents doivent acquérir force obligatoire dès l'instant où leur contenu est suffisamment précis et détaillé⁵²³. Dans ce sens, l'accord des parties sur les éléments essentiels de la négociation ne fait pas de l'insertion de la clause « *subject to contract* » une condition d'existence de liens contractuels mais un élément de la mise en œuvre de ces liens. On constate donc le peu d'influence de ces clauses sur l'appréciation judiciaire.

219. Influence des clauses. S'il apparaît au juge que la phase de négociations présente toutes les caractéristiques d'un contrat, il procède alors à la requalification du document et le fait entrer dans le champ contractuel, imposant ainsi au négociateur indélicat force obligatoire à ses engagements. A l'instar des lettres d'intention et engagement d'honneur, cette tendance

⁵²¹ Cette méfiance à l'encontre des mentions apposées sur les documents déniaient leur valeur contractuelle se retrouve également en doctrine : J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, LGDJ 3^{ème} éd. 1993 n°412 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz actions 2007 n°3713.

⁵²² V° adage : « *protestatio non valet contra factum* » ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, Thèse Paris I, LGDJ 1992 n°678 p.532 ; J. Ghestin, *Force obligatoire des documents publicitaires* in *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, Colloque de l'Ass. Droit et Commerce des 3 et 4 juin 1978 p.229 et s. spéc. p.230 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse Aix-marseille, PUAM 2001, n°504 et s.

⁵²³ F. Labarthe, *th. préc.* n°166 « lorsque les documents contractuels font apparaître les caractéristiques d'un produit proposé par le vendeur et qu'ils influent sur le consentement du cocontractant, ils entrent dans la détermination de l'objet du contrat », cet auteur précise par ailleurs, *Ibid* n°175 que ceci « ne peut s'expliquer essentiellement que par la précision du document et son influence sur le consentement. Le document publicitaire devient alors une des bases du contrat. Ayant participé à la formation du contrat et engageant au titre de celui-ci, il devient un document contractuel ». Le professeur Ghestin justifie cette position en expliquant « qu'une telle réserve est, en effet, en contradiction avec le contenu et le but du document, et le principe de cohérence, exprimé par l'adage *protestatio non valet contra factum*, interdit de s'en prévaloir efficacement » J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat op. cit.* n°412 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2010 spéc. n°3714 ; Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2010 n°08-14461, *RTD civ. juillet* 2010, n°3 p.580 obs. P-Y. Gautier ; *RDC* octobre 2010, n°4 p.1197 obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 20 septembre 2010, n°38, 922 note F. Labarthe ; *D.* 17 février 2011, n°7 pan 475 obs. S. Amrani Mekki ; *Dr. & Pat.* février 2011. 67 obs. Ph. Stoffel-Munck.

se manifeste également dans les documents publicitaires⁵²⁴. La transmission d'une information erronée avait déjà amené Mme M. Fabre-Magnan à proposer de reconnaître un effet « *obligatoire à l'information*⁵²⁵ ». Intégré dans une forme nouvelle de la théorie de l'apparence, « *l'effet obligatoire de l'information* » est repris dans le cadre de la théorie⁵²⁶ développée par Mme A. Danis-Fatôme. La théorie de l'apparence pourrait ainsi éclairer d'un nouveau jour le contentieux des loteries publicitaires et remplacer la contorsion des sources traditionnelles d'obligations que sont la responsabilité civile, le contrat ou le quasi-contrat. Ces deux théories présentent notamment des conditions d'application et des effets identiques⁵²⁷. Elles donnent ainsi pleine efficacité à l'accord que l'un des contractants pensait légitimement avoir conclu⁵²⁸. Plus récemment, M. C. Grimaldi a proposé de créer une « nouvelle » source d'obligation : le « quasi-engagement⁵²⁹ ». Selon son auteur, le quasi-engagement nécessite la réunion de deux conditions que sont une faute de l'engagé et une croyance légitime du bénéficiaire⁵³⁰. Contrairement à la théorie de l'apparence, le quasi-engagement exige une faute de l'engagé. C'est principalement l'absence de cette condition qui conduit M. C. Grimaldi à réfuter toute proposition reconnaissant en la théorie de l'apparence une source d'obligation par laquelle « *les engagements qui se forment par l'effet de l'apparence résultent de la croyance légitime d'un tiers qui voit consacré à son profit l'objet de cette croyance* ». Or, la faute de l'engagé, condition requise pour appliquer le quasi-engagement, réside dans le fait d'avoir trompé la croyance légitime d'autrui. L'inventeur du quasi-engagement ajoutant même que cette faute peut être une « simple imprudence

⁵²⁴ Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2010 n°08-14461, *arrêt préc.* cette décision s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt Cass. com. 17 juin 1997 n°95-11164, *JCP E* 27 novembre 1997, II, 1022 note F. Labarthe, *D.* 14 mai 1998, n°19 jurispr. 248 note G. Pignarre et G. Paisant, les juges du fond ne pouvaient assimiler ces documents à de véritables offres, faute de volonté ferme de contracter et préféreraient voir un engagement unilatéral de volonté. Puis cette justification, un temps adoptée et soutenue par la doctrine, en matière de loteries publicitaires, fut abandonnée au profit du fondement du quasi-contrat, Cass. ch. mixte 6 septembre 2002 n°98-14397, *Contrats-conc. consom.* octobre 2002, n°10 comm. n°151 obs. G. Raymond ; *LPA* 24 octobre 2002 p.16 note D. Houtcieff ; *JCP G* 13 novembre 2002, II, n°46, 10173 note S. Reifegerste ; *D.* 2002, 2963 note D. Mazeaud.

⁵²⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, n°637 et s.

⁵²⁶ A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 2004 n°393 et s.

⁵²⁷ La théorie de « l'effet obligatoire de l'information prolongée par celle de l'effet obligatoire du contenu apparent du contrat a pour effet de donner pleine efficacité à l'accord que l'un des contractants pensait légitimement avoir conclu. Cette théorie peut être analysée comme une application du mécanisme de l'apparence », *Ibid* n°393 p.248.

⁵²⁸ *Ibid*, n°393 p.248.

⁵²⁹ C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Thèse Paris II, Defrénois 2006.

⁵³⁰ *Ibid.* n°235 et s.

trompeuse⁵³¹ ». De même, le quasi-engagement étant destiné à s'appliquer principalement aux engagements d'honneur, la faute de l'engagé est ici difficilement décelable puisque c'est généralement en toute bonne foi que celui qui s'engage sur l'honneur cherche à donner son appui sans pour autant s'engager juridiquement. La frontière entre quasi-engagement et théorie de l'apparence s'amenuise d'autant plus que la faute de l'obligé transparaît également dans les applications nouvelles de l'apparence.

220. Une influence restreinte. Comme le démontre Mme A. Danis-Fatômel, la théorie de l'apparence revêt deux visages dans la mesure où la responsabilité civile est tantôt une responsabilité pour faute, tantôt une responsabilité sans faute, la théorie de l'apparence est tantôt fondée sur la faute, tantôt s'en affranchit. Il n'est donc pas certain, à notre sens, que le quasi-engagement doive être présenté comme une nouvelle source d'obligation applicable aux relations bipartites alors que la théorie de l'apparence serait réservée aux relations tripartites. En tout état de cause, l'influence des clauses de contractualisation des documents précontractuels ne se trouve pas renforcée par le mécanisme du quasi-engagement produisant des effets identiques à la théorie de l'apparence. L'appréciation du juge sur l'avancée de la phase précontractuelle et des éléments essentiels qu'elle renferme ne peut, à travers ces mécanismes, être remise en cause par l'insertion d'une clause particulière. Il conserve le pouvoir de rectifier la qualification fallacieuse donnée par un négociateur afin d'attribuer ou d'ôter le caractère contractuel des documents échangés. Le quasi-engagement et l'apparence restent sur ce point des moyens de protection en faveur de l'attente légitime⁵³² du cocontractant floué.

221. Le préambule. A l'intérieur des frontières du contrat, la pratique du préambule s'est considérablement développée depuis une trentaine d'années. Véritable instrument de présentation du contrat, il consiste généralement à préciser l'intention des parties et retrace les circonstances de conclusion du contrat. Son contenu permet donc de mieux situer, tant objectivement que subjectivement, les éléments qui ont contribué à sa formation. Son utilité

⁵³¹ *Ibid.* n°237.

⁵³² D. Mazeaud, *L'attraction du droit de la consommation*, *RTD com.* mars 1998, n°1 p.95 et s. spéc. n°6 ; H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Thèse Paris IX, PUAM 2002, n°223 et s. et n°329 et s. ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965 n°114 ; H. Lécuyer, *Redéfinir la force obligatoire du contrat ?* in *Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^{ème} congrès des notaires de France, *LPA* 6 mai 1998 p.1 et spéc. p.44.

réside essentiellement dans l'exposé du projet des parties et dans la présentation de la finalité économique recherchée. « *Il est le réceptacle de toutes les considérations d'ordre particulier qui individualisent et personnalisent le contrat*⁵³³ ».

Dès lors, si certaines clauses du contrat sont inadaptées, volontairement ou non, et contredisent la qualification contractuelle choisie par les parties, le juge peut donc se référer au contenu du préambule pour procéder à une requalification de l'acte ou à la suppression des clauses inappropriées. Outre la requalification du contrat dans son ensemble, cette toile de fond peut ainsi s'avérer d'un grand secours lorsqu'une clause, ou un ensemble de clauses, manque de précision ou de clarté. Les tribunaux lui reconnaissent une valeur contractuelle et le considère comme une partie intégrante du contrat, renfermant une force obligatoire similaire. Il peut en effet faire naître de véritables obligations⁵³⁴ contractuelles qui, en tant que telles, s'imposeront aux parties et pourront être opposées aux tiers⁵³⁵. Ces propos préliminaires peuvent par ailleurs constituer un instrument facilitant l'interprétation judiciaire en cas d'ambiguïté des stipulations contractuelles.

222. Les clauses ouvertes. Il en est de même des éléments postérieurs à la formation du contrat. Les juges assurent ainsi la protection de la partie la plus faible en intégrant les engagements extra juridiques dans la sphère du droit étatique. Face à cette tendance jurisprudentielle, la seule façon de s'opposer à une qualification de l'acte par les juges du fond consiste à établir un acte incomplet, imprécis, voire incohérent sur certains points. La précision selon laquelle plusieurs éléments déterminants de leur consentement n'ont pas encore été négociés ou sont en cours de négociation permettrait aux parties d'échapper à la requalification judiciaire. Or, il n'est pas alors sans rappeler la précarité et les dangers de cette technique contractuelle aux contours trop fuyants.

Il peut dès lors être recommandé aux parties d'insérer dans le contrat des clauses de qualification, bien qu'elles ne constituent qu'un guide de qualification pour le juge qui n'est en rien lié par leurs effets.

⁵³³ B. Fages, L'art et la manière de rédiger le contrat, *Dr. & Pat.* juin 1999 n°72.

⁵³⁴ Clause de bonne foi, clause de solidarité, de confidentialité, clause de *Hardship*, clause de règlement amiable des litiges...

⁵³⁵ Cass. civ. 2^{ème} 21 mai 1997 n°95-17743, *D.* 1998 jurisp. p.150 note B. Fages.

2) Les clauses de qualification

223. Contractualisation de la qualification. Le jeu d'influence des parties sur une éventuelle requalification judiciaire passe le plus souvent par l'insertion de clauses de qualification. Les parties peuvent adopter une démarche à la fois positive et négative en présentant la qualification retenue et les éventuelles non-qualifications. Il leur appartient alors de faire ressortir avec une acuité particulière les éléments justifiant la qualification retenue. S'il est largement admis qu'une clause de qualification n'a pas pour effet d'anéantir le pouvoir de requalification du juge, elle peut néanmoins avoir des conséquences sur son appréciation. En effet, le juge va tout d'abord s'attacher à rechercher l'existence d'une telle clause dans le contrat. Si aucun indice, stipulation ou obligation ne viennent contredire la qualification adoptée par les parties, le juge se réfère à la clause. La volonté des parties, formulée à travers la clause de qualification, constitue « *une présomption en faveur de la qualification formellement énoncée, qui sera retenue à défaut de preuve établie ou d'indices contraires*⁵³⁶ ». De même, si le juge hésite entre deux qualifications possibles, son choix devrait naturellement se porter sur celle expressément retenue par les parties.

224. Portée de la clause de qualification. Pour les contrats simples, les parties doivent bien entendu se référer aux règles légales ou jurisprudentielles applicables à la matière du contrat en cause, pour ainsi convaincre le juge qu'au regard de la nature des obligations qu'il fait naître, le contrat doit être qualifié comme elles l'ont fait.

Pour les contrats complexes⁵³⁷, le rôle de la volonté des parties est très important pour déterminer le caractère distributif ou unitaire de la qualification. Dans ce dernier cas, les parties doivent distinguer entre ce qu'elles considèrent comme la prestation essentielle du contrat et ce qui, au contraire, n'en constitue qu'un accessoire. La Cour de cassation a par le passé fait prévaloir une qualification unitaire fondée non pas sur « *l'élément du contrat qui est la source du litige*⁵³⁸ », mais sur l'élément du contrat qui en permet la solution souhaitée. Ainsi, même s'il apparaît difficile, après l'analyse de la jurisprudence, de définir quelle doit

⁵³⁶ A. Bac, De la construction du contrat à la qualification par le juge, *JCP E.* 10 mai 2001, n°19, 790.

⁵³⁷ Selon le doyen Carbonnier « on peut certes rencontrer dans la vie quotidienne le contrat isolé, monde clos qui se suffit à lui-même entre ces deux contractants. Mais la pratique montre fréquemment des situations moins simples où des contrats théoriquement distincts se trouvent reliés entre eux par la connexité des objets, l'identité des parties [...] ».

⁵³⁸ Il s'agit ici du célèbre arrêt Kodak, Cass. civ. 1^{re} 25 janvier 1989 n°87-13640, *D.* 1989 p.253 note Ph. Malaurie.

être entre la qualification unitaire et la qualification distributive la règle de principe, il semble tout de même possible de considérer qu'en présence d'une qualification unitaire adoptée par les parties, le juge se doit de favoriser ce choix. En raison de ses multiples inconvénients, la qualification distributive ne constitue qu'une règle subsidiaire.

La complexité de l'opération et l'existence de différentes qualifications envisageables peuvent susciter l'hésitation, voire la confusion dans l'esprit du juge. La volonté des parties, formulée à travers certaines clauses, trouve alors tout son intérêt et permet d'influencer le raisonnement du juge dans le sens qu'elles désirent.

B) La libre disposition des droits des parties

225. Les clauses précédentes, dont l'influence reste relative, ne constituent pas les seuls moyens de limitation du pouvoir de requalification du juge. Dans certaines hypothèses, la qualification retenue par les parties lie le juge. Les alinéas 3 et 4 de l'article 12 du CPC autorisent les parties à dispenser le juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Cette faculté permise par la loi offre aux contractants une double possibilité d'interagir sur les pouvoirs du juge. L'insertion de clauses particulières peut alors leur permettre d'influencer le juge sur les différentes qualifications ou points de droit⁵³⁹ dont elles ont la libre disposition et visant l'ordre public de protection (1). En revanche, la possibilité offerte aux parties d'écarter toute règle de droit pour faire place à l'équité⁵⁴⁰ reste encore illusoire par manque de prévisibilité contractuelle en amont de tout litige (2).

1) La contractualisation des qualifications et points de droit

226. Pouvoir des parties. Désireux de renforcer la liberté des parties ainsi que leur influence sur l'appréciation du juge, l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC leur permet, en vertu d'un accord exprès, de lier le juge sur les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

⁵³⁹ « Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

⁵⁴⁰ « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

Ces dispositions sont perçues par certains auteurs comme une simple compensation, un « équilibre » entre le rôle du juge et celui des parties, alors que d'autres, dont M. J. Miguet, considèrent qu' « *on ne compense pas le déséquilibre au profit du juge puisque les conditions d'application des pouvoirs du juge et celles du pouvoir des parties sont différentes, on introduit simplement un deuxième déséquilibre dans certains cas, au profit cette fois-ci des parties*⁵⁴¹ ». Entre rééquilibre et déséquilibre, ce droit accordé aux parties leur confère un pouvoir de décision mais reste limité aux règles intéressant l'ordre public de protection, réservées aux intérêts des personnes protégées par ces dispositions. Si les dispositions de l'article 12 alinéa 3 ne peuvent en aucun cas permettre aux parties d'éluider des dispositions relevant de l'ordre public de direction⁵⁴², il semblerait en revanche légitime que l'atteinte portée à une règle d'ordre public de protection soit considérée comme valable. En effet, il est largement admis que son bénéficiaire peut y renoncer, dès lors que l'accord intervient au moment où le droit est acquis⁵⁴³. « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*⁵⁴⁴ ». La Cour de cassation a, à de nombreuses reprises⁵⁴⁵, rappelé que le juge ne peut appliquer d'office les règles d'ordre public de protection. Seule la personne protégée peut en imposer l'application⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ J. Miguet, *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit*, in Mélanges P. Hébraud, 1981 p.567 et s.

⁵⁴² Les parties ne peuvent davantage influencer le juge sur un point de droit ou une qualification tirée de l'ordre public de direction, tels que l'état des personnes, le divorce, le droit pénal et les rapports entre les particuliers et l'administration, V° M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants, th. préc. spéc. n°98 p.118 et s. n°110 p.129 et s.*

⁵⁴³ Même si, la jurisprudence n'avance aucune certitude sur ce point. Dans plusieurs décisions, elle rend impossible une telle renonciation sans distinguer selon le moment exact de la renonciation. Art. 2060 Code civ.

⁵⁴⁴ Art. 2059 C. civ.

⁵⁴⁵ Un arrêt célèbre, rendu en matière sociale Cass. soc. 30 octobre 2002 n°00-45572, a sur ce point précisé que « si en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile la qualification d'un contrat de travail dont la nature juridique est indécise relève de l'office du juge, celui-ci ne peut toutefois, en application de l'article L.122-3-13 du Code du travail, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, les dispositions prévues par les articles L.122-1 et suivants du Code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée, ayant été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation. Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses propres énonciations qu'elle avait usé des pouvoirs conférés par l'article 12 du nouveau Code de procédure civile pour procéder, en l'absence de demande du salarié, à la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et a, par là même, violé les dispositions des textes susvisés », *Cah. soc. Barreau de Paris* janvier 2003, n°146 p.14 note Fr.-J. Pansier ; V° Cass. com. 3 mai 1995 n°93-12256, *RD banc. et fin.* mai 2004, n°3 p.224 note B. Soltner ; Cass. civ. 2^{ème} 4 décembre 2003 n°02-04162, *RTD com.* avril 2004, n°2 p.358 note D. Legeais.

⁵⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère} 15 février 2000 n°98-12713, *JCP G* 2001, II, 10 477 note O. Gout ; *Contrat-conc. consom.* 2000, n°116 obs. G. Raymond ; V° également Cass. civ. 1^{ère} 10 juillet 2002 n°00-22199, *RTD civ.* janvier 2003 p.87 obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 20 février 2003, p.549 note O. Gout ; Cass. civ.1^{ère} 16 mars 2004 (deux arrêts), *RDC* 2004, p.679, obs. D. Fenouillet ; X. Lagarde, Office du juge et ordre public de protection, *JCP G* 11 avril 2001, I, 312 ; I. Fadlallah et C. Baude-Texidor, L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire, *D.* 13 mars 2003, n°11 chron. p.750.

227. Contractualisation de l'accord. Toutefois, il est à remarquer que l'alinéa 3 soulève une autre condition : les qualifications et points de droit pouvant lier le juge ne peuvent résulter que d'un « *accord exprès* ». Or, il ne suffit pas que cet accord soit implicitement ou même verbalement conclu entre les parties, il doit être clairement formulé à travers une clause et explicitement précisé pour s'imposer au juge.

La question de l'applicabilité d'un tel accord sur la qualification divise fortement la doctrine. Pour d'éminents auteurs⁵⁴⁷ tels que MM. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau les parties au litige ne sauraient se mettre d'accord sur la qualification, ou un point de droit quelconque, dans la mesure où cela impliquerait que les parties transigent sur un litige à venir. Ces auteurs affirment que la transaction constitue la seule convention en droit civil permettant aux parties d'écartier des tribunaux des contestations à naître. L'accord sur la qualification ne relève pas d'une transaction, faute de concessions réciproques. Ils refusent donc d'admettre qu'un tel accord puisse intervenir avant la survenance du litige.

Contrairement à cette tendance, d'autres auteurs, tel M. L. Cadiet, précisent « *qu'avant même la naissance du litige, les parties peuvent lier le juge par les qualifications*⁵⁴⁸ ». Cette analyse notamment confirmée par Motulsky lui-même⁵⁴⁹, semble plus révélatrice de la liberté devant être laissée aux parties pour la préservation de leurs intérêts. En effet, les dispositions de l'article 12 alinéa 3 illustrent la création par le législateur d'un nouveau type d'accord applicable à la question particulière de la qualification, ou limitée à un point de droit particulier. Dès lors, la transaction cesse d'être la seule convention visant à écartier des tribunaux une contestation à naître. L'application de cet accord, avant la naissance du litige, ne se heurte à aucun principe du droit des contrats. Respectueux de la liberté contractuelle et résultante d'un échange de consentement, qui plus est expressément retranscrit dans le contrat, la clause lie le juge qui ne peut, sous couvert de l'ordre public de protection, imposer des règles auxquelles la loi n'oblige pas. C'est par ailleurs la seule façon permettant de reconnaître une véritable portée pratique à ce texte.

228. Un accord préalable au litige. Reconnaître que l'accord des parties sur la qualification puisse intervenir avant la survenance d'un litige élargit sa portée pratique. Il peut

⁵⁴⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat op. cit.*

⁵⁴⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec 2013, 8^{ème} éd. n°1136.

⁵⁴⁹ H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, *D.* 1964, chron. n°11 p.235.

ainsi être appliqué en matière d'engagement d'honneur, de documents non contractuels, etc. Un tel accord ne permettant pas d'écarter l'application de règles d'ordre public de direction, le risque qu'un document non contractuel soit en toute impunité envisagé entre les parties afin de conclure des engagements occultes est banni. Comme vu précédemment, la clause ne doit pas se contenter d'affirmer le caractère non contractuel de l'accord, ce qui ne lui permettrait pas d'écarter à elle seule le pouvoir de requalification du juge, mais doit au contraire préciser que la qualification adoptée par les parties, en vertu de l'article 12 alinéa 3, s'impose au juge sans qu'il puisse la modifier. Mise à la disposition des parties, une telle clause constitue un obstacle sérieux au pouvoir souverain de qualification des juges, réduisant son pouvoir à la seule maîtrise des qualifications d'ordre public.

Certains auteurs tels que M. B. Mercadal ont fortement cru aux potentialités de ce texte. Selon lui, l'alinéa 3 de l'article 12 du NCPC constitue un outil efficace permettant de mettre fin aux graves incertitudes entourant, entre autre, la nature juridique de certains contrats⁵⁵⁰.

2) L'inefficacité des clauses d'amiable composition

229. Contractualisation de l'amiable composition. En vertu de l'alinéa 4 de l'article 12, les parties peuvent conférer au juge le pouvoir de statuer comme amiable compositeur⁵⁵¹. Le juge est sollicité dans ce sens, sur appel d'une sentence arbitrale, alors que l'arbitre avait lui-même cette mission⁵⁵². Il peut alors écarter les dispositions légales applicables afin de faire référence à l'équité ou à la mission d'amiable compositeur qui lui a été conférée, sous réserve toutefois de respecter les règles issues de l'ordre public procédural.

Outre la condition de la libre disposition de leurs droits par les parties, l'alinéa 4 nécessite également, à l'image de l'alinéa précédent, l'accord exprès des contractants. Il suffit alors aux parties d'émettre par écrit, ou verbalement dans le cas d'une procédure orale, le souhait de

⁵⁵⁰ Particulièrement dans les contrats de transport : B. Mercadal, *Regards sur le droit des transports*, in Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz 1981 p.423 et s.

⁵⁵¹ L'amiable composition du juge étatique est l'une des grandes innovations du CPC. Instauré par le décret n°71-740 du 9 septembre 1971 instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile, JORF du 11 septembre 1971 p.9072, l'article 12 alinéa 4 CPC dispose en effet « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

⁵⁵² Cass. civ. 1^{ère} 17 décembre 2008 n°07-19915, *JCP E* 22 janvier 2009, n°4 note J. Béguin ; *RJC* janvier 2009, n°1 p.58 obs. B. Moreau ; *D.* 24 décembre 2009, n°44 p.2959 note Th. Clay.

recourir à l'amiable composition judiciaire devant le juge appelé à trancher le litige. Dans tous les cas, il est indispensable que cet accord soit explicite. Le silence gardé par l'une des parties, ou la simple concordance entre les conclusions, ne constitue pas un accord exprès⁵⁵³ au sens des dispositions du CPC. Il serait dès lors recommandé aux parties, du moins dans les procédures écrites, d'insérer dans le contrat principal une clause d'amiable composition les engageant à soumettre leur éventuel litige à l'autorité judiciaire qui statuera en équité, comme c'est le cas en matière d'arbitrage.

Or, l'amiable composition judiciaire ne peut être sollicitée qu'uniquement en présence d'un litige déjà né. Contrairement à l'amiable composition de l'arbitre, l'insertion d'une telle clause n'aura pas de valeur si le litige n'est qu'éventuel. Cette règle s'applique également en matière commerciale, pour laquelle l'insertion d'une clause compromissoire ne permettrait pas aux parties de s'en remettre à l'amiable composition judiciaire pour tout litige futur.

230. Portée de la clause d'amiable composition. L'insuccès d'une telle clause, dont la fonction consiste à influencer le juge sur sa manière de statuer, explique en partie le manque d'adhésion des justiciables pour le procédé de l'amiable composition judiciaire. L'obligation d'attendre que le litige soit déjà né présente l'inconvénient majeur de soutenir que les parties auront intérêt à être jugées en équité. Or, une fois le litige né, les parties ont nécessairement des intérêts divergents. En effet, l'une aura toujours intérêt à ce que la décision soit prise en droit et l'autre en équité. Dès lors, la conciliation est rendue illusoire et l'accord exprès des parties n'a que peu de chance d'avoir lieu.

231. Une anticipation plébiscitée du litige. Si l'un des objectifs de la réforme instituée par le décret du 9 septembre 1971 était de permettre au service public de la justice⁵⁵⁴ de concurrencer l'arbitrage sur son propre terrain, le manque de liberté laissée aux parties a contribué à affaiblir ses effets. Un large mouvement doctrinal s'est alors élevé contre ce

⁵⁵³ Cass. civ. 1^{ère} 26 juin 2001 n°99-16118 *Rev. crit. DIP* 2002 p.93 note H. Muir-Watt, la solution est plus souple en droit international où il a été jugé « qu'un tel accord peut résulter du seul silence gardé par les parties sur l'applicabilité d'une loi étrangère désignée par une convention internationale ».

⁵⁵⁴ Th. Clay, Chronique de droit judiciaire privé, *JCP G* 23 mars 2005, I, n°12 : « Certes on relève des tentatives de création de formations spécialisées dans certaines juridictions comme le tribunal de grande instance de Nancy, la Cour d'appel de Versailles ou, plus récemment, la Cour d'appel de Grenoble, mais dans l'ensemble cette pratique est restée embryonnaire ». Cette démarche est encore plus audacieuse devant une Cour d'appel car elle suppose que la partie qui a triomphé juridiquement en première instance accepte de s'en remettre en appel à l'équité. Ceci pouvant expliquer que ce procédé n'ait pas encore rencontré de véritable succès. V° également J-P. Brouillaud, Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire, *D.* 1997 p.234 ; H. Boulard, L'expérience versaillaise de l'amiable composition, *Gaz. Pal.* 1995, II, p.1328.

manque de souplesse et plaide en faveur de l'abandon de l'obligation d'attendre la survenance d'un litige. Dans ce sens, le célèbre rapport Magendie I, remis au Garde des Sceaux le 15 juin 2004, proposait également de supprimer cette exigence de préexistence d'un litige. Cette proposition, si elle devait être adoptée, participerait du mouvement contemporain de contractualisation de la justice. Elle conduirait à l'éclosion de nouvelles clauses contractuelles autorisant les parties à investir par avance le juge d'une mission d'amiable composition. Favorable à la création de clauses venant renforcer la liberté contractuelle des contractants, il est souhaitable que cette proposition soit consacrée dans un avenir proche, même si l'écoulement des ans semble davantage favoriser son abandon que sa consécration.

Outre ces possibilités pour le moins limitées d'influencer la qualification judiciaire, les parties doivent également se concentrer sur la précision des clauses qu'elles entendent stipuler. En effet, l'ambiguïté ou l'incohérence issue de certaines d'entre elles conduit les juges à mettre en œuvre leur pouvoir d'interprétation. Pouvoir sur lequel les parties peuvent plus aisément envisager des aménagements conventionnels.

Section II : Le pouvoir des clauses sur l'interprétation judiciaire

232. Rares sont les contrats qui ne sont pas susceptibles de poser des difficultés d'interprétation. L'interprétation étant par définition nécessaire pour comprendre le sens d'un contrat, le juge ne peut l'écarter sous peine de commettre un déni de justice ou de donner au litige une solution dénuée de fondement. Bien plus qu'une simple faculté, l'interprétation des termes ambigus et obscurs du contrat s'impose aux juges du fond sous contrôle de la Cour de cassation. Seules les modalités d'interprétation prévues par le Code civil ou la jurisprudence leur confèrent une liberté de choix et d'action dans la recherche de la commune intention des parties. Toutefois, ce devoir d'interprétation, associé à l'étendue des techniques d'interprétation dont elles disposent, n'est pas sans générer une certaine incertitude des parties quant au résultat du litige qui les oppose. En effet, bien que l'interprétation ait pour objectif premier de révéler la commune intention des parties, elle peut néanmoins conduire à modifier l'idée que l'une des parties, au moins, se faisait de ses droits et obligations. Or, le principe de l'interprétation s'insère dans l'office impératif du juge (§1) et interdit aux parties de prévoir une clause empêchant ce dernier d'interpréter un contrat obscur. Face à ce risque juridique,

les parties prévoient des clauses dont la fonction permet d'influencer contractuellement les pouvoirs du juge dans sa mission interprétative (§2).

§1 : Le pouvoir judiciaire d'interprétation

233. La question de l'interprétation des contrats est classiquement abordée de manière dichotomique. Si les juges du fond ont longtemps disposé de pouvoirs d'interprétation qui échappaient au contrôle de la Cour de cassation, cette vision ne reflète plus la pratique contemporaine de l'interprétation contractuelle dont le domaine d'exercice est plus strictement encadré. Cette évolution s'explique notamment par la grande prégnance de la Cour de cassation venant encadrer le pouvoir des juges du fond (A). De façon générale, la jurisprudence a également fortement influé sur les méthodes d'interprétation en faisant émerger de véritables « *principes d'interprétation* » fondés sur la recherche de la commune intention des parties. Si l'interprétation des contrats fait l'objet d'un encadrement défini dans le Code civil, il n'en reste pas moins un exercice aux contours incertains. La valeur des règles d'interprétation doit alors être examinée afin de mesurer les limites du pouvoir judiciaire (B).

A) L'office du juge sur l'interprétation du contrat

234. L'étude du sens donné à certaines clauses nécessite inévitablement pour les juges du fond de rechercher la volonté des parties. Ils se doivent, sous contrôle de la Cour de cassation, de pénétrer l'intention profonde des contractants dans l'objectif de déceler la finalité parfois sous-jacente du contrat. Pour ce faire, les juges du fond peuvent, en l'absence de clauses contraires, analyser tous les faits et actes constitutifs de la relation contractuelle (1). Si l'interprétation est un exercice complexe relevant parfois de la recherche divinatoire de la volonté des parties, encore faut-il que les juges justifient de l'ambiguïté des éléments analysés(2).

1) Un pouvoir souverain encadré

235. Appréciation du pouvoir d'interprétation. L'interprétation a pour fonction d'élucider le sens d'un texte ou d'un acte afin d'en déterminer le sens et la portée⁵⁵⁵. La

⁵⁵⁵ *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Travaux de l'Association Capitant t. V 1949 p.285 et s. ; J. Boré, *D. rép. proc. civ.* V n°1504 et s. ; Fr. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*,

nécessité de l'interprétation tient en effet à ce qu'il n'y a pas de réception immédiate du sens. Il y a interprétation à chaque fois que le sens n'est pas clair. Demolombe considérait « *qu'interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable*⁵⁵⁶ ». Plus récemment, pour MM. Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck, « *l'interprétation d'un contrat est la recherche de la volonté des parties*⁵⁵⁷ » nécessaire pour l'appliquer. Interpréter un contrat consiste donc à « *en rechercher la signification* ». Pour M. A. Sériaux, l'interprétation est « *l'opération juridique qui consiste à définir quels sont exactement les droits et les obligations des parties aux contrats*⁵⁵⁸ ». La Cour de cassation reconnaît, depuis le célèbre⁵⁵⁹ arrêt Lubert du 2 février 1808, le pouvoir souverain des juges du fond dans l'interprétation des contrats.

Cependant jusqu'au XVIIIème siècle, l'interprétation des contrats était basée sur une distinction tripartite des obligations contenues dans le contrat. L'interprétation s'articulait autour des obligations essentielles du contrat sans lesquelles il ne pouvait exister, « *les essentialia* », les obligations inhérentes à la nature du contrat, « *les naturalia* », et « *les accidentalia* », obligations purement accidentelles, fruit de clauses particulières.

Actuellement, l'interprétation du contrat est le résultat de la recherche de la commune intention des parties, opérée par le rapprochement de l'ensemble des clauses, l'analyse de l'économie générale du contrat et le comportement des contractants.

236. Les limites de l'interprétation. Malgré le pouvoir souverain dont le juge dispose en la matière, son devoir⁵⁶⁰ d'interpréter porte seulement sur les clauses obscures, dans le strict respect de la force obligatoire du contrat. La Cour de cassation interdit aux juges du fond d'interpréter un contrat clair et précis en tout point, sous peine de dénaturation. L'arrêt *Veuve Foucauld*, rendu le 15 avril 1872, témoignait déjà de cette prérogative accordée à la haute juridiction. Il n'est alors pas incorrect d'affirmer que la Cour de cassation fait parfois œuvre d'interprétation dans la mesure où le contrôle de dénaturation qu'elle exerce nécessite inévitablement de se pencher sur le contenu du contrat. Il existe de plus quelques exceptions à

Thèse Paris 1957 ; M.-H Maleville, *Pratique de l'interprétation du contrat, étude jurisprudentielle*, Publications de l'Université de Rouen 1991.

⁵⁵⁶ A. Durand et L. Hachette, Cours de Code Napoléon, I, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, 4^{ème} éd. 1869 n°115.

⁵⁵⁷ Ph. Malaurie, L. Aynés, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2011 n°772.

⁵⁵⁸ A. Sériaux, *Droit des obligations*, Paris éd. PUF 1998 coll. Droit fondamental n°43.

⁵⁵⁹ H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette, *GAJ civ.* Dalloz 11^{ème} éd. 2000, t.1 n°159.

⁵⁶⁰ A plus forte raison, le juge ne peut, sous couvert de non-compréhension, refuser de statuer sous peine de commettre un déni de justice Art.4 du C. civ.

travers lesquelles elle exerce directement un pouvoir d'interprétation : les contrats d'adhésion, les polices d'assurances, les contrats types, les conventions collectives sont directement interprétées par la Cour de cassation. Il en est de même de certains contrats administratifs, ou encore des contrats justifiés par des considérations fiscales, dont le caractère d'ordre public lui confère un tel pouvoir.

237. Contrôle de l'interprétation. Toutefois, ce contrôle de dénaturation opéré par la Cour de cassation révèle en amont son rôle en matière d'interprétation. Les juges procèdent à l'interprétation du contrat s'ils se trouvent confrontés à des clauses qui ne seraient pas claires et précises. Or, la Cour contrôle la notion de « *clause claire et précise* » et décide si les juges peuvent se départir de *l'instrumentum* pour rechercher la commune intention des parties. Préalablement au contrôle de dénaturation, il lui appartient donc de vérifier si l'intervention des juges du fond est justifiée par l'ambiguïté du contrat ou par une contradiction entre les clauses. Pour ce faire, la Cour se fonde sur l'idée plus générale d'une « *nécessité interprétative* ». Elle vérifie donc, dans une certaine mesure, les conditions d'intervention des juges du fond sans les influencer dans la recherche de la volonté des parties. Néanmoins, afin de pouvoir se prononcer sur le caractère obscur de certaines clauses du contrat, et donc sur l'opportunité pour les juges du fond d'avoir procédé à l'interprétation, la Cour s'arroge inéluctablement un droit de regard sur les éléments factuels du contrat. En effet, la nécessité interprétative, véritable notion de droit processuel, est tant liée aux faits qu'elle ne peut s'en extraire. Le pendant de cette notion, la dénaturation, illustre ainsi l'emprise de la Cour de cassation sur ces questions⁵⁶¹. Elle est donc amenée à dépasser sa mission de juge du droit afin de caractériser la nécessité interprétative.

Toutefois, elle se prononce sur l'opportunité ou non d'une interprétation par les juges du fond sans pour autant définir de façon précise l'ambiguïté ou l'imprécision, ni fixer des critères d'appréciation particuliers. Dès lors, l'une des premières difficultés est de déceler les clauses obscures et ambiguës.

2) L'appréciation de l'ambiguïté des clauses

238. Origine de l'ambiguïté. L'ambiguïté d'une clause n'est pas toujours patente. La définition même de ce qui est obscur et ambigu est difficile à établir. Il est même possible de

⁵⁶¹ J. Bore, Un centenaire, le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *RTD civ.* 1972 p.249.

considérer qu'il n'existe pas de définition générale et abstraite de ce type de clause. Une clause peut être considérée comme sujette à interprétation par une décision, et claire et précise par une autre⁵⁶².

L'ambiguïté peut naître de l'imprécision, de l'obscurité intrinsèque d'une clause. Elle peut, en outre, résulter tant de l'excès d'information que de son insuffisance. Dans ce dernier cas, il peut être reproché à la clause de ne pas exprimer clairement les effets qu'elle est destinée à produire. Source d'ambiguïté, le défaut de précision quant au sens d'un terme ou d'une expression peut être à l'origine d'incompréhensions entre les contractants soit parce que les termes utilisés revêtent un caractère trop technique pour l'un d'entre eux, soit tout simplement en raison des difficultés tenant à la langue.

Mais le laconisme n'est pas la seule source d'ambiguïté des clauses contractuelles. L'obscurité extrinsèque d'une clause peut également être causée par l'excès d'information que peut contenir un contrat. En effet, cet excès peut conduire à une incohérence, voire à une totale contradiction, entre les clauses d'un même contrat. C'est particulièrement ce défaut de cohésion et d'harmonisation entre les clauses d'un même contrat qui doit inciter les juges à interpréter ou éliminer les clauses discordantes ne répondant pas à la commune intention des parties. Selon Aubry et Rau, « *il y a lieu à interprétation, lorsque, malgré leur clarté, les termes d'un contrat pris dans leur sens littéral ne sont pas susceptibles de se concilier avec [...] l'intention évidente des parties*⁵⁶³ ». Dès lors, s'il y a discordance entre la volonté réelle exprimée, même tacitement, et la formulation de cette volonté, qu'elle soit écrite ou verbale, le juge se doit de faire prévaloir la première.

239. Les éléments à valeur interprétative. Cet excès d'information peut également provenir de correspondances échangées, de pourparlers, ou encore de documents contractuels distincts du contrat et mal harmonisés. En effet, en l'absence de clauses précisant la nature contractuelle de certains documents et de clauses établissant une hiérarchie entre les différents documents contractuels, les juges du fond adoptent une conception extrêmement large des éléments ayant valeur interprétative.

⁵⁶² Cass. Civ. 1^{ère} 26 avril 1932, *DA* 1932 p.315, *Gaz. Pal.* 1932 p.191 ; Cass. Civ. 1^{ère} 10 mars 1948, *D.* 1948 p.255 ; R. Lindon, A chaque tribunal sa vérité, *JCP G* 1967, I, 2081 ; Cass. Civ. 3^{ème} 28 avril 1971 n°70-11662, *JCP G* 1971 IV, 227 ; M. Boccara, Le clair et l'obscur, *JCP G* 1978, I, 2910 ; Cass. Civ. 3^{ème} 8 février 1984 n°82-15176, *JCP G* 1985, II, 20377 et *JCP E*, II, 14479 note D. Bocarra.

⁵⁶³ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t.IV, par Bartin, 6^{ème} éd. Marchal et Billard 1936 p.482.

Ces documents sont particulièrement nombreux⁵⁶⁴. En l'absence de précision des parties, les juges peuvent prendre en considération tous les documents qui ont pu être échangés en amont et en aval de la relation contractuelle, qu'ils s'agissent d'accords préparatoires, de conventions antérieurement contractées entre les mêmes parties, voire de conventions semblables conclues par une seule des parties avec un tiers. Des indices sont aussi tirés du comportement des parties qu'ils soient antérieurs, concomitants ou postérieurs à la conclusion du contrat. D'autres éléments sont également pris en compte tels que la qualité des parties et leurs compétences.

240. Appréciation judiciaire. Le principe selon lequel la volonté des parties doit être examinée au jour de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à ce que des éléments postérieurs révèlent cette volonté. En droit français, comme dans la majeure partie des systèmes juridiques, le juge peut s'attacher à des éléments des plus divers pour ensuite fonder son interprétation sur ceux qu'il estime les plus pertinents.

C'est donc cette analyse des clauses et des éléments extérieurs qui va permettre au juge de déceler la commune intention des parties. Les juges français appliquent des règles subjectives d'interprétation consistant à rechercher quelle est la volonté des parties, alors que l'interprétation objective, prônée notamment dans les pays anglo-saxons, tend à rechercher ce que les parties ont conclu, « à déterminer le contenu du contrat⁵⁶⁵ ».

Les juges sont donc libres dans le choix des outils à mettre en œuvre, toutefois le Code civil comporte également des méthodes d'interprétation mises à leur disposition.

B) Valeur des règles d'interprétation

241. L'extrême diversité des méthodes d'interprétation prévues par le Code civil ne renseigne que sommairement sur la mission d'interprétation du juge. Les règles contemporaines d'interprétation du contrat ne peuvent se comprendre et s'analyser qu'en tenant compte de l'apport essentiel de la jurisprudence. En effet, celle-ci a joué un rôle important dans la détermination des priorités à accorder aux méthodes d'interprétation dictées

⁵⁶⁴ M.-H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etude jurisprudentielle n°282 et s. et n°403 et s. Université de Rouen 1991.

⁵⁶⁵ *Distinction entre l'interprétation subjective et objective résumée* par J. Ghestin, M. Billau, Ch. Jamin in *Les effets du contrat*, LGDJ 2001 3^{ème} éd.

par les articles 1156 et suivants du Code civil (1). Toutefois, cette tentative de hiérarchisation ne s'est pas accompagnée d'un changement de nature des méthodes proposées. Le défaut d'impérativité permet dès lors au juge de choisir la méthode qu'il considère la plus appropriée. La nature supplétive des méthodes favorise en revanche la liberté contractuelle des parties désireuses d'orienter la position du juge (2).

1) Une hiérarchisation possible des règles d'interprétation

242. Recours judiciaire à l'interprétation subjective. Les règles d'interprétation proposées par le Code civil sont consignées dans une section consacrée à « *l'interprétation des conventions* », aux articles 1156 et suivants. Pour la Cour de cassation, ces dispositions sont plutôt des conseils donnés aux juges en matière d'interprétation des contrats, que des règles impératives dont les circonstances, même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à les écarter⁵⁶⁶. Si l'on procède à l'analyse de ces différentes dispositions, on s'aperçoit très vite qu'elles ne renferment pas toutes de véritables règles d'interprétation.

Tout d'abord, l'article 1156 pose l'objectif devant être recherché à travers la méthode dite d'interprétation subjective, à savoir « *rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». Ce texte impose donc de faire primer l'esprit de la convention sur sa lettre, afin de faire ressortir la commune intention des parties, et ce malgré la mauvaise utilisation ou formulation de certaines stipulations contractuelles. La Cour de cassation a, depuis de nombreuses années⁵⁶⁷, fait de la recherche de la commune intention des parties la méthode première d'interprétation. Une priorité est donc accordée par la jurisprudence à cette « *règle des règles* » selon les termes mêmes du doyen Demolombe.

A l'instar de l'article 1156, les articles 1157⁵⁶⁸, 1158⁵⁶⁹ et 1161⁵⁷⁰ du Code civil s'inscrivent dans cette finalité et peuvent à ce titre être qualifiés de véritables règles d'interprétation.

⁵⁶⁶ Cass. Req. 18 mars 1807, *S.* 1807 I p.361 ; J. Dupichot, *Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois 1979 n°3.

⁵⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère} 20 janvier 1970 *Bull. civ.* n°24.

⁵⁶⁸ « 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 ».

⁵⁶⁹ « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

⁵⁷⁰ « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

243. Recours complémentaire à l'interprétation objective. Cependant le contrat peut s'avérer trop lacunaire, empêchant de connaître avec certitude la volonté commune des parties. Il est en effet fréquent que le contrat ne prévoie pas certains points se révélant ultérieurement être une véritable source de litiges. Les contrats ne prévoient pas tout, loin s'en faut. Le juge interprète alors cette carence en complétant ces lacunes de diverses manières. Il prend en compte les lois relatives à ces contrats, qu'elles soient interprétatives ou, à plus forte raison, impératives. Il se réfère aux coutumes et usages comme l'y invite l'article 1160 du Code civil. Il peut aussi s'inspirer de l'équité et des règles commandées par la bonne foi comme le lui permet l'article 1135.

Ces règles permettent donc de compléter les carences du contrat ce qui diffère de l'interprétation de la volonté des parties. Les juges du fond adoptent alors la méthode objective consistant à se fonder sur la typologie légale du contrat. Ainsi, les articles 1159⁵⁷¹ et 1162⁵⁷² déterminent arbitrairement le sens à donner aux clauses, et plus généralement au contrat, sans rechercher la réelle volonté des parties. En effet, par référence aux usages du lieu dans lequel le contrat est passé, l'article 1159 ne renvoie à aucune volonté ou intention clairement précisée. Les juges se contentent alors simplement d'établir des éléments de détermination objective d'interprétation. L'article 1162 se veut, quant à lui, plus directif et favorise de façon systématique la position du débiteur.

Les articles 1163⁵⁷³ et 1164⁵⁷⁴ s'attachent, pour leur part, à préciser les conséquences découlant directement de la commune intention des parties. Ces règles ne peuvent donc être considérées et utilisées par les juges du fond que dans la mesure où la commune intention des parties est déjà connue. On ne peut donc pas, ici encore, parler de véritables règles d'interprétation.

Cette primauté des règles liées à la recherche de la commune intention des parties s'est progressivement imposée comme le principe d'interprétation et se justifie pleinement au

⁵⁷¹ « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

⁵⁷² « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Concernant cette règle Demolombe précisait « c'est la dernière ressource de l'interprétation aux abois ! C'est l'interprétation s'avouant impuissante devant l'impénétrable obscurité du contrat ! D'où il suit qu'on ne doit l'appliquer qu'autant que toutes les autres règles d'interprétation font défaut ». Ch. Demolombe, Cours de Code Napoléon XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général n°23 et s.

⁵⁷³ « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ».

⁵⁷⁴ Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

regard de la conception française du contrat. Une hiérarchie s'est donc tout de même dessinée entre ces textes, même si l'absence d'impérativité reste pour le moins discutable, quoique favorable à l'expression de la liberté contractuelle des parties.

2) La nature permissive des règles d'interprétation

244. Portée des règles d'interprétation. Une autre question se pose quant au caractère juridique de ces règles. La Cour de cassation leur confère un simple caractère facultatif faisant alors de l'application de ces règles par les juges du fond une faculté⁵⁷⁵. Sur ce point, certains auteurs, tels que M. C. Grimaldi, sont favorables à un changement de position de la Cour suprême⁵⁷⁶.

En effet, selon son analyse, les règles d'interprétation proposées par le Code civil ne sont pas actuellement de véritables règles de droit dans la mesure où elles ne font pas l'objet de sanctions étatiques, en particulier par les juridictions. Il préconise de distinguer entre l'exercice de l'interprétation qui continuerait de relever du pouvoir souverain des juges du fond, et le principe de l'interprétation, c'est-à-dire le suivi des méthodes recommandées par le Code civil, qui serait soumis au contrôle de la Cour de cassation. Cette dernière se devrait donc de contrôler le principe, mais non l'exercice de l'interprétation. La Cour a déjà admis la juridicité de l'article 1156 mais n'a pas étendu cette solution⁵⁷⁷ aux autres articles relatifs à l'interprétation.

245. Une harmonisation contestable. L'argumentation avancée se fait alors par comparaison aux dispositions des articles 1602 du Code civil et L.133-2 du Code de la consommation.

L'article 1602 relatif aux obligations du vendeur, précisant que « *tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* » s'est vu reconnaître un caractère impératif⁵⁷⁸. Dans le même ordre d'idées, l'article L.133-2 disposant que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens*

⁵⁷⁵ J. Dupichot, *op.cit.* p.179 et s.

⁵⁷⁶ C. Grimaldi, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* avril 2008, n°2 p.207.

⁵⁷⁷ V° notamment Cass. soc. 19 juillet 1988 n°85-45004, *Bull. civ. IV* n°475.

⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1993 n°91-16344, *JCP G* 1994, I, 3757 obs. M. Billau ; Cass. Civ. 3^{ème}, 21 février 2001 n°99-17666, *D.* 2002 somm. p.932 obs. G. Pignarre.

le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel », s'impose aux juges du fond⁵⁷⁹. Dès lors, il est légitime de se demander pourquoi les règles d'interprétation posées par le Code civil ne suivent pas le même sort, et particulièrement l'article 1162 dont les dispositions sont fortement similaires à celles des deux articles cités précédemment. En effet, ces règles ont en commun de fixer arbitrairement le sens du contrat sans véritablement tenir compte de la volonté exprimée par les parties. Il s'agit « *d'interprétation partisane, sans souci de rechercher la volonté commune*⁵⁸⁰ ».

Comme le recommande M. C. Grimaldi, il ne s'agit pas de réserver un sort particulier à l'article 1162 du Code civil mais d'instaurer une cohérence en alignant le traitement de ses dispositions sur celles des articles 1602 du même Code et L.133-2 du Code de la consommation. « *Ce serait alors une porte ouverte à la reconnaissance de la valeur impérative des autres dispositions du Code civil relatives à l'interprétation, comme le font certains droits étrangers*⁵⁸¹ ». Actuellement, toutes les règles d'interprétation n'ont pas cette valeur, laissant ainsi aux juges une grande latitude dans le choix des méthodes d'interprétation. Or, la réciprocité doit alors s'appliquer. Cette liberté laissée aux juges du fond est également favorable à la capacité des contractants de contractualiser les méthodes d'interprétation qu'ils entendent voir utiliser. D'autres méthodes d'interprétation, ne figurant pas dans le Code civil, sont également utilisées par les juges du fond. L'interprétation restrictive constitue une méthode fréquemment utilisée en matière contractuelle⁵⁸². Mais, les juges peuvent également créer de nouvelles méthodes d'interprétation qui leur semblent utiles, légitimes et conformes à la relation contractuelle envisagée. Ainsi, si deux méthodes d'interprétation aboutissent à des résultats contraires, il convient d'interpréter le contrat comme l'aurait entendu un individu raisonnable.

⁵⁷⁹ L'art.L.133-2 al.2 est la suite et la sanction de l'obligation imposée au professionnel par l'al.1 de ce texte selon lequel « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claires et compréhensives ».

⁵⁷⁹ Le législateur s'est intéressé à l'interprétation des contrats de consommation en intégrant, à l'occasion de la loi n°95-96 du 1er février 1995 transposant la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, un art. L.133-2 dont l'al.2 dispose que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel ». Cass. civ. 1^{ère} 21 janvier 2003 n°00-13342 et 00-19001, *D.* 2003 p.693 obs. V. Avena-Robardet ; *RDC* 2003 p.91 obs. M. Bruschi ; *RTD civ.* 2003 p.292 obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. & Pat.* mai 2003 p.112 obs. P. Chauvel ; Cass. civ. 2^{ème} 13 juillet 2006 n°05-18104, *D.* 2006 p.2848 et s. obs. M. Lamoureux.

⁵⁸⁰ CA Reims 7 janvier 2004, *RDC* 2004, n°3 p.933 obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁵⁸¹ C. Grimaldi, *th. préc.* n°25.

⁵⁸² L'interprétation restrictive est notamment utilisée pour les clauses de non-concurrence, les clauses résolutoires, les clauses d'exclusivité...

Le caractère supplétif des règles d'interprétation du Code civil assure une certaine liberté aux juges du fonds pouvant être perçue comme une source d'insécurité juridique pour les parties. Ces dernières tentent donc fréquemment d'insérer dans leur contrat des clauses aménageant les règles légales et jurisprudentielles d'interprétation, afin de guider les juges dans le sens à donner à leur volonté.

§2 : La contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation

246. L'étude des prérogatives judiciaires d'interprétation, et principalement de la nature des méthodes d'interprétation dont le juge dispose, était nécessaire pour évaluer l'espace de liberté laissé aux parties. Si le juge dispose d'une certaine liberté dans le choix des moyens laissés à sa disposition pour dégager le sens du contrat, les parties peuvent toutefois anticiper son intervention via l'insertion de clauses dont la fonction est destinée à limiter et encadrer ses pouvoirs d'interprétation. La contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation se manifeste alors à travers différentes clauses contractuelles pouvant être regroupées au sein d'une typologie d'ensemble (A). L'étude de l'intérêt de ces clauses dans la technique contractuelle est donc nécessaire afin d'établir ce regroupement. Répondant toutes à la même fonction, c'est ensuite l'analyse de leurs effets et la mesure de leur influence sur l'office du juge qui permettront d'établir un régime juridique commun, fondé sur les clauses dont l'efficacité est la plus significative (B).

A) Typologie des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire

247. Les parties ne cherchent pas à anéantir le pouvoir d'interprétation du juge, chose difficilement réalisable, mais plutôt à éviter à celui-ci de devoir le mettre en œuvre. En effet l'incertitude du résultat de l'interprétation judiciaire reste pour les parties un facteur majeur d'insécurité. Elles peuvent dès lors prévoir, dès la rédaction du contrat, l'insertion de clauses contractuelles leur permettant de préciser les éléments déterminants de leur accord, et donc de leur consentement, ainsi que les modalités d'interprétation qu'elles entendent voir appliquer. Pour ce faire, les clauses limitatives d'interprétation organisent les modalités substantielles de l'interprétation propres à clarifier le contenu du contrat (1), tandis que les clauses directives d'interprétation fixent les modalités formelles, délimitant ainsi la liberté d'appréciation judiciaire (2).

1) Les clauses limitatives d'interprétation

248. Les clauses de définition. Le premier moyen permettant aux parties de sécuriser leurs relations contractuelles, et de limiter le pouvoir d'intervention des juges, réside dans l'insertion de clauses de définition⁵⁸³. En effet, les clauses de définition permettent d'éviter d'éventuelles discussions consistant à savoir si les parties ont entendu utiliser un terme dans un sens courant, ou dans un sens technique ou juridique particulier. Cette recherche de précision doit également s'étendre aux notions juridiques présentant un caractère polysémique. Ainsi, exemple parmi tant d'autres, les parties se doivent à travers les termes de « *garantie* » de préciser si elles entendent désigner un cautionnement ou une garantie à première demande. Les clauses de définition peuvent renfermer des objets variés et concerner, entre autres, des données scientifiques ou techniques.

249. Instruments d'individualisation de la relation. Elles sont généralement placées en tout début de contrat, dans le préambule, afin d'être directement perçues tant par les contractants que par le juge. Elles vont permettre de clarifier la rédaction du contrat en évitant certaines répétitions. Elles établissent le sens d'un mot, d'une expression, d'une énumération qui fait référence pour l'ensemble du contrat. De façon plus générale, toutes les clauses ayant pour fonction d'éclaircir, de préciser, de caractériser, ou de déterminer des notions importantes du contrat, doivent être classées dans cette catégorie et répondre au même régime juridique.

Dans les contrats internationaux, ces clauses permettent la traduction de termes équivalents dans les différentes langues en présence. Une traduction littérale du contrat initial en plusieurs langues ne permet pas toujours d'éviter les divergences linguistiques. Un même mot n'a pas nécessairement le même sens, juridique ou non, selon les pays. Les parties doivent donc s'accorder sur le contenu même du contrat et ses subtilités rédactionnelles.

250. Autres techniques. Afin de définir les notions clefs de leur contrat, les parties peuvent également se référer aux définitions données par certains organismes professionnels. Ainsi, dans le cadre du commerce international, les Incoterms élaborés par la Chambre de commerce

⁵⁸³ J. Kullmann, Clauses abusives et contrat d'assurance, *RGAT* janvier 1996, n°1 p.11 ; Y. Bismuth, Les clauses types dans les contrats informatiques : le surgelé contractuel, *Cah. dr. entr.* juillet 2008, n°4 p.44 ; A. Pélissier, Responsabilité de l'assureur, *RGDA* avril 2012, n°4 p.424.

international « CCI » constituent « *des règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux*⁵⁸⁴ ». D'autres normes professionnelles, mais aussi réglementaires, peuvent aider les contractants dans la rédaction de leurs clauses.

251. Portée des clauses de définition. Ayant dès lors pour principale fonction d'éviter les ambiguïtés de sens pouvant naître entre les clauses du contrat, les clauses de définition doivent être minutieusement rédigées. Il serait alors désastreux que des définitions contradictoires viennent jeter sur le contrat une pointe de confusion et d'ambiguïté supplémentaire. Face à une ambiguïté née de la contradiction des différentes définitions, le juge serait alors dans l'obligation de clarifier lesdites clauses, c'est-à-dire de les interpréter, ce que précisément l'insertion de ce type de clause tend à éviter.

En revanche, les juges s'exposent à une censure pour dénaturation s'ils retiennent un sens différent de celui exprimé par une clause de définition claire et précise. Ces clauses ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public ou à une obligation essentielle. Leur principale fonction reste de limiter le pouvoir d'interprétation des juges.

252. Les avenants interprétatifs. Il en va de même des avenants interprétatifs pouvant être établis par les parties en cours de relation contractuelle. En présence d'une clause obscure et ambiguë, les parties ont la possibilité de préciser elles-mêmes le sens qu'elles entendent lui donner. Encore leur faudra-t-il démontrer au préalable en quoi cette clause présente pour elles une ambiguïté. Bien sûr, les parties doivent avoir une volonté commune d'établir cette précision, puisque l'interprétation unilatérale à laquelle procéderait seule l'une des parties ne peut lier ni les autres contractants, ni le juge. Sa valeur est quasi nulle, sauf dans les relations entre professionnels où la Cour de cassation considère que le silence du destinataire d'une lettre d'interprétation peut, dans certaines circonstances, engager sa responsabilité.

Au risque de contradiction des clauses au sein d'un même contrat s'ajoute également la multiplication des documents contractuels. Une certaine cohérence doit alors être établie entre

⁵⁸⁴ Y. Derains et J. Ghestin, *La vente internationale et les Incoterms*, LGDJ 1990 ; « Ce texte constitue un glossaire universel auquel les parties peuvent faire référence et qui comporte la supériorité par rapport à un simple glossaire contractuel afin de faciliter l'élaboration d'un vocabulaire mondial et par voie de conséquence de préparer une unification du droit matériel de la vente » P. Mousseron, *Dr. & Pat.* 2002 p.116.

le contrat et l'ensemble des documents contractuels tant antérieurs que postérieurs. À charge pour les parties de les insérer ou de les écarter de la relation contractuelle.

2) Les clauses directives d'interprétation

253. Contractualisation de méthodes d'interprétation. Outre les techniques contractuelles visant à réduire les ambiguïtés, les parties ont toujours la possibilité d'insérer dans leur contrat une clause d'interprétation⁵⁸⁵. Par ces clauses, elles peuvent choisir une méthode, ou une combinaison de méthodes d'interprétation prévues par les règles légales et jurisprudentielles pour en faire de véritables directives d'interprétation. La liberté contractuelle offerte aux contractants leur permet également de prévoir une méthode d'interprétation singulière et novatrice, reflétant leur volonté d'orienter l'interprétation du juge dans un sens bien particulier. Cependant, ces clauses présentent fréquemment la particularité de déterminer par la négative certains modes d'interprétation. Procédant par élimination, cette méthode efficace en matière de contrats internationaux peut être fort intéressante pour faire face à un droit national qui ne comporterait pas de telles dispositions. De plus, les dispositions « *Interprétations* » des principes Unidroit et des Principes du droit européen des contrats offrent désormais aux parties de véritables règles générales applicables aux contrats tant internationaux qu'euro-péens⁵⁸⁶.

Dès lors, si la loi du contrat ne contient aucune règle d'interprétation particulière, les parties pourront se référer à ces principes proches des règles d'interprétation française. A titre d'exemple, l'article 4.5 s'inspire de l'article 1157 du Code civil et précise que « *les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens avec lesquelles elles peuvent toutes avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lesquelles certaines n'en auraient aucun* ». Dans le même ordre d'idées, l'article 4.6 peut être comparé à l'article 1162 du Code civil, précisant qu'« *en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées* », également repris à l'article 5:103 des PDEC.

Les parties disposent donc de larges possibilités d'inspiration en la matière.

⁵⁸⁵ « Les parties peuvent, alors, prévoir des « clauses interprétations » dont la pratique, toutefois, est peu répandue. Elles viendront s'ajouter aux règles que comportent les articles 1156 à 1164 du Code civil. » J-M. Mousseron, J. Raynard et J-B. Seube, *Technique contractuelle*, 2010, 4^{ème} éd. n°1844.

⁵⁸⁶ V° sur ce point les articles 4.1 al.2 à 4.6 des principes Unidroit ainsi que les articles 5:101 à 5:107 des Principes du droit européen des contrats.

254. Clause de priorité. En complément du choix de la méthode interprétative, les parties peuvent légitimement souhaiter limiter la marge d'interprétation du juge, et ce d'autant plus si les clauses directives d'interprétation préconisent une méthode subjective d'interprétation. Il n'est alors pas rare que les parties procèdent à l'établissement d'une hiérarchie entre les clauses du contrat principal et les documents susceptibles de contenir des contradictions⁵⁸⁷. C'est l'objectif poursuivi par la « *clause de priorité* », encore appelée « *clause de classement* ». Elles visent ainsi à préciser la nature contractuelle de tel ou tel document mais surtout à déterminer ceux qui doivent prévaloir⁵⁸⁸ pour l'interprétation du contrat en cas de contradiction.

La clause de priorité se décline en plusieurs formes : elle peut hiérarchiser les clauses et documents contractuels, mais aussi déterminer la langue à utiliser en cas de conflit. Il s'agit dans ce cas d'une clause dite de « *priorité linguistique* ». Elle est fréquente dans les contrats internationaux, souvent rédigés en plusieurs langues.

255. Clause de voisinage. Cette modulation des éléments interprétatifs peut être extensive ou restrictive. Entrent également dans la catégorie des clauses directives d'interprétation, les clauses délimitant les supports sur lesquels le juge peut baser son appréciation. Ce rapprochement s'explique par la similitude de fonction qui anime ces clauses.

Ainsi, les parties peuvent parfois inciter le juge à adopter une vision extensive des éléments interprétatifs par l'insertion de clauses que l'on dénomme « *clauses de voisinage* ». Ces clauses sont toutefois très rares en pratique puisqu'elles ont pour conséquence de produire un effet inverse à celui des clauses de priorité. En élargissant le pouvoir d'interprétation du juge, elles ne font que raviver ses prérogatives, sans lui imposer de limitations particulières. Leur intérêt s'avère donc fortement restreint.

256. Clause d'intégralité. Cette recherche de priorité se manifeste également à travers la « *clause d'intégralité*⁵⁸⁹ » encore appelée « *clause des quatre coins* ». Importée des

⁵⁸⁷ P. Simler, *Interprétations des contrats, J. Cl article 1156 a 1164*, fasc. 20, 2001 n°19 et s. ; M-H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats*, Thèse Rouen, 1991 n°390 et s.

⁵⁸⁸ Ex : « si plusieurs documents constituant le présent contrat et ses annexes sont en contradiction, ils prévalent dans l'ordre suivant : 1) les clauses particulières du contrat 2) les clauses des conditions générales 3) les mentions figurant dans les annexes techniques 4) les caractéristiques spécifiées dans les plans et dessins, W. Dross, *Clausier, op. cit.* p.312.

⁵⁸⁹ Encore dénommée « clauses d'accord complet ».

juridictions de *common law*⁵⁹⁰, elle est aujourd'hui couramment stipulée dans les contrats internationaux⁵⁹¹, les contrats faisant l'objet de longues négociations, et notamment dans les contrats d'adhésion, où certains auteurs la qualifient même de clause de style. Elle répond également à une fonction de limitation des pouvoirs d'investigation du juge. En effet, elle réserve le droit aux parties d'enfermer leurs droits et obligations dans le contenu exprès du contrat écrit. Il est ainsi affirmé que l'intégralité de l'accord des parties figure dans le contrat et qu'aucun élément issu des négociations préliminaires ne peut venir s'ajouter ou contredire les termes du contrat définitif. Elle stipule généralement que « *le présent contrat traduit l'ensemble des engagements pris par les parties contractantes dans le cadre de son objet. Il annule et remplace tous accords écrits ou verbaux antérieurs à sa signature. Aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu par le présent contrat qui a été signé par les personnes dûment habilitées à cet effet*⁵⁹² ». Ou encore « *le présent contrat ainsi que ses annexes qui en font partie intégrante, constitue l'intégralité des engagements entre les parties et établit l'ensemble de leurs droits et obligations et il annule tous les autres engagements verbaux ou écrits antérieurs que les parties auraient pu souscrire quant à son objet*⁵⁹³ ».

257. Une validité affirmée. Cependant, pour être assuré que la clause ne vise pas seulement à écarter le caractère contractuel des autres documents mais bien leur caractère interprétatif, il est préférable de préciser « *que pour l'interprétation du présent contrat, il ne pourra être fait référence aux documents établis au cours de la période de négociation*⁵⁹⁴ ».

⁵⁹⁰ Même si à travers sa thèse Mme Lamoureux nous précise que la pratique anglo-américaine des clauses d'intégralité n'a pas pour objet d'écarter la valeur interprétative des négociations mais seulement d'écarter la valeur contractuelle des éléments extérieurs au contrat. V° également M. Lamoureux, La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain, *RLDC* février 2007 p.75 et s. ; E. Rawach, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, Dalloz 2001 p.223 et s.

⁵⁹¹ V. Heuze, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, in *Traité des contrats* sous dir. J. Ghestin, LGDJ 2000 n°199, relatif à la validité, dans une vente internationale de marchandises, de ce type de clause qui déroge à l'article 11 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises selon lequel « la vente peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins » ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica 2013, 7^{ème} éd. n°899 p.804 et s.

⁵⁹² J-M. Mousseron, J. Raynard et J-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre 2010, 4^{ème} éd. n°1850.

⁵⁹³ F. De Ly, *Les clauses de résiliation dans les contrats internationaux*, Paris 1997 p.750.

⁵⁹⁴ J-M. Mousseron, J. Raynard et J-B. Seube, *Technique contractuelle, op. cit.* n°1589.

Alors même que le Code civil ne consacre aucune disposition à ces clauses⁵⁹⁵, leur validité n'est guère contestable en l'absence de dispositions impératives contraires⁵⁹⁶. Bien que les juridictions françaises restent encore très discrètes sur cette question.

Le développement tant des clauses existantes, et précédemment citées, que de nouvelles clauses aux objets divers pourraient ainsi compléter et alimenter cette catégorie fonctionnelle de clauses.

B) La portée des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire

258. Les clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire régissent l'ensemble du contentieux relatif à l'interprétation. Toutefois, seules les clauses directives d'interprétation seront ici analysées, à l'exception des clauses préventives d'interprétation dont l'efficacité n'est pas avérée. Elles représentent en effet une aide simplement élémentaire apportée au juge, sans véritablement diriger sa décision. Si l'appréhension des clauses directives par le législateur reste, quant à elle, encore lacunaire, la jurisprudence les destine à un avenir radieux. L'étude de ces clauses révèle qu'elles poursuivent toutes la même fonction et doivent à ce titre être regroupées au sein d'une même catégorie (1), alors même qu'elles se déclinent en diverses formes. Validées en vertu du principe de liberté contractuelle, elles se heurtent néanmoins aux limites de l'ordre public judiciaire dans lequel s'inscrit l'office impératif du juge (2).

⁵⁹⁵ En revanche les Principes du droit européen des contrats l'ont consacré à l'article 2:105 « (1) Si un contrat écrit contient une clause qui a été l'objet d'une négociation individuelle aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues (clause d'intégralité), les déclarations, engagements ou accords antérieurs que ne renferme pas l'écrit n'entrent pas dans le contenu du contrat ».

(2) La clause d'intégralité qui n'a pas été l'objet d'une négociation individuelle fait seulement présumer que les parties entendaient que leurs déclarations, engagements ou accords antérieurs n'entrent pas dans le contenu du contrat. La présente règle ne peut être exclue ou restreinte.

(3) Les déclarations antérieures des parties peuvent servir à l'interprétation du contrat. La présente règle ne peut être exclue ou restreinte que par une clause objet d'une négociation individuelle.

(4) Les déclarations ou le comportement de l'une des parties peuvent l'empêcher de se prévaloir d'une clause d'intégralité si l'autre partie s'est fondée raisonnablement sur eux ». De même, les principes Unidroit encadrent cette stipulation décrite à l'article 2.17.

⁵⁹⁶ A titre d'exemple, la force probante attribuée à l'écrit par l'article 1341 qui interdit contre un écrit de prouver par témoignages ou présomptions ne s'oppose pas à la validité d'une clause, véritable convention sur la preuve. Cass. com. 23 février 1970 n°69-10331, *Bull. civ.* IV n°70. Cela correspond également à la règle anglaise de preuve des contrats dite « parol evidence » selon laquelle, lorsqu'un contrat a été rédigé par écrit, une preuve extérieure ne peut être admise pour ajouter, modifier ou contredire cet écrit. Les documents préparatoires étant de toute façon dénués de valeur interprétative. Par ailleurs, la règle s'applique de façon plus générale à l'encontre de toute règle de preuve extérieure.

1) L'efficacité des clauses directives d'interprétation

259. Une fonction commune. Malgré la divergence de leur objet, une fonction commune fédère les différentes clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire⁵⁹⁷. Contrairement aux clauses d'aménagement des obligations ou des risques, étudiées dans les chapitres précédents, ces clauses n'ont pas trait à la substance de l'engagement ou aux modalités d'exécution de ce dernier. Elles n'exercent aucune influence sur les prestations incombant aux contractants mais se contentent de produire leurs effets à partir de la survenance du litige. C'est alors l'organisation des modalités du dialogue tripartite entre les contractants et le juge qui permettra de résoudre le différend.

Leur influence s'exerce donc, non pas sur la conclusion du raisonnement judiciaire, mais sur les modalités de réflexion et d'appréciation laissées au juge pour prendre sa décision. Répondant à une fonction unitaire, il est donc légitime que ces clauses connaissent un régime juridique unifié autour de leur nature et de leurs effets communs.

260. Reconnaissance jurisprudentielle. L'analyse de leurs effets sur l'office du juge fait clairement apparaître l'influence qu'elles exercent sur le pouvoir d'interprétation judiciaire et ce, quel que soit l'objet qui les anime. Les décisions rendues relativement à ces clauses sont peu abondantes mais témoignent dans leur grande majorité de leur reconnaissance par la jurisprudence. Leur non-respect est sanctionné par la Cour de cassation sur le fondement de la dénaturation⁵⁹⁸.

L'efficacité des clauses de priorité est ainsi clairement reconnue par la jurisprudence. Le juge se trouve lié à la volonté des parties et ne peut, sauf à dénaturer le contrat, résoudre les contradictions dans un sens différent de celui prévu par celles-ci⁵⁹⁹. Par ces clauses, les parties sont également libres d'imposer une hiérarchie inhabituelle des documents. Réticente dans un premier temps à valider ce type de formulation, la Cour de cassation a fini par consacrer les clauses de priorité établissant une hiérarchie singulière des documents au nom du principe de liberté contractuelle.

⁵⁹⁷ L. Cadiet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, op. cit. p.192 et s.

⁵⁹⁸ D. Bakouche, Pour une belle illustration des règles relatives à l'interprétation des contrats, *Lexbase Hebdo* 13 février 2003 n°58.

⁵⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème} 2 juillet 1980 n°79-11527 ; Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2001 n°99-14370, *Bull. civ. III* n°56, cassation au visa de l'article 1134 du Code civil d'un arrêt qui, en présence de documents contradictoires, avait fait prévaloir les informations contenues dans le devis, alors qu'une clause du contrat lui-même « prévoyait que ces indications et stipulations devaient prévaloir sur toute autre pièce contractuelle ».

261. Une efficacité consacrée. Le juge reste donc dépendant de la volonté des parties alors même qu'elles auraient décidé de faire primer les conditions générales sur les conditions particulières⁶⁰⁰. Dans ce sens, la Cour de cassation a également admis, dans un arrêt important du 3 avril 2002, l'efficacité d'une clause d'intégralité⁶⁰¹ en ce qu'elle puisse faire obstacle à ce qu'un document publicitaire soit considéré comme un document contractuel. Ici encore, les hauts magistrats se sont appuyés sur l'article 1134 du Code civil afin de faire prévaloir les principes de force obligatoire des contrats et de bonne foi.

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a rappelé l'efficacité d'une clause d'intégralité excluant les éléments extrinsèques du *negocium*. Toujours sur ce même fondement, les juges du fond ont clairement réaffirmé qu' « aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu par le présent contrat⁶⁰² ».

262. Encadrement du pouvoir judiciaire. L'efficacité de ces clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire est donc unificatrice dans la mesure où elles ont toutes pour effet d'imposer, sinon d'orienter, le raisonnement judiciaire. Certes, elles n'imposent pas au juge une solution finale prédéfinie, mais elles restreignent considérablement ses pouvoirs et limitent sa vision d'ensemble sur la relation contractuelle. A titre d'exemple, la clause d'intégralité commande indirectement la solution du syllogisme en interdisant aux magistrats d'apprécier la portée des échanges précontractuels, ce qui a pour effet de fortement limiter le champ d'investigation judiciaire. Cette efficacité se retrouve également dans les clauses de priorité parfois complétées par une clause d'interprétation imposant au juge le choix d'une méthode d'interprétation sur les documents contractuels restants, généralement le contrat lui seul. La consécration des clauses directives d'interprétation par la jurisprudence atteste de la réalité du pouvoir des contractants sur la méthode d'interprétation utilisée par le juge. Celui-ci ne peut alors résoudre les contradictions du contrat en adoptant une autre règle et se trouve lié par la volonté exprimée des parties.

⁶⁰⁰ Cass. com. 22 juin 1993 n°91-18181, *RTD civ.* 1994 p.344 obs. J. Mestre ; *Contrats-conc. consom.* 1993, 187 obs G. Raymond. Après avoir conclu un contrat destiné à publier un encart publicitaire dans un annuaire professionnel, le commerçant refusa de payer l'annonceur au motif que l'insertion de ce dernier avait été réalisée à un emplacement différent de celui stipulé au bon de commande. Toutefois au visa de l'article en 1134 cas du Code civil la Cour de cassation considéra qu' « en statuant ainsi alors que l'article 8 des conditions générales de vente, figurant au dos du bon de commande, dispose qu'aucun emplacement préférentiel ne peut être garanti, quelles que soient les stipulations portées sur le bon de commande, le tribunal a méconnu la loi du contrat ».

⁶⁰¹ Cass. civ. 3^{ème} 3 avril 2002 n°01-01647.

⁶⁰² CA Paris 5^{ème} ch. 15 juin 2005, « la Cour estime que les propositions contenues dans l'offre n'ont pas été reprises dans le contrat signé par les parties, lequel précise qu'il annule et remplace tous accords écrits et verbaux antérieurs à la signature ».

Cette situation est à rapprocher des clauses de mode de preuve qui ne distinguent pas entre la recevabilité et la force probante, et imposent de ce fait une conclusion à l'appréciation des preuves.

263. Clauses de preuve. L'ampleur des réflexions relatives à la preuve et le rayonnement de ses implications contractuelles permettent de traiter de la preuve dans diverses catégories fonctionnelles et principalement en termes de risques⁶⁰³. Dans une vision plus générale, nous avons décidé de classer tant les clauses relatives au mode de preuve que celles relatives à la charge de la preuve⁶⁰⁴ dans la catégorie des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire. En effet, s'il est une étape fondamentale dans le procès, c'est bien celle de la preuve. Les parties peuvent, sauf dispositions légales particulières, déroger conventionnellement au système probatoire civil et aux modes de preuve prévus par le droit commun. Elles peuvent alors contractuellement élargir le système de preuve littérale⁶⁰⁵ fixé par l'article 1341, ou inversement prévoir des preuves prédéterminées dans un domaine gouverné par la liberté de la preuve. Malgré les nombreuses critiques formulées⁶⁰⁶ dans cette deuxième hypothèse, la jurisprudence procède à la validation de telles conventions, reconnaissant que les parties peuvent lier le juge sur un mode de preuve choisi et la force probante qu'elles désirent lui attribuer⁶⁰⁷. « *Pour les droits dont les parties ont la libre*

⁶⁰³ M. Mekki, La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^{ème} partie), *RDC* avril 2009, n°2 p.453 : une clause pénale permet d'éviter la question de la preuve d'un préjudice ; les clauses déterminant l'intensité des obligations rejaillissent sur les conditions de preuve d'une faute ; les clauses limitatives de responsabilité relèvent le seuil de la faute justifiant une réparation intégrale ; les clauses relatives à la durée des garanties réduisent les doutes liés à l'usure naturelle de la chose ; les clauses résolutoires épargnent le créancier de la preuve d'une inexécution de l'obligation suffisamment grave ; les clauses relatives à la force majeure réduisent l'aléa de la preuve d'un événement imprévisible et irrésistible en déterminant une liste des événements libératoires.

⁶⁰⁴ La trilogie traditionnelle entre l'objet de la preuve, la charge de la preuve et les modes de preuve doit être relativisée voire même abandonnée dans la mesure où le législateur, le juge ou les parties en attribuant ou anticipant le risque de la preuve, agissent simultanément sur ces trois aspects du raisonnement probatoire. M. Mekki, Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{ère} partie), *op. cit.* spéc. p.45.V° également en droit de la concurrence A-L. Sibony et E. Barbier de la Serre, Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit commercial de la concurrence : pour un changement de perspective, *RTD eur.* 2007 p.205 et s. spéc. n°12 et s.

⁶⁰⁵ La loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, reconnaît la liberté d'étendre conventionnellement le mode de preuve d'un acte juridique en renonçant à la preuve littérale.

⁶⁰⁶ Selon Ph. Stoffel-Munck « rien ne justifie de laisser les parties interdire des modes de preuve que la loi permet, [...] car cela conduit à entraver cet office. Le juge ne dira plus le droit en fonction de la réalité que le législateur a envisagée, mais sur la base d'une réalité tronquée dont les moyens de la faire jaillir dans l'enceinte judiciaire auront été réduits. Que les parties puissent le lui enjoindre avant tout procès en est une autre ». *RDC* 2004 p.938 et s.

⁶⁰⁷ M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants, th. préc.* spéc. n°191 p.197 et s.

*disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites*⁶⁰⁸ ». Dotées des mêmes effets, doivent être également recensées les clauses « de constatation⁶⁰⁹ » ou clauses « déclaratives⁶¹⁰ ». Bien que ces clauses n'aient pas pour objet direct de déroger aux règles légales de preuve, leurs mise en œuvre rend irréfutable la preuve du fait constaté. Les parties optent ainsi pour un évitement du débat probatoire. Re transcrites dans l'instrumentum, elles précisent alors que toutes les informations utiles ont été données, que tel élément est déterminant du consentement des parties, ou au contraire qu'il ne l'est pas, que l'acquéreur a bien pris connaissance des conditions générales de vente ou encore qu'il a eu la possibilité d'examiner le bien vendu et en a accepté les vices... Le cocontractant signataire ne peut dès lors prouver le fait préalablement constaté sans se contredire lui-même. La clause de constatation constitue la preuve du fait constaté⁶¹¹. Dans le même esprit, la Cour de cassation donne plein effet aux clauses « de connaissance » ou aux clauses « d'indivisibilité⁶¹² » selon lesquelles toutes les stipulations contractuelles sont déterminantes du consentement des parties, la nullité de l'une d'entre elles entraînant la disparition de l'entier contrat. Ces clauses renferment donc la même fonction et produisent les mêmes effets sur l'office du juge qu'une clause de renonciation, néanmoins elles ne doivent pas conduire à générer certaines dérives. La clause relative à la charge de la preuve influence le pouvoir judiciaire en ce qu'elle réorganise contractuellement la charge de la preuve. Le pouvoir d'appréciation du juge est donc anéanti par la convention des parties sous couvert de la Cour de cassation contrôlant que les juges du fond ont respecté les stipulations du contrat.

Toutefois, un certain scepticisme n'est pas sans émaner de la doctrine contemporaine à l'encontre de ces clauses limitant les procédés de preuve admissibles. En effet, sous couvert de concerner la preuve, ces clauses, conférant une force probatoire absolue à un mode de preuve particulier, sont à la frontière des clauses relatives à l'interprétation, à la preuve et au

⁶⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère} 8 novembre 1989 n°86-16197, *D.* 1990 juris. p.369 note Ch. Gavalda et somm. p.327 obs. J. Huet ; *JCP G* 1990, II, 21576 note G. Virassimy ; *RTD civ.* 1990 p.80 obs. J. Mestre. La Cour de cassation pouvait sembler être revenue sur sa position dans un arrêt Cass. civ. 2^{ème} 10 mars 2004 n°03-10154, *RGDA* juillet 2004, n°3 p.645 note J. Kullmann ; *RDC* 2004 p.938 obs. Ph. Stoffel-Munck et p.1080 obs. A. Debet ; *RTD civ.* janvier 2005, n°1 p.133 obs. J. Mestre et B. Fages ; mais, dans cet arrêt la clause litigieuse ne limitait pas exactement les moyens ou procédés de preuve mais s'attachait davantage à l'objet de la preuve à travers les circonstances que devait établir l'assuré pour obtenir une indemnisation.

⁶⁰⁹ J. Moret-Bailly, Les stipulations de constatation, *RRJ* 2001 p.489.

⁶¹⁰ P. Ancel, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001 p.6 et s., spéc. p.16.

⁶¹¹ M. Cocural, *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1933 p.88.

⁶¹² Cass. com. 27 mars 1990 n°88-15092, *D.* 1991 jurispr. p.289 note F-X. Testu ; *RTD civ.* 1991 p.112 obs. J. Mestre.

fond⁶¹³. Dans cette perspective, la clause stipulant un mode de preuve unilatérale devrait être écartée si elle ne peut être contestée en défense par tout moyen. Privant le contractant de tout moyen de défense, elle porte ainsi atteinte au principe du respect des droits de la défense⁶¹⁴, et plus particulièrement du contradictoire. Les parties ne peuvent laisser à la victime la charge de la preuve d'un sinistre défini de manière restrictive. En pratique, cela aurait pour effet d'imposer à la victime une renonciation de son droit d'agir.

Les clauses contractuelles présentent donc une grande efficacité dans leur fonction d'encadrement des pouvoirs judiciaires d'interprétation. Toutefois, la liberté des contractants n'est pas absolue et certaines règles limitent l'efficacité des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire.

2) Les limites aux effets des clauses directives d'interprétation

264. Ordre public de direction. L'expression de la liberté contractuelle des parties doit cependant être limitée. Il n'est pas envisageable de concevoir l'instance comme un contrat conclu entre les parties au procès⁶¹⁵. Le procès civil résulte d'une conciliation entre l'intérêt public représenté par le service public de la justice, et l'intérêt privé tendant à la satisfaction des parties en présence. « *Le procès civil est, à la fois, la chose des parties et celle du juge*⁶¹⁶ » selon l'expression consacrée de M. L. Cadiet. Les règles du droit judiciaire privé ont vocation à l'interactivité, dès lors qu'elles tendent à protéger l'intérêt général excluant ainsi toute volonté d'aménagement contractuel⁶¹⁷. En revanche, lorsque les règles du procès visent un ordre public de protection, comme c'est fréquemment le cas de l'ordre public procédural, possibilité est alors offerte aux parties de restreindre l'office classique du juge. A l'instar des

⁶¹³ D. Ammar, Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, *RTD civ.* 1993 p.154 ; Y. Flour et A. Ghozi, Les conventions sur la forme, *Deffrénois* 2000 p.911 et s. spéc. n°16 et s. ; V. Depadt-Sebag, *Les conventions sur la preuve*, in *La preuve* sous dir. C. Puigelier, Economica coll. Etudes juridiques 2004 p.13 et s.

⁶¹⁴ M-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris 2003, Dalloz n°332 et s. p.195 et s. ; M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants, th. préc.* n°216 p.215 : « certes la clause de constatation ne prive pas l'acquéreur de son droit d'action. Mais elle le prive de la possibilité de voir son action aboutir, ce qui, du point de vue de l'acquéreur revient au même ».

⁶¹⁵ L. Cadiet, *Les jeux du contrat et du procès : esquisse*, in Mélanges G. Farjat, *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue*, éd. frison-Roche 1999 p.23 spéc. n°15 p.29.

⁶¹⁶ *Ibid* n°16 p.33.

⁶¹⁷ Les dispositions de l'article 6 du Code civil interdisent toute dérogation particulière aux lois qui intéressent l'ordre public.

clauses relatives à la qualification, la clause portant sur un droit est illicite, et donc inefficace si elle porte sur un droit indisponible. Le principe étant que « *la liberté contractuelle va s'exercer avec une efficacité décroissante à la mesure des atteintes portées aux pouvoirs du juge*⁶¹⁸ ». L'ordre public impératif constitue donc ici un obstacle à la volonté créatrice des parties.

265. Les droits disponibles. Il résulte d'une jurisprudence constante que les articles 1156 et suivants formulent des règles d'interprétation qui ne présentent pas un caractère impératif. D'application supplétive de volonté, les règles d'interprétation proposées par le Code civil laissent donc aux parties la liberté d'insérer des clauses directives d'interprétation qui s'imposeront au juge. Or, une règle supplétive n'est pas moins contraignante et l'appréciation rigoureuse des juges dans la rédaction des clauses dérogatoires en atteste⁶¹⁹. Cette marge de liberté offerte aux parties est également transposable en matière de clauses relatives à la preuve⁶²⁰. En effet, le système probatoire civil prévu par le droit commun étant conçu comme d'intérêt privé, les parties restent libres, en dehors de certaines règles régies par l'ordre public de direction, de prévoir un aménagement contractuel relatif tant à la charge de la preuve qu'aux différents modes de preuve⁶²¹. Néanmoins, l'*imperium* du juge ne peut être l'objet d'une clause contractuelle⁶²², instigatrice du mensonge dans le procès⁶²³. La clause de constatation permet à l'une des parties de se préconstituer une preuve à elle-même sans permettre à son opposant d'apporter la preuve contraire. Les parties ne développent plus l'art de convaincre le juge mais détournent contractuellement la fonction juridictionnelle. L'effet de ces clauses étant d'autant plus manifeste qu'elles sont stipulées dans des contrats d'adhésion.

⁶¹⁸ L. Cadiet *op. cit.* n°17 p.34.

⁶¹⁹ C. Péres, *La règle supplétive*, Thèse Paris I, LGDJ 2004, spéc. n°493 p.467.

⁶²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ 7^{ème} éd. 2014 n°565 p.292 ; G-M. Sescioréano, *Des conventions sur la preuve de la libération du débiteur*, Thèse Paris 1920 qui distingue moyens de preuve et faits à prouver et qui relie la disponibilité des droits et la disponibilité des preuves afférentes à ces droits, spéc. p.49 et s.

⁶²¹ La Cour européenne des droits de l'homme encourage par ailleurs ce type d'aménagement en rappelant que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales ne régleme pas l'admissibilité des preuves ou leur appréciation dans la mesure où cette mission relève du droit interne. J. Foyer, C. Puigelier, G. Canivet, J-D Bredin, *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Paris Economica 2006, p.415 spéc. p.420.

⁶²² P. Ancel, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001 p.15 ; D. Ammar, *art. préc.* spéc. p.518 et s.

⁶²³ M. Cocural, *Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, th. préc. p.26.

Ainsi, dès lors que la clause a pour effet de priver un sujet de droit du pouvoir de défendre ses droits devant un juge, il conviendrait davantage que le procédé de preuve et sa force probante n'établissent qu'une présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire⁶²⁴, laissant seul le législateur disposer de la faculté d'instituer des modes de preuve irréfragables. La référence à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, renvoyant au principe d'égalité des armes et à l'idée de loyauté de la preuve, constituerait en outre un fondement permettant de déclarer irrecevable de telles conventions⁶²⁵. De plus, l'encadrement des pouvoirs judiciaires par les contractants doit également être relativisé lorsqu'à travers sa mission d'interprétation le juge procède au forçage du contrat.

266. Forçage du contrat. L'admission des clauses par lesquelles les contractants interdisent au juge de dégager une obligation qui ne serait pas expressément prévue dans le contrat est aussi problématique. En effet, le forçage du contrat peut être l'aboutissement de certaines interprétations⁶²⁶. A titre d'illustration, se pose notamment la question de l'efficacité de la clause d'intégralité face à l'article 1135 du Code civil en vertu duquel « *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* ». Il semble difficile d'affirmer que ce type de clause constitue un moyen sûr permettant d'éviter « le forçage » du contrat par le juge. En effet, comme le rappelle M. Ph. Jacques⁶²⁷ dans sa thèse, l'application de l'article 1135 du Code civil ne peut pas être écartée. C'est précisément sur ce fondement que le juge s'appuie pour découvrir au sein du contrat une obligation commandée par l'équité. Le juge peut ainsi s'ériger en volonté autonome, fondée sur des buts protecteurs de politiques jurisprudentielles, bien éloignés des préoccupations des contractants. L'exemple le plus célèbre reste bien évidemment l'obligation du transporteur⁶²⁸.

⁶²⁴ Sur le fondement de l'article 1315 C. civ. En ce sens J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 2 avril 1996 n°93-17181, *RTD civ.* 1997 p.136 ; D. Ammar, *op. cit.* p.521 ; L'avant-projet de réforme du droit des obligations reprend ce principe en son article 1299 : « Les écrits émanant de celui qui se prétend créancier ne font pas preuve de l'obligation qu'ils énoncent, sauf les dérogations résultant de la loi, de l'usage ou de la convention. En ces deux derniers cas, ces écrits n'ont que valeur de présomptions et indices ».

⁶²⁵ Cass. com. 14 janvier 2003 n°99-21153, *Comm. com. électr.* 2004, comm.43 ; Cass. com. 3 juin 2008 n°07-17147 et n°07-17196, *Comm. com. électr.* octobre 2008, comm. 114 obs. M. Chagny.

⁶²⁶ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Thèse Paris, LGDJ 1987, n°198 spéc. n°147.

⁶²⁷ Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. préc. n° 431 et s.

⁶²⁸ Le célèbre arrêt « Compagnie générale transatlantique » demeure riche d'enseignements. En interprétant les contrats de transport, la jurisprudence a découvert une obligation de sécurité de résultat qui ne cesse de s'étendre. Cass. civ. 21 novembre 1911 *DP* 13.1.249 note L. Sarrut, Sirey 1912, 1, 73 note Ch. Lyon-Caen.

Alors que plusieurs auteurs considèrent que l'article 1135 n'est pas d'ordre public, il est permis de penser qu'il l'est dans sa branche relative à l'équité. Cela se justifiait notamment par le fait que les obligations découvertes par le juge le sont le plus souvent sous le double visa des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil. Dès lors, si les clauses directives d'interprétation, à l'image des clauses d'intégralité, permettent d'encadrer et de limiter les pouvoirs d'interprétation du juge, elles ne peuvent se substituer à ce dernier et s'opposer à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

La contractualisation du pouvoir judiciaire connaît donc une efficacité mesurée. Si les clauses limitatives d'interprétation ne constituent que des indices d'interprétation livrés au juge, les clauses directives d'interprétation permettent, quant à elles, d'instaurer un véritable rééquilibrage entre les prérogatives judiciaires et la volonté contractuelle des parties.

Conclusion du Chapitre I

267. Anticipation du litige. La construction d'un contrat ne peut se résumer à la détermination des obligations des parties. Les contractants désirent généralement prévoir les modalités de résolution d'un éventuel litige. Dans l'hypothèse où le recours à la justice étatique est décidé et entériné par une clause attributive de juridiction⁶²⁹ insérée dans le contrat, les parties sont, dans une certaine mesure, libres de choisir le lieu de la juridiction compétente mais restent liées par la détermination légalement établie de la juridiction compétente. Soumettre un contrat, particulièrement un contrat conclu entre deux professionnels, à la compétence du juge étatique implique une rédaction consciencieuse. En effet, l'immixtion d'un tiers au contrat, auquel il est attribué des pouvoirs d'investigation et de regard sur tous ses éléments, nécessite pour les parties de prendre certaines précautions préalables. Chacune d'elles, et principalement celle rédactrice du contrat, doit l'élaborer avec rigueur et précision, notamment dans le choix des termes utilisés, afin de se protéger des éventuelles contestations émises par son cocontractant mais aussi par le juge lui-même.

268. Maintien des pouvoirs judiciaires. Ainsi, bien que depuis 1998 les parties aient désormais l'obligation de qualifier la relation contractuelle, le juge saisi d'un litige né du contrat conserve-t-il néanmoins le pouvoir de corriger une qualification erronée et d'imposer sa requalification. En revanche, ni le législateur ni la jurisprudence n'imposent au juge de relever d'office les moyens de pur droit. Assimilant, sur un plan purement théorique, la

⁶²⁹ Cass. civ. 1^{ère} 11 septembre 2013 n°09-12442, *D.* 16 janvier 2014, n°2 p.121 note D. Mazeaud ; *JCP E* 13 février 2014, n°7 note P. Mousseron ; en matière de chaîne européenne de contrats, la Cour de cassation décide après des questions préjudicielles posées à la CJUE qu'« une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents Etats membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées à cet article ». Contrairement au droit national dans lequel tant une clause compromissoire qu'attributive de juridiction insérée dans une chaîne homogène ou hétérogène de contrats translatifs de propriété sont transmises à tous les membres de la chaîne ou contrairement à la transmission également automatique de la clause compromissoire dans une chaîne européenne de contrats, la Cour de cassation décide ici que la clause attributive de juridiction n'est pas transmise au sous-acquéreur dans une chaîne européenne de contrats translatifs de propriété, à moins que celui-ci l'ait accepté. Elle favorise ainsi l'exigence d'un consentement afin de ne pas imposer à des tiers vulnérables des choix de for auxquels ils n'ont pas participé et qui pourraient présenter une privation d'accès à la justice. Ce point de vue sera discuté *infra* n°584 et s. V° également Cass. civ. 1^{ère} 9 janvier 2008 n°07-12349, *Rev. crit. DIP* janvier 2008, n°1 p.128 note H. Muir Watt ; Cass. civ. 1^{ère} 2 avril 2014 n°11-14692, *RLDC* juin 2014, n°116 p.19 obs. C. Le Gallou ; *JCP E* 26 juin 2014, n°26, 1351 note P. Mousseron ; *JCP E* 28 août 2014, n°35, 1430 note obs. Ch. Seraglini.

requalification et le relevé d'office des moyens de pur droit, la grande majorité de la doctrine milite pour imposer une telle obligation aux juges du fond. Néanmoins, cette confusion doit être évitée pour les besoins de la pratique. En effet, imposer au juge de relever d'office les moyens de pur droit aurait inévitablement pour conséquence de fragiliser sa position, dans la mesure où les contractants n'hésiteraient pas à engager sa responsabilité à la moindre omission.

Toutefois, cette faculté accordée au juge souffre d'exceptions et lui ouvre le droit d'étendre ses pouvoirs d'appréciation sur des zones d'ombre laissées volontairement ou non par les parties. Ainsi, les faits adventices, bien que non invoqués, peuvent être pris en compte par le juge dans sa mission de requalification. Confronté à un contrat non règlementé par une loi particulière, le juge doit alors puiser les informations nécessaires dans l'économie générale du contrat, suscitant ainsi un examen de toutes ses clauses.

269. Influence sur la qualification. Les clauses déniant valeur contractuelle à certains documents, les clauses du préambule, ou encore les clauses de qualification dont la fonction est précisément d'influencer l'appréciation du juge sur la qualification du contrat, n'ont qu'une portée limitée. En effet, en présence d'un contrat dont la rédaction et l'organisation des clauses assurent une cohérence d'ensemble conforme à la qualification donnée par les parties, le juge s'en remettra plus facilement à l'orientation qu'elles ont donnée. En revanche, l'existence d'une ambiguïté quelconque suffira à annihiler toute force de persuasion de ces clauses. Leur influence reste donc relative.

Les parties peuvent cependant contraindre le juge à respecter l'accord qu'elles ont conclu relativement aux différentes qualifications et points de droit dont elles ont la libre disposition. Les dispositions de l'article 12 alinéa 3 du CPC offrent ainsi aux contractants le droit d'écarter les contestations à naître, à condition que cet accord soit clairement formulé au sein d'une clause et explicitement précisé pour s'imposer au juge. Soumises à cette même condition, les clauses d'amiable composition doivent également concerner un litige déjà né, et non un litige futur. Alors que la suppression de cette seconde condition donnerait lieu à l'éclosion de nouvelles clauses et étendrait davantage l'influence des contractants sur la mission judiciaire, cette technique contractuelle reste, à l'image de toutes les clauses susceptibles de guider le juge dans son travail de qualification, encore peu sollicitée et attractive.

270. Influence sur l'interprétation. Le pouvoir d'interprétation accordé aux juges du fond, face à l'obscurité ou l'ambiguïté de certaines clauses, constitue alors une autre source d'insécurité pour les contractants. Certes, le pouvoir d'interprétation du juge est institutionnellement limité par le contrôle de dénaturation exercé par la Cour de cassation à qui il appartient également de rechercher si l'intervention du juge est motivée par l'existence de clauses obscures ou ambiguës, ou par une contradiction de fond entre elles. Très encadrées, l'identification et la justification de l'ambiguïté relevée par le juge le conduisent à rechercher la commune intention des parties. Plusieurs techniques d'interprétation, contenues dans le Code civil, lui sont proposées pour tenter de percer la volonté profonde des parties. Néanmoins, le caractère supplétif accordé à ces règles, qualifiées alors de « *petit guide-âne* » par M. J. Dupichot, laisse au juge le choix des moyens dans la réalisation de sa mission interprétative. Dès lors, les contractants peuvent intervenir pour compenser cet espace de liberté laissé au juge et insérer dans leur contrat des clauses destinées à contraindre et à limiter contractuellement l'étendue des pouvoirs judiciaires en la matière.

A l'image des clauses interdisant au juge d'avoir recours à une règle d'interprétation particulière, les clauses de définition, de priorité, de voisinage, d'intégralité, ou encore celles limitant les preuves sur lesquelles le juge peut forger sa conviction, voire lui imposer de respecter une preuve établie, peuvent influencer le juge dans sa mission interprétative. Agissant sur le contenu du contrat pour en préciser le sens ou du moins l'esprit, ces clauses renferment toutes une même fonction et peuvent à ce titre répondre à certaines règles et principes propres à cette catégorie fonctionnelle de clauses. Malgré la reconnaissance par la jurisprudence de la force contraignante de telles clauses à l'égard du juge, leur influence doit tout de même être nuancée. En effet, ces clauses n'ont pas pour conséquence d'imposer au juge une solution préétablie mais de limiter son pouvoir d'interprétation. Bien que les clauses relatives à l'interprétation exercent une influence plus importante que celles relatives à la qualification, on ne peut néanmoins parler d'une « *contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation* », mais seulement d'une appréhension contractuelle des moyens dont le juge peut disposer.

La liberté laissée aux parties pour aménager les pouvoirs judiciaires de qualification et d'interprétation se révèle donc restreinte face à l'espace de liberté implicitement accordé au juge, à défaut d'un encadrement législatif strict de ses pouvoirs en la matière. L'encadrement

contractuel de l'office du juge s'impose en revanche avec une plus grande force en matière de sanctions relatives tant à l'invalidité qu'à l'inexécution du contrat.

Chapitre II : Les clauses d'aménagement de la résolution du litige

271. La prévention des litiges constitue le premier rempart aux difficultés pouvant naître de l'exécution du contrat. Elle consiste à régler la difficulté d'exécution dès qu'elle se présente, sans attendre qu'elle s'installe et donne naissance à un litige. Tel est l'objet des clauses d'exécution loyale, et plus généralement des clauses de comportement évoquées précédemment qui, le plus souvent dans les préambules des conventions et dans les déclarations d'intention, annoncent que les parties exécuteront le contrat de bonne foi. Toutefois, lorsqu'elles ne suffisent pas à éviter la naissance d'un différend, les parties ont alors le choix de recourir à la justice étatique ou de trouver ensemble un terrain d'entente permettant de faire émerger une solution satisfaisante pour chacune d'elles.

Le recours à l'autorité judiciaire ne supprime pas toute emprise des parties sur la solution dégagée par les juges du fond. L'aménagement contractuel des sanctions leur permet en effet de restreindre l'incertitude de la résolution judiciaire du litige avec plus ou moins de force. L'étude de ces clauses doit donc avoir pour finalité de rendre compte de leur influence sur les sanctions judiciaires (section I). Toutefois, à tort ou à raison, le procès est une source d'inquiétude pour les professionnels. Dès lors, les parties peuvent préférer évincer l'intervention du juge plutôt que de chercher à influencer sa décision. Forts de leur rapidité mais surtout de leur confidentialité, les « modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL), encore appelés « *modes alternatifs de règlement des conflits* » (MARC) selon les différentes études, permettent alors aux parties de maîtriser les conséquences liées à la survenance d'un litige. Cette justice alternative repose sur la volonté des parties, matérialisée par l'insertion de clauses de différends dès la rédaction du contrat. Loin de concurrencer le juge, elles contribuent à une plus grande efficacité de la justice et au développement du périmètre du droit. Dès lors, afin de percevoir leur influence sur la résolution du litige et la possibilité d'éviction du pouvoir judiciaire offerte aux contractants, ces procédés, parfois imposés par le juge, seront ici uniquement appréhendés dans leur dimension contractuelle. Guidées par une recherche de rapidité, de confidentialité mais aussi en déviance face aux pouvoirs conférés au juge, les parties organisent contractuellement la mise en retrait de l'autorité judiciaire pour mieux exercer leur emprise sur le contentieux qui les anime (sectionII).

Section I : Le pouvoir des clauses sur les sanctions judiciaires

272. Toutes les sanctions applicables, et non uniquement en matière contractuelle, sont par principe judiciaires. La doctrine justifie cette position par référence à l'adage « *nul ne peut se faire justice à soi-même* ». Le rôle central exercé par le juge en la matière se traduit par l'emprise qu'il exerce sur le prononcé des sanctions. Il lui revient de déterminer si une sanction doit être prononcée, et dans l'affirmative de choisir celle qu'il estime appropriée. L'étendue et les effets produits par les sanctions relèvent également de ses soins puisqu'il sera tenu d'apprécier leur juste application selon la situation qui lui est soumise. Or, tout principe s'accompagne d'exceptions et la matière contractuelle n'en est pas exemptée. La maîtrise judiciaire s'avère faillible notamment au regard des diverses dérogations contenues dans la loi elle-même. Le monopole exercé par la fonction juridictionnelle peut être mis à mal à plusieurs degrés. Les parties peuvent décider d'encadrer le pouvoir d'appréciation des juges du fond, mais également opter pour leur éviction du prononcé des sanctions, si aucune contestation n'est postérieurement formulée.

Cette confrontation entre pouvoir judiciaire et pouvoir contractuel peut être analysée à partir des deux principales situations créatrices de sanctions. En effet, l'aménagement contractuel des sanctions prend tout son sens en cas d'inexécution fautive du contrat survenant au cours de son exécution (§1), ou en présence d'une cause d'invalidité née dès sa formation (§2). Cette distinction permet de démontrer que les sanctions du contrat constituent un véritable terrain d'élection propice à l'aménagement conventionnel des pouvoirs judiciaires.

§1 : Les sanctions de l'inexécution du contrat

273. Saisis d'une demande de sanction pour inexécution des obligations d'un contractant, les juges du fond doivent prononcer la sanction correspondante à la situation contractuelle visée. Ainsi, en l'absence de stipulations particulières insérées dans le contrat, le juge dispose d'un large panel de sanctions aux effets divers, plaçant tant le demandeur que le défendeur à l'action dans une situation d'incertitude (A). L'étude des pouvoirs conférés au juge dans une telle hypothèse est alors indispensable pour évaluer l'espace de liberté laissé à la disposition des parties, et ainsi définir les aménagements contractuels possibles. Désireux de sécuriser leur relation contractuelle et principalement en cas de litige, les contractants cherchent à lier le juge et procèdent volontiers à la contractualisation des sanctions applicables (B).

A) L'autorité des sanctions judiciaires

274. La justice privée, reconnue dans les droits primitifs, accorde au créancier le droit de saisir lui-même la personne du débiteur ou ses biens. Aujourd'hui elle est heureusement interdite. Dès lors, faute de titre exécutoire, le créancier doit s'en remettre au juge qui, lui seul, dispose du monopole de la contrainte⁶³⁰. Les règles régissant les voies d'exécution sont en effet unanimement reconnues d'ordre public. Après analyse des faits d'inexécution et des griefs invoqués, les juges du fond peuvent puiser dans un éventail de sanctions dont l'ordre d'application est hiérarchiquement défini. En effet, la poursuite du contrat, traduction directe de sa force obligatoire et donc de la sécurité juridique, sera généralement favorisée (1). Toutefois, l'exécution forcée peut s'avérer impossible à mettre en œuvre, imposant au juge de prononcer soit la résolution du contrat, soit l'adaptation de certaines stipulations afin de les rendre applicables (2).

1) La primauté de l'exécution forcée

275. La cessation de l'illicite. L'exécution forcée, présentée dans ces développements, est d'un point de vue conceptuel la sanction civile qui entretient les liens les plus étroits avec la cessation de l'illicite⁶³¹. Contrairement à M. C. Bloch, certains auteurs font de l'exécution en nature des obligations contractuelles une simple manifestation d'une action en cessation de l'illicite, couvrant indifféremment la violation des obligations contractuelles et la violation des règles de conduite extra-contractuelles⁶³². D'autres⁶³³ assimilent la cessation de l'illicite à la réparation en nature⁶³⁴. Cette seconde analyse est partagée par une majorité de la doctrine civiliste qui happée par le poids des habitudes s'en remet à la classification du droit positif

⁶³⁰ L'exécution forcée en nature implique le recours à un huissier de justice qui peut lui-même demander l'intervention de la force publique.

⁶³¹ C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Thèse Aix-Marseille III, Dalloz 2008, n°41 p.55 et s. ; M. Mekki, *La cessation de l'illicite comme remède à l'inexécution du contrat*, *JCP E* 28 juin 2007, n°28, 1823 ; V° également Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2004, n°2420 et s. qui envisage l'exécution des contrats, la cessation de l'illicite et la réparation dans un chapitre unique intitulé « La satisfaction du créancier ».

⁶³² B. Savelli, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé*, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 1995 n°120 et s.

⁶³³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°899 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ 7^{ème} éd. 2014, n°249 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, vol.1, *Responsabilité délictuelle*, 5^{ème} éd. 1996, n°1432 et s. ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec 2005, 9^{ème} éd. n°717.

⁶³⁴ M. Mekki, *Quand la « réparation en nature » l'emporte sur « la réparation par équivalent »*, *Gaz. Pal.* 6 juin 2013, n°157 p.17.

sans consacrer l'existence de la théorie de la cessation de l'illicite. Dans sa thèse, M. C. Bloch démontre à travers son objet que cette sanction assure une fonction distincte de celles des sanctions répressives et réparatrices de notre système de responsabilité civile. La cessation de l'illicite s'attaque non pas à l'auteur ni aux conséquences du fait illicite, mais au fait lui-même et le remet ainsi en conformité avec la règle de droit dont il s'écarte. Elle répond alors à un régime juridique propre⁶³⁵, distinct de la réparation, et nécessite la caractérisation d'une situation illicite. Toutefois, occultée par les projets de réforme⁶³⁶, elle n'est pas davantage prise en considération par la jurisprudence qui continue de tordre les règles classiques de la responsabilité civile pour assurer l'impératif de cessation de l'illicite. Elle est ainsi systématiquement appréhendée comme une modalité de réparation du préjudice subi. Cette assimilation actuelle opérée par la jurisprudence entraîne *de facto* une limitation de notre champ d'étude et un renvoi à la thèse de M. C. Bloch pour une analyse des aménagements contractuels potentiels applicables à ce troisième pilier de la responsabilité civile annoncé par son auteur.

276. L'exécution forcée. En revanche, la jurisprudence continue de faire de l'exécution forcée une sanction de principe. En ce sens, les juges du fond peuvent prononcer l'exécution forcée en nature ou par équivalent, alors que la résolution est demandée par l'une des parties. Ainsi, lorsque l'exécution est demandée, le juge ne peut prononcer la résolution judiciaire. Dans ce sens, la cessation de l'illicite s'impose au juge lorsqu'elle lui est demandée. Il ne lui revient pas d'apprécier l'opportunité de faire respecter une règle de droit impérative.

La doctrine s'accorde pour reconnaître que le juge doit ordonner l'exécution en nature lorsqu'elle lui est demandée par un cocontractant, dès lors qu'il n'existe pas d'impossibilité

⁶³⁵ C. Bloch, *op. cit.* n°241 p.262.

⁶³⁶ Dans *l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, la sanction de la cessation illicite reste sous l'égide de la réparation en nature. « La prévention n'est pas présentée comme l'une des fonctions spécifiques de la responsabilité » (Sous-titre III, 6°). Art. 1369-1 de l'avant-projet se contente de rappeler que « lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin de cessation de l'activité dommageable ». Art. 1371 « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. Disposition unique consacrée aux condamnations en nature, l'art. 10-104 des *Principes de droit européen de la responsabilité civile* se contente de préciser : « La réparation en nature peut être demandée par la partie lésée si tant est que cela soit possible et pas trop lourd pour l'autre partie ».

matérielle, juridique⁶³⁷ ou morale. Il en est ainsi en présence d'une créance certaine, liquide et exigible, constatée par un titre exécutoire, une décision de justice ou un acte notarié. L'exécution forcée en nature ne s'impose pas tant en vertu de la volonté unilatérale du créancier, mais bien en vertu du respect de la force obligatoire du contrat. Le droit à l'exécution en nature se présente comme « *l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat*⁶³⁸ ». C'est notamment la raison pour laquelle les dispositions de l'article 1142 du Code civil, prévoyant que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », doivent être strictement limitées : elles permettent trop facilement au débiteur de s'exonérer de son obligation. L'avant projet de réforme du droit des obligations d'octobre 2013 remplace l'article 1142 du Code civil par les dispositions de son article 129 rendant ainsi plein effet aux solutions dégagées par la jurisprudence en la matière⁶³⁹. Dans une formulation plus explicite et moins équivoque, les rédacteurs du projet prévoient que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable*⁶⁴⁰ ».

277. Les obligations visées. La jurisprudence prévoit que la grande majorité des obligations sont désormais susceptibles d'exécution forcée, à l'exception toutefois des obligations présentant un caractère personnel. Ainsi, l'exécution des obligations de sommes d'argent peut se traduire par des saisies mobilières ou immobilières. L'obligation de donner, et donc de transférer la propriété, peut se dispenser du concours du débiteur. Le juge constatant le transfert, le jugement remplace l'acte authentique que l'une des parties refuse de régulariser⁶⁴¹.

⁶³⁷ Notamment en matière de constructions irrégulières, la jurisprudence décide alors que la démolition est une obligation : Cass. civ. 3^{ème} 3 avril 1996 n°94-14485, *Bull. civ. III* n°91 ; Violation des droits d'auteur et interdiction de commercialiser les ouvrages : Cass. civ. 1^{ère} 16 janvier 2007 n°06-81031, *Bull. civ. I* n°19 ; Cass. civ. 3^{ème} 11 mai 2005 n°03-20680, *Bull. civ. III* n°103.

⁶³⁸ G. Viney, P. Jourdain et J. Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ 2001 n°19.

⁶³⁹ Cass. civ. 3^{ème} 11 mai 2005, n°03-21136, *Contrats-conc. consom.* novembre 2005, n°11 p.24 obs. L. Leveneur ; *RDC* avril 2006, n°2006/2 p.323 note Denis Mazeaud ; *RDC* avril 2006, n°2006/2 p.529 note B. Fauvarque-Cosson ; *JCP E* 28 juin 2007, n°26 p.23 note M. Mekki ; Cass. civ. 1^{ère} 16 janvier 2007 n° 06-13983, *RLDC* mars 2007, n°36 p.15 obs. S. Doireau ; *RDT civ.* avril 2007, n°2 p.342 note J. Mestre et B. Fages ; *Contrats-conc. consom.* juin 2007, n°6 p.11 note L. Leveneur ; *JCP E* 28 juin 2007, n°26, 1823 note M. Mekki.

⁶⁴⁰ Art. 129 de l'avant projet de réforme de droit des obligations d'octobre 2013.

⁶⁴¹ En matière de meubles, selon l'article 56 de la loi du 9 juillet 1991 : « L'huissier de justice chargé de l'exécution fait appréhender les meubles que le débiteur est tenu de livrer ou de restituer au créancier en vertu d'un titre exécutoire, sauf si le débiteur s'offre à en effectuer le transport à ses frais. Lorsque le meuble se trouve

S'agissant d'une obligation de ne pas faire, visée à l'article 1143, la jurisprudence décide que le créancier est en droit d'obtenir la suppression de ce qui a été fait en contravention de cette obligation négative⁶⁴², sans que le juge ne puisse le lui refuser. Cette position s'étend jusqu'au pacte de préférence puisque dans une décision du 26 mai 2006, une chambre mixte de la Cour de cassation reconnaît au bénéficiaire « *le droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur*⁶⁴³ ».

278. Modes d'exécution. Il existe toutefois un manque de cohérence certain entre les différents modes d'exécution dans la mesure où le juge bénéficie toujours d'un pouvoir souverain d'appréciation⁶⁴⁴ lorsque l'application de l'article 1144 est demandée. Cet article prévoit en effet que le créancier d'une obligation de faire peut « *en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* ».

Si dès le début des années soixante, la jurisprudence a revu sa position⁶⁴⁵ concernant l'article 1143 pour imposer au juge le choix de cette mesure par le créancier, aucun revirement n'est intervenu au sujet de l'article 1144. La difficulté est alors de concilier le droit à l'exécution avec celui du pouvoir souverain d'appréciation du juge en matière d'exécution. Par cette faculté de remplacement, le créancier peut faire exécuter la prestation par un autre, et ce aux frais du débiteur défaillant, et à la condition que le juge accepte de se prononcer en ce sens⁶⁴⁶. Son appréciation ne se trouve pas liée par la demande de mise en œuvre d'une telle mesure. Cette incohérence pourrait alors être évitée si, comme le préconise de nombreux auteurs, les mesures prévues par les articles 1143 et 1144 étaient des mesures d'exécution devant faire l'objet d'un traitement identique et entraîner une compétence liée du juge. Ce sera prochainement chose faite grâce à l'avant projet de réforme de droit des obligations d'octobre

entre les mains d'un tiers et dans les locaux d'habitation de ce dernier, il ne peut être appréhendé que sur autorisation du juge de l'exécution ».

⁶⁴² Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ 2014, 7^{ème} éd., n°845 et s. ; Cass. civ. 3^{ème} 26 novembre 1986, *D.* 1986 IR p.486, *RD imm.* 1987 p.236.

⁶⁴³ Cass. ch. mixte 26 mai 2006 n°03-19376 et 03-19495, *D.* 2006 p.1861 obs. P-Y Gautier ; *RJDA* 2006 n°8-9 p.796 obs. P. Chauvin ; *Deffrénois* 30 août 2006, n°15-16 p.1206 obs. E. Savaux ; *JCP G* 2006, II, 10142 obs. L. Leveneur ; *RDC* 2006 p.1080 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006, 550 obs. J. Mestre et B. Fages ; à charge néanmoins pour le bénéficiaire d'apporter la preuve de la mauvaise foi du tiers acquéreur conscient de l'existence du pacte, et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; dans ce sens Cass. civ. 3^{ème} 9 avril 2014 n°13-13949, note *LPA* 29 août 2014, n°173 p.11 note P. Battistini ; *RDC* septembre 2014, n°3 p.496 note P. Berlioz ; *RDC* septembre 2014, n°3 p.336 note Th. Génicon.

⁶⁴⁴ Cependant, une grande latitude est ici laissée au juge d'accorder ou non cette mesure.

⁶⁴⁵ Importance sur ce point de l'arrêt Cass. civ. 1^{ère} 3 décembre 1962, *D.* 1963 p.302 obs. C. Blaevoet.

⁶⁴⁶ Sauf en matière commerciale où une mise en demeure suffit.

2013 qui réunit ces deux articles au sein des dispositions de son article 130, traitant conjointement des conséquences de la suppression d'une obligation de ne pas faire pourtant réalisées, et de la possibilité laissée au créancier de faire exécuter l'obligation inexécutée aux frais du débiteur⁶⁴⁷.

279. Mesures accessoires. Dans ce sens, le juge a également le pouvoir de prononcer une mesure accessoire à l'exécution forcée. L'astreinte, imaginée par la jurisprudence et entérinée par la loi du 5 juillet 1972, elle-même modifiée par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution, constitue un procédé de contrainte couramment utilisé par les juges du fond. Elle est employée aussi bien pour les obligations de faire que pour les obligations de ne pas faire, les obligations marquées d'*intuitu personae* ou celles ayant pour objet une somme d'argent. Indépendante des dommages et intérêts, l'astreinte constitue aussi un moyen de coercition que les tribunaux peuvent ordonner d'office sans être tenus d'en motiver le prononcé.

Dès lors, si bon nombre d'auteurs⁶⁴⁸ reconnaissent la primauté de l'exécution forcée en nature, le juge peut également se résoudre à prononcer la résolution du contrat.

2) La résolution judiciaire du contrat

280. Résolution du contrat. La résolution prévue à l'article 1184 du Code civil est une sanction nécessairement prononcée par le juge. Ces dispositions s'appliquent essentiellement

⁶⁴⁷ Art. 130 : A1.1 « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut en demander le remboursement au débiteur ». A1.2 « Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

⁶⁴⁸ G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Cours de droit, 1977, n° 84, p.71 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois, J. Gaudemet, Sirey 1937, réimp. Sirey 1965, p.349 ; J. Mestre, *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p.91, spéc. p.93 ; P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai) op. cit.* n°1 p.1 ; J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF 2000, 22^{ème} éd. n°376 ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Thèse Paris I, 2000 n°542 et s. p.693 et s. ; V. Lonis-Apokourastos, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 2003, n°1 p.17 ; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *Le rapport d'obligation*, A. Colin 2011, 7^{ème} éd. n°151 et n°160 et s. ; A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Thèse Paris I, Economica 2004, n°3 p.4 ; E. Debily, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Thèse Poitiers 2002, n°15 et s. p.28 et s.

dans le domaine des contrats synallagmatiques⁶⁴⁹, même si quelques exceptions peuvent être relevées parmi les contrats unilatéraux⁶⁵⁰. Un diminutif de la résolution, à savoir la résiliation, peut également être prononcé par la juge en présence de contrats à exécution successive⁶⁵¹ dont l'anéantissement rétroactif de leurs effets n'est pas réalisable. La résolution efface le contrat alors que la résiliation permet simplement d'en prononcer le terme. L'avantage pour la partie demanderesse réside dans l'existence de dommages et intérêts fréquemment prononcés par le juge pour accompagner cette sanction.

Condition essentielle de la résolution, l'inexécution du contrat peut toutefois n'être que partielle ou résulter d'un simple retard. L'inexécution partielle permet au juge de prononcer la résolution dès lors que cette dernière porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat⁶⁵². Le fondement théorique de la résolution judiciaire est donc l'idée de cause. Le cocontractant peut demander au juge de prononcer la résolution de son obligation si la contrepartie qui en est la cause n'est pas exécutée. C'est alors aux juges du fond, à travers leur pouvoir souverain d'appréciation, qu'il appartient de déterminer la gravité de l'inexécution pour justifier d'une résolution totale⁶⁵³ ou partielle⁶⁵⁴. Si le juge estime alors que la poursuite de la relation contractuelle est envisageable, il peut accorder au débiteur une dernière chance de s'exécuter en lui accordant un délai supplémentaire⁶⁵⁵.

281. Un choix judiciaire. À la différence d'une demande d'exécution forcée formulée par l'un des contractants, la demande en résolution ne lie pas le juge⁶⁵⁶. Il dispose d'une grande liberté pour se prononcer sur l'opportunité d'une telle sanction. Rien ne l'empêche de

⁶⁴⁹ Les dispositions de l'article 1184 ne sont pas applicables en matière de partage, de contrat de travail des représentants du personnel, de constitution de rente viagère, de cession d'office ministériel : Cass. AP 28 janvier 1983 n°80-39511, *D.* 1983 p.269 obs. J. Cabannes.

⁶⁵⁰ Les prêts à intérêts, le gage, la donation avec charges.

⁶⁵¹ Le contrat de bail en est une illustration parfaite. De plus, si les parties ont conçu leurs obligations d'une manière indivisible, la sanction est la résolution judiciaire mais dans le cas contraire la résiliation pourra être obtenue. Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 1994 n°92-11196, *Gaz. Pal.* 1994 p.213, *JCP G* 1995, II, 22380 note B. Boccara ; Cass. com. 15 juin 1999 n°97-11675, *JCP E* 2000, 802 note A. Constantin.

⁶⁵² Cass. com. 2 juillet 1996 n°93-14130, *JCP G* 1996, I, 3983, n°14 obs. Ch. Jamin.

⁶⁵³ Cass. com. 4 juin 1980 n°78-12324, *Bull. civ.* IV n°239 ; Cass. com. 11 décembre 1990 n°89-17524, *JCP N* 1991, II, p.239 ; Cass. civ. 3^{ème} 5 mai 1993 n°91-13770, *Contrats-conc. consom.* 1993 comm. 173 obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1994 p.353 obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère} 4 juin 1995, *D.* 1995 p.405 note Y. Dagorne-Labbé.

⁶⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère} 7 février 1956, *Gaz. Pal.* 1956, I, p.250.

⁶⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1984 n°83-14083, *RTD civ.* 1986 p.107 obs. J. Mestre ; Cass. soc. 12 avril 1956, *D.* 1956 somm. p.110 ; V° également Avant-projet de réforme du droit des obligations d'octobre 2013 en son article 136 : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur ».

⁶⁵⁶ Le juge ne peut ordonner d'office la résolution si elle ne lui est pas demandée.

l'écarter pour favoriser la survie du contrat par une exécution forcée en nature ou par toute autre sanction qu'il juge opportune⁶⁵⁷, telle que l'allocation de dommages et intérêts au créancier⁶⁵⁸. La Cour de cassation a sur ce point affirmé que les juges du fond bénéficient « *d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de la résolution du contrat, eu égard aux circonstances de fait et à la gravité des manquements*⁶⁵⁹ ». Procéder à la réduction de la prestation due par le créancier en proportion de l'inexécution relève également de ses pouvoirs. Le créancier se trouve donc dans l'incertitude la plus totale lorsqu'il introduit une action en résolution.

282. Un pouvoir de réfaction. Cette incertitude s'accroît davantage en présence de relation commerciale. En effet, il existe, particulièrement en droit commercial, un pouvoir spécial accordé au juge lui permettant d'écarter la résolution de la vente et de prononcer sa réfaction. La réfaction peut être demandée aussi bien par l'acheteur que par le vendeur mais surtout, elle peut être imposée par le juge saisi d'une demande de résolution de la vente. Ce dernier peut s'immiscer dans la relation contractuelle, généralement par une diminution de prix permettant de rétablir une certaine proportionnalité et de maintenir le contrat. Ce procédé ne repose sur aucun texte normatif mais est largement admis par les usages du commerce. Dès lors, en matière commerciale, non seulement le juge n'est pas tenu de répondre favorablement à une action en résolution mais il peut également procéder d'office à la réfaction du contrat, renforçant ainsi le sentiment d'incertitude du créancier demandeur.

Une distinction importante est néanmoins à relever entre l'action en diminution du prix en cas de vices cachés et la réfaction. A la différence de cette dernière, le choix dont dispose le plaçant entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire peut être imposé au juge par les parties. Cela constitue une exception au pouvoir modérateur du juge, les parties décidant alors de leur propre initiative du maintien ou non du contrat.

283. Extension de la réfaction. Il faut notamment ajouter que ce procédé judiciaire ne se limite plus exclusivement à la vente commerciale. La réfaction constitue désormais une sanction pouvant être mise en œuvre tant en présence d'un déséquilibre contractuel que d'une

⁶⁵⁷ Cass. civ. 3^{ème} 22 mars 1983 n°81-13508, *Defrénois* 1984, p.296 obs. J-L. Aubert.

⁶⁵⁸ Cass. com. 17 mars 1992 n°90-21178, *Contrats-conc. consom.* 1992, n°93 obs. L. Leveneur ; Cass. civ. 5 mai 1920, *D.P.* 1926, I, p.37.

⁶⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère} 29 novembre 1961, *Bull. civ.* I n°563.

illicéité contractuelle, en vue de sauver le contrat d'une inexécution ou d'une annulation⁶⁶⁰. Le projet de réforme d'octobre 2013 prévoit également une réduction du prix au titre des sanctions de l'inexécution du contrat⁶⁶¹.

En témoigne, à côté des hypothèses classiques telles que la réduction des clauses pénales, d'exclusivité, d'indexation ou de non-concurrence, la non moins célèbre décision affirmant que « *la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante*⁶⁶² ».

Ce rappel des prérogatives accordées au juge en cas d'inexécution du contrat doit alors permettre aux parties d'évaluer les possibilités d'aménagement contractuel des sanctions et d'influencer ainsi le magistrat dans son appréciation.

B) La contractualisation des sanctions de l'inexécution du contrat

284. L'arrêt de la relation contractuelle dû à la défaillance d'un cocontractant, refusant d'exécuter la part de ses obligations, nécessite en principe la constatation du pouvoir judiciaire. Or, afin d'éviter cette coagulation de la relation contractuelle préjudiciable aux parties tant en termes de temps, d'argent, que de réputation, ces dernières prévoient généralement des solutions préétablies au sein de leur contrat. Ni l'adage « *nul ne peut se faire justice à soi-même* » ni le principe de la force obligatoire du contrat ne peuvent s'ériger contre l'adoption de sanctions contractuelles privées⁶⁶³. Selon la situation visée et le degré de précision de leur rédaction, ces clauses peuvent contenir des mesures d'exécution à la disposition des parties (1), soit au contraire mettre en œuvre des mesures d'extinction du contrat (2). Négociées dès la formation du contrat, ces clauses auront donc pour effet d'inciter les parties à exécuter leurs obligations, à condition toutefois que leur mise en œuvre reste licite et non abusive.

⁶⁶⁰ K. Asuncion de La Planes, *La réfaction du contrat*, Thèse Perpignan, LGDJ 2006.

⁶⁶¹ Art. 131 : A1.1 « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ». A1.2 « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais ».

⁶⁶² Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 2003 n°99-1262 ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.39 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 8 avril 2003, n°2 p.287 obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 11 juin 2003, I, n°24, 1097 note J. Rochfeld.

⁶⁶³ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Thèse Paris II, Economica 2013, n°19 et s. p.23 et s.

1) Les mesures d'exécution à la disposition des parties

285. Grâce à certaines clauses, les parties peuvent aménager leurs rapports contractuels et ainsi influencer le cocontractant défaillant, et indirectement la position du juge si celui-ci est saisi du litige. Or, toutes les clauses visant à déterminer préalablement les sanctions possibles ne sont pas nécessairement soumises à un contrôle judiciaire *a posteriori*. Certaines permettent d'écarter l'intervention judiciaire, ou du moins de faire en sorte de dissuader l'une des parties d'avoir recours au juge. Soit elles renferment un pouvoir de sanction à titre préventif, comme un incitatif à l'exécution du contrat (b), soit elles offrent une voie efficace de réaction en cas d'inexécution à travers leur fonction punitive, voire corrective (a).

a) Les clauses d'exécution forcée et de réfaction

286. Une sanction automatique. Il convient, tout d'abord, d'analyser la possibilité pour les parties d'insérer une clause d'exécution forcée qui lierait le juge. Prévoir conventionnellement que l'exécution forcée en nature doit être prononcée par le juge ne s'avère pas nécessaire. En effet, si l'on considère que l'exécution en nature est « *l'effet le plus direct*⁶⁶⁴ » du principe de la force obligatoire du contrat, l'absence même de toute clause ne dispense pas le juge de faire droit à une demande d'exécution en nature. Selon la célèbre formule de Jhering « *la réalisation est la vie et la vérité du droit*⁶⁶⁵ ». Rien ne s'oppose à la stipulation expresse d'une telle sanction. Le domaine de l'exécution forcée est délimité par deux grands principes du droit des contrats : la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Parce qu'elle est fondée sur la règle de la force obligatoire, l'exécution forcée en nature est la sanction de principe en droit français⁶⁶⁶. « *L'article 1134 du Code civil impose que la partie bénéficiaire de l'engagement inexécuté puisse forcer l'autre à l'exécution de la convention*⁶⁶⁷ ». Incarnant au mieux la volonté des parties, l'exécution en nature favorise le respect des prévisions contractuelles et contribue ainsi au renforcement de la sécurité juridique. Dès lors la préoccupation morale rejoint la préoccupation économique puisqu'à travers cette sanction, le

⁶⁶⁴ G. Viney, P. Jourdain et J. Ghestin, *op. cit.*

⁶⁶⁵ J. Carbonnier, *Les obligations, op. cit.* n°376.

⁶⁶⁶ J. Mestre, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, *op.cit.* « Le point est bien acquis : la jurisprudence a progressivement mis en entre parenthèses les termes de l'article 1142 pour faire du droit à l'exécution forcée le principe ».

⁶⁶⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, Litec 1998, 6^{ème} éd. n°1637.

droit doit entretenir le respect de la parole donnée. Les auteurs⁶⁶⁸ considérant qu'aucune primauté législative n'est donnée à l'exécution en nature ne sont pas pour autant opposés à ce qu'elle soit contractuellement prévue. Ils contestent le raisonnement suivant lequel la force obligatoire est le fondement de l'exécution forcée en nature⁶⁶⁹, et par suite, l'existence d'une primauté de cette sanction en droit commun des contrats. Dans sa thèse, M. Y-M. Laithier expose les hypothèses d'inutilité et d'impossibilité de l'exécution forcée en nature et invite les juges à recourir à une exigence de proportionnalité⁶⁷⁰. Cette sanction doit selon lui être écartée si sa mise en œuvre fait peser sur le débiteur une charge financière excessive, eu égard notamment à l'intérêt réel qu'a le créancier à l'obtenir. De plus, il démontre que l'exécution forcée en nature permet de déroger à certaines formes de minimisation du dommage⁶⁷¹. Non officiellement reconnue en droit français, la minimisation du dommage est fortement restreinte, voire paralysée, par l'insertion d'une clause d'exécution forcée. Contrairement aux effets d'une telle clause, la minimisation du dommage conduit, fréquemment en pratique, à la résiliation du contrat et à l'obtention par un tiers de la prestation escomptée. L'auteur fait ainsi dépendre le choix d'une condamnation en nature de considérations de politique juridique privilégiant la recherche d'efficacité. Certes, il doit être admis que l'exécution en nature n'est pas la seule sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle devant être appliquée par le juge. Or, nous nous rallions à la doctrine majoritaire en ce qu'elle fait prévaloir l'exécution forcée en nature. Non dans une vision radicale consistant à imposer cette sanction par la force, mais à rechercher en priorité si son application est possible. En effet, en cas d'inexécution, le créancier est supposé conserver l'intérêt à l'exécution d'un contrat auquel il a librement consenti. Le contrat est traversé par des exigences tirées de la morale et de l'économie⁶⁷². Le

⁶⁶⁸ Parmi eux : P. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.150 et s. Planiol soutient que lorsque le débiteur refuse d'exécuter une obligation de faire, l'exécution forcée est impossible. « Chacun est (...) libre de refuser l'exécution de ses obligations, sauf les conséquences pécuniaires que ce refus peut avoir pour lui. Il était, en effet, inutile de se livrer à une contrainte contre la personne du débiteur, alors qu'il est facile de donner en argent une satisfaction équivalente au créancier ». F. Bellivier, R. Sefton-Green, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.91 ; Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, éd. Cujas 2001, 2^e éd. p.236 et 237 ; D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ.* janvier 2004, n°1 p.1, spéc. p.18 ; Y-M. Laithier, *La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature*, *RDC* janvier 2005, n°1 p.161.

⁶⁶⁹ Y-M. Laithier, *Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 2004, n°36 p.58 et s.

⁶⁷⁰ *Ibid* n°304 p.404 et s. ; M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *th. préc.* n°404 et s. p.321 et s.

⁶⁷¹ *Ibid* n°294 p.393 et s.

⁶⁷² M. Jaouen, *th. préc.* n°95 p.89.

juste et l'utile⁶⁷³ doivent être appréciés pour faire de la force obligatoire du contrat un principe porteur de la parole donnée et des considérations économiques recherchées. L'exécution forcée en nature satisfait à la fois les intérêts privés des cocontractants et l'intérêt général en préservant la sécurité juridique. Cette clause a donc simplement pour fonction de rappeler au juge qu'il se doit d'ordonner l'exécution forcée lorsqu'elle est applicable.

287. Les promesses unilatérales de vente. Toutefois, à l'image de tout principe, certaines exceptions doivent être envisagées. Ainsi, la Cour de cassation s'obstine à décider que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat⁶⁷⁴ qui lève son option pendant le délai contractuellement prévu, mais postérieurement à la rétractation du promettant, ne peut obtenir l'exécution forcée de la vente promise et doit se contenter des dommages et intérêts⁶⁷⁵. L'exécution forcée en nature des contrats préparatoires est évincée en cas de rétractation du promettant, parce que celle-ci exclut toute rencontre des volontés relativement au contrat préparé. Prônant une solution identique pour les pactes de préférence⁶⁷⁶, la Cour considère que la prétendue obligation engendrée par ces contrats préparatoires constitue une obligation de faire et en déduit sur le fondement de l'article 1142 du Code civil que son inexécution par le promettant ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts. En dépit de fortes critiques doctrinales, la Cour a maintenu sa position au fil de ses décisions⁶⁷⁷. Bien qu'un revirement de jurisprudence fût opéré relativement au pacte de préférence⁶⁷⁸ et certains fléchissements remarqués en matière de promesse unilatérale de vente⁶⁷⁹, la Cour conserve sa position

⁶⁷³ J. Ghestin, L'utile et le juste, *D.* 1982 chron. 1.

⁶⁷⁴ Définition proposée par D. Mazeaud et Ph. Delebecque pour le projet de réforme du droit des obligations piloté par P. Catala : « Le contrat par lequel le promettant consent une exclusivité quant à la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire ».

⁶⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème} 15 décembre 1993 n°91-10199, *D.* 1994 somm. comm. 507 obs. O. Tournafond ; *D.* 1994, *jurisp.* p.507 note Bénac-Schmidt ; *Defrénois* 1994, 795 obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, 588 obs. J. Mestre ; *D.* 1995, somm. comm. 230 obs. L. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22366 obs. D. Mazeaud.

⁶⁷⁶ Définition également proposée par D. Mazeaud et Ph. Delebecque : « le contrat par lequel le promettant consent au bénéficiaire une priorité quant à la conclusion d'un contrat futur, une fois que ses éléments essentiels auront été déterminés ».

⁶⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème} 26 juin 1996 n°94-16326, *RJDA* 1996, chron. p.636 ; *D.* 1997, somm. comm. 169 obs. D. Mazeaud ; Cass. civ. 3^{ème} 30 avril 1997 n°95-17598, *Contrats-conc. consom.* 1997 comm. 129 obs. L. Leveneur ; *D.* 1997, 475, note D. Mazeaud ; *JCP G* 1997, II, 22963 obs. B. Thuiller ; *RTD civ.* 1997, 685 obs. P-Y. Gautier et 1998, 98 obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^{ème} 28 octobre 2003 n°02-14459, *RDC* avril 2004, n°2 p.270 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2005, n°1 p.61 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2005, n°1 p.75 note B. Nuytten.

⁶⁷⁸ Cass. ch. mixte 26 mai 2006 n°03-19376, *arrêt préc.* ; Cass. civ. 3^{ème} 9 avril 2014 n°13-13949 *arrêt préc.*

⁶⁷⁹ Cass. civ. 3^{ème} 8 septembre 2010 n°09-13345, *JCP G* 2010, n°43, 1051, obs. G. Pillet ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.57 note Th. Génicon ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.153 note Ph. Brun ; *Dr. & Pat.* février 2011, n°200 p.66 note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 17 février 2011, n°7 p.472 note S. Amrani-Mekki ; l'efficacité de la vente s'apprécie au jour de la promesse. Dès lors, il faut se placer au jour de la promesse et non à celui de la levée de

adoptée en 1993, quoique dans ces derniers arrêts⁶⁸⁰ elle abandonne le fondement de l'article 1142 du Code civil pour lui préférer les articles 1101 et surtout 1134 du Code civil. La Cour fait désormais prévaloir la liberté contractuelle sur la force obligatoire de la promesse unilatérale de vente et le droit du bénéficiaire à obtenir le respect de la parole du promettant⁶⁸¹. Or, il n'existe dans les arrêts de la Cour aucune impossibilité matérielle, juridique ou morale propre à évincer l'exécution forcée en nature des obligations de faire. Certains auteurs militent contre un tel revirement de la sanction des contrats préparatoires et offrent toutes leurs grâces à la solution de la Cour de cassation. Mme M. Fabre-Magnan relève ainsi que les contractants sont liés par la seule promesse de contrat qui, certes, est un contrat obligatoire mais n'est pas translatif de propriété⁶⁸². M. D. Mainguy distingue pour sa part le consentement de la promesse et le consentement à la vente. « *Le contrat de promesse [...] est un contrat [...] autonome [...] du contrat préparé. Les consentements nécessaires à la formation de ces deux contrats sont donc bien séparés*⁶⁸³ ». Or, admettre la rétractation du promettant prive les contrats préparatoires, et en particulier les promesses unilatérales de

l'option pour apprécier la capacité du promettant, de sorte que frappé d'une incapacité postérieurement à la promesse et au moment de la levée de l'option, il n'en est pas moins obligé : P. Malaurie, L. Aynés, P-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^{ème} éd. 2014, n°111 ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz 2013, 5^{ème} éd. n°274. Par ailleurs la Cour admet en l'espèce que les parties à une promesse unilatérale sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre peut se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, Cass. civ. 3^{ème} 27 mars 2008 n°07-11721, *RDC* janvier 2009, n°1 p.143 note Ph. Brun : néanmoins la rédaction permettant d'assurer l'efficacité d'une telle clause ne peut se réduire à préciser que cet engagement serait « ferme et définitif » ou encore « irrevocable ». Les parties se doivent de signifier clairement par une référence à l'article 1142 du Code civil que l'éventuelle inexécution doit se résoudre « par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 » ou entre autres stipulations précisant que « le promettant consent à l'instant de la promesse définitivement à la vente, et que toute rétractation unilatérale de sa part serait inefficace », que « en tant que de besoin, le promettant renonce expressément au bénéfice de l'article 1142 du Code civil ». V° B. Nuytten, L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeubles, Point de vue d'un praticien, in Exécution du contrat en nature ou par équivalent, *RDC* janvier 2005, n°1 p.75 ; V° également en matière de promesses synallagmatiques de vente : Cass. civ. 3^{ème} 20 décembre 1994 n°93-11624, *D.* 1996, somm. comm. 9 obs. O. Tournafond ; *JCP G* 1995, II, 22491 obs. Ch. Larroumet ; Cass. civ. 3^{ème} 17 juillet 1997 n°95-19222, *Defrénois* 1998, 339 note D. Mazeaud ; Cass. com. 1^{er} avril 2005 n°04-12183, *RLDC* février 2006, n°24 p.10 note S. Doireau ; *RDC* avril 2006, n°2 p.383 note Ph. Brun ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1095 note A. Bénabent ; Cass. civ. 3^{ème} 3 avril 2013 n°12-15148, Cass. civ. 3^{ème} 29 mai 2013 n°12-17077, *RTD civ.* juillet 2013, n°3 p.592 note H. Barbier ; *RDC* octobre 2013, n°4 p.1373 note M. Latina ; *JCP N* novembre 2013, n°48, 1277 note M. Mekki ; Cass. civ. 3^{ème} 10 septembre 2013 n°12-22883, *RDC* avril 2014, n°1 p.54 obs. Ph. Brun.

⁶⁸⁰ Cass. civ. 3^{ème} 11 mai 2011 n°10-12875, *RLDA* septembre 2011, n°63 p.10 note Fr. Brocard ; *RDC* octobre 2011, n°4 p.1133 note Y-M. Laithier ; *RLDC* novembre 2011, n°87 p.7 note H. Kenfack ; *D.* 25 avril 2013, n°15 p.1026 note P. Lokiec et J. Porta ; Cass. com. 13 septembre 2011 n°10-19526, *RTD civ.* octobre 2011, n°4 p.758 note B. Fages ; *Gaz. Pal.* 17 novembre 2011, n°320-321 p.18 note B. Dondero ; *Contrats-conc. comsom.* décembre 2011, n°12 p.10 note L. Leveneur ; A. Gaudemet, promesse unilatérale de vente : pitié aussi pour le droit des sociétés, *D.* 12 janvier 2012, n°2 p.130 ; Cass. com. 14 janvier 2014 n°12-29071, *Gaz. Pal.* 12 février 2014, n°43-44 p.8 note M. Mignot ; *LPA* 6 juin 2014 n°113 p.11 note J-M. Desaché.

⁶⁸¹ P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Kluwer 1993 spéc. n°169.

⁶⁸² M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p.85.

⁶⁸³ D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *art. préc.*

vente, de tout leur intérêt pratique. En effet, soutenir que le transfert de propriété suppose le maintien du consentement du promettant prive d'utilité la promesse de contrat, en accordant au promettant une liberté à laquelle il a pourtant renoncé en concluant la promesse. De même, en réponse à M. D. Mainguy, il ne semble pas soutenable d'établir une distinction nette entre les contrats préparatoires et les contrats pour lesquels ils sont conclus. L'économie et la raison d'être des contrats préparatoires conduisent nécessairement à leur reconnaître un lien de dépendance avec le contrat finalement conclu. Il n'est pas possible d'affirmer leur autonomie absolue en distinguant radicalement les consentements exprimés pour leur formation et celle du contrat promis⁶⁸⁴. A travers la promesse, le promettant donne un consentement irrévocable à l'opération envisagée et laisse à la seule volonté du bénéficiaire le choix de lever l'option. Outre, donner à la promesse unilatérale de vente la pleine mesure de son utilité et de son efficacité, l'exécution forcée en nature permettrait ainsi de lutter contre un potentiel dol du promettant, ou du moins l'empêcherait de revenir sur son consentement au prix de simples dommages-intérêts. C'est précisément la position adoptée par les rédacteurs de l'actuelle réforme du droit des obligations. Ils n'envisagent l'option laissée par la promesse unilatérale qu'à la seule faveur de leur bénéficiaire⁶⁸⁵ et précisent que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis*⁶⁸⁶ ». Le projet de réforme fait donc de l'exécution forcée la sanction du non respect de la promesse unilatérale. Dans l'attente de l'adoption de cet ultime projet, les contractants et leurs conseils ont tout intérêt à insérer dans les avants contrats des clauses neutralisant la jurisprudence de la Cour de cassation.

288. La clause d'exécution forcée en nature. La loi contractuelle permet de contraindre le juge à ordonner l'exécution forcée en nature de la promesse unilatérale de vente. L'opposition défendue par certains auteurs entre la liberté contractuelle et la force obligatoire peut donner lieu à une conciliation. En effet, la liberté contractuelle peut être utilisée pour assurer la force obligatoire du contrat. Plusieurs techniques contractuelles s'offrent alors aux parties désireuses d'attribuer aux contrats préparatoires une sanction plus contraignante. Tout

⁶⁸⁴ M. Mekki et alii, Actes courants et techniques contractuelles, Actualités législatives et jurisprudentielles (sept 2012-avril 2013), *JCP E* 17 mai 2013, n°20. 1132 ; D. Mazeaud, Exécution des contrats préparatoires, *RDC* janvier 2005, n°1 p.61 et s.

⁶⁸⁵ Art.24 al.1 du projet de réforme du droit des obligations « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés ».

⁶⁸⁶ Art.24 al.2.

d'abord, la clause pénale constitue un remède curatif contre l'inexécution de la promesse unilatérale de vente. Outre son caractère comminatoire, une telle clause permet au bénéficiaire de fixer une peine d'un montant supérieur aux dommages-intérêts alloués par le juge, mais elle ne peut agir sur l'exécution forcée en nature de la promesse violée. Non satisfaisant en l'espèce, les contractants peuvent en revanche obliger le juge à se détourner d'une simple condamnation pécuniaire par l'insertion d'une clause d'exécution forcée en nature. L'intérêt de stipuler une telle clause prend alors tout son sens. La clause ne doit pas se contenter de rappeler, sous diverses formulations, les dispositions de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil car le juge refuse actuellement en vertu de ce texte de sanctionner la rétractation du promettant autrement que par des dommages-intérêts. Elle doit au contraire indiquer très précisément la nature de la sanction du manquement contractuel imputable au promettant⁶⁸⁷. A l'image de la clause d'exécution forcée en nature, les parties peuvent inviter le juge à avoir recours à son pouvoir de réfaction.

289. Clause de réfaction. L'insertion d'une clause de réfaction au sein du contrat a sans nul doute une influence au moins psychologique sur la décision du juge qui n'hésitera pas à la prononcer si une clause du contrat l'encourage. Dans cet esprit, la clause de réfaction n'a alors pour effet que de légitimer la pratique de la réfaction judiciaire. Alors même qu'il s'agit d'une véritable modification judiciaire du contrat, contestée par une partie de la doctrine, la réfaction est désormais largement admise en jurisprudence. Comme il a pu être précisé précédemment, le juge a le pouvoir de recourir à la réfaction en cas d'inexécution partielle du contrat. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la licéité de la clause de réfaction soit reconnue. Ici encore, une telle clause a simplement pour effet de conforter le juge dans l'expression de l'un de ses pouvoirs. Néanmoins, elle ne saurait encourager le juge à recourir à cette forme de sanction qu'en présence d'une inexécution partielle, et non totale ou fondamentale.

⁶⁸⁷ J. Huet et alii, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ-Lextenso 2012 spéc. n°11508-1 : L'auteur propose un modèle de rédaction de la clause d'exécution forcée en nature dans les promesses unilatérales de vente : « Par la présente promesse, le promettant prend, en contrepartie de l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire, l'engagement ferme et définitif de vendre l'immeuble au cas où le bénéficiaire lève l'option dans le délai qui lui ait imparti. Il s'interdit formellement, par conséquent, de rétracter son consentement pour quelle que cause que ce soit avant la fin de ce délai, la simple levée de l'option pendant ce délai suffisant à former la vente. Au cas où il le ferait l'exécution forcée de la promesse pourrait être poursuivie et la vente constatée en justice, les parties convenant expressément d'écarter l'article 1142 du Code civil ».

290. Clauses de renonciation. Inversement, les clauses de renonciation à l'exécution forcée ou à la réfaction nourrissent de nombreuses difficultés et présentent un tout autre visage.

De façon générale, la validité des renonciations postérieures à l'inexécution du contrat n'est pas discutable. La validité des renonciations anticipées, faisant l'objet d'une clause acceptée par les parties dès la rédaction du contrat, est quant à elle plus délicate à appréhender. Il ne s'agit pas de permettre aux contractants d'annihiler toute sanction. La clause qui interdirait à la partie victime de faire sanctionner de quelque manière que ce soit l'inexécution du contrat serait nulle. Mais il n'est pas non plus envisageable de permettre aux contractants de renoncer à l'exécution forcée de leurs obligations. Une telle clause viderait le contrat de sa substance. Des aménagements et restrictions peuvent être prévus par les parties, sans pour autant leur permettre de renoncer totalement à l'exécution de leurs obligations. Cela créerait une véritable condition potestative en faveur d'un des cocontractants qui serait alors libre de décider d'exécuter ou non le contrat. L'atteinte portée à la force obligatoire du contrat serait caractérisée, et contraire aux effets et à la finalité de l'engagement contractuel.

291. Une renonciation discutable. Pour la doctrine minoritaire, l'exécution forcée en nature n'est que l'une des sanctions possibles de l'inexécution du contrat. Elle admet que renoncer à l'exécution forcée permet aux contractants de supprimer l'une des sanctions et non la force obligatoire du contrat elle-même. Cependant, en accord avec la doctrine majoritaire, la jurisprudence n'admet pas une telle renonciation. L'unique décision rendue par la Cour de cassation en ce sens a été rendue dans le domaine très spécifique des brevets et ne suffit pas à en déduire un principe général d'application.

Dès lors, la seule solution offerte aux parties, pour éviter l'exécution forcée de l'obligation en cause, serait d'insérer dans le contrat une clause de résolution automatique. Cela reviendrait en définitive à anéantir toute action en exécution forcée puisque du seul fait de l'inexécution, le contrat se trouverait rompu.

292. Une renonciation admise. Concernant les clauses visant à exclure la réfaction judiciaire, l'analyse semble plus évidente. En matière de vente commerciale, le pouvoir de réfaction du contrat exercé par le juge n'empêche en rien les cocontractants de s'y opposer. En effet, le pouvoir du juge de procéder à la réfaction étant fondé sur un usage commercial, les parties peuvent librement y déroger par une clause contraire. Toutefois, cette faculté accordée aux parties ne se limite pas au domaine de la vente commerciale. Les juges, ayant pris la

liberté d'étendre leur pouvoir de réfaction à d'autres domaines, la liberté contractuelle peut alors s'y opposer. Ce que la liberté judiciaire fait, la liberté contractuelle peut le défaire. Leur pouvoir de réfaction ne reposant sur aucun fondement normatif, l'ordre public est donc étranger à cette faculté que se sont auto-octroyés les juges du fond. A partir de ce constat, il est possible de conclure que la réfaction peut être écartée par une stipulation expresse insérée dans le contrat.

Rien n'empêche les parties d'écarter implicitement la réfaction en stipulant que l'inexécution du contrat sera soumise à une autre forme de sanction. Ce peut être par le biais d'une clause d'exécution forcée ou encore de résolution. Encore faut-il pour cette dernière que le cocontractant victime décide le moment venu de la mettre en œuvre. Or, même si la partie décide finalement de ne pas recourir à la résolution pour favoriser une sanction judiciaire, elle influence tout de même la position du juge et l'incite ainsi à ne pas recourir à la réfaction.

L'effet incitatif de ces clauses à l'égard du juge permet aux parties de gagner en prévisibilité et de limiter l'incertitude liée à l'intervention du juge. Or, ces mécanismes conventionnels ne sont pas les seuls utilisés.

b) Les moyens de pression

293. Exclusion de l'exception d'inexécution. Ne pouvant recourir à l'exécution forcée de manière extrajudiciaire, les parties peuvent insérer certaines clauses, en vue d'influencer le cocontractant défaillant, et indirectement la position du juge. Il s'agit donc de véritables moyens de pression.

L'exception d'inexécution peut tout de suite être écartée car ce procédé n'empiète pas sur les pouvoirs du juge. Moyen de pression utilisé par une partie pour inciter son partenaire à exécuter ses engagements, il ne s'agit seulement que d'une mesure préalable à l'intervention judiciaire. En effet, les tribunaux seront ultérieurement saisis afin d'exercer un véritable contrôle d'opportunité quant à la sanction adoptée.

294. La clause pénale. Elle se présente, pour sa part, comme la manifestation la plus scintillante de la suprématie de la volonté des parties sur l'office du juge. Elle agit comme un moyen de pression destiné à encourager le débiteur à exécuter ses obligations et ce, sous la menace de devoir payer une importante somme d'argent en cas de défaillance. Pour preuve, la

somme forfaitaire fixée contractuellement est très généralement supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier. Par la menace qu'elle fait peser sur le débiteur, la clause pénale est dotée, à l'instar de la clause résolutoire, d'un caractère comminatoire indéniable. En tant que peine privée⁶⁸⁸, les parties se substituent au juge dans l'évaluation des dommages et intérêts. Ces clauses ont donc pour principal intérêt d'écartier le pouvoir d'appréciation du juge dont la mission se limite alors à faire respecter la loi des parties. L'indemnisation n'a pas à être proportionnelle au préjudice subi et la preuve de ce préjudice n'a plus à être apportée par le créancier⁶⁸⁹. La clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution.

Certes, le juge a un pouvoir modérateur sur cette clause conféré par la loi du 11 juillet 1975 et renforcé en 1985⁶⁹⁰. Cependant, cette révision reste l'exception. Son intervention n'est justifiée qu'en cas de disproportion manifeste. Selon une formule traditionnelle « *l'article 1152 al.2 du Code civil ne permet au juge du fond que de modérer la peine sans toutefois pouvoir allouer une somme inférieure au montant du dommage subi*⁶⁹¹ »

295. La clause pénale minimale. Cette position excluant l'intervention du juge dans la mise en œuvre de la clause pénale, doit tout de même être atténuée car la pratique a développé « *des clauses pénales minimales* ».

Elles permettent aux parties de laisser la possibilité au juge d'apprécier la nécessité d'une indemnisation complémentaire à celle qu'elles ont prévue. Les deux indemnités portent alors sur le même préjudice. L'intérêt de telles clauses est d'attribuer une indemnisation complémentaire au créancier, évalué judiciairement si son préjudice est beaucoup plus important. Les pouvoirs du juge sont alors entièrement conditionnés par l'intérêt du créancier. La rareté d'une sous-évaluation accordée au bénéficiaire rend néanmoins cette clause peu fréquemment applicable.

⁶⁸⁸ Art. 1229 du Code civil.

⁶⁸⁹ Cass. civ. 3^{ème} 2 octobre 1974 n°73-10951, *D.* 1975 p.1 note M. Deltel ; Cass. com. 16 juillet 1991 n°89-19080 *D.* 1992 p.365 obs. D. Mazeaud ; Cass. com. 23 mars 1999 n°97-11835.

⁶⁹⁰ Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 prévoyant que cette révision pouvait être prononcée « même d'office » à condition toutefois que le juge respecte le principe du contradictoire. ; V° également J Steinmetz, Observations sur le pouvoir modificateur du juge en matière de clause pénale depuis la loi du 9 juillet 1975, *Rep Commaille* 1976, 405 ; B Boccara, La réforme de la clause pénale : Conditions et limites de l'intervention judiciaire, *JCP G* 1975, I, n°2742 ; Ph. Malaurie, La révision judiciaire de la clause pénale, *Deffrénois* 1976 art. 31075 p.533 ; P. Nectoux, La révision judiciaire des clauses pénales, *JCP G* 1978, I, n°2913 ; G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale, *RTD civ.* 1985 p.647.

⁶⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère} 24 juillet 1978 n°77-11170, *Bull. civ. I* 1978 n°280 ; Cass. com. 8 juillet 1986 n°84-15655 *Bull. civ. IV* 1986 n°147 ; Cass. com. 3 décembre 2002 n°99-18349.

296. La clause d'astreinte. Figurant également dans cette catégorie la clause d'astreinte constitue, tout comme la clause pénale, une sanction pécuniaire dirigée à l'encontre du débiteur défaillant. Mais contrairement à la clause pénale qui possède en principe une double finalité, indemnitaire et comminatoire⁶⁹², la clause d'astreinte n'a qu'une fonction coercitive. Les pénalités qu'elle prévoit sont donc cumulables avec des dommages et intérêts moratoires et compensatoires⁶⁹³.

L'existence même d'une astreinte pouvant naître de la volonté privée a longtemps été contestée en doctrine car il était traditionnellement enseigné que l'une des caractéristiques essentielles de l'astreinte résidait dans l'origine judiciaire de celle-ci. Cette divergence de position est encore présente. La critique principale réside dans les effets indirects que produit la clause sur l'office du juge. En effet, elle permet, à titre privé, d'obtenir l'exécution forcée du contrat. Cette absence de reconnaissance d'un cadre juridique autonome, propre aux clauses d'astreinte, est principalement due à leur objet. Alors qu'elle constitue également un moyen de pression, leur objet exclut dans le même temps toute fonction indemnitaire, et empêche le juge de lui appliquer l'article 1152 du Code civil. Or, il est à souligner qu'en pratique, elle est souvent difficile à différencier de la clause pénale. La Cour de cassation procède alors à une assimilation des régimes de ces deux clauses afin d'écartier les abus des rédacteurs mal intentionnés. Il appartient donc aux rédacteurs de formuler la clause d'astreinte avec précision, afin d'éviter son assimilation par les tribunaux à la clause pénale, et donc la mise en œuvre du pouvoir modérateur du juge sur son application.

297. La clause de remplacement. Une autre clause peut également être perçue comme un procédé indirect d'exécution en nature : il s'agit de la clause de remplacement.

M. P. Wéry précise dans son étude que « *les parties peuvent également par une clause non équivoque écartier de leurs relations l'application des articles 1143 et 1144 : l'obligation n'est pas de ce fait purement potestative puisque l'inexécution de l'obligation peut encore être sanctionnée par l'astreinte, par la voie des dommages et intérêts et par celle de la résolution judiciaire avec dommages et intérêts complémentaires*⁶⁹⁴ ». De plus, ces dispositions ne

⁶⁹² Selon les dispositions de l'article 1226 du Code civil.

⁶⁹³ G. Paisant, *art. préc.* p.647 et s. ; Selon l'article 34 al.1 de la loi du 9 juillet 1991 reprenant textuellement l'article 6 de la loi du 5 juillet 1972 « l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts ».

⁶⁹⁴ P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, une relique des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Thèse Liège 1993 p.286.

présentent pas un caractère d'ordre public⁶⁹⁵. Dès lors, si le créancier peut, en dehors de toute intervention judiciaire, rompre le contrat en vertu d'une clause résolutoire, pourquoi ne pourrait-il pas se passer du juge pour recourir au remplacement ? D'autant que l'exécution serait demandée à un tiers et non au débiteur défaillant. C'est notamment la raison pour laquelle, Mme M. Lamoureux préconise à juste titre, de calquer le régime des clauses de remplacement sur celui de la clause résolutoire. Cela aurait pour autre avantage d'harmoniser le régime des sanctions de l'inexécution du contrat.

2) Les mesures d'extinction à la disposition des parties

298. Un double intérêt. A la différence de l'exécution en nature, l'intervention judiciaire n'est pas indispensable en matière de résolution⁶⁹⁶. La clause résolutoire présente ainsi un intérêt dissuasif, dans la mesure où elle précise que le contrat pourrait être résolu de plein droit sans intervention du juge. Une telle stipulation est rendue licite par le caractère non impératif des dispositions de l'article 1184 du Code civil. La doctrine majoritaire et la jurisprudence elle-même reconnaissent sa licéité depuis une décision de la première chambre civile du 2 juillet 1860 affirmant que ces dispositions ne sont pas d'ordre public. En définitive, cette clause prive le juge de tout pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la résolution. La Cour de cassation a pu préciser sur ce point que la clause résolutoire « *écarte l'appréciation judiciaire de la gravité des faits*⁶⁹⁷ ». Pour ce faire, encore faut-il que la clause soit totalement dépourvue d'équivoque. Sa rédaction doit être précise et ne peut s'appliquer aux obligations

⁶⁹⁵ Cass. civ. 19 juillet 1950, *RTD civ.* 1951, p.88 obs. J. Carbonnier.

⁶⁹⁶ Malgré l'absence de clause résolutoire, le recours au pouvoir judiciaire peut être écarté lorsque la loi prévoit une faculté de résolution unilatérale. L'article 1657 du Code civil prévoit ainsi « qu'en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ». Ainsi, le simple retard mis par un acheteur à venir retirer la chose entre les mains de son vendeur autorise ce dernier à résoudre la vente et à procéder à sa revente. En matière d'assurance, l'article L.132-20 du Code des assurances dispose que le non-paiement d'une prime ou d'une fraction de la prime dans les dix jours de son échéance donne lieu à un rappel par lettre recommandée, suivi soit de la résiliation du contrat, soit de sa réduction à défaut de paiement dans un délai de quarante jours suivant l'envoi de cette lettre. De plus, le défaut de paiement d'une cotisation due au titre d'un contrat de capitalisation ne peut avoir pour sanction que la suspension ou la résiliation pure et simple du contrat et, dans ce dernier cas, la mise à la disposition du porteur de la valeur de rachat que ledit contrat a éventuellement acquise. En matière de droit de la consommation l'article L.114-1 du Code de la consommation, prévoit que lorsque le meuble vendu ou la prestation fournie excède 500 € et que le retard de livraison est de plus de sept jours, le consommateur est en droit de résoudre unilatéralement le contrat par lettre recommandée avec accusé de réception. En matière de propriété littéraire et artistique, l'article L.132-17 al.2 du Code de la propriété intellectuelle permet à l'auteur de résilier unilatéralement le contrat passé avec l'éditeur après mise en demeure infructueuse d'avoir à éditer ou à rééditer l'œuvre.

⁶⁹⁷ Cass. civ. 5 février 1992 n°09-13153, *RTD civ.* 1992 p.763 obs. J. Mestre ; Cass. com. 14 décembre 2004 n°03-14380, *Contrats-conc. consom.* avril 2005, n°4 p.16 note L. Leveneur.

non visées par elle du fait de son interprétation stricte⁶⁹⁸. A défaut d'écarter expressément l'intervention du juge dans la rédaction de la clause, la résolution reste judiciaire car l'intervention du juge est nécessaire pour la prononcer. L'équivoque créée par une mauvaise rédaction conduit à l'insertion d'une fausse clause de résolution encore dénommée « *clause de résolution judiciaire* ».

Pourvu d'une fonction coercitive, il n'existe donc pas non plus de pouvoir modérateur du juge sur cette clause comparable à celui institué par l'article 1152 du Code civil. Alors que le juge a le pouvoir de modérer une clause pénale, il ne peut modérer l'application d'une clause résolutoire dont les effets sont pourtant plus importants⁶⁹⁹.

Outre cette faculté d'écarter toute intervention du juge, la clause ne permet plus au créancier qui en bénéficie de revoir sa position pour finalement faire appel au pouvoir judiciaire. Il ne peut ainsi saisir le juge d'une action en exécution forcée ou demander la résolution judiciaire⁷⁰⁰. Elle enferme donc également les parties, dès la rédaction du contrat, dans leur choix des suites à donner au litige⁷⁰¹.

299. Renonciation à la résolution judiciaire. En revanche, les parties peuvent se permettre de limiter les sanctions de l'inexécution du contrat par une clause de renonciation à la résolution.

La validité d'une telle renonciation a été fortement discutée au sein de la doctrine. Planiol et Ripert s'accordaient à dire « *que les parties ne peuvent pas renoncer par avance au droit de résolution car cela équivaldrait à concéder au débiteur la faculté de ne pas remplir son*

⁶⁹⁸ La volonté des parties de mettre fin de plein droit à leur convention doit clairement apparaître : « Par dérogation à l'article 1184 du Code civil, le contrat sera résolu de plein droit et sans intervention du juge en cas d'inexécution par le débiteur de l'une quelconque des obligations mises à sa charge par le présent contrat.

La résolution sera acquise un mois après mise en demeure du débiteur d'avoir à s'exécuter. Cette mise en demeure s'opère par lettre recommandée avec accusé de réception et rappelle la résolution attachée au défaut d'exécution dans le délai d'un mois suivant sa date d'envoi. Le créancier peut toujours renoncer à cette résolution de plein droit pour poursuivre en justice l'exécution forcée du contrat ou tout autre fin.»

⁶⁹⁹ Ph. Malaurie, et L. Aynès, *Les obligations*, 12^{ème} éd. 2003, n°550 ; *Dr. & Pat.* juillet 2004, n°128 obs. L. Aynes.

⁷⁰⁰ A l'exception des clauses de résolution automatique qui restent rarement utilisées. En effet elles écartent le droit d'option du créancier entre la mise en œuvre de la clause résolutoire et une action judiciaire en exécution forcée ou en résolution. Elle peut donc s'avérer aussi rigoureuse pour le débiteur que désavantageuse pour le créancier ; Cass. civ. 3^{ème} 9 octobre 2013 n°12-23379, *RLDC* janvier 2014, n°111 p.16 note C. Le Gallou ; *JCP E* 13 février 2014, n°7, 1474 obs. R. Loir ; *RDC* juillet 2014, n°2014/2 p.181 note Y-M. Laithier.

⁷⁰¹ D'autant que sur le plan formel, il est tout à fait possible de voir dans le contrat que la résolution aura lieu sans mise en demeure préalable, à la seule inexécution à la date prévue. Prévoir cette faculté dans la rédaction de la clause permet aux créanciers d'interdire en pratique au débiteur de solliciter des délais de grâce pour éventuellement échapper à la résolution du contrat. Toutefois, cette absence de mise en demeure n'a pas pour effet de donner à la résolution du contrat un caractère automatique. Une fois la première inexécution intervenue, le créancier devra avertir par tous moyens son débiteur qu'il entend s'en prévaloir.

*engagement*⁷⁰² ». D'autres, tels que MM. R. Demogue, J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau défendent la position inverse⁷⁰³. Selon ces derniers, la résolution n'est nullement d'ordre public, et les parties peuvent convenir de renoncer à demander la résolution et se contenter de l'action en exécution. Certes, la renonciation par avance à un droit disponible est largement admise en jurisprudence, mais la Cour rappelle que pour être valable, elle doit résulter d'un acte positif et être dépourvue d'équivoque. Bien que la Cour ait récemment réaffirmé que la non-exécution, même d'une obligation essentielle, ne permette pas d'écarter une clause de renonciation à la résolution judiciaire du contrat⁷⁰⁴, elle précise néanmoins certaines conditions nécessaires à la validité d'une telle clause. Ainsi, la clause doit être « *rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane* » et donc « *non équivoque*⁷⁰⁵ ». Son efficacité est également subordonnée à la bonne foi du débiteur qui l'invoque. La renonciation ne doit pas entraîner un blocage de la relation contractuelle. L'impossibilité d'exécuter le contrat ou la passivité persistante du débiteur pourraient aboutir à cette hypothèse, rendant la levée de la renonciation nécessaire. Le comportement du débiteur et l'efficacité résiduelle de l'exécution forcée doivent alors être évalués⁷⁰⁶.

Par ailleurs, la validité de la clause de renonciation à la résolution judiciaire dépend de l'accès aux autres sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Elle doit dès lors être déclarée de nul effet si d'autres clauses interdisent au créancier d'agir en indemnisation et en exécution forcée en nature car le contrat se trouverait privé de force obligatoire. En revanche, la clause de renonciation à la résolution judiciaire n'interdit pas au créancier d'agir en résolution, même si cette hypothèse semble en pratique peu vraisemblable. Aussi, ce n'est

⁷⁰² M. Planiol et G. Ripert, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, T. IX, par Rouast, Savatier, Lepargneur et Besson, LGDJ 1954 n°1590 et 1591 ; dans ce sens J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ 3^{ème} éd. 2001, n°451 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ 7^{ème} éd. 2014, n°878 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°665 ; T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse Paris II, LGDJ 2007, n°334-I p.242.

⁷⁰³ V° aussi R. Cassin, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, *RTD civ.* 1945 p.160 et s. spéc. p.177 ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, *op. cit.* n°500 et 504.

⁷⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème} 3 novembre 2011 n°10-26203, *JCP G* 21 novembre 2011, n°47 note C. Delbel ; *Gaz. Pal.* 12 janvier 2012 p.17 obs. D. Houtcieff ; *RDC* février 2012, n°2 p.402 note Y-M. Laithier : la Cour de cassation maintient ainsi la décision des juges du fond qui avaient retenu que l'article 1184 du Code civil n'était pas d'ordre public et que les parties pouvaient renoncer à l'action en résolution judiciaire dès lors que la clause était rédigée de manière claire et non équivoque.

⁷⁰⁵ *Ibid.* p.404.

⁷⁰⁶ T. Genicon, *th. préc.* n°334-II p.244.

pas parce qu'une clause résolutoire est prévue que la résolution unilatérale est impossible⁷⁰⁷. De la même façon, ce n'est parce que la résolution judiciaire est exclue que la résolution unilatérale est impossible. Dans les hypothèses où le droit à l'exécution forcée en nature est inefficace en raison d'un obstacle d'ordre juridique ou matériel, la clause de renonciation à la résolution judiciaire reste valable car le créancier peut obtenir des dommages-intérêts. Toutefois, si l'exécution forcée en nature est exclue par l'effet d'une clause insérée dans le contrat, le créancier doit conserver le droit d'agir en résolution ainsi que par hypothèse, le droit d'agir en dommages-intérêts.

300. Exceptions légales. Certains secteurs restent imperméables à ce type de clause. Le caractère d'ordre public de l'article 1844-7-5 du Code civil interdit à tout associé de renoncer à son droit de demander en justice la dissolution de la société pour justes motifs.

Dans ce sens, l'article 1644 du Code civil relatif à la garantie des vices cachés déclare nulles toutes les clauses visant à supprimer l'option reconnue à l'acheteur entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire. De plus, la jurisprudence ne limite pas cette solution au contrat conclu entre un vendeur professionnel et un acheteur profane. En présence d'un contrat conclu entre professionnels⁷⁰⁸, l'acquéreur peut ainsi invoquer la garantie légale, et choisir entre la résolution ou la réduction du prix.

Malgré le constat de ces quelques exceptions légalement imposées, l'application de dispositions d'ordre public se révèle plus présente dans les hypothèses d'invalidité du contrat, ce qui a notamment pour conséquence de limiter le pouvoir d'appréciation du juge.

§ 2 : Les sanctions de l'invalidité du contrat

301. La survenance d'un litige peut également résulter d'une cause d'invalidité du contrat invoquée par les parties elles-mêmes, par le juge, voire par un tiers selon la nature de l'invalidité invoquée. Relevée par l'un des cocontractants, cette technique constitue très

⁷⁰⁷ Cass. com. 10 février 2009 n°08-11638, *Contrats-conc. consom.* 2009, comm. 123 obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009 p.318 obs. B. Fages ; Cass. com. 4 février 2004 n°99-21480, *JCP G* juillet 2004, I, 149 obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* septembre 2004, n°4 p.731 obs. J. Mestre et B. Fages.

⁷⁰⁸ En matière de contrats de consommation, la jurisprudence suit les recommandations de la commission des clauses abusives et condamne les clauses valant renonciation par le consommateur à ses droits de recours.

souvent un moyen de défense pour la partie désireuse de ne plus poursuivre la relation contractuelle et de voir ainsi prononcer l'anéantissement du contrat.

En l'absence de clauses particulières, il appartient alors au juge d'apprécier l'opportunité de mettre fin au contrat litigieux. Garant de la tendance jurisprudentielle actuelle visant à ne pas prononcer une nullité systématique du contrat, le juge doit faire prévaloir le critère de l'efficacité de la sanction. Toutefois, afin de sécuriser leur relation, les parties peuvent prévoir des stipulations contractuelles dont la fonction sera d'imposer au juge l'application de certaines sanctions contractuellement prévues. Elle oblige dès lors le juge à faire prévaloir la volonté des parties sur l'efficacité de la sanction. L'appréhension de ces clauses nécessite d'étudier au préalable les sanctions judiciairement prononcées (A) pour ensuite envisager les aménagements contractuels possibles (B).

A) L'autorité des sanctions judiciaires

302. En matière de sanction de l'invalidité du contrat, la nullité est sans conteste la sanction la plus courante. Les juges sont alors chargés de la prononcer lorsque toutes les conditions requises sont réunies (1). Leur pouvoir souverain d'appréciation leur permet également de modérer les effets de la nullité. En l'absence de stipulation contractuelle contraire, ils pourront faire varier l'étendue de la nullité afin de protéger au mieux les intérêts du contrat et des contractants (2).

1) La nullité judiciaire du contrat

303. Sanction de principe. La nullité diffère de la résolution en ce qu'elle sanctionne un défaut dans la formation du contrat et non l'inexécution d'un contrat valablement conclu.

Si la nullité est bien la sanction de principe en cas d'invalidité du contrat, elle n'est pas la seule. En effet, les juges ont parfois recours à des sanctions voisines, aux conditions d'application différentes. Ainsi la caducité⁷⁰⁹, l'inopposabilité⁷¹⁰, la rescision⁷¹¹, ou encore

⁷⁰⁹ C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Thèse Paris XII, l'Harmattan 2004 *op. cit.* ; L. Sauton-Laguionie, Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit privé, *RDC* octobre 2013, n°4 p.1643 ; Ch. Atias, Exécution et efficacité des actes juridiques, *D.* 10 octobre 2013, n°34 p.2288.

⁷¹⁰ V. Bonnet, Sanction de la fraude, nullité ou inopposabilité, *D.* 25 juillet 2002, n°28 p.2217 ; G. François, La nature juridique de l'inopposabilité paulienne, *D.* 9 novembre 2006, n°39 p.2717 ; J-J. Ansault, Droit des sûretés et droit des sociétés, *RLDC* décembre 2013, n°110 p.38.

l'inexistence⁷¹², sont autant de procédés utilisés par la jurisprudence. La nullité sera ici prise comme sujet d'étude afin de percevoir l'influence du pouvoir judiciaire sur son prononcé, en l'absence de clauses contractuelles particulières.

304. Caractères de la nullité. Lorsque le juge est saisi d'une demande de nullité, il doit la prononcer s'il constate que les conditions sont réunies. La nullité a lieu de plein droit. Cependant, ce principe général est à nuancer. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des faits, pour constater si les éléments justifiant la nullité sont satisfaits. Ainsi, il lui appartient de se prononcer sur la nature de la nullité. Classiquement, si la forme à respecter vise à protéger un des cocontractants, la nullité est relative.

En revanche, lorsque la forme inobservée est exigée dans un souci d'ordre public, ou pour assurer un certain ordre dans la société, la nullité doit en principe être absolue. Cependant l'atteinte à l'ordre public n'est pas systématiquement synonyme de nullité absolue. La distinction n'est pas aussi simple. Il existe sur ce point de nombreuses controverses liées à la division de l'ordre public dans ses différents degrés de protection. D'une part, l'ordre public de direction, expression de l'intérêt général, prévaut sur la volonté des contractants et justifie une nullité absolue. L'ordre public de protection donne lieu à une nullité relative, exclusivement réservée au cocontractant victime. Libre à celui-ci de ne pas l'invoquer.

305. Liberté du juge. La jurisprudence reste floue et rend, selon les circonstances, des décisions dans les deux sens. Si les deux conséquences essentielles de la distinction entre nullité relative et nullité absolue sont acquises depuis longtemps, le juge conserve une certaine liberté pour se prononcer sur leur réalité. Comme en matière de résolution, le juge peut outrepasser la nullité demandée s'il estime que le maintien du contrat est encore envisageable. Or, contrairement à la résolution judiciaire et suite aux transformations apportées à son rôle dans le procès par le CPC⁷¹³, le juge peut désormais soulever d'office une

⁷¹¹ Fr. Cohet-Cordey, Le prix vil n'est pas un prix lésionnaire, *AJDI* novembre 2002, n°11 p.804 ; G. Chantepie, *La lésion*, Thèse Paris I, LGDJ 2006 ; D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, *LPA* 5 janvier 2010, n°3 p.5 ; E. Pouliquen, Appréciation de la valeur d'un immeuble en matière de rescision pour lésion, *RLDC* février 2013, n°101 p.16.

⁷¹² M. Cumyn, *Essai sur les nullités et l'inexistence*, Thèse Paris I, LGDJ 1993 ; P. Le Cannu, Quand le droit commun de la nullité fait mieux que l'inexistence, *BMIS* janvier 2005, n°1 p.114 ; C. Legallou, Erreur sur l'objet : inexistence ou nullité ? *RLDC* octobre 2013, n°108 p.15.

⁷¹³ V° art. 12 et 16.

nullité même relative⁷¹⁴, à la condition de respecter le principe du contradictoire. En effet, il serait dommageable que sous le visa d'une conception restrictive de l'office du juge, ce dernier soit amené à valider une solution contraire à des règles impératives, sous prétexte qu'elle n'aurait pas été invoquée par la partie protégée. Dès lors, le juge se doit d'une certaine manière de compenser le manque de sagacité de la partie réputée faible⁷¹⁵.

Le juge va donc rechercher la volonté des parties pour se prononcer sur l'étendue de la nullité. Il se fonde alors sur la théorie de la cause, les exigences de l'ordre public ou encore sur l'indivisibilité des clauses en présence. Le juge s'estime donc libre de décider du sort du contrat au regard de la nature et de la gravité de l'illégalité ayant motivé l'annulation de l'acte. Toutefois, la nullité totale de l'acte pouvant s'avérer préjudiciable pour le cocontractant à protéger⁷¹⁶, le juge a désormais tendance à assouplir le régime de la nullité à travers le prononcé de la nullité partielle.

2) La détermination judiciaire de l'étendue des sanctions

306. La nullité partielle. D'origine jurisprudentielle, la nullité partielle⁷¹⁷ s'est avérée dans de nombreuses circonstances plus efficaces qu'une nullité totale. Ici encore, les juges ont fait preuve d'une certaine liberté et ont outrepassé les dispositions du Code civil qui n'autorisent pas expressément le juge à amputer le contrat en prononçant sa nullité partielle. L'article 900, réservé aux contrats à titre gratuit, précise que dans le cas où la libéralité est accompagnée d'une condition ou d'une charge illicite, cette clause nulle doit être effacée pour privilégier le maintien du contrat. *A contrario*, l'article 1172, relatif aux contrats à titre onéreux, indique que toute condition nulle rend nulle la convention qui en dépend. Le contrat est alors présumé former un tout indivisible qu'on ne peut maintenir en partie. Mais les juges ne se sont pas cantonnés à ces dispositions et ont très rapidement mis à mal l'opposition artificielle entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux pour prononcer une nullité partielle, quelle que

⁷¹⁴ Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 1985 n°84-10572, *Bull. civ. I* n°159, *RTD civ.* 1996, n° 148 obs. Ph. Remy ; Cass. civ. 3^{ème} 20 novembre 1985 n°84-13353, *Bull. civ. III* n°153.

⁷¹⁵ *Supra* n°210 et s.

⁷¹⁶ J. Ghestin, *Le contrat, Formation*, 2^{ème} éd. LGDJ 1993 n°895 et s. ; L. Amiel-Cosme, L'efficience des nullités, *Dr. & Pat.* 2000, n°83 p.89 et s.

⁷¹⁷ P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, *Bibl. droit privé LGDJ* 1969 ; B. Teyssié, Quelques réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, *D.* 1976, *chron.* p.281 ; D. Veaux, Effet de la nullité, *J. Cl. civ.* art. 1304 à 1314, *fasc.* 50, 1994 n°80.

soit la nature de l'acte⁷¹⁸. C'est désormais le caractère déterminant ou non de la clause qui est utilisé comme critère de différenciation.

307. Appréciation judiciaire. Dès lors, si la clause illicite est une condition déterminante de la conclusion du contrat, la nullité doit être totale. En revanche, si elle n'est pas essentielle dans l'esprit des parties, la nullité doit au contraire se cantonner à la stipulation illicite⁷¹⁹. En l'absence de stipulation particulière des parties, il appartient au juge, à travers son pouvoir souverain d'appréciation, de déterminer s'il y a ou non indivisibilité entre la clause concernée et les différentes parties du contrat.

La loi peut également constituer un obstacle au pouvoir judiciaire, dans la mesure où le législateur précise expressément que la clause irrégulière sera simplement réputée « *non écrite*⁷²⁰ ». Ainsi, comme il l'a été précédemment démontré, le juge peut écarter la nullité totale lorsque certaines clauses légales ou mentions obligatoires font défaut, notamment dans une cession de fonds de commerce. En cas d'erreur, ou de vice du consentement, il lui appartient de déterminer si cette dernière portait sur des qualités substantielles. A plus forte raison, en matière de crédit, la déchéance du droit du prêteur aux intérêts conventionnels est préférée à la nullité dans la législation protectrice du consommateur de crédits.

308. Intérêts en présence. Néanmoins, la priorité reste l'effectivité de la sanction prononcée. Cette dernière ne doit en aucun cas faire perdre à la personne protégée le bénéfice d'un contrat dont elle a besoin. C'est fréquemment le cas en matière de crédit, de contrat de travail, ou de bail. M. J. Ghestin précise ainsi que « *de lege ferenda la préoccupation première doit être d'assurer la pleine efficacité de la règle à sanctionner. La volonté commune des parties et particulièrement l'importance essentielle dans leur accord de la clause irrégulière ne vient qu'au second plan*⁷²¹ ». Cette recherche de pragmatisme conduit aussi le juge à user de son pouvoir de réfaction. Comme en matière d'inexécution du contrat,

⁷¹⁸ Les principes Unidroit créent une présomption en faveur de la nullité limitée. Art. 3-16 « L'annulation se limite aux seules clauses du contrat visées par la cause de l'annulation, à moins que, eu égard aux circonstances, il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat ». Les principes du droit européen des contrats vont également dans ce sens. Art. 4-116 précise à cet égard « Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses à moins qu'eu égard aux circonstances de la cause il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat ».

⁷¹⁹ P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, th. préc. n°272 et s.

⁷²⁰ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse Paris II, Economica 2006 ; V. Cottureau, *La clause réputée non écrite*, *JCP G* 1993, I, n°3691 ; R. Bailod, *A propos des clauses réputées non écrites*, Mélanges Boyer 1996, n°15.

⁷²¹ J. Ghestin, *Le contrat, formation*, 2^{ème} éd. LGDJ 1988 p.480.

le juge peut écarter la nullité défavorable à l'une des parties, même si elle n'est que partielle, pour favoriser la réfaction. Il s'agira généralement d'une réduction de la clause excessive qu'elle soit relative aux taux d'intérêt, au prix, à la durée ou au lieu. La réfaction, du fait de son origine jurisprudentielle, est ainsi une sanction pouvant s'appliquer tant à l'inexécution qu'à l'invalidité du contrat.

Malgré les pouvoirs accordés aux juges du fond dans le choix des sanctions, la volonté exprimée des parties peut néanmoins permettre d'influencer la position judiciaire tant dans le choix de la sanction que dans son étendue.

B) Le libre aménagement contractuel des sanctions

309. La restriction des sanctions dont disposent le juge en cas d'invalidité du contrat permet davantage aux parties de s'émanciper pour mettre en œuvre des mesures contractuellement prévues. Outre la stipulation d'une nullité conventionnelle (1), les contractants peuvent introduire des clauses permettant de donner une nouvelle chance à la survie du contrat (2).

1) La nullité conventionnelle

310. Portée de la nullité conventionnelle. Les parties peuvent prévoir dans le contrat une clause de nullité à travers laquelle elles sont mutuellement d'accord pour mettre fin au contrat suite à la découverte d'une cause d'invalidité préexistante. L'appréciation des juges du fond est alors anéantie en faveur de la volonté des parties. Dans la grande majorité des hypothèses analysées, seule une des parties conteste la validité du contrat, alors que l'autre la réfute pour favoriser la poursuite de son exécution. La nullité amiable reste donc rarement prononcée, et l'absence de reconnaissance de la nullité unilatérale en fait nécessairement une fonction prononcée par le juge. En effet, en droit français le mécanisme des nullités automatiques, tout comme celui des nullités unilatérales, n'a pas pour effet d'évincer le juge puisque ce dernier reste la seule autorité compétente pour la prononcer. Cependant, la clause de nullité conventionnelle reste valable quelle que soit la cause de nullité affectant le contrat. Peu importe que la cause de nullité soit relative ou absolue, qu'elle vise l'ordre public de protection ou de direction, puisqu'une telle clause a pour finalité de dénoncer une violation de la loi.

311. Renonciation à la nullité. Il n'en est pas de même d'une clause de renonciation anticipée à la nullité. Cette dernière tend en effet à masquer une cause de nullité. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a depuis quelques années durci sa position sur ce point. Elle considère qu'un contractant ne peut par avance renoncer à son droit de demander la nullité du contrat. Les clauses de renonciation à la nullité ne sont donc d'aucun effet. La doctrine n'est pas non plus favorable à ce type de clause. Selon Japiot, « *permettre aux parties de stipuler une clause de renonciation à la nullité reviendrait à priver de toute efficacité la protection que le législateur entendait mettre en place au profit du contractant en prévoyant la clause de nullité*⁷²² ».

312. Exceptions recensées. Alors qu'aucune disposition générale du Code civil ne prévoit cette possibilité, quelques dispositions spéciales la mentionnent. L'exemple classique de l'article 1674 du Code civil en est une parfaite illustration⁷²³. La renonciation à la nullité peut également être envisagée dans le cadre de la confirmation de l'acte nul. Prohiber pour les causes de nullité absolue, la confirmation reste néanmoins valable pour les causes de nullité relative. De plus, elle ne pourrait être envisagée qu'à la condition que le vice soit connu du renonçant et que sa demande ne soit pas prématurée. La validité des clauses de renonciation à la nullité est également admise dans les contrats de cession de licence de brevet⁷²⁴. Dans ce sens, la jurisprudence rappelle fréquemment en matière de renonciation aux règles d'ordre public que « *si toute clause emportant par avance renonciation au bénéfice d'une protection légale est nulle, toute partie peut faire abandon d'un droit prévu dans son intérêt, lorsqu'il est définitivement acquis* ». Elles sont le plus souvent identifiables sous la dénomination de « *clause de non-contestation* ». En droit des assurances, la « *clause d'incontestabilité* » engage l'assureur à ne pas contester la déclaration du risque établi par l'assuré, ce qui le prive notamment du bénéfice des sanctions prévues à son profit par le Code des assurances. Plus sournaises, les clauses de constatation dont les effets ont été étudiés précédemment⁷²⁵ aboutissent à un résultat similaire bien que leur objet ne les présume pas à de telles

⁷²² R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon 1909 p.309 et s.

⁷²³ Selon l'article 1674, le vendeur lésé des plus des 7/12ème du prix peut demander la rescision de la vente « quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision ».

⁷²⁴ Les contrats de cession ou de licence de brevet comportent très souvent une telle clause, par laquelle le cessionnaire ou le licencié s'engage à ne pas contester la validité du brevet objet du contrat. « Le cessionnaire s'engage à ne pas contester la validité du brevet ».

⁷²⁵ *Supra* n°263 à 265.

conséquences. Ne créant aucun droit ou obligation dans la mesure où elles se contentent de constater un fait, elles renferment toutefois une renonciation déguisée.

313. Risques de détournement. Cette faculté de renonciation accordée aux contractants peut renfermer des effets pervers. C'est précisément le cas en matière de vice du consentement. L'erreur sur les qualités substantielles peut ainsi être combattue en déterminant ce qui est ou non de l'essence du contrat. Ce procédé est d'autant plus remarquable en matière de dol. En effet, dans un célèbre arrêt⁷²⁶ rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 21 mars 2001, une telle clause a permis au vendeur de s'exonérer de son dol⁷²⁷. En l'espèce, un couple d'acheteurs avait été séduit par un document publicitaire vantant les avantages fiscaux liés à l'acquisition d'appartements. Cette publicité mensongère, dont le vendeur avait pris soin de préciser qu'il ne s'agissait pas d'un document contractuel, prônait les avantages fiscaux résultant de cette opération immobilière comme étant l'intérêt économique principal de l'acquisition. Toutefois, le contrat de vente contenait une clause de constatation selon laquelle le consentement des acquéreurs n'avait pas été déterminé par les avantages fiscaux qui pourraient en résulter. Face à la demande de nullité des acheteurs pour cause de dol, la Cour de cassation infirma l'arrêt d'appel pour rappeler sous le visa de l'article 1116 du Code civil que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». La présence dans le contrat de la clause selon laquelle le consentement des acquéreurs n'était pas déterminé par les avantages fiscaux faisait obstacle à la possibilité pour ces derniers d'obtenir la nullité du contrat pour dol. Les juges du fond étaient donc liés par cette clause qui conduisait dès lors à exclure toute possibilité d'obtenir la nullité du contrat, alors même que le document publicitaire en faisait l'apologie. La clause a ainsi pour effet de mettre le cocontractant qui n'a pas rédigé le contrat dans l'impossibilité de prouver le caractère déterminant des manœuvres invoquées. La preuve du fait positif que constitue le caractère déterminant des manœuvres dolosives alléguées est bloquée par la preuve négative préconstituée du caractère non déterminant desdites manœuvres.

On perçoit comment une simple stipulation de constatation peut paralyser le pouvoir d'appréciation des juges malgré l'évidence ici des manœuvres dolosives. Le contractant

⁷²⁶ Cass. civ. 3^{ème} 21 mars 2001 n°99-14399, *Contrat-conc. Consom.* juillet 2001, n°7 p.12 obs. L. Leveneur.

⁷²⁷ M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : Recherche sur un possible impérium des contractants*, th. préc. n°209 p.210.

prenant soin de stipuler que les manœuvres pratiquées ne sont pas déterminantes revient à priver son cocontractant de demander la nullité du contrat. Plus que la notion de « document non contractuel » figurant sur le document, la clause de constatation lie pleinement le juge⁷²⁸.

Cette possibilité pour les parties d'imposer au juge la nullité de leur contrat, ou au contraire de contourner cette sanction, constitue un moyen efficace de détournement du pouvoir d'appréciation des juges. Plusieurs alternatives peuvent être contractuellement envisagées par les parties, principalement quant à l'étendue de la sanction recherchée.

2) La détermination contractuelle de l'étendue des sanctions

314. Contractualisation des effets de la nullité. Lorsque l'invalidité d'une stipulation est soulevée par l'une des parties, la sanction de la nullité doit dès lors être prononcée. Comme vu précédemment, il appartient au juge d'user de son appréciation souveraine pour déterminer l'étendue de la nullité. Or, si le juge fait prévaloir l'efficacité de la sanction prononcée, les parties sont libres de prévoir, dès la rédaction du contrat, les effets de la nullité d'une clause de leur contrat. Elles sont alors libres d'aménager l'étendue de la nullité par l'insertion d'une clause de divisibilité, ou à l'inverse d'indivisibilité. Les contractants peuvent préciser que la nullité d'une clause de leur contrat n'affectera pas les autres clauses du contrat et n'entraînera donc pas son annulation, sauf si la nullité de cette clause venait modifier leurs intentions principales telles qu'exprimées au jour de la conclusion du contrat. Pour ce faire, ils prévoient la rédaction d'une clause de divisibilité ou de nullité partielle. Les contractants cherchent ainsi à inciter le juge à ne pas prononcer la résiliation ou la nullité totale du contrat. La validité et l'efficacité de ces clauses sont clairement reconnues en vertu de la liberté contractuelle et de la tendance contemporaine des juridictions à faire prévaloir la nullité partielle. En outre, les parties conviennent généralement que la clause illicite devra être remplacée par une clause conforme aux exigences légales ou qu'une nouvelle négociation devra avoir lieu entre eux pour envisager une clause de substitution. Par cette technique contractuelle, les parties limitent considérablement l'office du juge. Elles s'assurent ainsi que la nullité sera limitée à la clause illicite, conformément à leur volonté, et évitent par ailleurs que le juge détermine lui-même une clause de substitution.

⁷²⁸ *Supra* n°218.

315. La clause d'indivisibilité. A l'origine de nombreuses controverses et revirements jurisprudentiels, et également rencontrée sous l'appellation de « *clauses de rigueur*⁷²⁹ », cette clause a pour fonction de signaler au juge que toutes les clauses sont déterminantes de leur consentement et donc que le contrat forme un tout indivisible. Par conséquent, l'anéantissement de l'une des clauses doit nécessairement entraîner l'anéantissement de l'acte en son entier. A travers cette clause, les parties écartent donc l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la recherche aléatoire de leur volonté et déterminent ainsi elles-mêmes l'étendue de la nullité. Or, malgré la reconnaissance de leur validité au visa du principe de liberté contractuelle et de l'importance accordée à ces clauses par Capitant, la jurisprudence a considéré, dès le début des années 1970, qu'elles portaient en elles un caractère frauduleux⁷³⁰. En matière de bail commercial en particulier, elles avaient pour effet de priver le preneur de son droit au renouvellement. Ces décisions ne se voulaient pas annonciatrices d'une inefficacité systématique. Elles appelaient simplement les juridictions à apporter des tempéraments à l'efficacité des clauses d'indivisibilité⁷³¹ en confrontant la volonté des parties à l'efficacité de la sanction. La clause d'indivisibilité joue donc pleinement son rôle lorsque l'efficacité de la sanction ne commande pas de s'affranchir de la volonté des parties. Or, l'évaluation de l'efficacité de la sanction ne dépend aucunement de la seule appréciation souveraine des juges du fond. Le critère de l'efficacité de la sanction est directement lié au respect des objectifs impératifs poursuivis par le législateur. Dès lors, si une fraude ou une atteinte aux intérêts supérieurs commandés par l'ordre public peut être décelée, la volonté des parties, fût-elle exprimée de manière expresse, doit s'incliner au profit du critère de l'efficacité de la sanction. En dehors de ces hypothèses pour le moins fréquentes, imposant de retenir une nullité partielle⁷³², le juge est lié par la clause et ne peut par sa seule appréciation

⁷²⁹ « De la commune volonté des parties, toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur. Chacune d'elles est la condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté. La suppression d'une clause, pour quelque cause que ce soit entraînera l'anéantissement du contrat dans son intégralité ».

⁷³⁰ Cass. civ. 3^{ème} 6 juin 1972, *Bull. civ. III* n°369, *D.* 1973 jurisp. p.151 note Ph. Malaurie ; Cass. civ. 3^{ème} 9 juillet 1973 n°72-12660, *D.* 1974 jurisp. p.24 note Ph. Malaurie ; Cass. civ. 3^{ème} 6 juin 1972 n°71-11279, *D.* 1973 jurisp. p.151 note Ph. Malaurie.

⁷³¹ J. Maury, De l'indivisibilité entre les obligations et le contrat, *RTD civ.* 1994 p.255 ; J-B. Seube, *L'indivisibilité et les contrats*, Paris Litec 1999 ; S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Defrénois* 30 mars 2002, n°6 p.355 ; G. Loiseau, Quand l'interprétation contractuelle ne peut être brisée par la volonté des parties, *Comm. com. electr.* octobre 2013, n°10 p.28 ; F. Géa, Regards sur les clauses d'indivisibilité, *Dr soc.* 9 juillet 2013, n°7-8 p.589 ; L. Martinet et H. de Roux, Mise en échec des clauses de divisibilité : un recul net de la liberté contractuelle, *LPA* juillet 2013, n°130 p.7.

⁷³² C'est notamment le cas en matière de libéralités pour lesquelles les dispositions de l'article 900 du Code civil font de la nullité la sanction de l'illicéité.

écarter la volonté expresse des parties. Malgré les réticences formulées à son égard, la clause d'indivisibilité exerce donc une réelle influence sur l'amplitude de la nullité prononcée par le juge. Outre les considérations d'ordre public, la volonté des parties doit donc triompher sur l'appréciation judiciaire. M. J. Mestre remarquait sur ce point que « *si les parties ont pris la peine de désamorcer cette mine de contentieux par une stipulation expresse de l'acte, il faut respecter leur volonté expresse et ne pas ouvrir une autre brèche en admettant que l'on puisse plaider sur la portée de la clause d'indivisibilité*⁷³³ ».

316. Champ d'action. Le terrain de prédilection des clauses d'indivisibilité se situe davantage dans les groupes de contrat. En effet, en présence d'un ensemble contractuel, l'efficacité des clauses d'indivisibilité ne fait l'objet d'aucune restriction contrairement aux clauses de divisibilité qui, pour leur part, génèrent une certaine suspicion. La tendance relative à la sanction est également inversée. Dans cette hypothèse, la jurisprudence ne se réfère pas au caractère partiel de la nullité comme application au critère de l'efficacité de la sanction, mais préconise une nullité totale. L'efficacité de la sanction ne résulte pas directement d'une atteinte portée aux considérations d'ordre public mais à l'interdépendance se dégageant des contrats. Le juge s'attache alors à rechercher si les parties ne tentent pas, à travers cette clause, d'annihiler les effets d'une jurisprudence jugée inopportune, alors même que l'indivisibilité entre les contrats est manifeste. Dès lors, l'existence d'une clause de divisibilité doit lier le juge chaque fois qu'elle ne contredit pas la réalité créée par l'ensemble contractuel. Contrairement à la position de certains auteurs, le juge ne fonde pas sa décision sur l'analyse de l'économie générale du contrat mais bien sur le fondement de la cause⁷³⁴. La cause de l'un des contrats, et donc de ses obligations, réside dans l'exécution de l'autre et les parties ne peuvent faire échec à l'interdépendance de leurs contrats. Les notions d'économie générale du contrat⁷³⁵ et de cohérence de l'opération sont ici utilisées comme révélateurs de la

⁷³³ Cass. com. 27 mars 1990 n° 88-15092, *Bull. civ. IV* n°93 ; *RTD civ.* 1991 p.112 obs. J. Mestre.

⁷³⁴ Cass. com. 15 février 2000 n°97-19793, *Bull. civ. IV* n°29 p.23 ; *LPA* 29 décembre 2000, n°260 p.12 note G. Meilhac-Redon et F. Marmoz ; *JCP E* 3 février 2005, n°5 note F. Pollaud-Dunian ; *Dr. & Pat.* septembre 2007, n°162 p.87 obs. Ph. Stoffel-Munck. « la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images, [...] 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 », la Cour de cassation concluant que « le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat ». V° en matière de clauses inconciliables Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n°11-22768 *infra* n°473.

⁷³⁵ J. Ghestin, *op. cit.* n°1216 p.786 et s. ; J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D.* 22 juin 2000, n°24 chron. p.382 ; A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP G* 28 février 2001, I, n°9, 300 ; S. Pimont, *L'économie du contrat*, Thèse Poitiers 2002.

cause. Malgré l'intervention occasionnelle des juges pour priver d'effets les stipulations porteuses d'abus manifestes, le choix de l'étendue de la sanction reste essentiellement dévolu à la volonté des parties.

Tant en matière d'inexécution que d'invalidité du contrat, l'insertion par les parties de stipulations contractuelles expresses contribue à déstabiliser le pouvoir d'appréciation souverain du juge. Si à travers ces clauses les cocontractants entendent encadrer le pouvoir d'appréciation du juge, les hypothèses de son éviction totale restent toutefois moins fréquentes qu'en cas d'inexécution du contrat. Ainsi, ne faudrait-il pas amplifier ce raisonnement pour reconnaître que le choix exercé par le créancier entre les multiples sanctions de l'inexécution du contrat lie le juge dès lors que les conditions de la sanction choisie sont réunies ? Le rôle du juge se réduirait alors à contrôler que le créancier n'abuse pas de son droit en exigeant une sanction excessive.

Un juste équilibre devrait donc être recherché afin de répondre au désir d'harmonisation encore non atteint par la jurisprudence.

Section II : L'éviction contractuelle de l'autorité judiciaire

317. Les parties à un litige ne sont pas toujours à même, loin s'en faut, de parvenir directement à un accord. Il leur est dès lors possible de prévoir dès la rédaction du contrat des clauses instaurant la mise en œuvre de modes alternatifs de règlement du litige (MARL). Ces procédés de résolution des litiges permettent alors aux parties de surmonter leur incapacité à s'entendre seules, en faisant intervenir un tiers pour jouer le rôle de catalyseur de l'accord. Incontestablement entrés dans le discours des juristes français, les MARL et l'arbitrage connaissent aujourd'hui un développement notable et constituent une manière moderne de règlement des conflits. Or, si leur fonction première est d'éviter le recours aux juridictions étatiques, ils ne produisent pas les mêmes effets. Pouvant également être qualifié de justice alternative, l'arbitrage présente cependant une certaine spécificité⁷³⁶ liée à sa nature

⁷³⁶ L'arbitrage constitue une véritable justice privée munie d'un itinéraire procédural défini donnant lieu à une décision arbitrale. Le médiateur n'assume pas pour sa part une fonction juridictionnelle et se contente d'aider les parties à trouver un accord ou au contraire de constater l'échec du processus. Les domaines de prédilection de l'arbitrage et des MARL diffèrent : si l'arbitrage concerne davantage le droit économique, maritime, financier, le droit de la concurrence et la grande distribution à une échelle souvent internationale, les MARL sont généralement plus présents dans le droit de la famille, le droit immobilier ou encore le droit des affaires...

juridictionnelle qui permet de l'ériger en une justice privée. Il s'avère donc nécessaire de les distinguer et de les classer avant de pouvoir s'interroger sur les conséquences de cette quête de l'apaisement par voie contractuelle, offrant aux parties la maîtrise du litige (§1). En effet, les MARL donnent lieu à un procès privé mais doivent néanmoins offrir les garanties d'une justice équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Désireuses d'éviter le prononcé d'un jugement étatique pour résoudre leur litige, il pourrait alors sembler légitime que les parties échappent à l'application du droit processuel, *a fortiori* lorsqu'elles choisissent une résolution consensuelle du litige. Présentée comme la notion centrale des modes de règlement conventionnel des litiges, la médiation sera ici utilisée comme angle d'étude privilégié à l'analyse d'une éventuelle contradiction entre le droit des contrats et le droit processuel, permettant ainsi de mesurer l'autorité de telles clauses (§2).

§1 : La maîtrise du litige par les parties

318. Les modes de règlement des litiges forment une catégorie mal délimitée qui regroupe diverses techniques contractuelles de règlement des différends, impliquant des acteurs et des situations très variés. On considère généralement que l'expression « *modes alternatifs de règlement des litiges* » recouvre tout mécanisme permettant de trouver des solutions acceptables par les parties en dehors des procédures judiciaires traditionnelles. Ils ne se substituent pas à celles-ci mais doivent permettre de vider les conflits de leur substance par la satisfaction des contractants. Véritable alternative à la compétence judiciaire, ces procédés, plébiscités dans le monde des affaires pour leur souplesse et leur adaptabilité aux litiges, ont tous en commun la présence d'un tiers neutre dont la mission est de faciliter le dialogue ou de résoudre le différend. Cette exigence d'un tiers extérieur est au cœur des processus de règlements alternatifs et permet d'identifier la portée des MARL aux regards d'autres outils de résolution des différends (A). Une division des MARL peut alors être établie en fonction du degré d'implication du tiers dans la résolution du litige. Sous l'angle du droit des contrats, cette division se fonde alors sur l'étendue de la liberté contractuelle laissée aux parties dans la résolution du litige. En effet, les modes de règlement des litiges⁷³⁷ n'accordent pas tous la

⁷³⁷ P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Préf. de P. Catala et G. Flécheux, *Perspectives sur la justice*, Paris La documentation française 2003 p.27 et s., L'objet étudié a été dès les origines et est encore désigné par des formules assez diverses. Ce n'est que dans la période récente qu'on peut observer une certaine faveur pour la formule « modes alternatifs de règlement des conflits », abrégée sous forme de MARC ou « modes alternatifs de règlement des litiges » MARL, mais ces formules sont encore loin d'être utilisées à titre exclusif. Il est assez difficile

même place à la volonté des parties dans la résolution du litige, entraînant ainsi une distinction de leur régime juridique applicable mise en exergue à travers leur classification (B). Il convient dès lors de les distinguer pour mieux harmoniser leur régime juridique respectif.

A) La portée des clauses de règlement des litiges

319. Les clauses organisant le traitement des difficultés nées du contrat constituent une catégorie ouverte regroupant un ensemble de clauses aux effets disparates. Si de nombreuses clauses du contrat renferment une finalité sous-jacente, plus ou moins marquée, d'anticipation d'éventuelles contestations, seules les clauses contractuelles prévoyant un règlement extrajudiciaire des litiges feront l'objet de notre étude. Une délimitation fonctionnelle de ces clauses était donc nécessaire pour ne retenir uniquement celles permettant d'évincer l'intervention du juge et de mettre en lumière l'intérêt qu'elles renferment (1). Contribuant au désengorgement des tribunaux, elles participent ainsi à un idéal de discussion, de négociation et tendent vers un objectif de pacification sociale (2).

1) La délimitation des modes alternatifs de règlement des litiges

320. Les justiciables français ont à leur disposition plusieurs outils leur permettant de résoudre hors de toutes juridictions étatiques les litiges nés ou à naître. M. L. Cadiet précise sur ce point que « *la liberté d'agir [...] a pour corollaire la liberté de ne pas agir, nul n'a l'obligation de saisir le juge* », [...] donc « *la liberté d'agir, c'est encore la liberté de ne pas agir devant un juge en préférant, à la solution judiciaire du litige, une solution conventionnelle*⁷³⁸ ».

321. Tentative de classification. Les modes de règlement des litiges sont une réponse adaptée à la judiciarisation croissante des sociétés contemporaines et à l'encombrement des tribunaux. C'est au regard de leur omniprésence que le doyen J. Carbonnier qualifie avec une extrême lucidité ce phénomène « *d'acharnement non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanime qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange*

d'expliquer cette évolution terminologique, la plupart des auteurs n'exposant pas pourquoi ils utilisent tel mot plutôt que tel autre.

⁷³⁸ L. Cadiet, L'effet processuel des clauses de médiation, *RDC* décembre 2003, n°1 p.182.

*d'argumentations rationnelles et une pesée des argumentations, mais dans un échange de baiser de paix à tout prix*⁷³⁹ ». Un premier classement doit être fait entre les clauses de différends : certaines tendent à éviter l'intervention du juge tandis que d'autres sont destinées à organiser la solution judiciaire du litige selon les besoins des contractants. Cette dernière catégorie recense les clauses relatives à la prescription, à la compétence, ou encore à l'instance, telles que les clauses de direction de procès, de remboursement forfaitaire des frais de procédure, de révélation d'instance, ou de concours à l'instance. En revanche, les clauses dont la fonction est d'organiser le traitement pacifique du litige, par la faveur d'une solution conventionnelle, se composent des clauses qui, comme la clause compromissoire, ont pour objet d'organiser une solution arbitrale ou qui, comme les clauses d'arrangement amiable, les clauses d'expertise, ou les clauses de médiation, prévoient un traitement amiable du litige.

Ce sont principalement ces clauses qui exercent la plus grande influence sur la résolution du litige. Plus que d'influencer le juge sur le choix de la sanction, elles ont pour effet de l'évincer de la résolution du litige. Néanmoins, cet ensemble de clauses ne représente pas une catégorie totalement homogène dans la mesure où leur fonction, bien que similaire, ne s'exprime pas avec la même intensité. En effet, une distinction doit être opérée entre les modes amiables de règlement des litiges, regroupant principalement les clauses de médiation, de conciliation, d'expertise, et la clause d'arbitrage qui constitue un procédé juridictionnel de règlement des litiges⁷⁴⁰.

322. Distinction fonctionnelle. Il est toutefois nécessaire de démontrer au préalable que cet ensemble de clauses relatif au règlement des litiges ne peut être confondu avec les clauses antérieurement étudiées. Ces modes de règlement des litiges n'ont pas pour finalité d'organiser le rapport d'obligations que les parties conviennent de créer entre elles. Elles n'aménagent en rien l'étendue des obligations contractuelles mais interviennent *a posteriori* afin de régler les différends nés de l'exécution de ces dernières. Leur fonction ne doit également être confondue avec les clauses de gestion des risques destinées à l'adaptation automatique ou non des composantes contractuelles selon la nature des risques encourus. En

⁷³⁹ J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile*, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Paris La documentation française 1998 p.16.

⁷⁴⁰ J-B. Racine, L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits : Contribution à la définition du terme alternatif, *LPA* 28 mai 2001, n°105 p.16.

effet, contrairement aux clauses d'ajustement, de *hardship*, ou de révision⁷⁴¹, permettant aux parties de redéfinir certains éléments du contrat au gré des évolutions internes et externes, et aux clauses agissant sur la responsabilité des contractants, les clauses de règlement des litiges n'interviennent que pour mettre fin à une contestation. L'existence d'un litige est alors la condition indispensable à leur mise en œuvre. L'objet premier de ces clauses n'est donc pas la convention dont elles sont issues mais la contestation que l'exécution de celle-ci a fait naître.

323. Dernière procédure. La nouvelle « convention de procédure participative⁷⁴² » issue du rapport Guinchard⁷⁴³ répond à cette fonction et s'inscrit à ce titre parmi les modes alternatifs de règlement des litiges. Cette réelle innovation, tirée du droit nord-américain et introduite en droit interne par la loi⁷⁴⁴ du 22 décembre 2010, rappelle que le droit collaboratif constitue une forme de recherche transactionnelle contractualisée, faisant intervenir, en sus des parties, leurs avocats. Aux termes des nouveaux articles 2062 à 2066-1 du Code civil, la convention de procédure participative est un acte juridique par lequel les parties à un différend, qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de celui-ci. Cette nouvelle procédure constitue donc une variante à la médiation qui place la volonté des parties au centre de la résolution du litige. Les parties ont aussi toute latitude pour insérer dans la convention

⁷⁴¹ Autre appellation possible des clauses de révision, les clauses de négociation doivent également être exclues. Exerçant une fonction similaire, elles ont également pour objet, en l'absence de litige, de prévoir un processus de négociation en vue de parvenir à une modification du contrat initialement conclu. R. Al Achkar, *Clause de hardship et clause d'amiable composition*, Thèse Paris II, 2010.

⁷⁴² F. Rongeat-Oudin, Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends, *JCP G* 10 octobre 2011, n°41 dotr. 1097 ; X. Berjot, La convention de procédure participative, nouveau mode alternatif de résolution des litiges, *Lexbase hebdo* 7 juillet 2011, n°447 ; Ch. Boillot, La convention de procédure participative, *RLDA* mars 2011, n°58 p.55 ; H. Poivey-Leclercq, La Convention de procédure participative « Un pacte de non-agression à durée déterminée », *JCP G* 24 janvier 2011, n°4.

⁷⁴³ Le 30 juin 2008, le Recteur Guinchard remettait au Garde des Sceaux le rapport intitulé « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée » rédigé par la commission qu'il a présidée pendant plusieurs mois et a inspiré les débats parlementaires donnant lieu au vote de la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, créant en son article 37 la convention de procédure participative.

⁷⁴⁴ N. Fricero, La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat, *Dr. & Pat* avril 2011, n°202 p.30 ; A-L. Blouet Patin, Présentation de la loi du 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires-Dispositions relatives aux avocats, *Lexbase Hebdo* 3 février 2011, n°62 ; S. Sauphanor, La convention de procédure participative : aspects pratiques : note sous Loi numéro 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, *Gaz. Pal.* 16 janvier 2011, n°16 p.10 ; V° également : décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, JO 22 janv. 2012 qui crée dans le Code de procédure civile un livre consacré aux modes de résolution amiable des différends en dehors d'une procédure judiciaire. Art. 1542 à 1564 du CPC.

toute clause renfermant des modalités d'organisation propres à assurer le bon déroulement d'une telle procédure.

324. Exclusion de la médiation judiciaire. Par ailleurs, afin de terminer la délimitation de notre champ d'étude, il convient d'isoler la catégorie des accords procéduraux⁷⁴⁵ au premier rang desquels figure l'accord donné par les parties à une proposition de médiation faite par le juge. En effet, la médiation judiciaire particulièrement utilisée en matière familiale⁷⁴⁶, pénale⁷⁴⁷, fiscale⁷⁴⁸, ou encore douanière⁷⁴⁹, sera ici exclue. Fondée par un texte de loi, elle est proposée, voire commandée par le juge et non préalablement décidée par les parties. Certes, les contractants donnent leur accord respectif à ce procédé intervenant en cours d'instance mais il ne s'agit pas pour autant d'un accord contractuellement négocié.

Utilisés dans la finalité d'écarter l'autorité judiciaire de la résolution du différend, les procédés de règlement conventionnel des litiges présentent quant à eux de nombreux avantages de fonctionnement.

2) La légitimité des modes alternatifs de règlement des litiges

325. Développement des MARL. Ces procédés font partie des remèdes nécessaires aux maux d'une justice en difficulté, parfois qualifiée d'encombrée, lente, coûteuse et mal adaptée au monde des affaires.

Le droit positif encourage leur développement afin de contrer la préférence croissante des affairistes pour une justice non étatique. En effet, la légitimité des modes alternatifs n'est pas

⁷⁴⁵ L. Cadiet, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in *Le conventionnel et le juridictionnel*, Economica 2001 p.34 et s.

⁷⁴⁶ Décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale ; Art. L.131-1 CPC ; V. Larribeau-Terneyre, *Faut-il réglementer la médiation familiale ? JCP G* 1993, I, 3649 ; E. Mulon, *Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale*, *Gaz. Pal.* 4 février 2001, n°35 p.8 ; M. Douchy-Oudot, *Activité judiciaire en matière familiale*, *Procédures* janvier 2011, n°1 p.21 ; D. Ganancia, *Enjeux et perspective de la médiation au TGI de Paris*, *Gaz. Pal.* 27 mai 2011, n°147 p.14.

⁷⁴⁷ Le législateur ne cesse de promouvoir « les alternatives à la poursuite » depuis la reconnaissance officielle de la médiation pénale par une loi du 4 janvier 1993 et modifiée par la loi du 9 mars 2004 ; Décret n°96-305 du 10 avril 1996 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie) et relatif à la médiation pénale ; Ph. Milburn, *La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? cah. de la justice* janvier 2006, n°1 p.113 ; J-Ph. Tricoit, *Principe de confidentialité et déclarations du médiateur pénal*, *JCP G* 15 mars 2010, n°11 ; E. Maurel, *Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République*, *AJ pénal* mai 2011, n°5 p.219 ; Th. Lébéhot, *Cadre juridique de la médiation pénale*, *AJ pénal* mai 2011, n°5 p.216.

⁷⁴⁸ F. Girard de Barros, *Quelle place pour un médiateur en matière fiscale*, *Lexbase Hebdo* éd. fiscale 27 mars 2003, n°64 ; H. Oliel, *Le médiateur fiscal, nouvel acteur de la procédure fiscale*, *Les nouvelles fiscales* mai 2003, n°891 p.4 ; A. Pando, *Le médiateur de Bercy, une opportunité à saisir pour régler les litiges fiscaux*, *LPA* 2 juin 2011 n°109 p.3.

⁷⁴⁹ Ph. Boulisset, *Ann. loyers*, avril 2002, n°4 p.825.

contestée dans le monde des affaires car les opérateurs sont rarement demandeurs d'une intervention du juge. Les MARL fonctionnent en tant que justice privée, non publique et non institutionnelle. Néanmoins, ils ne constituent pas une voie concurrente à la justice mais simplement une autre voie pour la justice. Très souvent qualifiés de « *zone grise* » placée entre la justice et la société civile, les MARL constituent une forme de justice au cœur de laquelle la liberté contractuelle permet la pleine expression de la volonté des parties. Il s'agit donc d'une justice plus adaptable et ouverte aux contraintes d'un environnement complexe en perpétuelle évolution, mais surtout d'une justice plus humaine axée sur l'écoute et le dialogue.

Les modes extrajudiciaires de règlement des litiges permettent ainsi d'éviter un système judiciaire antagoniste dans lequel les parties s'affrontent. En effet, le recours aux tribunaux implique toujours une solution déterminant un gagnant et un perdant. Dans un tel climat, il semble inévitable que le partenariat qui unissait auparavant les parties ne puisse reprendre. Or, dans le monde du commerce, la pire sanction reste la rupture du lien d'affaires. Le recours aux MARL permet aux parties de discuter de façon raisonnée afin d'aboutir à une entente commune et ainsi d'augmenter les chances de reprise de la relation contractuelle, ou du moins de respecter la solution dégagée par la conviction d'avoir contribué à la résolution du litige.

Par ailleurs, animés d'un esprit libéral, les modes alternatives de règlement des litiges permettent de dépasser la tendance attachée au manichéisme du procès judiciaire. Cela explique son succès auprès des professionnels.

326. Allègement des contraintes. Tout d'abord, la rapidité recherchée à travers les MARL réside principalement dans leur adaptabilité sur le plan procédural. En effet, les contractants ne sont pas soumis à la lourdeur des règles de preuve et de procédure inhérentes à une instance judiciaire. Excepté l'impérativité des règles d'ordre public de direction, les parties sont libres de choisir le système de preuve utilisé et des modalités processuelles encadrant le déroulement de la résolution du litige. Dès lors, la rapidité tant recherchée dans le monde des affaires trouve dans ces procédés un pendant ne faisant que conforter leur légitimité aux yeux des professionnels.

La rapidité et l'adaptabilité des MARL se vérifient également sur le plan international. L'exemple le plus souvent cité en la matière reste celui de la procédure de Discovery⁷⁵⁰ aux États-Unis. Étape clé dans le déroulement des procès soumis à la *commun law*, cette procédure requiert d'une partie qu'elle divulgue à la partie adverse tous les éléments de preuve favorables ou non dont elle dispose. Cette étape intimidante pour les parties qui ne sont pas familières avec ce genre de processus génère des coûts importants et allonge considérablement la durée des procès. Les MARL, par leur souplesse, permettent de passer outre cette exigence et d'insuffler une économie de temps et d'argent.

327. Une dépense légitimée. Le coût financier est également un facteur d'attraction important en faveur des MARL. De façon générale moins coûteux qu'un recours judiciaire, ce point doit être tout de même nuancé car contrairement à la médiation, l'arbitrage ne constitue pas toujours une source d'économie. La rémunération du tiers intervenant dans la résolution du litige constitue la principale dépense pour les contractants. Toutefois, elle s'avère indispensable car le recours à un tiers, et particulièrement le libre choix de ce tiers par les parties, constitue un atout considérable des MARL. Dans une procédure judiciaire, le juge est imposé sans aucune garantie de sa connaissance du domaine dont il est saisi. Cette situation oblige dès lors les parties à se munir d'experts qui témoigneront afin de permettre au juge de mieux comprendre les faits et enjeux du litige. Ce recours aux experts judiciaires augmente alors inévitablement la durée et le coût du procès. Ici encore, les MARL permettent aux parties, réticentes à l'égard de l'incertitude du résultat judiciaire, de choisir un ou plusieurs tiers spécialistes du domaine concerné, capables de trancher eux-mêmes le litige.

Rapidité, faible coût, flexibilité et spécificité sont autant de caractéristiques adaptées au monde des affaires et auxquelles il est possible de rajouter la confidentialité⁷⁵¹. Alors que la totalité du contenu d'un dossier porté devant un tribunal étatique est public, les MARL et l'arbitrage restent privés. Le dossier contenant d'éventuels secrets commerciaux dont la divulgation pourrait s'avérer préjudiciable, ainsi que la solution dégagée entre les parties demeurent confidentiels.

⁷⁵⁰ E. Caprioli, Les flux transfrontaliers des données à caractère personnel en matière bancaire, *RD banc. et fin.* janvier 2010, n°1 p.72 ; M. Dubertret, Le transfert d'informations d'ordre économique ou à caractère personnel, *Banque et Droit* janvier 2010 n°129 p.3 ; M. Griguer, De la compatibilité de la Loi informatique et libertés avec les lois américaines, *Cah. dr. entr.* mars 2010, n°2 p.45.

⁷⁵¹ La confidentialité dans le règlement amiable des litiges, *LPA* 5 aout 1994, n°93 p.17 et *LPA* 8 aout 1994, n°94 p.7 ; E. Loquin, Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, *Rev. arb.* janvier 2006, n°2 p.323 ; S. Carré J-Ph. Tricoit, Règlement amiable conventionnel, *Rev. arb.* janvier 2009, n°2009-1 p.220.

328. Un strict respect de la volonté. Mais l'un des principaux atouts des modes extrajudiciaire de règlement des litiges, trop souvent oublié dans les diverses présentations, réside dans le respect du consentement des parties. En effet, dans sa mise en œuvre comme dans son issue, il n'y a pas de mode alternatif qui vaille sans un consentement libre et éclairé des contractants. Si un justiciable peut être jugé sans son accord, et en son absence, une partie à un conflit ne peut être conciliée contre son gré, ni en son absence.

L'importance accordée à la volonté des contractants constitue dès lors un critère de classification.

B) La classification des clauses de règlement des litiges

329. L'ensemble des clauses renfermant des modes alternatifs de règlement des litiges ou d'arbitrage répond à une fonction commune de résolution extrajudiciaire du différend. Néanmoins, les techniques et institutions que recouvrent ces clauses revêtent un caractère composite et doivent être distinguées selon leur caractère consensuel ou juridictionnel. Une sous-distinction doit donc être faite au sein de cette même catégorie entre les clauses organisant une résolution contractuellement négociée du litige d'une part, et celles aboutissant à une solution arbitralement imposée d'autre part. L'effet accordé à la manifestation de volonté des parties constitue dès lors un critère de classification naturel de ces procédés. Le champ d'expression laissé à la liberté contractuelle dans la mise en œuvre de ces techniques extrajudiciaires de résolution des litiges permet ainsi de différencier les modes consensuels, articulés autour de la notion centrale de médiation (1), et l'arbitrage limitant la volonté des parties au profit de l'arbitre (2).

1) Les modes consensuels de règlement des litiges

330. Médiation. Les modes consensuels de règlement des litiges regroupent l'ensemble des clauses permettant aux parties de participer activement à la résolution de leur litige. Elles s'articulent toutes autour de la notion fondamentale de médiation⁷⁵². Le Vocabulaire juridique Capitant, dirigé par le doyen G. Cornu, la définit comme le « *mode de solution des conflits*

⁷⁵² Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (JO, L136 du 24 mai 2008 p.6). Cette directive a pour but de faciliter le recours à la médiation dans le cadre de litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale. La directive prévoit toutefois que rien n'empêche les Etats membres d'appliquer les mêmes règles en ce qui concerne les médiations internes.

consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution ».

Le monde commercial s'intéresse fortement à cette notion. Cet intérêt s'explique, certes par le mécontentement suscité par le coût et la durée de certaines procédures judiciaires, mais il est principalement dû à la maîtrise que les parties peuvent exercer sur l'issue d'un tel processus. Le médiateur, librement désigné par les parties, n'a pas pour rôle de trancher le litige mais accompagne leur réflexion en leur permettant de trouver un accord. Il peut alors le faire essentiellement de deux manières qui correspondent à deux types ou modèles de médiation pratiqués à travers le monde. Tout d'abord, dans la médiation-facilitation⁷⁵³, le médiateur s'efforce de faciliter le dialogue entre les parties et d'aider chacune d'elles à comprendre le point de vue, la position, et les intérêts de l'autre. Dans la médiation-évaluation⁷⁵⁴, le médiateur émet sur le différend un avis non contraignant que les parties restent libres d'accepter ou de rejeter.

331. Conciliation. La clause de conciliation⁷⁵⁵, pour laquelle l'intervention d'un tiers n'est pas obligatoire, répond à une fonction identique et présente les mêmes caractéristiques que la médiation lorsqu'un conciliateur est sollicité. La seule différence réside dans la mission confiée à ce dernier. Le tiers conciliateur intervient moins activement et se contente de guider les parties dans leur réflexion afin de les aider à dégager leur propre solution au litige. Si la doctrine à très longtemps cherché à faire une différence entre ces deux notions, il doit être aujourd'hui admis que la différence entre médiation et conciliation est plus de degré que de nature. La frontière entre la conciliation et la médiation-facilitation apparaît, dans les faits, extrêmement mince. Dès lors, il importe peu que les rédacteurs de contrats emploient indifféremment l'une ou l'autre notion, à condition que le rôle du tiers pacificateur soit clairement défini. En effet, la détermination de son champ d'intervention dépend uniquement de la rédaction de la clause et des obligations qu'elle met à sa charge, et non du point de

⁷⁵³ Th. Montéran, le respect des clauses contractuelles de médiation, *Gaz. Pal.* 30 mars 2003, n°89 p.8.

⁷⁵⁴ V. Tilman, Les atteintes au principe du consensualisme dans la médiation commerciale - impact au niveau européen, *RDAI* août 2005, n°4 p.431.

⁷⁵⁵ A. Lorieux, De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil, *Gaz. Pal.* 1996, n°2 p.1268 ; F. Kernaleguen, *La solution conventionnelle des litiges civils*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1997 p.65 ; R. Tudela ; L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges J. Ghestin 2001 p.177, Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire, La conciliation préalable, *Gaz. Pal.* 4 juillet 1996, n°2 p.696 ; Cass. ch. mixte 14 février 2003 n°00-19423 et 00-19424, *D.* 2003 IR p.602, *D.* 2003 p.1386 et s. note P. Ancel et M. Cottin ; *Contrats-conc. consom* juin 2003, n°6 p.12 note L. Leveneur ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.182 et s. obs. L. Cadiet, *RDC* décembre 2003, n°1 p.189 et s. obs. X. Lagarde, *Deffrénois* 2003 p.1158 et s. obs. R. Libchaber.

savoir si la clause est présentée comme une clause de médiation ou de conciliation par les parties.

332. Expertise. Une autre déclinaison de l'importance attribuée aux tiers peut être décelée à travers la clause d'expertise⁷⁵⁶. L'intervention d'un tiers dans la formulation d'un avis sur une question technique ne doit pas conduire à exclure l'expertise comme mode alternatif de règlement des litiges. Il est ainsi possible d'établir une combinaison entre médiation et expertise. Les parties sont libres de choisir un médiateur qui est aussi un expert dans un domaine technique particulier. Encore appelée « *clause d'expert* » ou « *clause d'expert neutre* », elle laisse aux parties la liberté de définir l'étendue de sa mission. Dès lors, soit l'expert suit l'exécution du contrat pour éviter que des difficultés apparaissent, et le cas échéant les résoudre au fur et à mesure d'un strict point de vue technique, soit il n'est désigné qu'en cas de différend et sa mission est alors d'établir un rapport sur les divers aspects du contentieux en train de se constituer. Cette clause est très fréquente dans les contrats d'affaires car le différend lié à l'exécution du contrat naît souvent d'une représentation inexacte, par chaque partenaire, de l'état réel d'exécution du contrat par l'autre. Une identification précise des problèmes permet au contraire de désamorcer le contentieux. Dans la grande majorité des situations, l'expert demeure passif quant à l'effet du litige et se contente d'éclairer le débat sans proposer de solution.

Toutefois en pratique, cette clause ne laisse que peu de place à la négociation des parties. En effet, elles se contentent d'attendre l'avis de l'expert qui réglera définitivement la contestation née. La mission, mais surtout les pouvoirs attribués à l'expert peuvent être très variables. L'autorité de l'expertise diffère selon qu'il s'agisse d'une « expertise simple » dont les parties sont libres de s'affranchir, d'une « expertise mixte » engageant les parties sauf à être contestée devant les tribunaux dans un bref délai, ou de « l'expertise irrévocable » que les parties ne peuvent pas discuter. Ce dernier procédé se situe à la frontière du consensuel et ne diffère d'un règlement juridictionnel du litige que dans la mesure où le litige est tranché par application d'une règle technique et non juridique.

⁷⁵⁶ L. Cadiet, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *les principales clauses conclues entre professionnels op. cit.* p.193 ; X. Lagarde, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, *Rev. arb.* juillet 2000, n°3 p.377 ; Confluences juridiques, Arbitrage et expertise : où sont les frontières ? *Gaz. Pal.* 26 avril 2006, n°116 p.2 Etude n°6 ; H. Slim, L'assureur et le procès arbitral, *RGDA.* avril 2010, n°2 p.582.

333. Inspirations étrangères. Ce premier rapprochement vers un mode juridictionnel de résolution du litige a conduit les praticiens à emprunter aux pratiques étrangères des techniques entraînant une plus grande modulation de la notion de médiation. Il en est ainsi de la méthode dite de « *mini-trial*⁷⁵⁷ ». D'origine américaine, elle est très utilisée au sein des grandes entreprises. Les hauts dirigeants de chaque partie vont dans un premier temps procéder à des échanges de mémoire et plaident ensuite devant un collège de trois personnes présidé par un conseiller neutre choisi par les contractants et assisté d'un représentant de chaque partie. Dans un second temps, ces représentants associés au conseiller indépendant vont proposer aux parties une solution d'entente en vue d'aboutir à une transaction. Ici encore, la médiation est utilisée et adaptée aux particularités du domaine concerné.

334. Modèle de référence. Nombre d'auteurs s'accordent pour définir la médiation comme une discipline à part entière, rigoureuse et dotée d'un processus structuré. Ils identifient cette manière de résoudre les conflits comme la seule à entretenir la liberté relationnelle et contractuelle, par-delà des aléas conflictuels.

Toutes ces variantes à la matrice que constitue la médiation ont donc pour fonction d'éviter l'intervention judiciaire et de laisser aux parties la liberté de définir l'accord. Ce dernier résultera de leur discussion animée par un tiers « pacificateur ». Toutefois, en pratique, une forte tendance consiste à associer le règlement amiable du litige à un règlement juridictionnel.

335. Combinaisons de procédés. Dans le souci de sécuriser la solution de leur différend et d'écartier toute intervention judiciaire, ces différentes clauses de règlement amiable des litiges prévoient soit de finaliser l'accord amiable des parties par une transaction, soit de recourir en cas d'échec à l'arbitrage. Sur ce point, la transaction, également classifiable parmi les modes consensuels de règlement des litiges au regard de sa fonction et de son caractère amiable, contient elle-même très fréquemment une clause d'arbitrage permettant de régler les litiges pouvant naître de sa propre mise en œuvre⁷⁵⁸. Alors que les clauses de règlement amiable

⁷⁵⁷ Fortes des arguments et pièces échangés devant les arbitres lors de cette première phase, les parties peuvent alors tenter de transiger. C. Goldman et Ph. Szokoloczy, Nouvelles méthodes de règlement des litiges : rapidité et économie, *Option Finance* 13 juin 1994, n°311 p.30 ; J-C. Goldsmith, Petite et grande histoire du règlement ADR par la CCI. Son architecture, *Gaz. Pal.* 14 novembre 2001, n°318 p.36 ; E. Teynier, Régler les litiges commerciaux grâce à l'arbitrage, *Option Finance* 10 juin 2003, n°740 p.31.

⁷⁵⁸ Cas du « protocole d'accord transactionnel » contenant des concessions réciproques (référence art. 2044 et s.) tout en renfermant une clause compromissoire en cas de nouveau désaccord. V° également le Med-Arb : T. Sawada, Le processus hybride d'Arb-Med : l'occident et l'orient ne se rencontreront-ils jamais ? *BCI Arb. de la*

peuvent désigner le tribunal compétent en cas d'échec, le monde des affaires favorise quant à lui l'arbitrage en dernier recours.

Une autre combinaison, rapprochant davantage la médiation de l'arbitrage, consiste à conjuguer ces deux modes de résolution des litiges malgré leurs effets divergents. Le tiers désigné par les parties intervient d'abord comme médiateur avant de se muer en cas d'échec en arbitre et imposer sa décision. On assiste aujourd'hui à une multiplication de ces régimes mixtes⁷⁵⁹ qu'il est nécessaire de décomposer pour appliquer à chaque phase du processus un régime juridique différent. Fort de rechercher les techniques de résolution des litiges propres à respecter la pleine expression de leur volonté contractuelle, les parties ne se désintéressent donc pas pour autant de l'arbitrage.

2) Une résolution juridictionnelle du litige à travers l'arbitrage

336. Recours à un arbitre. L'arbitrage est une technique de résolution des litiges consacrée par les plus anciens systèmes juridiques⁷⁶⁰. Comme le précise M. Ch. Jarrosson, « *l'arbitrage est toute institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci*⁷⁶¹ ». A travers l'arbitrage, les parties sont à la recherche d'une justice autre que celle rendue par les juridictions étatiques, sans pour autant l'enfermer dans un cadre strictement consensuel entraînant nécessairement l'élaboration d'une solution amiable et négociée. Ce recul de la volonté peut s'expliquer par le désir des parties, dès la rédaction du contrat, de ne pas concilier, par elles-mêmes, leurs intérêts en cas de litige. Conscientes de la force et de la

CCI juillet 2003, n°14 p.31 ; A. Outin-Adam et S. Henry, Les modes importés et transposés en France, *Gaz. Pal.* 27 juin 2007, n°178 p.88 ; J. Henry, Réflexions sur la médiation judiciaire en matière commerciale, *Option Finance* 7 juin 2010, n°1080 p.35 ; V° co-Med-Arb.

⁷⁵⁹ A titre d'exemple, peut être cité le *baseball arbitration* (arbitrage baseball) ou *last offer arbitration* (LOA, arbitrage selon la dernière offre) : chaque partie présente sa thèse devant un tiers et fait une proposition de solution. Le tiers devra ensuite opérer un choix entre les deux solutions qui lui sont présentées ; il doit opérer comme un départiteur et n'a pas le droit de choisir une troisième voie. L'avantage du système est de contraindre chaque partie à proposer l'offre la plus raisonnable possible. Cela a pour effet de réduire l'écart entre les prétentions et de rendre possible un accord en cours de route. A défaut d'accord, il est permis au tiers de décider de la solution la plus adaptée. Une autre variante le *Medaloo* consiste à utiliser la conclusion du tiers dans la LOA comme base de recherche d'une médiation. Extrait de C. Jarrosson, Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale, *RIDC* avril-juin 1997, Vol.49 n°2 p.325.

⁷⁶⁰ Y. Jeanclos, La pratique de l'arbitrage du XII^{ème} siècle au XV^{ème} siècle, *Rev. arb.* juillet 1999, n°3 p.417 et s. ; J. Hilaire, L'arbitrage dans la période moderne (XVI^{ème}-XVII^{ème} siècle), *Rev. arb.* avril 2000, n°2 p.187 et s. ; C. Jallamion, Arbitrage et pouvoir politique du XVII^{ème} au XIX^{ème} siècle, *Rev. arb.* janvier 2005, n°1 p.3 ; A. Lefebvre-Teillard, L'arbitrage en droit canonique, *Rev. arb.* janvier 2006, n°1 p.5.

⁷⁶¹ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ 1987, n°785 p.372.

ténacité négociatrice de l'adversaire, les parties préfèrent s'en remettre à la décision d'un arbitre, spécialiste de la question, et éviter ainsi une procédure amiable prédestinée à l'échec.

337. La clause compromissoire. La convention d'arbitrage, terme usuel en pratique, porte le nom de clause compromissoire⁷⁶² lorsqu'elle est rédigée en vue d'un litige futur, et celui de compromis lorsqu'elle porte sur un litige déjà né. Or, c'est principalement la clause compromissoire, insérée dès la rédaction du contrat qui est la plus représentative de la volonté des parties de recourir à ce mode de résolution des litiges. En effet, une fois le litige survenu, les parties peuvent décider de recourir à l'arbitrage même en l'absence d'une clause de compromis. L'intérêt de cette dernière consiste à préciser la mission de l'arbitre ou les modalités de la procédure arbitrale. De plus, la clause compromissoire se distingue du compromis en ce qu'elle est une stipulation accessoire au contrat principal, et non une convention d'arbitrage autonome. Ce point sera ultérieurement discuté car la jurisprudence lui confère aujourd'hui une large autonomie⁷⁶³ par rapport au contrat principal.

Traduction directe de la volonté des parties, la clause compromissoire se définit comme une convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats⁷⁶⁴. Sa formulation écrite⁷⁶⁵ au sein du contrat est exigée à titre de validité et témoigne de son caractère contractuel. Son insertion volontaire et approuvée par les parties implique par conséquent sa nullité si une seule partie s'attribuait le pouvoir de désigner ultérieurement le ou les arbitres.

338. Le choix des arbitres. La liberté accordée aux parties se retrouve également dans le choix des arbitres. Légitimement, les parties souhaitent que l'arbitre ou les arbitres qui

⁷⁶² E. Loquin, *La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage*, Note sous décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO n°0011 du 14 janvier 2011, p.777 ; Th Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D.* 23 décembre 2010 n°44 p.2933 ; Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005 n°04-12655, *D.* 26 janvier 2006, n°4 p.2777 note Th. Le Bars et P. Callé ; *JCP E* 2 février 2006, II, n°5, 1196 note H. Croze ; Art. 2061 : « [...] la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

⁷⁶³ Cass. civ. 2^{ème} 4 avril 2002 n°00-18009, *Dr. & Pat.* juin 2002 p.121 obs. J. Mestre ; *JCP E* 24 octobre 2002 n°43, 1555 note O. Gout ; *Rev. arb.* janvier 2003, n°1 p.103 note P. Didier ; *JCP E* 8 mai 2003, n°19, 105 obs. C. Seraglini ; E. Kleiman & J. Spinelli, La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité, *Gaz. Pal.* 26 janvier 2011, n°26 p.9.

⁷⁶⁴ Art. 1442 NCPC.

⁷⁶⁵ Art.1443 NCPC. Il est néanmoins possible de faire figurer la clause dans un autre document, telles les conditions générales de vente ou d'achat, à condition que le contrat principal soumis à l'arbitrage s'y réfère directement.

forment le tribunal arbitral réunissent toutes les capacités nécessaires. Ils doivent être à la fois indépendants et avertis des intérêts de la partie qui les a désignés. Compétents en droit mais également ouvert à ses corrections au nom de l'équité, et selon la conception que chaque partie a de celle-ci. Toutes ces qualités recherchées des arbitres restent cependant contradictoires au demeurant.

Le choix des parties portera tout d'abord sur la détermination du nombre des arbitres. Les parties devraient normalement pouvoir s'en remettre à un arbitre unique lorsque ni la difficulté du cas, ni son enjeu financier ne justifient d'exposer des coûts supplémentaires liés à la présence de plusieurs arbitres. Mais il est psychologiquement plus facile de proposer un nombre de trois arbitres. Chaque partie se sent ainsi rassurée en désignant « son » arbitre assimilé souvent, mais à tort, à un second avocat. Alors, le tribunal arbitral doit être composé de plusieurs arbitres en nombre impair. La difficulté principale des parties étant de désigner un troisième arbitre, elle est alors effectuée par les deux arbitres préalablement choisis par les parties ou à défaut, par le juge d'appui compétent en la personne du président du tribunal de grande instance en droit interne et de la Cour internationale d'arbitrage en matière internationale. Malgré le caractère contractuel affecté à la mise en place de l'arbitrage, l'exercice de l'autonomie de la volonté des parties ne peut s'exercer de façon souveraine, voire libertaire tout au long de ce processus. Cette matière est fortement encadrée par des sources traditionnelles du droit, au premier rang desquelles le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁷⁶⁶ opère un encadrement strict des règles applicables à travers les articles 1442 à 1527 du NCPC.

339. Mission de l'arbitre. L'illusion dans la liberté laissée à la volonté des parties se perçoit nettement dans la mission attribuée à l'arbitre. Bien qu'investi en vertu d'un contrat, l'arbitre seul, ou en collégialité, reçoit, à la différence d'un médiateur, la mission de trancher le litige. La décision qu'il rend ne constitue pas une simple proposition sur laquelle les parties sont invitées à se mettre d'accord : elle constitue un véritable jugement par lequel l'arbitre fait œuvre juridictionnelle et à laquelle est attribuée la dénomination de sentence. L'autorité de la

⁷⁶⁶ E. Gaillard & P. de Lapasse, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, *D.* 20 janvier 2011, n°3 p.175 ; B. Le Bars, La réforme du droit de l'arbitrage – Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche, *JCP G* 24 janvier 2011, 67 n°4 ; E. Kleiman & J. Spinelli, La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité, *Gaz. Pal.* 27 janvier 2011, n°27 p.9 ; *Rev. arb.* janvier 2011, n°1 p.5 obs. Ch. Jarrosson et J. Pellerin ; Y. Broussolle, Réforme de l'arbitrage : Le décret du 13 janvier 2011, *LPA* 6 avril 2011, n°68 p.15 ; J. Béguin, J. Ortscheidt & Ch. Séraglini, Un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011, *JCP G* 18 avril 2011, 467 n°16.

décision arbitrale ne peut dès lors être comparée avec le procédé du « mini-trial » pour lequel la décision des arbitres ne constitue qu'un simple avis.

Les pouvoirs accordés à l'arbitre ne relèvent pas de la sphère consensuelle et il serait dès lors plus juste de qualifier l'arbitrage de voie parallèle de résolution des litiges plutôt que de voie alternative. En effet, il s'agit d'une véritable instance considérée par la loi et la pratique comme une institution, malgré son caractère contractuel. L'arbitrage ressemble tant au monolithe des institutions judiciaires que la voie classique en deviendrait presque une alternative.

L'encadrement des dispositions législatives et les pouvoirs accordés à l'arbitre annihilent inéluctablement la volonté des parties dans la recherche d'une solution du litige.

Si la liberté de la volonté des parties demeure particulièrement large dans le choix de recourir à l'arbitrage, il s'avère nettement plus restreint quant à son déroulement.

§2 : L'autorité des clauses de règlement des litiges

340. Les effets des clauses de médiation seront ici étudiés en comparaison avec ceux des clauses d'arbitrage, afin de mieux percevoir l'influence de leur dimension contractuelle. Si, comme il a pu être précisé dans les développements précédents, ces deux procédés relèvent d'un cadre contractuel, l'expression de la volonté des parties s'est avérée nettement plus perceptible dans les modes conventionnels de résolution du litige telle que la médiation. Or, cette omniprésence de la liberté contractuelle n'a pas pour effet d'évincer les règles attachées au droit processuel. Bien au contraire, une certaine complémentarité existe entre le contractuel et le processuel. C'est avant tout grâce au droit processuel que les MARL et l'arbitrage pourront être mis en œuvre. Ces procédés, bien que de nature contractuelle, accomplissent une prestation de services consistant à faire émerger une solution au litige. Ils ne peuvent donc s'affranchir du contexte processuel dès lors que l'objet de cette prestation consiste en l'accomplissement d'une procédure. Toutefois, l'emprise du droit processuel sur les modes alternatifs de règlement des litiges n'est pas la même selon les matières dans lesquelles il intervient. Certains droits litigieux commanderont l'application des règles de procédure dans une perspective institutionnalisée, alors que d'autres seront soumis à des règles de procédure contractualisées, tel un moyen d'étendre la sphère du contrat aux situations litigieuses (A). L'influence du droit processuel ne reste pas cantonnée à l'organisation de la médiation mais

offre certaines garanties processuelles au stade de son exécution et permet ainsi de renforcer la force obligatoire de ces procédés (B).

A) L'influence du droit des contrats sur le droit processuel

341. L'organisation de l'arbitrage et de la médiation révèle la mise en œuvre de règles destinées à encadrer le bon déroulement de la résolution du litige. Le critère de classification relatif au respect de la liberté contractuelle s'avère également révélateur de la distinction des MARL quant à l'influence du droit processuel. La liberté laissée aux parties par la clause de médiation leur permet d'établir les modalités destinées à régir le processus de règlement du différend en cause. A l'inverse, l'encadrement légal et institutionnalisé des règles de procédure applicables en matière d'arbitrage restreint considérablement le principe de liberté contractuelle. Le droit processuel ne s'exprime donc pas au même degré au sein des MARL et de l'arbitrage (1), et son influence ne peut être mesurée qu'à travers sa contractualisation, distinguant la nature des droits sur lesquels ils interviennent (2).

1) L'effet processuel des modes alternatifs de règlement des litiges

342. Influence du droit substantiel. A l'image de la médiation, les modes consensuels de résolution des litiges mettent en œuvre des principes de fonctionnement non contraignants, puisque directement définis par les parties. Contrairement à l'arbitrage, les parties à la médiation restent maîtresses du différend et ne transfèrent pas leur pouvoir de décision au médiateur. Dès lors, si dans l'arbitrage les parties doivent convaincre le tribunal arbitral du bien fondé de leurs prétentions, elles doivent en revanche se convaincre mutuellement en matière de médiation. Le résultat doit être négocié et accepté par les deux camps et n'est pas imposé par le médiateur qui se borne à jouer le rôle de relai.

L'emprise des parties sur la résolution du litige influence également l'application du droit substantiel. En effet, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle les parties confient à l'arbitre la mission de statuer en amiable compositeur⁷⁶⁷ en vertu de l'article 1478 du Code civil, l'issue de l'arbitrage dépend toujours d'une norme objective, à savoir le droit applicable.

⁷⁶⁷ J. Béguin, L'arbitre amiable compositeur qui ne statue pas conformément au droit est présumé statuer en équité, *JCP G* 12 décembre 2007, n°50 ; L. Jaeger, Vers une présomption de la bonne exécution de la mission d'amiable compositeur ? *LPA* 24 mars 2008, n°60 p.14 ; Cass. civ. 2^{ème} 8 juillet 2004 n°02-19382, *JCP E* 9 décembre 2004, 1.179 n°4 ; *JCP G* 19 octobre 2005, 1. n°42, 179, note J. Béguin, J. Ortscheidt, Ch. Séràglini.

L'issue de la médiation est, quant à elle, déterminée par la volonté des parties qui peuvent ainsi prendre en considération d'autres facteurs, et tout particulièrement leurs intérêts commerciaux respectifs. Il est communément admis sur ce point que la médiation repose sur des intérêts tandis que l'arbitrage repose sur des droits. Le fait de mettre en balance leurs intérêts commerciaux permet aux parties, engagées dans une relation contractuelle suivie du type contrat de licence, accord de distribution ou autres, de se décider en fonction de leurs relations à venir, et non seulement de leur conduite passée. Cette liberté existe également en matière d'arbitrage mais elle se cantonne aux seules règles de droit applicables au fond du litige. Si cette précision est apportée dans la clause compromissoire, la volonté des parties trouve à s'exprimer, sans pour autant interférer sur le résultat comme c'est le cas dans la médiation.

343. Influence du droit processuel. Par ailleurs, la limitation de la volonté est également patente dans la détermination des règles processuelles applicables. Certes, l'arbitrage offre aux parties la possibilité de définir dans leur convention les modalités processuelles⁷⁶⁸ devant être suivies par le tribunal arbitral ou l'arbitre unique, néanmoins, force est de constater que le choix de recourir à un arbitrage *ad hoc*⁷⁶⁹, obligeant les parties à préciser les règles de procédures applicables, est beaucoup moins fréquent. Cette réticence des contractants dans l'aménagement conventionnel de la procédure s'explique tout d'abord par la philosophie attachée à la technique de l'arbitrage. Par le recours à l'arbitrage, les parties impuissantes à faire émerger un accord négocié, transfèrent leurs pouvoirs à un ou plusieurs arbitres en charge de trancher⁷⁷⁰ leur litige. De plus, au regard du fort encadrement des règles procédurales par le Code de procédure civile, l'organisation contractuelle de la procédure appelée à régir l'instance arbitrale effraie le plus souvent les contractants. Le recours important à l'arbitrage institutionnel⁷⁷¹ permet alors aux parties de bénéficier des règles de procédure prévues par l'institution choisie, ainsi que d'un choix d'arbitres et d'une logistique

⁷⁶⁸ Art. 1509 NCPC.

⁷⁶⁹ J. Béguin & J. Ortscheidt, Les dix commandements du président d'un tribunal arbitral interne *ad hoc*, *JCP G* 2010, prat. 646 ; Fr. Niggemann & Fr. Jonglez de ligne, La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile, *Gaz. Pal.* 25 octobre 2009, n°98 p.21 ; J. Béguin, Le bon usage de l'arbitrage, *JCP G* 29 juin 2009, n°27.

⁷⁷⁰ La loi investit les arbitres d'un pouvoir juridictionnel, permettant ainsi de comparer la situation des arbitres à celle des juges consulaires qui ne sont pas des magistrats professionnels.

⁷⁷¹ J-L. Delvolvé, Trente ans d'arbitrage, *LPA* 11 septembre 2008, n°183 p.16 ; E. Loquin, De la distinction de l'arbitrage et des institutions voisines, *RTD com.* juillet 2009, n°3 p.536 ; X. Delpech, Arbitrage juridictionnel : existence d'un litige, *D.* 13 janvier 2011, n°2 p.88.

matérielle. En recourant à ce procédé institutionnalisé, les parties limitent l'expression de leur volonté mais s'assurent du bon déroulement de la procédure et des risques de blocage dus à une mésentente insurmontable.

En effet, l'arbitrage institutionnel offre des clauses-types, au libellé éprouvé, ainsi qu'un règlement d'arbitrage servant à la fois de cadre et de guide pour la procédure. Dès lors, si certains points de la procédure arbitrale ne sont pas couverts par le règlement, il est recommandé aux parties de choisir des règles de droit complémentaires en se référant, par exemple en matière internationale, à la loi de procédure arbitrale du pays du lieu de l'arbitrage. Lorsque les parties ne peuvent s'accorder, les règlements institutionnels prévoient là encore des mécanismes de décisions supplétifs qui permettent d'éviter le blocage de la procédure.

344. Une procédure contractualisée. Le manque d'encadrement des règles processuelles relatives à la médiation incite en revanche les parties à définir contractuellement le déroulement de la procédure. Elles sont libres de préciser, dès la clause de médiation, les modalités de désignation du médiateur, sa mission, sa rémunération, les frais connexes, la durée de la médiation, ainsi que toutes les règles d'organisation des réunions, d'échanges de pièces, et de façon plus générale, les règles de comportement nécessaires à faciliter la résolution du différend. Mais les parties peuvent, comme en matière d'arbitrage, indiquer dans la clause de médiation que les différends nés du présent contrat seront soumis au règlement de médiation auquel elles déclarent adhérer. Ici encore, le règlement a une fonction plus limitée dans la médiation que dans l'arbitrage. Même soumis au règlement d'un centre de médiation, la procédure reste relativement peu structurée et informelle. Ce sont alors les parties et le médiateur qui, ensemble, arrêtent la procédure à suivre. Le consentement des parties est requis pour toutes les phases de mises en œuvre de la médiation, et le médiateur ne peut jamais leur imposer une organisation processuelle non concertée.

Le manque d'impérativité des formalités processuelles n'est pas pour autant synonyme d'une absence de règles de procédure. Le droit processuel s'applique aux modes conventionnels de règlement des litiges par le truchement de sa contractualisation. Ce n'est donc plus la loi qui impose le respect des règles de procédure mais la liberté contractuelle des parties. Le droit processuel change donc de support pour se soumettre au droit des contrats.

2) La contractualisation du droit processuel

345. L'approfondissement du lien existant entre le droit processuel et les modes alternatifs de règlement des litiges nécessite au préalable de distinguer les domaines dans lesquels le recours aux MARL est autorisé. Alors que le législateur tend à favoriser le recours à ces procédés, cette distinction est d'autant plus importante que l'influence du droit processuel dépendra de la nature des droits litigieux en cause.

346. Vers un règlement amiable des droits indisponibles. Pour les litiges renfermant des droits indisponibles, la présence d'une autorité tierce est indispensable. Dans ces matières, les intérêts en jeu dépassent les intérêts des parties susceptibles de s'accorder. Si le juge est généralement le garant des intérêts extérieurs, le juge commissaire, protecteur des intérêts des créanciers impayés, le ministère public, défenseur des intérêts de la société, sont tous garants des intérêts supérieurs qui se manifestent en ces matières. Certaines matières ne peuvent donc jamais faire l'objet d'un règlement négocié des parties. Ainsi, en matière pénale, l'action publique exercée à l'occasion d'un crime⁷⁷² ne peut faire l'objet d'un règlement amiable. Les conflits relatifs à la filiation sont également exclus de toute conciliation ou médiation. Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles les règlements alternatifs des litiges peuvent être admis à titre dérogatoire. Le droit positif procède d'une atténuation de la notion d'indisponibilité et permet désormais un règlement amiable de ces droits, sous contrôle judiciaire. Dans ces hypothèses, seule l'autorité spécialement habilitée pour traiter du différend peut décider d'intenter un règlement amiable du litige. Le juge suspend alors le cours normal du procès pour autoriser les parties à entreprendre une négociation. Il s'agit d'une simple mise entre parenthèse momentanée de l'instance permettant aux parties de trouver un point d'accord. La solution trouvée est ensuite présentée à l'homologation du juge. Toutes les formalités procédurales sont alors mises en sommeil à l'exception des principes incontournables de droit processuel tels que les droits de la défense, le principe du contradictoire, ou encore les principes d'indépendance et d'impartialité.

A titre d'illustration, il faut rappeler que la possibilité est offerte aux époux, depuis la loi du 11 juillet 1975, de recourir au divorce par consentement mutuel sous condition d'homologation par le juge de leur convention. De même, le changement de régime

⁷⁷² En revanche l'article 2046 du Code civil rappelle que « l'on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit » mais que « la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ».

matrimonial peut être réalisé par l'effet d'une convention entre époux, homologuée judiciairement. Le recul des prohibitions du droit substantiel s'est donc accompagné, en ces matières, d'un élargissement du champ d'application du droit processuel. La mise en œuvre des MARL, et plus précisément des règlements conventionnels en ces matières, est donc rendue possible, non par l'éviction du droit processuel mais par son application. Le droit processuel favorise donc la déjudiciarisation des litiges renfermant des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition.

347. Les droits disponibles. Lorsque la matière litigieuse intéresse l'ordre public de protection⁷⁷³, l'influence du droit processuel sur les modes alternatifs de règlement du litige s'avère plus problématique. En effet, la solution consistant à aligner le régime des modes conventionnels de résolution du litige sur celui applicable aux matières dans lesquelles les droits sont indisponibles ne semble pas souhaitable. Cela entraînerait une confusion entre droits indisponibles et droits protégés par une règle impérative, alors que la jurisprudence admet de longue date que les règles relevant de l'ordre public de protection peuvent être écartées par leur bénéficiaire, en toute connaissance de cause. Dès lors que le litige est né, les faits justifiant l'application de la règle de protection sont connus des parties et ne constituent plus un obstacle à l'application d'un règlement amiable. Cette solution empêcherait l'intéressé de disposer des droits que la loi lui reconnaît.

Par ailleurs, aligner le régime des modes alternatifs sur le contrat présenterait l'avantage de préserver le principe de la liberté contractuelle mais provoquerait en contrepartie une exclusion du juge dans le contrôle de l'accord conclu entre les parties. Ce régime engendrerait alors une systématisation des dérives par un recours aux modes alternatifs comme instrument d'éviction de l'application des règles impératives.

En ce sens, le modèle contractuel accompagné d'une limitation de la liberté contractuelle, comme c'est le cas des législations consuméristes, resterait contraire à l'efficacité des modes conventionnels de règlement des litiges. En effet, le contrôle judiciaire de l'équilibre de ces

⁷⁷³ Fr. Niggemann & Fr. Jonglez de Ligne, *art préc.* n°298-300 p.21 ; G. Zambrano, Litiges de consommation, *LPA* 2 juillet 2009, n°131 p.22 ; C. Beddeleem, La durée des baux, *Ann. loyers* mai 2008, n°5 p.835 ; C. Pelletier, Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation. Cass. civ. 1^{er} 17 mars 1998 n°96-13972, *JCP G* 1998, II, 10148 note S. Piedelièvre « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles » ; A propos de l'article 6 de la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. civ 1^{ère} du 1^{er} février 2005, *JCP G* 16 mars 2005, n°11.

conventions, propre à ces législations, obligerait le juge à contrôler la réalité des concessions respectives des parties et engendrerait une méconnaissance de l'effet processuel de l'accord.

348. Garanties processuelles. En présence de règles de protection, une déclinaison du modèle processuel apparaît comme la solution la plus satisfaisante. Il s'agit dès lors de détacher les modes alternatifs de l'institution judiciaire, tout en imposant les principes du droit processuel. A l'image de toute résolution extrajudiciaire de litige, et quel que soit le procédé utilisé, il semble légitime de faire application des principes d'impartialité⁷⁷⁴, de transparence, d'efficacité, et d'équité. Ces principes constituent une base procédurale incontournable à toute résolution de litige. Qu'il s'agisse d'une résolution juridictionnelle ou consensuelle du litige, elle doit être soumise à un minimum de garanties, exprimées sous forme de principes fondamentaux. Par ailleurs, l'autonomie de ces modes alternatifs de règlement des litiges doit conduire au respect d'une certaine égalité processuelle entre les parties mais surtout à interdire au juge un examen approfondi de l'accord trouvé par ces dernières.

En définitive, seuls les droits dont les parties ont la libre disposition peuvent conduire à un alignement du régime des modes alternatifs sur le modèle contractuel. Toutefois, l'organisation par voie de convention de la résolution du litige n'en reste pas moins conditionnée par le respect des principes du droit processuel⁷⁷⁵. Il s'agit de l'ensemble des règles et principes dont l'application constitue la garantie d'une bonne justice ou encore d'une justice équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. A ce titre, le principe de la liberté contractuelle et les règles qui l'encadrent ne peuvent constituer des garanties suffisantes. En effet, trancher le litige en dehors du cadre juridictionnel ne dispense pas de l'application d'un minimum de principes processuels. L'indépendance et l'impartialité du médiateur, les principes de contradiction et de loyauté,

⁷⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère} 15 janvier 2014 n°11-17196, *D.* 30 janvier 2014 note X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2014, n°106-107 p.14 obs. M. Mekki ; *Dt. & Pat.* juillet 2014, n°238 p.90 note L. Aynès.

⁷⁷⁵ L. Cadiet et alii, Droit judiciaire privé, *JCP G* mai 2011. 1397 ; A. Mourre, Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal.* décembre 2000, n°336 p.16 ; M-D. Douaoui, Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le mini trial, *RDAI* aout 2000, n°5 p.599 ; X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. arb.* juillet 2001, n°3 p.423 ; G. Bolard, Les principes directeurs du procès arbitral, *Rev. arb.* juillet 2004, n°3 p.511 ; J-Ph. Tricoit, Expertise extrajudiciaire et égalité des armes, *Rev. arb.* janvier 2012, n°1 p.187 et Règlement amiable juridictionnel, *Rev. arb.* janvier 2013, n°1 p.260 ; Y-M. Serinet et X. Boucobza, Le principe de contradiction appliqué à l'arbitrage, *RDC* octobre 2013, n°4 p.1474 ; S. Guinchard, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz 2013, 7^{ème} éd.

auxquels il faut ajouter le principe de confidentialité, permettent d'inscrire la procédure amiable dans le sillage du droit au procès équitable⁷⁷⁶.

349. Autorité du droit processuel. Certes, les parties n'ont pas à faire application des principes du droit processuel tant qu'elles n'entreprennent que des négociations informelles, impropres à les engager juridiquement. Aucun lien contractuel ne lie alors les parties en simple situation de pourparlers. En revanche, si les parties s'accordent pour désigner un tiers, elles s'engagent dans les liens d'un contrat, nécessitant l'application des règles de droit commun. La prestation menée par le tiers médiateur consiste en l'accomplissement d'une véritable procédure destinée à faire émerger un accord. Les parties organisent alors, par voie de convention, la procédure de résolution du litige. La durée de la procédure, ses modalités de fonctionnement quant à l'organisation des rencontres, la communication des pièces, sont autant de modalités procédurales indispensables à la résolution du litige. Ces techniques contractuelles de résolution du litige, au premier rang desquelles s'inscrit la médiation, peuvent ainsi tirer un large profit de l'application du droit processuel en ce que ce dernier leur donne les moyens de leur plein accomplissement. On assiste donc à une contractualisation du droit processuel mise en œuvre au sein du contrat de procédure, plus justement appelé acte processuel⁷⁷⁷. Dès lors, le droit processuel ne doit pas être exclu ou apparaître comme un obstacle au règlement amiable des litiges. L'appréhension conventionnelle du droit processuel constitue au contraire un gage d'efficacité des techniques contractuelles mises en place par les parties. La jurisprudence a par ailleurs consacré cette efficacité processuelle en reconnaissant que les clauses de médiation constituent une fin de non-recevoir à l'action.

B) L'exécution des clauses de règlement des litiges

350. Face au caractère hybride de ces clauses relevant à la fois du contractuel et du processuel, la jurisprudence se devait de préciser l'importance de la place du droit processuel dans la résolution des litiges. Les divergences de positions prises par les différentes chambres de la Cour de cassation relativement à la violation de telles clauses ont donc conduit la

⁷⁷⁶ Ainsi, toutes les garanties ne sont pas requises. La règle de la publicité des débats est naturellement écartée, en raison du principe de confidentialité inhérent aux modes alternatifs de règlement des litiges.

⁷⁷⁷ L. Cadiet, *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in *le conventionnel et le juridictionnel op. cit.* p.34 et s. spéc. p.48 ; J-J. Barbiéri, L'omission n'est pas impossible : Du paradoxe de l'acte processuel manqué, *BMIS* mars 2003, n°3 p.345.

chambre mixte à imposer un régime juridique adapté. L'arbitrage restant exclu de ce régime, eu égard à l'impossibilité des parties engagées par une clause compromissoire de saisir le juge étatique, seules les clauses de règlement négocié des litiges sont concernées. L'influence du droit processuel a guidé la jurisprudence dans la détermination des sanctions applicables en cas de violation des clauses de conciliation, de médiation, et par extension à tous les modes de règlement conventionnel des litiges (2). Malgré des tentatives de recours aux sanctions contractuelles classiques, l'admission de la nature processuelle des sanctions permet ainsi de justifier de l'application du droit processuel, non pour en restreindre la validité mais bien pour en renforcer l'efficacité (1).

1) La consécration de l'efficacité processuelle

351. Reconnaissance d'une fin de non-recevoir. Longtemps entourée d'une grande incertitude, la recherche de l'efficacité de telles clauses a donné lieu à plusieurs rebondissements jurisprudentiels avant qu'une position commune soit adoptée. En effet, l'inobservation de la clause de conciliation n'était pas considérée comme une fin de non-recevoir à l'action en justice⁷⁷⁸, impliquant que ce « *préalable n'était pas obligatoire* » ou que « *la clause n'était assortie d'aucune sanction* ». En revanche, certaines juridictions considéraient déjà que les actions en justice ne tenant pas compte du préalable de conciliation devaient être déclarées irrecevables, comme contraires au principe de la force obligatoire du contrat issu de l'article 1134 du Code civil. Cette position fut tout d'abord adoptée par la troisième chambre civile le 5 juillet 1989⁷⁷⁹ et quelques années plus tard par la chambre commerciale⁷⁸⁰ et la deuxième chambre civile⁷⁸¹. Mais la première chambre civile⁷⁸² refusait toujours de consacrer cette solution et persistait dans sa vision initiale. Une clarification fut

⁷⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère} 23 janvier 2001 n°98-18679, *RTD civ.* 2001, 359 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ. 1^{ère} 6 mars 2001 n°98-15502, *Bull. civ.* I, n°58 ; *D.* 14 juin 2001, n°23 Jur. p.1868, note B. Edelman ; *Gaz. Pal.* 5 novembre 2003, n°309 p.4 obs. E. Bonnet ; P. Ancel & M. Cottin, L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation, *D.* 29 mai 2001, n°21 p.1386 ; Cass. soc 7 décembre 2011 n°10-16425, *JCP G* 26 mars 2011, n°13 actu. 1458 note J-D. Pellier ; *Rev. arb.* janvier 2012, n°1 p.185 note J-Ph. Tricoit ; *Gaz. Pal.* 2 mars 2012, n°62 p.22 note S. Amrani-Mekki.

⁷⁷⁹ Cass. civ. 3^{ème} 5 juillet 1989 n°86-42845 et n°86-43633 ; Cass. civ. 3^{ème} 18 décembre 2013 n°12-18439, *RGDA* février 2014, n°2 p ; 116 note P. Dessuet ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2014, n°117-119 p.35 note X. Leducq ; *Dt. & Pat.* juillet 2014, n°238 p.90 note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

⁷⁸⁰ Cass. com. 28 novembre 1995 n°94-12285, *Rev. arb.* 1996, spéc. n°15-19 p.614 obs. C. Jarrosson ; X. Lagarde, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, *art. préc.* p.376.

⁷⁸¹ Cass. civ. 2^{ème} 6 juillet 2000 n°98-17827, *Contrats-conc. consom.* janvier 2001, n°1 note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2001, 359 obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. arb.* octobre 2001, n°4 p.749 note C. Jarrosson.

⁷⁸² Cass. civ. 1^{ère} 23 janvier 2001 *loc. cit.*

apportée par la chambre mixte de la Cour de cassation dans une décision en date du 14 février 2003. Aux termes d'un attendu, à la formulation claire et parfaitement ciselée, la Cour considéra qu'il « *résulte des articles 122 et 124 NCPC que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ». Dès lors, la seule stipulation d'une clause de conciliation avait désormais pour effet de rendre irrecevable l'action en justice intentée directement devant les tribunaux judiciaires sans passer par le préalable de la conciliation. Par cette solution, les juges du fond soumettent ainsi la reconnaissance d'un préliminaire obligatoire de conciliation à une condition matérielle : l'existence d'une clause contractuelle. La Cour de cassation reconnaît ainsi une pleine efficacité processuelle aux clauses contractuelles de conciliation.

352. Extension à la clause de médiation. Par ailleurs, nul doute qu'en égard aux nombreuses similitudes existantes, une telle solution devait également s'appliquer aux clauses de médiation. Un important arrêt rendu par la première chambre civile⁷⁸³ en 2009 confirme ainsi l'alignement de sa position sur la décision de 2003, et vient expressément consacrer cette extension aux clauses de médiation. Dans cette décision, la Cour approuve les juges du fond d'avoir décidé que le non-respect d'une clause de médiation constituait une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du CPC. Elle consacre ainsi la force obligatoire de la clause de médiation, au même titre que la clause de conciliation, et achève le processus d'harmonisation de ces deux modes contractuels de résolution des litiges. En revanche, la clause insérée dans le contrat ne doit pas se limiter à évoquer un règlement amiable sans préciser la procédure à suivre, à défaut de quoi le juge ne peut relever l'existence d'une fin de non-recevoir⁷⁸⁴.

Si cette harmonisation semble opportune à une époque où le législateur favorise lui-même les modes non juridictionnels de règlement des litiges, elle a en outre le mérite d'apporter des précisions relativement à l'influence du droit processuel sur l'efficacité des

⁷⁸³ Cass. civ. 1^{ère} 8 avril 2009 n°08-10866, *D.* 2009 AJ 1284 obs. X. Delpech ; *D.* 24 décembre 2009, n°44 p.2959 note Th. Clay ; *Procédures* 2009, 203 note H. Croze ; *RJC* janvier 2010, n°1 p.32 note B. Moreau ; *D.* 21 janvier 2010, n°3 p.169 note N. Fricero ; V. Maugeri, De la force obligatoire de la clause de médiation, *RLDC* juin 2009, n°61 p.13 ; O. Cuperlier, Une nouvelle avancée de la médiation ?, *JCP G* 22 juin 2009, n°26 ; J. Béguin, La conciliation et la médiation : La Cour de cassation consacre la force obligatoire de la clause de "médiation", *JCP E* 24 décembre 2009, n°50.

⁷⁸⁴ Cass. com. 29 avril 2014 n°12-27004, *JCP E* 22 mai 2014, n°21-22, 1290 obs. N. Dissaux ; *JCP G* 26 mai 2014, n°21, 1044 obs. H. Croze ; *JCP G* 25 juin 2014, n°25, 1227 obs. O. Sabard.

clauses de médiation et de conciliation. L'incertitude est donc levée par la Cour de cassation. Elle considère dès lors qu'il résulte des articles 122 et 124 du CPC que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées. Objet de nombreux débats doctrinaux, cette question n'avait jamais véritablement été tranchée par la jurisprudence. Les auteurs favorables à l'acceptation des fins de non-recevoir d'origine conventionnelle citaient comme principal fondement à leur argumentation un arrêt déjà ancien⁷⁸⁵, démontrant qu'en matière d'assurance une fin de non-recevoir pouvait parfaitement résulter de la volonté privée des parties. Or, la première chambre civile a préféré s'appuyer sur les dispositions du CPC. L'article 122 donne une définition de la fin de non-recevoir dans une formulation conduisant à considérer que la liste dressée n'est pas limitative. Par ailleurs, l'article 124 dispose que les fins de non-recevoir doivent être accueillies alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucun texte.

Toutefois, ces clauses, même avec l'effet procédural qui leur est désormais reconnu, n'ont pas pour effet d'anéantir le droit au juge qui pourra toujours être saisi en cas d'échec de la négociation. Cette interdiction n'est donc que temporaire et les parties conservent, en cas d'échec de la tentative de règlement conventionnel, la possibilité de saisir le juge. Ces clauses ne ferment donc pas la voie de l'action mais se bornent seulement à la suspendre.

353. Le délai de prescription. Or, était-il important de préciser que la partie désireuse de saisir le juge puisse risquer de se heurter à une nouvelle fin de non-recevoir tirée cette fois de l'expiration du délai de prescription⁷⁸⁶ ? Le déclenchement d'un processus de médiation doit, en effet, rationnellement entraîner la suspension des délais de prescription et de forclusion. La Cour de cassation décide ainsi, par un *obiter dictum*, que la mise en œuvre de la clause de conciliation « *suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription* ». Ces positions prises par la jurisprudence ont le mérite de rassurer les parties désireuses de conserver la possibilité d'une réalisation contentieuse de leurs droits mais également de prévenir les pratiques dilatoires qui ne manqueraient pas d'émailler une médiation rendue processuellement autonome. D'autant plus que la recherche d'une solution amiable doit se faire dans un climat apaisé, qu'une contrainte de temps importante anéantirait. Néanmoins, une difficulté restait à régler relativement aux différents types d'actes devant être formellement identifiés tant pour la mise en œuvre, que pour l'issue de la procédure de conciliation. Diverses propositions

⁷⁸⁵ Cass. civ. 24 oct. 1951, *D.* 1952, Jur. p.105, note A. Besson.

⁷⁸⁶ La jurisprudence restait en effet hésitante sur le fait de savoir si, comme le sursis à statuer, la fin de non-recevoir devait entraîner la suspension des délais de prescription de forclusion.

doctrinales ont déjà été formulées mais la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de trancher ce débat. A notre sens, la notification officielle par l'une des parties à l'autre de sa volonté de mettre en œuvre la clause de conciliation devrait être utilisée comme point de départ de la suspension du délai de prescription. Ainsi, l'issue de la procédure de conciliation devrait être marquée par l'établissement d'un procès-verbal d'échec signé par l'ensemble des parties. En cas de refus de l'une des parties, le cocontractant pourrait alors prendre acte officiellement de ce refus et annoncer son intention, en l'absence de réaction dans un bref délai, de saisir le juge compétent d'une demande en justice.

Toutefois, si ces décisions ont le mérite d'imposer une position commune à toutes les chambres, par une formulation claire et concise des principes applicables, d'autres solutions peuvent néanmoins être proposées tant sur le plan procédural que contractuel.

2) Les sanctions alternatives envisagées

354. Propositions rejetées. Restant sur le plan procédural, la doctrine a longtemps oscillé entre plusieurs sanctions possibles. Certains auteurs, plus favorables à une exception de procédure⁷⁸⁷, voire dans le prolongement de cette dernière à un simple sursis à statuer, ne furent pas suivis par la Cour de cassation⁷⁸⁸. Il ne pouvait non plus s'agir de défense au fond, dans la mesure où le respect de la clause de médiation n'a pas vocation à faire rejeter la prétention de la partie adverse comme étant non justifiée sur le fond du droit. Les diverses catégories d'exception de procédure⁷⁸⁹ devaient également être écartées. A ce titre, les exceptions de nullité⁷⁹⁰, d'incompétence⁷⁹¹, de litispendance⁷⁹², et de connexité⁷⁹³ ont fait

⁷⁸⁷ S. Guinchard, et alii, *Droit processuel*, Dalloz 2013, 7^{ème} éd., n°589 ; G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles Paris, Bruylant, 2002, n°176.

⁷⁸⁸ Art.378 à 380-1 NCPC ; X. Lagarde, *art. préc.* ; S. Guinchard (sous dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2002/2003, n° 2033.

⁷⁸⁹ Art.73 CPC, selon lequel, constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours.

⁷⁹⁰ P. Ancel & M. Cottin, *art. préc.* p.1388 ; M. Douchy, Le décret n°98-1221 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) : L'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon, *Gaz. Pal.* 13 juin 1999, n°164 p.14.

⁷⁹¹ Cass. civ 2^{ème} 22 nov. 2001 n°99-24662, *Bull. civ.* II, n° 168 ; *D.* 2002, IR p.42.

⁷⁹² J J-L. Lecharny, E. Regner, G. Verdun, Observations sur le décret numéro 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'Organisation judiciaire et le Nouveau Code de Procédure civile, *Gaz. Pal.* 14 février 1999, n°45 p.2 ; Ray, La notion de saisine, *Dr. & Pat.* juin 2005, n°138 p.74.

⁷⁹³ *Ibidem* ; O. Cachard, La connexité s'apprécie au jour où le juge statue et non au jour de la saisine de la juridiction, *Droit maritime français* avril 2010, n°713 p.277.

l'objet de peu de discordances doctrinales. Seule l'exception dilatoire⁷⁹⁴ a quelque peu animé les débats et fait naître une certaine incertitude. Mais au regard de la définition⁷⁹⁵ donnée par l'article 108 du CPC, la jurisprudence en conclut qu'elle ne permettait pas d'accueillir l'hypothèse des clauses de conciliation et de médiation, alors même que cette dernière présentait pourtant l'avantage d'être beaucoup moins radicale que la fin de non-recevoir, tant dans son régime que dans ses effets⁷⁹⁶.

Toutefois, la suspension du cours de l'instance postule dans cette hypothèse à condition que l'instance ait été déjà introduite. Ce qui n'est pas compatible avec l'objet même de la clause de conciliation ou de médiation qui suppose au contraire que le juge ne soit pas encore saisi. Au regard de la définition donnée par le CPC, la fin de non-recevoir, bien que plus rigide, constituait la sanction la plus adaptée à la violation d'une clause de conciliation. En effet, l'article 122 dispose que « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable dans sa demande sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». L'article 32 précise en outre qu'est « *irrecevable toutes prétentions émises par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* ». Le droit d'agir est défini comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que la justice la dise bien ou mal fondée*⁷⁹⁷ ». Dès lors, nul autre moyen de défense ne correspondait mieux à la situation. De façon non équivoque, la chambre mixte de la Cour de cassation résout donc le problème des effets d'une clause contractuelle de médiation qui devient un passage incontournable à peine d'irrecevabilité de la demande en justice. L'autonomie de la volonté et la force obligatoire des clauses contractuelles sont ici affirmées avec force. La violation d'une telle clause ne se traduit donc pas par des dommages et intérêts mais par une obligation de faire, doubler d'une fin de non-recevoir entraînant l'irrecevabilité de l'action en justice.

⁷⁹⁴ Art 108-111 CPC ; X. Lagarde, art. préc. n°8 ; S. Guinchard, *Droit processuel*, Droits fondamentaux du procès, Dalloz 2013, 7ème éd. n°589 ; G. Block, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruyant et LGDJ 2002 n°174 spéc. n°176.

⁷⁹⁵ Art. 74 CPC précise que « le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre en vertu de la loi ».

⁷⁹⁶ Devant être soulevée avant tout autre moyen de défense en vertu de l'article 74 du CPC, elle aurait donc permis de ne pas laisser la clause de conciliation sans sanction, tout en obligeant les parties à l'invoquer dès le début de la procédure.

⁷⁹⁷ Art. 30 CPC.

355. Recours à la nature des obligations. Nonobstant, l'importance des obligations contenues dans la clause de conciliation ou de médiation avait également guidé certains auteurs vers la mise en œuvre de sanctions exclusivement contractuelles. Dans le souci de ne pas laisser une obligation sans sanction, il était aussi proposé d'établir l'irrecevabilité de l'action en fonction des obligations qu'une telle clause met à la charge des parties. Au nombre des obligations que renferme la clause de médiation, se dégage une obligation de faire, consistant à mettre en place un processus de négociation se traduisant en une obligation de résultat, suivie d'une obligation de négocier de bonne foi qui n'est pour sa part qu'une simple obligation de moyen. Corrélativement, ces obligations de faire s'accompagnent d'une obligation de ne pas faire consistant à ne pas porter le différend devant un juge tant que la procédure de médiation n'a pas été consommée⁷⁹⁸.

Tout d'abord, le refus de participer à la procédure de conciliation constitue en soi un manquement caractérisé à une obligation née du contrat et permet à la partie adverse d'invoquer l'existence d'un préjudice à son égard. L'octroi de dommages et intérêts pouvait alors être envisagé pour compenser la perte d'une chance d'avoir évité le procès. Toutefois, il semblait délicat de prouver la mauvaise volonté de négocier d'une partie, dès lors que les négociations sont en principe confidentielles. A défaut d'obligation de parvenir à une solution négociée, le manque de bonne foi d'une des parties ne pouvait être démontré du seul fait que son refus de négocier soit motivé par l'assurance qu'elle tient de faire valoir son droit en justice. De plus, comment comprendre dans cette hypothèse qu'une partie, condamnée à des dommages et intérêts pour avoir préalablement refusé de négocier de bonne foi, obtienne finalement gain de cause dans la procédure judiciaire ultérieure. L'extrême difficulté à prouver la mauvaise foi de la partie récalcitrante constituait dès lors un obstacle insurmontable à l'octroi de dommages et intérêts. Ainsi, l'emploi de techniques contractuelles incitatrices, telles que l'insertion d'une clause pénale obligeant les parties à négocier de bonne foi, ne pouvait davantage garantir l'efficacité de la clause au regard de la difficulté de la preuve. En revanche, rien n'interdit de maintenir le cours des intérêts moratoires pendant la phase de conciliation en vue d'inciter les parties à faire preuve de diligence⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ En ce sens, cette obligation doit perdurer tant que la clause de médiation n'a pas été mise en œuvre et tant que la procédure de médiation n'a pas débouché sur un constat d'échec ou que les parties n'ont pas expressément renoncé d'un commun accord, par mutus dissensus.

⁷⁹⁹ X. Lagarde, *art. préc.* n°3 p.376.

356. Alignement des sanctions. L'exécution forcée de la clause de médiation ne semblait pas être plus sérieusement envisageable. Elle aurait consisté à mettre en place l'organe de médiation contre le gré de la partie récalcitrante. Or, contrairement à l'arbitrage qui se termine nécessairement par une décision du tribunal arbitral, la conciliation est, quant à elle, un mode de règlement qui ne peut réussir sans la bonne volonté et la participation active des litigeants. Par ailleurs, la mise en lumière, dans les développements précédents, des divergences existant entre l'arbitrage et la médiation ne permet pas d'étendre par analogie les dispositions du CPC prévoyant l'intervention du juge pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral. Le recours au droit des contrats s'exposait finalement à ce que le non-respect des clauses de médiation reste sans sanction.

Sans même passer par le détour de l'exécution forcée, il suffit de rappeler que la seule force obligatoire du contrat, et plus précisément de la clause, signifie d'abord que le contrat « *tient lieu de loi* » aux parties. Dès lors, si le contrat peut sur ce fondement transférer ou éteindre un droit, rien ne s'oppose à ce que l'accord des parties sur les modalités de traitement d'un différend ait des effets procéduraux directs, comme c'est le cas de la transaction.

Le régime actuel des sanctions basé sur le droit procédural semble donc tout à fait adapté et conforme à la physionomie contractuelle que renferment les modes alternatifs de règlement des litiges. On assiste alors, sous l'influence du droit processuel, à un alignement de l'effet des sanctions sur le régime de l'arbitrage.

357. Finalisation transactionnelle. Par ailleurs, si les contractants parviennent à un accord de conciliation ou de médiation, ils ont alors intérêt à formaliser leur accord par une transaction qui aura l'autorité de la chose jugée et pourra être dotée de la force exécutoire par l'intervention du juge. Présentant les mêmes atouts qu'un jugement, la transaction sera alors totalement efficace. A l'image de cette dernière, la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation tranchée. Elle se voit attribuer la force exécutoire en vertu d'une décision d'exequatur⁸⁰⁰ émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue.

⁸⁰⁰ La procédure d'exequatur est déclenchée par un arbitre ou par la partie la plus diligente. Elle se déroule en principe devant le juge de l'exécution du TGI dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Elle peut également se dérouler devant le président de la Cour d'appel lorsque la sentence fait l'objet d'un recours. Pour ce faire, la minute de la sentence et un exemplaire de la convention d'arbitrage doivent être déposés au secrétariat de la juridiction compétente.

Paradoxalement, le recours au juge, seul capable d'imposer la formule exécutoire sur la transaction, ne doit pas être perçu en contradiction avec l'élan de liberté contractuelle impulsée par les modes conventionnels de règlement des litiges et l'arbitrage. En effet, dans la majorité des situations, les parties exécutent elles-mêmes la transaction ou la sentence dans un souci principal de discrétion, rendant ainsi l'exequatur inutile. Il faut également souligner que les grandes affaires commerciales confiées le plus souvent aux arbitres se terminent, avant même le prononcer de la sentence, par l'effet d'une transaction.

Si toutefois le recours au juge s'avère nécessaire, son contrôle s'opère à travers le prisme des voies de recours telles que le respect des conventions, des garanties de bonne justice et de l'ordre public. Cela limite ainsi considérablement le champ de ses investigations.

Le caractère superficiel de la vérification effectuée par le juge, en l'absence de contestation, ne heurte donc d'aucune façon l'esprit libertaire qui anime les clauses de règlement conventionnel des litiges dont la médiation constitue la plus forte illustration.

Conclusion du chapitre II

358. Limitation du pouvoir judiciaire. Peu enclins à accorder une confiance aveugle au juge, les professionnels préfèrent très souvent anticiper la résolution des litiges pouvant naître de la relation contractuelle ou, plus radicalement, les soustraire à la compétence du juge étatique. Désireux de limiter les pouvoirs de sanctions des juges du fond, les contractants tentent ainsi d'influencer leur appréciation par l'insertion de clauses particulières dont l'efficacité n'est pas toujours avérée.

L'examen de ces clauses destinées à canaliser le pouvoir judiciaire, ou à organiser son éviction, a dès lors permis d'opérer un rapprochement entre les clauses dont les effets sont guidés par une même finalité, et de dégager des règles propres à leurs fonctions respectives.

359. Mesures d'exécution. Confronté à une hypothèse d'inexécution du contrat, le juge doit privilégier le recours à l'exécution forcée du contrat. Comme il a pu être démontré, le juge se doit de procéder à un contrôle d'opportunité d'une telle sanction, seule capable d'assurer le respect de la force obligatoire du contrat. Toutefois, il rejette cette sanction dans le domaine des promesses unilatérales de ventes, quand bien même le recours à l'exécution forcée permettrait de revaloriser leur efficacité par le respect de préoccupations morale et économique propres à garantir la force obligatoire du contrat. Seule l'insertion d'une clause d'exécution forcée peut permettre de contraindre le juge dans l'expression de son pouvoir de sanction. L'absence de clauses particulières insérées par les parties lui confère également la possibilité de procéder à la réfaction du contrat dont la jurisprudence a progressivement étendu le champ d'action, allant jusqu'à accroître les pouvoirs du juge en la matière.

Dans ce sens, les clauses d'exécution forcée ou de réfaction préalablement insérées par les parties ont pour effet de lier le juge. Par conséquent, les clauses de renonciation à l'exécution forcée sont légitimement validées par le juge dans la mesure où les contractants peuvent contractuellement supprimer une sanction, sans pour autant porter atteinte à la force obligatoire du contrat. L'exécution forcée en nature peut dès lors être écartée par l'insertion d'une clause de résolution automatique. Les clauses de renonciation à la réfaction sont également largement admises. La réfaction peut être écartée par une stipulation expresse précisant que l'inexécution du contrat est soumise à une autre forme de sanction.

360. Mesures d'extinction. Forts de favoriser des mesures d'exécution du contrat, les contractants peuvent également choisir de recourir à des mesures d'extinction de la relation contractuelle. Dès lors, si la simple demande de résolution du contrat ne peut lier le juge, la clause résolutoire insérée dès la formation du contrat supprime tout pouvoir de ce dernier sur l'opportunité de la sanction. Le respect des conditions de résolution alors exposées dans la clause ne peut être remis en cause par une politique jurisprudentielle de maintien du contrat.

Ces clauses, dont la fonction est d'influencer le pouvoir d'appréciation du juge, se voient accorder une efficacité tout aussi relative dans les hypothèses d'invalidité du contrat. En effet, le juge dispose du pouvoir de prononcer la nullité du contrat dont il peut soulever d'office la nullité même relative. En l'absence de clauses particulières, il peut également en fixer l'étendue et favoriser une nullité partielle du contrat après avoir relevé le caractère non déterminant de la stipulation concernée. La clause de nullité conventionnelle n'exclut donc aucunement l'intervention du juge qui est directement impliquée par le choix d'une telle sanction.

En ce sens, l'admission par le juge des clauses permettant aux parties de moduler l'étendue de la nullité le sont moins en vertu de la liberté contractuelle que de la tendance contemporaine des juridictions à faire prévaloir le maintien du contrat. Les clauses de nullité partielle ou de divisibilité insérées par les parties limitent donc de façon non contraignante l'office du juge. A l'inverse, les clauses d'indivisibilité lient le juge sous réserve qu'aucune fraude ou atteinte aux intérêts supérieurs commandés par l'ordre public ne soit en cause. Le maintien d'une clause de divisibilité nécessite d'analyser sa cohérence aux regards de l'économie générale du contrat. L'efficacité de la sanction doit alors primer sur la volonté des parties.

361. Une contractualisation nécessaire du droit processuel. Non satisfaits d'influencer l'appréciation du juge, les contractants peuvent également procéder à son éviction. L'insécurité suscitée par l'immixtion de l'autorité étatique, l'opposition qu'elle crée entre les contractants, le coût engendré, et la lenteur de ses procédures, conduisent très souvent les professionnels des affaires à recourir à des modes différents de règlement du contentieux.

Au sein des modes alternatifs de règlement des litiges, devait donc être reprise la distinction notoire et essentielle entre les modes consensuels articulés autour de la clause de médiation, et les modes juridictionnels basés sur le modèle de la clause d'arbitrage. En effet, si à l'image de la clause de médiation, les modes consensuels de règlement des litiges laissent aux parties le soin de fixer les modalités de leur mise en œuvre, l'encadrement légal et institutionnalisé de

l'instance arbitrale restreint fortement la liberté contractuelle. Fondé sur des règles de procédures préétablies, le manque de diversité des clauses répondant à cette même finalité ne nécessitait donc pas l'adoption d'un régime commun repensé.

Au contraire, la diversité des clauses pouvant renfermer une organisation conventionnelle de résolution des litiges appelait l'établissement de règles propres à leur finalité. Elles n'en restent pas moins conditionnées par le respect des principes du droit processuel. Loin de constituer un obstacle aux modes consensuels de résolution des litiges élaborés par les contractants, la contractualisation du droit processuel assure l'efficacité de ces clauses guidées par des effets communs. Ainsi, la fin de non-recevoir reconnue par la jurisprudence communément aux clauses de conciliation et de médiation constitue une règle contribuant à renforcer le processus d'harmonisation destiné à s'appliquer dans l'avenir à tous les modes alternatifs à naître et renfermant cette même fonction.

Conclusion de la partie I

362. La fonction des clauses. Présentes dans toutes les phases de construction du contrat, les clauses régissent la vie du contrat de sa formation jusqu'à son extinction, et même au-delà. Porteuses d'objets divers dont la multiplicité des effets reste également insaisissable, les clauses ne pouvaient être étudiées sans être au préalable rassemblées autour d'un critère commun. Choisie comme critère de classification, la fonction qu'elles exercent au sein du contrat a ainsi permis de catégoriser les clauses selon le rôle et l'objet qui leur sont attribués par la volonté des parties. La fonction, prise comme critère de classification, aux frontières délimitées mais non fermées, permet ainsi de classer en son sein tant les principales clauses existantes que les clauses futures naissant de l'imagination des praticiens.

Toutefois, il ne convenait pas d'établir des catégories de clauses discrétionnairement exposées sans mise en relief de leurs intérêts au sein du contrat. Les principales phases de constitution du contrat correspondent ainsi aux différentes catégories de clauses susceptibles de fournir aux parties des réponses à leurs questionnements successifs. En effet, après avoir dans un premier temps identifié la nature de leur contrat par référence aux obligations essentielles et normes contractuelles qu'elles souhaitent contracter, les parties disposent alors d'une grande diversité de clauses leur permettant de le parfaire au gré de leurs volontés. Propre à faire ressortir leurs particularités, la classification des clauses devait par ailleurs être organisée et appréciée sous un angle de vue privilégié. L'influence des clauses sur la relation obligationnelle et sur l'office du juge était dès lors la plus à même de révéler la fonction et les effets des clauses sur l'ensemble de la relation contractuelle.

363. Des catégories fonctionnelles. Si l'aménagement des obligations principales légalement définies et l'appréhension des risques pouvant en résulter préoccupent grandement les parties, la fin du contrat et ses conséquences ne sont pas moins des sources d'incertitudes qu'elles souhaitent maîtriser. Considérées comme des clauses satellites, les clauses d'aménagement des prestations attachées aux obligations principales en précisent les modalités d'exécution. Dans un autre registre, les clauses de gestion des risques, non directement soumises aux obligations du contrat, ont pour fonction d'anticiper la survenance de toute forme de risques et de proposer une clé de répartition des responsabilités encourues. Strictement liées par les prestations prévues au contrat et protectrices de leur exécution, ces deux catégories ont été divisées en sous-catégories, par l'affinement de leur fonction.

Dans une même perspective, un classement des clauses destinées à influencer l'office du juge devait également être élaboré. Saisi d'un litige résultant de la relation contractuelle, le juge procède méthodiquement à l'examen du contrat pour ensuite se prononcer sur la solution à donner. Les contractants disposent alors de clauses dont la fonction permet d'orienter le juge dans les différentes phases de son raisonnement. Ces clauses peuvent également être ventilées en deux grandes catégories relatives à l'appréciation judiciaire et à la résolution du litige. Aussi, des sous-catégories de clauses, dont la fonction peut être calquée sur les différents pouvoirs exercés par le juge, pouvaient-elles être constituées, jusqu'à celles capables d'organiser l'éviction du juge en faveur d'une résolution contractuelle du litige.

L'autorité des clauses et la diversité de leurs effets impliquent d'établir de telles subdivisions afin de mesurer leur rayonnement au sein de chaque catégorie.

364. Première fonction. Ainsi, les contractants s'attachent dans un premier temps à individualiser leur relation grâce aux clauses légales et aux clauses d'aménagement des prestations contractuelles. Cette catégorie doit alors nécessairement être subdivisée pour accueillir les clauses dont l'affinement de la fonction conduit à différencier celles exerçant leur influence sur le rapport obligationnel et celles porteuses de véritables normes de comportement.

365. Seconde fonction. Les clauses destinées à la gestion des risques relèvent d'un deuxième ensemble. Si l'ensemble des clauses contractuelles est imprégné de cette fonction, dont le contrat est en lui-même le principal instrument, certaines d'entre elles peuvent toutefois être isolées. La gestion des risques peut alors être présentée à travers les deux phases essentielles que sont la prévention et la répartition des risques.

366. Troisième fonction. Soucieuses d'aménager leurs prestations et d'anticiper la survenance des risques, les parties souhaitent également se prémunir contre l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle. Certaines clauses peuvent alors être utilisées afin de contrer les pouvoirs de l'autorité judiciaire tant dans sa mission de qualification du contrat que d'interprétation des clauses obscures et ambiguës.

367. Quatrième fonction. Enfin, les solutions prononcées en cas de survenance d'un litige, également source d'insécurité potentielle pour les contractants, font l'objet de techniques contractuelles particulières. Cette catégorie peut alors être ventilée entre d'une part, les clauses susceptibles de prévoir des sanctions applicables et à travers lesquelles les parties

peuvent influencer le juge et d'autre part, les clauses dont la fonction tend à une éviction totale du juge pour favoriser une résolution des litiges guidée par la volonté des parties.

Le recours aux catégories permet ainsi de renforcer la rationalité et la cohérence d'un droit adapté des clauses contractuelles.

368. Une harmonisation catégorielle des clauses. Toutefois, ce rapprochement des clauses par catégorie fonctionnelle ne doit pas être perçu comme un simple instrument de présentation des clauses. Une classification basée sur leur fonction constitue un préalable indispensable à l'étude de leurs effets et des règles auxquelles les clauses d'une même catégorie peuvent être soumises. Or, si certaines règles préexistantes, propres à régir les clauses par catégorie fonctionnelle, se sont ainsi spontanément imposées, d'autres ont pu être proposées grâce à l'analyse des particularités renfermées par les clauses d'une même catégorie. La liberté contractuelle a alors servi de fil conducteur à cette recherche, permettant ainsi de mesurer l'espace de liberté laissé à la création de nouvelles règles ou à l'adaptation des règles préexistantes. Propre à rassembler les clauses autour de leur fonction, la classification fonctionnelle devait donc permettre dans un second temps une appréhension généralisée des clauses quelle que soit la fonction qui les anime.

Les clauses devaient alors être envisagées dans leurs relations avec le contrat permettant ainsi, par une approche endogène, d'établir les bases d'une théorie générale des clauses contractuelles.

PARTIE II : **UN DROIT COMMUN ADAPTÉ AUX CLAUSES CONTRACTUELLES**

369. Après avoir regroupé les clauses par familles fonctionnelles au sein de catégories juridiques marquant différentes étapes d'élaboration du contrat, le recours à une approche endogène peut à présent permettre de consacrer des règles communes à l'ensemble des clauses. Si l'appréhension juridique des clauses nécessite une étude de leurs fonctions et de leurs effets, d'une part, leur structure et leur relation avec le contrat constituent, d'autre part, un angle d'analyse indispensable. Il s'agit alors de renoncer à un classement vertical au profit d'un régime transversal ne s'attachant pas à établir des corps de règles liés à l'objet et à la fonction de tel ou tel type de clauses mais à les analyser à l'aune de leur mise en œuvre, quelle que soit la nature du contrat dans lequel elles viennent s'insérer. Cette contribution à la théorie générale des clauses contractuelles permet ainsi d'envisager l'interaction de la clause non seulement dans ses rapports avec les autres clauses, mais également avec le contrat lui-même, entendu comme un ensemble structuré et cohérent (TITRE I).

Il n'en reste pas moins que certaines clauses tendent à développer leur propre autonomie juridique par rapport au contrat qui les a fait naître. On se trouve alors face à un paradoxe puisque l'ensemble des clauses contenues dans un même contrat constitue un ensemble à la fois indissociable et séparable. Cette singularité, propre à certaines clauses, doit alors être largement examinée et prise en considération à l'effet de proposer un régime général fondé sur des conditions de validité et des règles communes à toutes les clauses contractuelles (TITRE II).

TITRE I : INTÉRACTION ENTRE LES CLAUSES CONTRACTUELLES

370. Eléments constitutifs du contrat, les clauses sont destinées à former un ensemble homogène et cohérent. L'élaboration d'une classification a permis de souligner les particularités renfermées par les clauses et les règles applicables selon leur fonction. Il s'agit à présent d'apprécier les conséquences de leur insertion dans le contrat. Légalement imposées ou librement choisies par les parties, les clauses du contrat sont quelles que soient leurs origines, leurs caractères ou leurs effets, associées en vue de donner naissance à une véritable unité contractuelle. Pour ce faire, le principe de cohérence doit être utilisé comme un indicateur d'unification et d'harmonisation, seul capable de conduire à un tel résultat. Selon M. B. Célice le principe de cohérence doit être entendu comme « *une exigence absolue du droit, en sorte qu'une ligne de conduite étant choisie, il serait impossible d'en changer*⁸⁰¹ ». Ce principe innerve le droit positif et puise ses racines au plus profond de la science juridique. Prolongeant cette analyse, M. D. Houtcieff démontre que le principe de cohérence manifeste une double nature instantanée et successive, selon qu'il vise la consistance de l'acte ou la constance du comportement⁸⁰². La convention en tant qu'elle constitue un ensemble de droits et obligations⁸⁰³, l'appréhension du comportement des parties contractantes⁸⁰⁴, font de la matière contractuelle un terrain de prédilection à l'application du principe de cohérence. Pour les besoins de notre étude, le principe de cohérence sera ici apprécié tant au regard du contenu du contrat et de l'organisation de ses clauses et particulièrement de l'exigence de bonne foi du comportement des contractants. En effet, si des règles communes à toutes les clauses peuvent dès lors être proposées, la cohérence devant guider la consistance du contrat doit intervenir, tant au niveau des clauses prises isolément que de leur articulation au sein du contrat. Des règles de forme peuvent ainsi être dégagées relativement à leur exposition au sein du contrat

⁸⁰¹ B. Célice, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, Thèse Paris, LGDJ 1968 n°173 et s. ; Alors que M. B. Célice perçoit le principe de cohérence comme une exigence de continuité dans le comportement, d'autres en font un principe de non contradiction : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, Thèse Paris I, LGDJ 1992 spéc. n°678 ; J. Ghestin, *La formation du contrat, Traité de droit civil*, LGDJ 2013, 4^{ème} éd. spéc. n°412 ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, Thèse Paris I, LGDJ 1994 spéc. n°181 et s. ; P. Peloux, *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse Paris II, 1997 spéc. n°376 ; D. Mazeaud, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, in *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.* p.58.

⁸⁰² En droit des contrats, il s'agit tant de la cohérence d'une clause avec l'obligation fondamentale du contrat, cohérence du contrat, que de la constance du comportement des parties, cohérence des contractants (sur cette distinction, B. Fages, *Le comportement du contractant*, Thèse Aix Marseille III, PUAM, 1997, n°592 et s., p.320 et s. ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *th. préc.* n°27 p.41 et s.

⁸⁰³ *Ibid* n°62 p.73 et s.

⁸⁰⁴ *Ibid* n°709 p.568 et s.

ou de documents annexes. La rédaction de leur intitulé et de leur contenu peut également être régie par des directives rédactionnelles propres à guider les contractants dans la formulation de leurs intentions. Toutefois, fortes d'un encadrement formaliste, les clauses doivent également être appréciées dans leur dimension collective. Leur efficacité exige alors de régler certaines oppositions et contradictions entre elles. Des solutions communes inspirées de l'approche fonctionnaliste de la classification devront être proposées.

L'organisation des clauses au sein du contrat nécessite donc d'établir des règles générales destinées à favoriser une cohérence d'ensemble. Donnant naissance à la formation d'un contrat, la somme des clauses prises isolément doit dans un second temps susciter leur appréciation les unes par rapport aux autres. La distinction de valeur établie entre les clauses du contrat par la jurisprudence doit alors être combattue pour tendre vers une appréciation homogène. L'unité de valeur reconnue à l'ensemble des clauses du contrat doit dès lors être confirmée par leur implication dans la détermination de l'économie générale du contrat. Révélatrice de la cohérence contractuelle, l'influence de cette notion et par là même de l'appréciation globalisante des clauses qu'elle véhicule, permet de justifier de l'importance de chacune d'elles dans la détermination de la qualification du contrat ou de la *lex contractus*.

Cette approche structurelle des clauses doit ainsi conduire à l'établissement de règles communes à toutes les stipulations contractuelles appréciées tant dans la cohérence de leur articulation mutuelle (Chapitre I) qu'à travers la cohérence devant s'établir entre elles et le contrat (Chapitre II).

Chapitre I : De la cohérence entre les clauses du contrat

371. De façon générale, le droit français n'est pas favorable à un étalage de documents contractuels ni à la rédaction d'un document unique atteignant une longueur fleuve comme c'est le cas en droit américain où les accords écrits sont extrêmement détaillés et excessivement longs dans leur présentation. Cependant, la complexité et l'originalité de l'opération doivent être prises en compte. Si les contrats simples et usuels, même d'affaires, se contentent d'une rédaction n'excédant pas quelques pages, les contrats complexes et originaux, à l'instar des montages contractuels, comportent pour leur part plusieurs contrats dont les annexes peuvent atteindre plusieurs « *kilomètres*⁸⁰⁵ ». La multiplication des clauses est alors génératrice d'ambiguïtés potentielles, voire de contradictions. Les parties se doivent d'être attentives à la rédaction des clauses afin d'assurer une certaine harmonie entre celles contenues dans le contrat et celles renvoyées dans des documents annexes. La première des démarches consiste pour les contractants à soigner la rédaction de façon à éviter les sources d'ambiguïté au sein d'une même clause. Si toutes les clauses sont susceptibles de renfermer des ambiguïtés, certaines y sont particulièrement sujettes. Les clauses des polices d'assurance, les clauses de règlement des différends, ainsi que celles portant sur les cautionnements et les garanties bancaires sont principalement concernées. Une organisation claire de la répartition des clauses au sein de l'ensemble contractuel et une rédaction minutieuse constituent des facteurs essentiels de formalisation permettant de définir avec précision la fonction respective et les effets engendrés par chacune d'elles (Section I). L'incompatibilité peut également concerner deux clauses insérées dans le même contrat, une clause du contrat et une clause insérée dans un document contractuel, ou encore une clause du contrat cadre et une clause contenue dans un contrat d'exécution. Néanmoins, en présence de contradictions absolues ne pouvant être surmontées par l'interprétation de la volonté commune des parties, l'étude de leur fonction et de leurs effets permet de proposer des méthodes, propres à établir une harmonisation de leur mise en œuvre (Section II).

⁸⁰⁵ J. Paillusseau, *Les contrats d'affaires*, in *le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, Economica 1987, préf. G. Cornu p.169, spéc. n°14.

Section I : La formalisation des clauses contractuelles

372. Le consentement donné par le cocontractant laisse supposer qu'il a accepté toutes les clauses du contrat qu'il a signé. Toutefois, les clauses du contrat ne peuvent lui être opposables que dans la mesure où celui-ci a eu la possibilité d'en prendre connaissance. C'est notamment la raison pour laquelle certaines clauses font l'objet d'un formalisme particulier. La jurisprudence tente alors de renforcer la loyauté contractuelle, en attirant l'attention des parties sur des éléments déterminants de leur consentement. Le recensement se révélant délicat en raison de l'extrême diversité des situations, seules les principales hypothèses rencontrées en jurisprudence sont ici étudiées. Cette prise de connaissance doit être tant visuelle qu'intellectuelle. Le cocontractant doit pouvoir visualiser facilement les clauses déterminantes insérées par le rédacteur (§1), mais il doit également être en mesure de les comprendre et d'apprécier la portée de leurs termes et de leurs effets (§2).

§1 : La visualisation des clauses contractuelles

373. Toutes les clauses ne revêtent pas la même importance aux yeux des parties. Les plus influentes sur la formation, l'exécution, ou encore l'extinction du contrat, en font des clauses déterminantes, sous la surveillance du législateur et de la jurisprudence. L'appréhension juridique de leur fonction et des effets qu'elles produisent sur le contrat passe alors nécessairement par leur capacité à être localisables au sein du contrat (A). Or, il est fréquent que ces clauses soient dispersées dans le contrat lui-même, ou dans des documents annexes, et échappent à la vigilance d'un cocontractant. La jurisprudence préconise alors le recours à une clause de renvoi afin de renforcer la cohésion devant exister entre les clauses d'un même ensemble (B).

A) La localisation des clauses

374. Les clauses les plus influentes dans la conduite de la relation contractuelle font l'objet d'un formalisme particulier. Certaines règles prescrites par la loi et la jurisprudence, visent ainsi à renforcer la protection des consentements en exigeant une lisibilité apparente des clauses les plus sensibles (1). La jurisprudence effectue alors un contrôle assidu malgré l'absence de normes techniques constantes dans les différentes matières du droit privé.

Néanmoins, cette mesure de protection est d'autant plus importante qu'elle s'impose quelle que soit la qualité de la partie ayant rédigé le contrat (2).

1) Une lisibilité apparente

375. Une présentation apparente. Le principe de l'autonomie de la volonté laisse supposer que le contractant a pris connaissance et accepté toutes les clauses du contrat qu'il a signé. Certaines techniques imposées par le législateur ou la jurisprudence visent cependant à faciliter cette prise de connaissance par la mise en œuvre de règles formelles strictes. Nombreux sont les textes de loi exigeant une présentation apparente, voire très apparente, de certaines stipulations figurant dans le contrat. Pour ce faire, le législateur impose des critères de rédaction, sans grande précision. Des termes souvent répétitifs « *caractères apparents* », « *caractères très apparents* », « *caractères gras* »... sont incontestablement destinés à assurer la protection d'un cocontractant contre l'habileté de l'autre.

Ainsi, l'article L.112-3 du Code des assurances⁸⁰⁶ dispose « *que le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent Code sont rédigés par écrit, en français en caractères apparents* ». Or, si l'ensemble du contenu du contrat d'assurance doit être rédigé en caractères apparents, il est à craindre qu'au final, aucune clause ne le soit plus. C'est dès lors dans le but de soutenir le cocontractant non-professionnel ou consommateur, ou plus généralement non-rédacteur du contrat, que le législateur encadre par le biais d'exigences formelles plus contraignantes, les clauses pouvant se révéler déterminantes voire dangereuses pour celui-ci. L'article L.122-4 du même Code impose par ailleurs que « *les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne soient valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents*⁸⁰⁷ ». Un arrêt notable⁸⁰⁸ rendu en matière d'assurance rappelle l'importance accordée au formalisme des clauses influentes sur la relation contractuelle. Dans cette affaire, une personne s'était portée acquéreur d'une péniche d'habitation et avait souscrit un contrat

⁸⁰⁶ Art. L.112-3 Code des ass. issu de la loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 art.9 (JO du 3 janvier 1990 en vigueur le 1er mai 1990) et ordonnance n°2001-350 du 19 avril 2001 art.6 XXXI (JO du 22 avril 2001) et loi n°2005-1579 du 19 décembre 2005 art.54 VIII (JO du 20 décembre 2005). En ce sens A. Favre Rochex et G. Courtieu, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Thèse Paris, LGDJ 1998 n°1-120 p.57.

⁸⁰⁷ Art. L.112-4 Code des ass. issu de la Loi n°81-5 du 7 janvier 1981 art.30 (JO du 8 janvier 1981 rectificatif JORF 8 février 1981) et Loi n°94-5 du 4 janvier 1994 art.35 II (JO du 5 janvier 1994 en vigueur le 1er juillet 1994).

⁸⁰⁸ Cass. civ. 2^{ème} 15 avril 2010 n°09-11667, *RGDA* juillet 2010, n°3 p.676 note J. Kullmann ; JCP E 22 juillet 2010, n°29, 1677 ; *D.* 28 juillet 2011, n°28 p.1926 note H. Groutel.

d'assurance afin de garantir les risques auxquels elle pouvait être exposée. La péniche sombra et l'assuré demanda la mise en œuvre de la garantie. Apprenant que le bien était grevé d'une hypothèque maritime, l'assureur refusa tout remboursement en vertu de la clause 21-d des conditions générales. En effet, cette dernière confirmait « *la nullité du contrat d'assurance en cas de non-déclaration par l'assuré de l'hypothèque grevant la péniche, objet de l'assurance, au moment de la souscription du contrat* ». Néanmoins, la Cour de cassation refusa de prononcer la nullité du contrat considérant que ladite clause n'était pas rédigée en termes très apparents, de manière à attirer spécialement l'attention de l'assuré sur la nullité qu'elle édictait. Ne s'agissant pas de nullités édictées par la loi elle-même⁸⁰⁹, la haute juridiction rappelle que les nullités stipulées⁸¹⁰ par les parties, et plus particulièrement en l'espèce par l'assureur, entrent dans le champ d'application de l'article L.112-4 du Code des assurances.

Ainsi, une clause de nullité ne peut être stipulée qu'à la condition de définir les contours particuliers d'un élément, en général nécessaire à la validité du contrat et tenant à la formation de celui-ci. La désignation d'une hypothèse particulière d'erreur, assortie de la menace de la nullité du contrat d'assurance, ne peut s'affranchir de la règle imposée par l'article L.112-4 précité et doit être rédigée en caractères très apparents.

376. L'emplacement des clauses. Toujours selon les dispositions de ce même article, dont la jurisprudence fait une interprétation littérale, le législateur exige leur insertion dans un emplacement déterminé, à savoir les polices elles-mêmes. Dès lors, si le bulletin d'adhésion, le règlement intérieur ou les statuts font corps avec la police relativement à la preuve, ils ne peuvent servir comme tels à l'assureur pour opposer une clause de déchéance. Dans ce sens, les clauses insérées dans les conditions générales, même prévues dans un article relatif aux exclusions, ne pourront produire leurs effets. Par ailleurs, même insérées dans un acte notarié paraphé à chaque page⁸¹¹, la Cour de cassation réaffirme constamment que les clauses des

⁸⁰⁹ A titre d'exemple l'article L.113-8 en matière de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de risque par l'assuré n'est pas soumis à ces exigences. Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 2000 n°99-18380, *RGDA* janvier 200, n°1 p.44 note J. Kullmann, la Cour de cassation affirme avec fermeté que « la nullité prévue par l'article L.113-8 du Code des ass. n'est pas soumise, sauf dispositions particulières, aux prescriptions de l'article L.112-4 du même Code, aux termes duquel les clauses édictant des nullités doivent être mentionnées en caractères très apparents dans la police ».

⁸¹⁰ Dans ce sens, les parties peuvent librement stipuler dans un contrat d'assurance, les clauses de déchéance qui ne sont pas interdites par la loi, Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 1996 n°94-15294, *RGDA* 1997 p.106 note J. Kullmann ; Cass. civ. 3^{ème} 17 octobre 2007 n°06-17608, *JCP G* 2007, II, n°10199 obs. J-P. Karila ; *JCP G* 2008, I n°134 obs. J. Kullmann ; *RGDA* avril 2008, n°1 p.66 note L. Mayaux ; ainsi que J. Kullmann, *Lamy ass.* 2010 n°684.

⁸¹¹ Cass. civ. 2^{ème} 11 juin 2009 n°08-18778, *RD banc. et fin.* septembre 2009, n°5 p.34 note J. Djoudi.

polices qui édictent des déchéances ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents.

Il en est de même pour la clause attributive de compétence qui est systématiquement réputée non écrite si elle n'est pas spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée⁸¹².

377. Inopposabilité de la clause. Dans une majorité d'hypothèses, les clauses dites importantes, déterminantes de la relation contractuelle, telles que les clauses de réserve de propriété, d'exclusion, de limitation de garantie, ou encore celles relatives à l'extinction du contrat, sont rédigées, non de façon clairement apparentes au recto du document signé mais généralement au verso, noyées dans des textes annexes, bien souvent à travers des conditions générales⁸¹³ dont la forme n'inspire pas la lecture ni la compréhension pour un profane. Dans ce sens, la Cour de cassation a dû considérer, à plusieurs reprises, qu'une clause d'exclusion de garantie était restée méconnue du preneur, du fait de la difficile lisibilité de « *ses petits caractères* » et de « *son camouflage* » « *dans un texte de seize articles* »⁸¹⁴. La Cour va même jusqu'à refuser l'opposabilité d'une clause de réserve de propriété, présentée au verso des bons de livraison, « *parmi les conditions générales de vente* » et dans « *les mêmes petits caractères* ». Le « *seul trait soulignant la clause* », ne pouvant, selon elle, suffire à appeler l'attention du lecteur dans les conditions de rapidité exigées par l'accomplissement des opérations commerciales. Elle en déduit finalement que le requérant ne « *rapportait pas la preuve que la société cocontractante avait eu connaissance de l'existence de la clause litigieuse* »⁸¹⁵. En somme, il s'avère indispensable que la clause soit imprimée de façon à

⁸¹² Art. 48 CPC. B. Beigner, *Ordre public et compétence*, Mélanges Boyer 1996 p.99 et s. ; R. Micha Goudet, *Clauses attributives de compétence dans les contrats passés au nom et pour le compte de la société en formation*, D. 1997, chron. p.121 et s. spéc. p.121. Par ailleurs, une mention en caractère très apparent est également exigée dans le contrat de mandat passé avec un agent immobilier. Art. 78 al.1 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce impose une telle forme aux clauses aux termes desquelles une commission sera due par le mandant.

⁸¹³ J. Léauté, *Les contrats-types*, RTD civ. 1953 p.429 et s. ; A. Seube, *Les conditions générales des contrats*, Mélanges A. Jauffret, 1974 p.621 et s. spéc. p.623 et s. ; Ph. le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, mélanges P. Raynaud 1985, p.349 et s. spéc. n°33 p.364 ; G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse Paris II, LGDJ 1976, n°50 p.33.

⁸¹⁴ Cass. civ.1^{ère} 27 février 1996 n°93-21845 ; D-R. Martin, *op. cit.* p.13 ; V° également Cass. civ. 2^{ème} 2 mars 2000 n°97-17299.

⁸¹⁵ Cass. com. 11 juillet 1995 n°93-11393.

attirer l'attention du cocontractant. Elle doit lui « sauter aux yeux », peu importe qu'elle soit insérée au chapitre des exclusions et non au paragraphe des risques encourus⁸¹⁶.

378. Taille de la clause. Le législateur impose donc de jouer sur la taille de l'écrit pour pouvoir apporter la preuve que le cocontractant a bien été informé de l'application d'une telle clause⁸¹⁷. L'exigence de caractères apparents, ou très apparents, constitue un instrument permettant de s'assurer de sa connaissance par le cocontractant dont l'attention doit être particulièrement attirée sur sa gravité. Dès lors, il est légitime de se demander s'il existe des critères de présentation, et notamment de taille de caractères fixée par la loi ou la jurisprudence. Si le législateur précise parfois les modalités de rédaction, il ne fixe pas de critères généraux d'application. Ainsi, selon l'article 1 du décret du 24 mars 1978⁸¹⁸ relatif à certaines opérations de crédit, la manière claire et lisible est réalisée par une rédaction en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit (soit 3 mm en point Didot). La Loi du 13 juillet 1930 génitrice du Livre 1^{er} du Code des assurances exige seulement, quant à elle, une typographie en termes très apparents, sans plus de précision technique. C'est donc moins à la lisibilité qu'à la visibilité des clauses concernées que s'attache la prescription⁸¹⁹. Face à la tortueuse lecture des conditions générales, particulières, personnelles, des annexes, intercalaires et conventions spéciales, l'attention du cocontractant doit être réanimée par un mot, une phrase, un paragraphe tranchant avec l'ondolement général du texte. Si le Code de la consommation s'appuie sur une norme purement technique, invitant à l'utilisation d'un typomètre, le Code des assurances s'en tient à une différenciation purement visuelle. La jurisprudence⁸²⁰ ne retient, pour sa part, aucune référence technique mais exige que l'attention du lecteur soit attirée par une stipulation qui tranche sur son

⁸¹⁶ Cass. civ. 2^{ème} 2 décembre 2003 n°01-17760, *RGDA* 2004 p.44 note L. Mayaux.

⁸¹⁷ Les art. L.261-1 et s., L.212-1 et s. et L.213-1 et s. du Code constr. imposent un certain formalisme dans les contrats permettant l'accession à la propriété d'un logement à construire. Il en est également ainsi pour les contrats d'assurance complémentaire, à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier, et dans les contrats de location avec option d'achat, ou encore dans les contrats de location de certains biens mobiliers autres que les véhicules automobiles, et enfin sur les bons de commande et les contrats de garantie des véhicules d'occasion. C'est encore le cas pour les contrats passés dans le cadre du démarchage à domicile, pour les contrats d'enseignement à distance ou encore en ce qui concerne le courtage matrimonial.

⁸¹⁸ Décret n°78-509 du 24 mars 1978, pris pour l'application des articles 5 et 12 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 27 mai 1998 n°96-14614, *RGDA* octobre 1998, n°4 p.692 note A. Favre Rochex.

⁸²⁰ Cass. civ. 1^{ère} 14 mai 1946, *RGAT* 1946 p.281 ; *D.* 1946 jurispr. p.281 note P.L.P ; *D.* 1948 jurispr. p.153, note P.L.P ; *JCP G* 1948, II, n°4225 note A. Besson ; *Resp. civ. et ass.* 1988, comm. n°23.

environnement⁸²¹, attestant ainsi de la réalité de son consentement, et de la bonne foi du rédacteur.

379. Une solution envisageable. Imposer de façon générale une norme technique particulière, qu'il s'agisse de la hauteur voire de la couleur des caractères, ne semble pas être une solution infaillible à la mise en lumière effective des clauses les plus importantes et souvent les plus dangereuses. En effet, le cocontractant rédacteur malveillant du contrat adapterait alors la police et le caractère des autres clauses pour masquer ou noyer les clauses litigieuses au sein du contrat. Le problème resterait alors entier. En définitive, seule une typographie proportionnellement excessive peut permettre d'identifier ces clauses quel que soit le formalisme choisi pour rédiger le contrat. Il pourrait alors s'avérer judicieux d'imposer la rédaction de ces clauses dans un caractère dont la taille serait multipliée par un facteur constant (x1,5 ou x2) vis-à-vis des autres clauses composant l'ensemble contractuel.

Cette protection formaliste s'avère d'autant plus importante que toute différence de taille entre les clauses du contrat ne peut se cantonner à protéger les seuls profanes ou consommateurs mais s'applique, plus généralement, à toutes les parties contractantes.

2) Une exigence généralisée

380. Une exigence assouplie. Cette exigence « *d'information par la forme* » posée par les tribunaux ne vise nullement à instaurer un déséquilibre contractuel au profit de l'acheteur, de l'adhérent, ou encore du salarié. Sans fixer strictement leurs propres règles de forme, les juges se contentent de vérifier que le cocontractant a bien eu connaissance des clauses qui lui sont opposées, quel que soit le formalisme employé pour les mettre en lumière. Il est alors possible de se demander si ces exigences formelles issues de textes normatifs n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement à la partie non professionnelle, même si certaines circonstances peuvent être prises en compte par les tribunaux. Ainsi, le juge va quelque peu assouplir ces exigences, dès lors que les relations s'établissent entre professionnels de même spécialité. En matière de connaissance maritime, il n'hésite pas à faire valoir la qualité de professionnels⁸²²

⁸²¹ Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1989, n°86-14262, *Resp. civ. et ass.* 1989 p.234 par des caractères gras ; Tri. civ. Cahors 8 juillet 1948, *RGAT* 1949 p.25 par une encre différente.

⁸²² CA Paris 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994. 95 note Y. Paclot : les juges ont reconnu l'opposabilité à l'acheteur de la clause d'arbitrage figurant aux conditions générales de vente et de manière visible sur toutes les factures courantes dans ce type de négoce, parce que celui était un professionnel du commerce en relations d'affaires habituelles avec le vendeur et censé ainsi connaître des conditions de vente, à défaut d'en avoir constaté

de transport par mer des intéressés, pour présumer de leur connaissance de l'insertion courante d'une clause attributive de juridiction. Egalement dans l'hypothèse où celle-ci n'est pas d'une lisibilité irréprochable⁸²³. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale précise sur ce point que la clause attributive de juridiction peut être écrite, ou verbale avec confirmation écrite, soit sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit dans le commerce international, sous une forme qui est adaptée à un usage dont les parties avaient connaissance, ou étaient censées avoir connaissance, et qui est largement connu et régulièrement appliqué pour des contrats de même type dans la branche commerciale considérée⁸²⁴.

Il ne faut toutefois pas en conclure qu'une clause de juridiction convenue entre des professionnels peut être valable même si elle n'a pas été acceptée en connaissance de cause. La Cour de cassation vient simplement rappeler qu'une telle clause doit être appréciée avec souplesse, conformément à une tendance constante des tribunaux⁸²⁵.

381. Les clauses visées. Ces exigences de forme imposées par le législateur et la jurisprudence sont conditionnées par la fonction et les effets engendrés par certaines clauses litigieuses sur la survie du contrat. Ainsi, les clauses ayant une influence significative sur l'exécution⁸²⁶ et l'extinction⁸²⁷ des obligations contractuelles devront être nettement visibles

l'application. CA Paris 18 avril 1991, *Rev. arb.* 1994. 95 note Y. Paclot : Entre professionnels de même spécialité, la clause d'arbitrage acquiert l'autorité d'un usage. Il en va ainsi de la clause insérée dans les confirmations de vente adressées par l'acquéreur au vendeur qui ne les a ni signées, ni acceptées, et conformes aux usages suivis en la matière et censés être connus des contractants en relations d'affaires habituelles. CA Paris 30 mars 1990, *Rev. arb.* 1990. 691 : Le renvoi dans une confirmation de vente adressée par un courtier au vendeur au règlement de la Chambre arbitrale de Paris ; selon les arbitres, il suffit que ce document soit conforme aux usages régulièrement suivis en la matière entre contractants professionnels de ce type de négoce et que cette confirmation de vente n'ait pas été contestée dans le délai imparti par les usages. CA Paris 8 juin 1984, *Rev. arb.* 1990. 550 et s : Dans un contrat de vente de produits agricoles et de détail, la référence expresse au contrat RUFRA dont l'article 32V renferme une clause compromissoire, figurant sur la confirmation d'un courtier qui n'a été suivie d'aucune protestation lors de la réception par « le commerçant habitué à ce genre de transaction ».

⁸²³ CA Bordeaux 27 février 1979, *DMF* 1980 p.163.

⁸²⁴ Art. 23 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L299 du 31 décembre 1972 p.0032-0042 ; V° également Cass. com. 4 mars 2014 n°13-15846, *RLDC* mai 2014, n°115 p.17 obs. C. Le Gallou ; *D.* 15 mai 2014, n°18 p.1059 note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP E* 22 mai 2014, n°21-22, 1288 note M. Attal.

⁸²⁵ Cass. com. 5 mars 1991 n°89-17360 : Ainsi la validité d'une clause d'attribution a pu être souverainement relevée par les juges du fond car la convention se rattachait directement aux conditions générales de vente applicables depuis le début des relations et devenues habituelles entre deux sociétés commerciales et tacitement acceptées pour les litiges pouvant les opposer.

⁸²⁶ Telles les clauses de réserve de propriété, les clauses de garantie, de responsabilité...

par le cocontractant. Aucune dérogation n'est alors admise, peu importe la qualité des contractants ou leur expérience. La Cour de cassation l'a rappelé dans un litige relatif à l'application de l'article L.122-4 précité⁸²⁸ du Code des assurances. Relevant la qualité d'ancien professeur en assurances du cocontractant, la Cour affirma qu'elle « *ne dispensait pas l'assureur de son obligation de mentionner la clause litigieuse en caractères très apparents dans son contrat* »⁸²⁹. On retrouve ici encore la complémentarité existant entre le formalisme imposé et la connaissance effective de la clause par le cocontractant. Les professionnels sont ainsi traités comme le plus profane des consommateurs.

Or, parfois de tels procédés ne sont pas suffisants et il est alors nécessaire de recourir à l'insertion de clauses dites de renvoi ou de référence.

B) La nécessité du renvoi

382. La clause de référence est insérée dans le contrat afin d'indiquer au cocontractant l'emplacement d'une clause dans le contrat lui-même ou dans un autre document annexé au contrat. Rédigée de façon apparente, la fonction protectrice de la clause de renvoi doit permettre de démontrer avec certitude la connaissance par le cocontractant des clauses disséminées au sein du contrat et dans les documents annexes (1). Or, les effets produits par cette clause dépassent le cadre de sa fonction première. En effet, alors qu'elle garantit au cocontractant l'opposabilité des clauses auxquelles elle fait référence, elle constitue également un indicateur sérieux de la valeur contractuelle des documents auxquels elle renvoie (2).

1) La fonction protectrice des clauses de renvoi

383. Document unique. Lorsque le contrat se compose d'un seul document, l'opposabilité des clauses aux cocontractants n'est pas pour autant assurée. Leur force obligatoire dépendra de leur emplacement au sein du contrat. Ainsi, la jurisprudence admet depuis de nombreuses

⁸²⁷ Les clauses de déchéance, les clauses résolutoires, les clauses attributives de compétence...

⁸²⁸ La loi du 4 janvier 1994 ayant par ailleurs soumis aux dispositions de cet article les opérations éminemment professionnelles que sont l'assurance-crédit et les assurances maritimes et fluviales (la réassurance ayant échappé à ce carcan).

⁸²⁹ Cass. civ.1ère 11 juillet 2001 n°99-20636, *RGDA* octobre 2001, n°4 note J. Kullmann.

années l'opposabilité d'une clause figurant juste avant la signature du cocontractant⁸³⁰. En revanche, si la clause litigieuse figure au verso du document signé, il est nécessaire que le cocontractant ait pu en prendre connaissance de façon certaine. Les rédacteurs prennent alors soin d'insérer au recto une « *clause de référence* » encore appelée « *clause de renvoi*⁸³¹ », précisant que le signataire reconnaît avoir lu et accepté les stipulations mentionnées au verso ou aux pages concernées. De façon générale, l'unicité du document contractuel est donc un indice supplémentaire laissant fortement présumer que le signataire a pu prendre connaissance des stipulations rédigées aussi bien au recto qu'au verso. Cette technique du renvoi, validée par la Cour de cassation⁸³², est souvent employée pour faire référence aux conditions générales présentes dans l'acte. Leur opposabilité s'impose alors à la seule condition d'inclure au recto une clause y faisant expressément référence. Les juges reconnaissent, par exemple, une parfaite opposabilité des mentions contractuelles lorsqu'elles précisent que « *le cocontractant déclare avoir pris connaissance des conditions générales figurant au verso et les accepter* ». Il est également plus prudent de la situer à proximité immédiate de la signature afin d'asseoir son opposabilité.

384. Technique envisageable. Aussi, serait-il envisageable de renforcer l'opposabilité des clauses de renvoi selon une technique empruntée aux contrats à distance ou électroniques. En effet, dans cette version virtuelle, le cocontractant doit impérativement cocher une case par un clic indiquant qu'il reconnaît avoir pris connaissance des conditions du contrat et les avoir acceptées afin de poursuivre l'échange. Il est alors opportun dans les contrats écrits de prévoir en bas ou en marge de la clause de renvoi, un espace permettant au cocontractant de valider la clause par un signe propre, un paraphe ou une signature attestant de sa prise de connaissance de la clause ou du document objet du renvoi.

⁸³⁰ CA. Amiens, 23 novembre 1976, *Rep. not. Défrénois* 1977 art. 31441, n°52 note J-L. Aubert ; Ex. Clauses de réserve de propriété ou clauses attributives de compétence doivent être rédigées en caractères gras et apparents mais peuvent également être mentionnées juste avant la signature du cocontractant.

⁸³¹ F. Labarthe, *th. préc.* n°26 p.22 ; S. Amro, *La clause de renvoi dans un document contractuel*, Thèse Toulouse I, 2000 ; A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, *th. préc.* n°437 p.271 et s.

⁸³² Ph. Stoffel-Munck, il suffit de certifier avoir accepté les conditions générales jointes au contrat pour que celles-ci intègrent le champ contractuel, *Comm. com. électr.* janvier 2006, n°1 comm 10, note sous arrêt Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 2005 n°04-12725 « je reconnais avoir pris connaissance et accepte les conditions générales de service au verso du présent contrat souscrit pour une durée maximale de 12 mois. Je m'engage » [...] que ces conditions générales figurant sur un livret cartonné auquel était relié le contrat, signé par la cocontractante, en un ensemble indissociable, ainsi que des feuillets autocopiants détachables relatifs aux renseignements spécifiques, c'est donc sans violer l'art.1134 que la CA a considéré que la requérante avait eu connaissance des conditions générales du contrat et les avait acceptées.

385. Diversité de documents. La situation se complexifie lorsqu'un renvoi est fait à un document dissocié du contrat⁸³³. Dès lors, les conditions générales ainsi que toutes clauses particulières peuvent être inscrites dans un document annexe⁸³⁴, extérieur à celui qui a été signé, sans pour autant perdre leur caractère contractuel⁸³⁵. La conclusion de nombreux contrats est souvent précédée d'une étape de négociation au cours de laquelle un grand nombre de documents est échangé entre les parties. Des actes préparatoires prenant la forme d'accords⁸³⁶, ou de simples documents techniques ou informatifs⁸³⁷, peuvent contenir des clauses déterminantes de la relation contractuelle. Des considérations pratiques sont le plus souvent avancées pour justifier de l'insertion d'une clause dans des documents annexes⁸³⁸. D'application courante dans le domaine de l'immobilier et de l'assurance, ce procédé répond à un souci de clarté, en vue de ne pas ensevelir le cocontractant sous une masse de documents qu'il n'aurait ni le temps, ni l'envie de lire. Dès lors, comment justifier de leur opposabilité au cocontractant ? Quelles doivent être les conditions à respecter par les rédacteurs de contrats, désireux de faire valoir des clauses, fréquemment protectrices de leurs intérêts ?

⁸³³ F. Labarthe, *th. préc.* n°346 p.214.

⁸³⁴ Il peut alors s'agir de documents publicitaires, courriers, fax, conditions générales, bons de commande, devis, affiches, panneaux, étiquettes. Certains documents interviennent à l'occasion de l'exécution du contrat : bons de livraison ou réception, les factures et quittances ; en cas de modification du contrat : avenants ou accords annexes ; ou lors de son extinction : lettre de congé, de préavis, de licenciement, reçu pour solde de tout compte... F. Labarthe, *th. préc.* n°541 et s. p.336 et s et n°556 et s. p.345 et s.

⁸³⁵ En droit des assurances, la Cour de cassation a jugé que le renvoi fait par les conditions particulières signées aux conditions générales non signées dont l'assuré a reconnu recevoir un exemplaire est valable, Cass. civ. 1^{ère} 10 avril 1996 n°94-14918, *Lamy ass.* mai 1996, n°18 p.1 note L. Fonlladosa. En revanche, Cass. ch. mixte 7 février 2014 n°12-85107, *Resp. civ. et ass.* mars 2014, n°3 p.63 obs. H. Groutel ; *RLDC* avril 2014, n°114 p.12 note C. Le Gallou ; *D.* 15 mai 2014, n°18 p.1074 note A. Péliissier ; *JCP G* 16 juin 2014, n°24, 699 obs. J. Gnestin : La seule signature de l'assuré au bas des conditions particulières du contrat ou du bulletin d'adhésion mentionnant des renseignements prétendument communiqués par ce dernier et traduisant une information fournie à l'initiative de l'assuré n'est pas suffisante. En l'absence d'une clause de renvoi, seul le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur interroge l'assuré sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge constitue la preuve de réponses apportées à des questions précises de l'assureur. Le non renvoi exprès à ce formulaire ou l'absence de fourniture et signature de ce formulaire particulier ne peuvent permettre à l'assureur de se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Cette décision rompt avec la position auparavant retenue par la 2^{ème} chambre civile qui admettait l'opposabilité à l'assuré d'une déclaration contenue dans les conditions particulières de la police d'assurance, la chambre criminelle l'écartant.

⁸³⁶ Sans dresser un inventaire détaillé, il est possible de citer : l'accord partiel, l'accord cadre, l'accord de principe, l'accord initial, le protocole d'accord, certaines lettres d'intention

⁸³⁷ Ex : les catalogues, cahiers des charges, certaines correspondances, et de façon générale les documents contenant des informations sur la situation financière des parties.

⁸³⁸ Ex : contrats de franchise, contrats de cession ou de licence de brevets, marques, logiciels, accords de fusion, contrats d'assurance etc.

386. Conditions d'opposabilité. Dans les années 1980, la Cour de cassation⁸³⁹ s'est trouvée à plusieurs reprises confrontée à ce problème et en a déduit deux exigences principales.

Tout d'abord, une clause de renvoi ou de référence doit figurer dans l'*instrumentum* et mentionner en termes clairs et apparents l'existence d'une clause particulière dispersée⁸⁴⁰ dans un autre document. En second lieu, il est également primordial que le document non signé, renfermant la clause visée, soit porté à la connaissance du cocontractant⁸⁴¹. La simple référence à des conditions générales, sans les reproduire intégralement pour les mettre à disposition du cocontractant, n'est pas envisageable⁸⁴², excepté dans les hypothèses où les parties sont en relation commerciale permanente et suivie mais toujours à la condition qu'elles aient été communiquées initialement.

Le droit des assurances offre sur ce point un exemple révélateur des conditions d'opposabilité des clauses et documents objets de la clause de renvoi. En effet, les nombreux renvois effectués par ces contrats, et la diversité des documents annexes présents, font de cette matière un champ d'étude propice à une généralisation des règles applicables à la clause de renvoi. La Cour de cassation considère la validité de la clause de renvoi, dès lors qu'elle est intégrée dans un document dont l'acceptation par le souscripteur est certaine. Le seul renvoi exprès de l'acte signé vers celui non signé suffit alors à prouver la remise du document visé par la clause de renvoi et à le rendre opposable au cocontractant. Ainsi, les conditions générales, bien que non signées par l'assuré, lui sont opposables dès l'instant où il reconnaît

⁸³⁹ Cass. civ. 1^{ère} 17 novembre 1987, n°86-12114, *Bull. civ. I* 1987, n°299 p.214.

⁸⁴⁰ D. Mainguy, Conditions générales de vente et contrats-types, *J.-Cl. Contrats distribution* 2002, fasc 60 n°12.

⁸⁴¹ Cette seconde condition jurisprudentielle s'avère d'autant plus pratiquée qu'elle répond parfaitement à un souci contemporain de protection de la partie faible ou du consommateur. Ainsi qu'à une prolifération parfois excessive des clauses de référence suite à l'annulation de l'article 1 du décret d'application de la loi du 10 janvier 1978 (article 35) excluant l'usage de telle clause, par l'interdiction de consentir à des stipulations contractuelles ne figurant pas sur l'écrit signé. M. Hagelstein, Commissaire du Gouvernement *JCP N*, II, 1891, n°13468 ; C. Larroumet, *DS* 1981 n°228 ; S. Baranger, Du nouveau sur les clauses de référence, *Gaz. Pal.* 1981, n°1 doct. 181 ; La généralité des termes de l'article 1 justifiant sa nullité a conduit le Commissaire du Gouvernement à admettre que « les clauses de renvoi sont multiples sans qu'il soit toujours possible d'affirmer qu'elles résultent d'un abus de puissance économique et procurent un avantage excessif ». V° dans ce sens Cass. civ. 1^{ère} 10 avril 1996 n°94-17156, *Bull. civ.* 1996, I, n°117 p.123 ; *JCP G* 25 août 1996, n°39 note G. Paisant & H. Claret.

⁸⁴² Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2009 n°07-21530, *RGDA* janvier 2009, n°1 p.127 note A. Astegiano-La Rizza. En l'espèce aucun des documents que l'assureur prétendait avoir remis à l'assuré n'était signé par ce dernier : ni l'avenant d'asselement renvoyant aux conditions générales et particulières, ni la police d'assurance (et plus particulièrement les conditions particulières). La Cour en conclut alors que l'assureur n'établissait pas qu'il avait porté à la connaissance de l'assuré les conditions générales et particulières du contrat avant la survenance du sinistre ».

les avoir reçues par la signature des conditions particulières y faisant référence⁸⁴³. Le formalisme de la signature du contrat contenant la clause de renvoi suffit donc, et emporte présomption automatique de connaissance du document concerné.

387. Une opposabilité contestée. De nombreux auteurs dont Mme A. Astegiano-La Rizza déplorent ce raisonnement de la Cour qui déduit du formalisme de la signature, la preuve d'une connaissance par l'assuré des conditions générales et particulièrement des conditions restrictives⁸⁴⁴. En effet, ce formalisme ne permet pas avec certitude de rapporter la preuve que l'assureur a porté effectivement les conditions restrictives de garantie à la connaissance de l'assuré. Or, ne convient-il pas également au cocontractant souscripteur de faire preuve de prudence et de recueillir l'ensemble des documents visés ? Certes, la remise d'une attestation détachée du contrat et signée, certifiant que l'ensemble des documents inhérents à la relation contractuelle a bien été remis au cocontractant, pourrait constituer une preuve supplémentaire d'opposabilité. Cependant, ici encore ce procédé ne peut garantir la remise effective des documents, objet du renvoi, et contribue au surplus à augmenter le volume des pièces contractuelles. La signature complémentaire du document annexe visé par la clause constitue alors une preuve de sa prise de connaissance par le cocontractant signataire.

388. Responsabilisation du signataire. Une solution intermédiaire peut dès lors être proposée. Si la signature du contrat principal contenant la clause de renvoi ne constitue qu'un indice, qui, par ailleurs accompagné de la signature du document annexe visé par la clause de renvoi, peut être suffisant, ce dernier pourrait encore être renforcé par l'apposition d'une signature sous la clause de renvoi. A ce procédé peut s'ajouter la mention de la date de remise des documents visés par la clause. Certes, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, précisé que la date de la remise du document auquel il est fait référence n'a nul besoin d'être indiquée, alors même que cette remise est censée intervenir avant la formation du contrat⁸⁴⁵.

⁸⁴³ Cass. civ. 1^{ère} 17 novembre 1998 n°96-15126, *RGDA* janvier 1999, n°1 p.96 note M-H. Maleville ; Cass. civ. 1^{ère} 1 avril 2003 n°00-14616, *Dt. & Pat.* décembre 2004, n°132 p.93 note D. Poracchia.

⁸⁴⁴ A. Astegiano-La Rizza, *Assurances en général, Documents contractuels, art. préc.* n°1 p.107 ; Cass. civ. 2^{ème} 8 septembre 2005 n°04-17989, *RGDA* janvier 2006, n°1 p.155 note S. Abravanel-Jolly ; Cass. civ. 3^{ème} 17 juin 2003 n°01-15700, *RGDA* octobre 2003, n°4 p.691 note L. Mayaux ; Cass. civ. 21 avril 2005 n°03-19697 *Resp. civ. et ass.* juillet 2005, n°7 p.7.

⁸⁴⁵ En matière d'assurance cette remise préalable des documents permet à l'assureur de satisfaire à son obligation légale d'information, néanmoins l'article R.112-3 du Code des ass. ne prévoit aucune sanction en l'absence de date de la remise des documents. Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2009 n°07-19234, *RGDA* janvier 2009, n°1 p.112 note S. Abravanel-Jolly ; *Rev. de droit immo.* juin 2009, n°6 p.369 note D. Noguero ; « Mais attendu que l'arrêt

Néanmoins, afin d'éviter toute contestation, rien n'empêche dans les faits d'ajouter la date de remise à côté de la signature.

Si la signature des documents annexes n'est pas toujours effectuée en pratique⁸⁴⁶, la signature apposée en bas de la clause de renvoi permettrait alors au signataire de prendre pleinement conscience de l'existence de stipulations contractuelles insérées dans un autre document. A charge pour lui de les lire ou non. Chacun sait qu'à l'exception du document publicitaire, d'aucun se contente trop souvent de lire le document qu'il doit signer, sans se reporter aux autres documents remis, dont il découvrira le contenu qu'après la conclusion du contrat ou à l'occasion d'un litige naissant. La clause de renvoi a donc également pour effet de provoquer une responsabilisation du signataire en l'incitant à faire preuve de « civisme contractuel ».

Aujourd'hui, ces clauses, lorsqu'elles sont parfaitement formulées, peuvent contribuer à la protection de la relation contractuelle elle-même. Le rédacteur se doit donc de rédiger, de façon claire et apparente, une clause de référence et de fournir à son cocontractant le document annexe correspondant, afin de se protéger de toute méconnaissance de ce dernier. La solution jurisprudentielle en vigueur, renforcée par la signature systématique de la clause de renvoi et l'apposition de la date, permettrait de conforter la présomption de remise des documents. Cette technique propre aux clauses de renvoi pourrait alors constituer une exigence commune à ces clauses, quelle que soit la nature du contrat la renfermant.

2) L'effet contractualisant des clauses de renvoi

389. Les documents publicitaires. Cependant, suite à ce développement se pose la question de la qualification contractuelle devant être attribuée aux documents annexes, tant précontractuels que post-contractuels. L'exemple controversé des documents publicitaires permet d'illustrer notre propos. Dans un premier temps, la Cour de cassation a refusé de donner une quelconque valeur contractuelle aux documents publicitaires⁸⁴⁷ pour progressivement assouplir sa position dans un souci permanent de protection du

retient que les conditions particulières que M. X. a signées renvoient expressément aux conditions générales ; que l'emploi du participe passé dans la mention « les conditions générales... dont vous connaissez avoir reçu un exemplaire » montre que ces conditions générales ont été remises à l'assuré préalablement à la signature du contrat, dans les termes de l'article L.112-2 du Code des assurances ; que si la mention en cause ne comporte pas la date de la remise des documents en dépit des dispositions de l'article R.112-3 du Code des assurances, toutefois aucune sanction n'est prévue en cas de violation [...] ».

⁸⁴⁶ En droit des assurances, la jurisprudence considère que par la seule signature de la police, le contractant reconnaît sans équivoque avoir pris connaissance et accepté les annexes même s'il ne les a pas signées : Cass. civ.1^{ère} 18 janvier 1965 n°62-13948.

⁸⁴⁷ CA Paris 29 janvier 1861, maintenu par Req. 14 juillet 1862, *D.P.I* n°429, 1862.

consommateur. En 1996, dans la célèbre affaire des « halles du Mans », la Cour avait attribué valeur contractuelle⁸⁴⁸ à des documents publicitaires afin de contraindre les professionnels à tenir les promesses qu'ils faisaient dans leurs publicités, souvent à l'origine du consentement de l'acheteur. En effet, le cocontractant va attendre du produit ou du service, les qualités promises dans le dépliant publicitaire. Dès lors, si le contrat ne reprend pas toutes les caractéristiques, il se fie aux données publicitaires pour apprécier lui-même les qualités du produit ou du service. Il est donc légitime de penser que la confiance⁸⁴⁹ accordée à la publicité par le cocontractant est d'autant plus grande que la publicité constitue le premier élément du contrat et entre dans la sphère contractuelle par la conclusion du contrat. L'arrêt de juillet 1996 précédemment cité encourage également cette interprétation en précisant « *que l'instrument publicitaire constitue la matérialisation du devoir de renseignement du vendeur professionnel* ». Cependant, la Cour précise dans son attendu « *qu'un écrit de ce type ne vaut document contractuel que s'il est annexé à l'acte de vente ou visé par celui-ci* ».

390. Appréciations doctrinales et jurisprudentielles. Selon Mme F. Labarthe, certaines publicités peuvent avoir valeur d'offre, et donc une réelle valeur contractuelle, dès lors qu'elles sont rédigées avec fermeté, précision et en l'absence d'équivoque⁸⁵⁰. Mme A. Danis-Fatôme préfère justifier le passage du document publicitaire dans le champ contractuel par le recours au mécanisme de l'apparence⁸⁵¹. La notion de confiance et de croyance légitime qu'a le destinataire en la valeur contractuelle de ces documents impose ainsi cette solution. Dans cette même perspective, la Cour de cassation reconnaît valeur contractuelle à des documents publicitaires remis aux acheteurs et ayant déterminé leur consentement⁸⁵². Mais, en tout état de cause, la jurisprudence n'apparaît pas comme figée en la matière et se livre à une véritable analyse des circonstances de l'espèce. Elle refuse ainsi cette qualité à des publicités

⁸⁴⁸ D. R. Martin, De la périphérie contractuelle, *LPA* 24 octobre 1997, n°128 p.13, Note sous arrêt Cass. civ. 3^{ème} 17 juillet 1996 (1^{ème} espèce) n°94-17810 *Bull. civ.* III 1996, n°197.

⁸⁴⁹ Cette solution qui s'appuie sur la croyance légitime du contractant et qui aboutit à consacrer l'objet de cette croyance en la faisant entrer dans le champ contractuel, peut s'analyser comme une application de la théorie de l'apparence.

⁸⁵⁰ M. Pédamon, *Publicité-Propagande*, Rapport français, Travaux de l'association Henry Capitant, Journées portugaises de Lisbonne, t. XXXII, 1981 p.105 et s. spéc. p.120 et s. ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, *th. préc.* n°163 p.111 et n°166 p.112 et 113.

⁸⁵¹ A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, *th. préc.* n°413 p.258 et spéc n°425 p.263 et s.

⁸⁵² Cass. civ. 3^{ème} 8 juin 2004 n°02-19739 et n°02-20288, *Rev. Constr.-urb.* septembre 2004 p.10 note P. Cornille.

considérées comme trop succinctes⁸⁵³ ou n'étant pas mises en lumière par une clause de renvoi. Toutefois, cette tendance contemporaine à l'extension de la reconnaissance contractuelle des publicités ne se révèle pas opportune pour tous les documents annexes. En telles occurrences, les cocontractants se verraient dans l'obligation de connaître de façon détaillée l'ensemble des documents, réduisant ainsi à néant les conditions de sécurité jurisprudentielles relatives à l'emploi des clauses de référence. Dès lors, adoptant une analyse quelque peu différente pour les autres formes de documents annexes, il semblerait que la Cour subordonne leur opposabilité à l'insertion d'une clause de référence. C'est bien parce qu'une clause de référence est clairement identifiée dans le document signé, et que le document annexe auquel elle renvoie ait été porté à la connaissance du cocontractant, qu'il acquiert une pleine force obligatoire. L'insertion d'une clause de renvoi dans le contrat principal se présente donc comme le facteur déclencheur de la qualification contractuelle du document ainsi visé. Dans ce sens, l'article 2443 du CPC énonce que la clause compromissoire « *doit à peine de nullité être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel elle se réfère* ». Les juges n'accordent donc une valeur contractuelle aux documents annexes que si ceux-ci ont fait l'objet d'une référence expresse et non équivoque⁸⁵⁴.

391. Une fonction de contractualisation. Cette manifestation est nettement perceptible concernant le renvoi aux conditions générales qui intègrent ainsi la sphère contractuelle. De nombreux documents⁸⁵⁵ peuvent être concernés par le renvoi. Ces documents accèdent donc au rang contractuel, à condition d'être mentionnés par la clause de renvoi et d'être signés par le cocontractant. Toutefois, cette dernière condition n'est pas nécessairement requise par la jurisprudence. Un document, objet de la clause de renvoi, et non signé par les parties, est néanmoins contractualisé. Il est donc opposable du seul fait de l'existence de la clause de renvoi⁸⁵⁶. Dans le souci de renforcer la preuve de la remise du document non signé, notre proposition de signature de la clause de renvoi prend alors tout son intérêt.

D'autre part, la clause de renvoi ne fait pas nécessairement référence à un document annexe dans son intégralité. Elle peut se contenter de faire référence à une clause contenue dans un

⁸⁵³ Cass. civ. 2^{ème} 19 avril 2005 n°02-11338 ; Cass. civ. 2^{ème} 1^{er} décembre 2005 n°04-18899, *RGDA* janvier 2006, n°1 p.165 note J. Bigot.

⁸⁵⁴ De la même manière une clause de réserve de propriété sera, dans les mêmes conditions, déclarée opposable pour autant que le document qui la contient ait été remis au plus tard au moment de la livraison conformément à ce qu'exige la loi du 22 mai 1980.

⁸⁵⁵ Devis, plans, conditions générales et particulières, notices d'informations, annexes, intercalaires...

⁸⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère} 18 janvier 1965 n°62-13948 a contrario *arrêt préc.* ; Cass. civ. 1^{ère} 9 juillet 1974 n°73-12228.

document extérieur. Dans cette rare hypothèse, seules les stipulations visées par la clause de renvoi doivent être considérées comme contractuellement engageantes.

On perçoit donc ici l'importance des clauses de renvoi dans leur fonction de contractualisation des documents annexes. Véritables facteurs de contractualisation, elles permettent au rédacteur de se référer à des documents extérieurs tout en informant le signataire de leur existence et de leur opposabilité. La contractualisation assurée par les clauses de renvoi constituerait dès lors un instrument de protection au service du cocontractant signataire, et contribuerait ainsi à réduire les tentatives de dissimulation opérées par des rédacteurs mal intentionnés.

392. Clause d'intégralité. A l'inverse, les parties peuvent insérer dans leur contrat une clause d'intégralité, aux termes de laquelle l'écrit renferme toutes les conditions convenues. Des clauses semblables sont également admises par les principes Unidroit⁸⁵⁷, l'Uniform commercial code américain⁸⁵⁸, ou encore par la règle anglaise de preuve des contrats dite « *parol evidence* »⁸⁵⁹ selon laquelle, lorsqu'un contrat a été rédigé par écrit, une preuve extérieure ne peut être admise pour ajouter, modifier ou contredire cet écrit. Dans toutes ces hypothèses, la clause permet de distinguer parmi les nombreux documents et déclarations échangés par les parties, ceux contractuellement intégrés, de ceux qui ne reflètent qu'une position abandonnée en cours de négociation.

393. Documents post-contractuels. L'opposabilité et la valeur attribuées aux documents post-contractuels⁸⁶⁰ sont nettement moins problématiques car ces deux notions se retrouvent ici incontestablement liées. La valeur contractuelle de l'avenant au contrat ainsi que son opposabilité ne peuvent être discutées dans la mesure où il recueille l'accord signé des

⁸⁵⁷ Article 2.17 des principes Unidroit : « le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du document ».

⁸⁵⁸ Section 2-202 du Uniform commercial code américain dispose que « les clauses qui font l'objet de confirmations écrites concordantes des deux parties ou qui figurent, de quelque manière que ce soit, dans un écrit considéré par les parties comme l'expression définitive de leur accord sur ces clauses, ne peuvent être contredites par la preuve d'un accord antérieur ou d'un oral simultané ».

⁸⁵⁹ La pratique est également fréquente dans les pays de *Common Law* d'adopter une clause d'intégralité « entire agreement clause » ou « merger clause » par laquelle les contractants expriment leur volonté que le document qu'ils rédigent contiennent toutes les clauses de leur accord.

⁸⁶⁰ B. Fages, L'art et la manière de rédiger le contrat, *Dr. & Pat.* juin 1999, n°72 p.82 et s.

parties⁸⁶¹. En revanche, la question sera plus délicate si le document post-contractuel émane d'un seul des cocontractants. La lettre de confirmation ou les factures ne pourront être perçues comme contractuellement acceptées qu'en vertu du défaut de protestation suivant leur réception⁸⁶². Ici encore, la Cour de cassation tente de protéger le cocontractant le plus faible en rendant inopposables des stipulations d'un document post-contractuel venant modifier les conditions contractuelles préalablement déterminées, à moins toutefois de pouvoir prouver la volonté des parties de modifier leur convention. Seule la volonté expresse des parties peut donc conférer une quelconque force obligatoire aux documents post-contractuels. Aucune habileté rédactionnelle ne peut alors influencer sur leur valeur et leur portée.

Cependant, il ne suffit pas que la clause soit facilement visible pour être opposable, encore faut-il qu'elle soit compréhensible et suffisamment précise afin d'assurer une qualité de compréhension optimale pour tout cocontractant.

§2 : L'intelligibilité des clauses contractuelles

394. Selon la nature du contrat, la jurisprudence prend soin de déceler les ambiguïtés créées volontairement ou non par les contractants. Les notions et les termes choisis se révèlent donc être les premiers instruments au service de la précision. La compréhensibilité des clauses et leur appropriation par les contractants requièrent tout d'abord l'emploi d'un vocabulaire adapté à la situation contractuelle concernée (A). Toutefois, l'emploi d'une terminologie ajustée à la nature de la relation contractuelle ne peut suffire. Il est indispensable de rechercher une articulation harmonieuse des termes utilisés permettant d'atteindre une cohérence rédactionnelle certaine. La justesse des mots ainsi qu'une délimitation précise du domaine d'intervention de chaque clause permettent non seulement de signifier leur fonction et leurs effets mais aussi d'éviter toute interprétation des juges du fond, devant alors s'en tenir aux stipulations inscrites. La contradiction pouvant naître tant de l'excès que du manque de précision, une formulation appropriée doit dès lors être choisie par les contractants (B).

⁸⁶¹ Depuis 2003, le seul avenant signé est à même de prouver le consentement de l'assuré en cas de modification restrictive de garantie, Cass. civ. 3^{ème} 17 juin 2003 n°01-15700 *arrêt préc.* ; Cass. civ. 2^{ème} 21 avril 2005 n°03-19697, *Resp. civ. et ass.* juillet 2005, n°7 p.7 chron. 11 annexes, note H. Groutel.

⁸⁶² Cass. civ. 1^{ère} 6 novembre 1990 n°89-16435, *Bull. civ.* I 1990, n°234 p.167 « le seul silence du cocontractant ne suffit pas à rapporter la preuve qu'il les a acceptés ».

A) Un vocabulaire adapté

395. La compréhension des termes. De façon générale, l'ambiguïté naît le plus souvent de l'inconstance du vocabulaire. En effet, le vocabulaire se trouve confronté à une évolution sociologique de sa signification. Le sens d'un mot est appelé à changer selon les époques et l'usage qui en est fait. La subjectivité⁸⁶³ du langage et les significations variables⁸⁶⁴ d'un même mot dans des domaines juridiques⁸⁶⁵ différents sont également à l'origine de nombreuses confusions. La recherche d'un vocabulaire adapté au contrat est donc essentielle. Les termes vagues, vides de sens, ou au contraire à consonance fortement polysémique sont souvent la cause de nombreux litiges. La multiplication des synonymes afin d'obtenir une rédaction harmonieuse et diversifiée n'est pas nécessaire. Il est préférable de se répéter plutôt que d'accroître les synonymes au risque de voir s'opérer, au fil du contrat, un dangereux glissement de sens. En effet, la signification initialement donnée peut sensiblement varier si le mot se trouve substitué par des termes équivalents ou parfois seulement approchants. L'insertion de définitions dans le contrat constitue alors une façon de favoriser l'homogénéité des termes et d'alléger la rédaction. Les parties peuvent ainsi préciser ce qu'elles entendent par tel ou tel mot ou expression, étant entendu que les termes ainsi définis garderont le même sens tout au long du contrat.

396. Termes contradictoires. Outre l'obligation d'informer⁸⁶⁶ et d'attirer l'attention du contractant sur l'existence de telles clauses, dont la précision et le choix des termes employés sont déterminants afin de ne pas créer d'opposition de sens au sein d'une même clause. Fortes de leur renommée, les clauses de différends et les clauses de garanties bancaires sont fréquemment porteuses de termes contradictoires dans leur rédaction.

⁸⁶³ Cass. civ. 1^{ère} 7 juin 2001 n°98-17867, *RGDA* 2001 p.683 ; M-H. Maleville, Le langage des contrats d'assurance, *RGAT* 1994 p.733 ; Cass. civ. 1^{ère} 27 février 2007 n°02-13420 et Cass. com. 20 février 2007 n°02-13927, J. Mestre, Impression d'ensemble ou force de détails ? *RLDC* 2007, n°38 Editorial p.3 A cet égard J. Mestre propose une explication à ces pathologies en distinguant l'approche globale du contrat obscur et l'approche sectoriel.

⁸⁶⁴ J. Bigot, *Traité de droit des assurances*, Vol 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ 2002, n°528 et s. ; G. Cornu, *Linguistique juridique*, Domat droit privé, Montchrétien 2005, 3^{ème} éd. p.74 : « Dans leur immense majorité, les termes du vocabulaire juridique ont également un sens dans le langage commun. A la vérité, ce peut être le même. Mais, dans la plupart des cas, il s'agit d'un sens différent. Lorsque cela est, un même terme est, par la pluralité de ses sens, à cheval sur le langage du droit et sur le langage courant. Un tel chevauchement pourrait être nommé double appartenance. Les termes de double appartenance sont ceux qui ont au moins un sens dans chaque vocabulaire ».

⁸⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère} 21 novembre 2006 n°05-13582.

⁸⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1986 n°85-11674, *Bull. civ.* I 1986, n°284 p.272 ; *RGAT* 1987, n°124.

Les ambiguïtés de rédaction des clauses de différends résident dans la superposition de terminologies antithétiques. Qualifiées de « *manifestement pathologiques*⁸⁶⁷ », certaines stipulations vont jusqu'à citer au sein de la même clause un dispositif prévoyant à la fois l'arbitrage, la conciliation et attribuant compétence à une juridiction étatique⁸⁶⁸. Très fréquentes également sont les clauses créant une confusion entre l'arbitrage et la conciliation⁸⁶⁹ ou visant « *l'arbitrage d'un tribunal*⁸⁷⁰ » désigné. Dans le même ordre d'idées, deux institutions arbitrales différentes avaient été visées par la même clause, la rendant inapplicable et obligeant les parties à saisir la juridiction étatique⁸⁷¹. Ces erreurs rédactionnelles s'expliquent, selon M. Ch. Jarrosson⁸⁷², par l'attrait que présente le mot

⁸⁶⁷ M-H. Maleville, Pathologies des clauses compromissaires, *RDAl/IBLJ* janvier 2000, n°1 p.61 ; V° également la confusion fréquente entre les notions d'arrhe et d'acompte : Ph. Malaurie et L. Aynes, *Cour de droit civil, Les obligations*, n°965 et s. « Dans le doute les tribunaux interprètent aujourd'hui les arrhes comme des acomptes, contrairement à ce qu'ils faisaient autrefois où ils voyaient plutôt une faculté de dédit » ; De la même manière, la traduction de formules anglophones, ou autres, peut se révéler dangereuse. La formule « *This agreement and the attached license* » peut être traduite de manière différente selon que le terme « *attached* » est utilisé pour marquer un lien de solidarité entre les contrats, ou seulement pour signifier que la licence était annexée au contrat.

⁸⁶⁸ CA Paris 7 février 2002, *arrêt préc.*

⁸⁶⁹ Sentence de la Cour d'arbitrage de la CCI, 1974 Affaire n°2138, *JDI* 1975. 934 : une clause stipulait que « Les différends seront soumis à l'arbitrage suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI [...], pour les litiges qui peuvent être tranchés en conciliation, elles procéderont au préalable à celle-ci ». Sentence intermédiaire CCI 1974 affaire n°2138, *JDI* 1975. 934 : Stipulation prévoyant que les différends seront « soumis à l'arbitrage suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI et ajoutant que, pour les litiges pouvant être tranchés en conciliation, les parties procéderaient au préalable à cette conciliation ». Par ailleurs, lorsque les parties stipulent que la sentence arbitrale « doit être acceptée » par elles ou « doit être confirmée » par un tribunal, elles visent la conciliation et non l'arbitrage, en dépit des termes utilisés.

⁸⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère} 9 février 2011 n°09-17126, *Cah. arb.* juin 2001, n°2 p.468 note A. Mourre et P. Pedone.

⁸⁷¹ Cass. com. 20 février 2007 n°06-14107, *Rev. arb.* octobre 2007, n°4 p.775 note Fr-X. Train ; *D.* 17 janvier 2008, n°3 p.180 note Th. Clay.

⁸⁷² Ch. Jarrosson, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM Aix-en-Provence 1990 p.141. Egalement dans ce sens, Cass. civ. 1^{ère} 15 octobre 1996 n°94-21050, *RJDA* 1996 n°1567 : Au sein d'une même disposition d'un accord conclu entre deux sociétés, française et autrichienne, un doute avoisinant la contradiction, affecte la compétence, arbitrale ou étatique, en présence de la clause stipulant que les litiges doivent être réglés à l'amiable et que, si cela est impossible, « chacun des contractants « pourrait » appeler un arbitre qui résoudra les litiges [...] de manière définitive et obligatoire pour les deux contractants ». L'ambiguïté provient précisément de la coexistence du verbe pouvoir, inhabituel dans ce type de clause, et du caractère obligatoire et définitif de la sentence. Une faculté ne saurait constituer une obligation et inversement. Cass. civ. 1^{ère} 7 juillet 1971 n° 70-12769, *JCP G* 1971, II, 16898 note P. Level : la clause stipulait que « Toute contestation relative à l'exécution du présent contrat, sera obligatoirement soumise à la voie de l'arbitrage, en cas de désaccord entre les arbitres choisis par les parties, il est convenu que le différend sera soumis aux tribunaux ». CA Nancy 12 décembre 1985, *Rev. arb.* 1986. 225 note Ch. Jarrosson : L'article 28 d'un accord prévoyait que « Les différends seront soumis à l'examen préalable d'un arbitre qui aura des pouvoirs d'amiable composition et statuera en premier ressort » et l'article 29 stipulait qu'« en cas d'échec de l'arbitrage [...], le Tribunal de grande instance du lieu du siège sera seul habilité pour connaître de tout litige ». Bien que qualifié de clause d'arbitrage, cet article vise davantage une conciliation dans la mesure où l'échec de cette procédure entraîne la compétence du Tribunal de grande instance. TGI Paris 20 novembre 1969, *D.* 1970. 199 : clause aux termes de laquelle « Toute contestation survenant à l'occasion du présent contrat sera soumise à l'arbitrage de la Chambre arbitrale de Paris qui le résoudra en dernier ressort. En cas de contestation, le Tribunal de commerce de Provins sera seul compétent » ; Cass. civ. 2^{ème} 19 novembre 1980 n°79-13779, *Rev. arb.* 1981. 441 note Ph. Fouchard : Clause prévoyant que « faute pour la partie

« arbitre », servi par la connotation méliorative qui lui est attachée. Également fréquente, la confusion⁸⁷³ entre l'arbitrage et l'expertise s'explique cette fois par l'assimilation erronée des verbes « évaluer » et « arbitrer ». Lors d'une cession de parts sociales liant deux sociétés, ces dernières avaient ainsi convenu, conformément à l'article 1592 du Code civil, de confier la détermination du prix de cession à « l'arbitrage d'un collège d'expert⁸⁷⁴ ».

Le domaine des garanties bancaires est également propice à des contradictions dues à l'usage de terminologies inadaptées. Garantie autonome, cautionnement ou garantie accessoire au contrat de base, la nature de l'accord reste parfois incertaine. Il en est ainsi de la contradiction portée par l'expression de « garantie à première demande justifiée⁸⁷⁵ » qui subordonne le paiement de la somme garantie à une justification tout en obligeant le garant à payer dès la première demande sans justificatif. Le critère essentiel réside dans l'objet de l'obligation qui doit être indépendant du contrat de base n'impliquant pas une appréciation des modalités d'exécution de ce dernier relativement à l'évaluation des montants ou à la détermination des durées de validité et comportant une stipulation de l'inopposabilité des exceptions. Quelle que soit la garantie choisie, le contenu de l'acte prime son titre⁸⁷⁶.

397. Un vocabulaire ambigu. L'anéantissement de toute forme d'ambiguïté, qu'elle soit volontaire ou non, passe nécessairement par l'adoption d'un vocabulaire approprié. Cependant, rien n'empêche, dans les contrats d'affaires conclus entre professionnels, l'emploi

défenderesse de désigner l'un des arbitres dans le délai prévu, le litige pourrait être porté devant les tribunaux de Paris », qui de l'aveu même des juges, est ambiguë quant à la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage.

⁸⁷³ CA Paris 22 mai 2001, *Rev. arb.* 2005 p.1067 note Ch. Jarrosson ; CA Paris 7 février 2002, *Rev. arb.* 2005 p.1065 ; CA Paris 14 mars 2002, *Rev. arb.* 2005 p.1059 note Ch. Jarrosson.

⁸⁷⁴ Cass. com. 6 février 2007 n°05-21271, *Dr. soc.* avril 2007, n°4 p.35 note H. Hovasse ; *RTD com* avril 2007, n°2 p.382 note C. Champaud et D. Danet ; *RTD com* juillet 2007, n°3 p.793 note B. Bouloc ; *D.* 7 février 2008, n°6 p.379, J-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; V° également CA Paris 17 septembre 2004, *JCP E* 2005 n°134 note Th. Bonnin ; CA Paris 28 octobre 2004, *Rev. arb.* 2005 p.1059 note Ch. Jarrosson.

⁸⁷⁵ M-H. Maleville, Le point sur la confusion entre cautionnements et garanties autonomes : du contentieux de la qualification à la prévention, *JCP E* 2002. 1117 : « En définitive, l'examen du contentieux conduit à recommander l'emploi de deux indices spécifiques à la garantie autonome : d'une part, la renonciation expresse, formelle aux exceptions inhérentes au contrat de base ; d'autre part, l'indépendance entre la garantie et l'appréciation des modalités d'exécution du contrat » ; Cass. civ. 1^{ère} 23 février 1999 n°97-10008, *JCP E* 27 octobre 1999, n°43, 1940 note C. Ginestet ; *Gaz. Pal.* 13 octobre 2000, n°287 p.24 note E. Rusquec ; Cass. com. 19 décembre 2000 n°97-21147 ; Cass. com. 12 juillet 2005 n°03-20364, *RLDC* novembre 2005, n°21 p.30 note G. Marraud des Grottes ; *Dr. & Pat* décembre 2005, n°143 p.102 note J-P. Mattout et A. Prüm ; *JCP G* 12 avril 2006, n°15 note Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 19 mai 2006, n°139 p.47 note A. Cerles ; Cass. civ. 2^{ème} 24 mai 2006 n°04-14024, *Resp. civ. et ass.* 2006, comm. 315 ; *RGDA* juillet 2006, n°3 p.727 note J. Kullmann ; *JCP G* 25 avril 2007, n°17 note J. Bigot, L. Mayaux, J-P. Karila et autres.

⁸⁷⁶ Sur cette recommandation V° note J. Stoufflet, Cass. com. 18 mai 1999 n°95-21539, *JCP G* 1999, II, 10199.

d'un vocabulaire technique⁸⁷⁷ ou présentant un caractère codé⁸⁷⁸. Aisément admise par la jurisprudence à condition d'être compréhensible pour les contractants, l'insertion de termes techniques juridiques ou professionnels ne présente pas de difficulté face à un professionnel de même spécialité censé maîtriser ces termes. Ils doivent, en revanche, être bannis en présence d'un profane, du moins faire l'objet d'une large définition. Le contrat conclu avec un profane doit ainsi comporter un vocabulaire plus abordable et un style plus simple de rédaction, propre à supprimer toute ambiguïté. La jurisprudence exige ainsi une rédaction claire et non équivoque des clauses relatives à la renonciation d'une mesure de protection édictée par la loi. Il en va ainsi de la renonciation d'une partie à se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil. La clause de renonciation à la résolution judiciaire du contrat doit alors être « *rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane*⁸⁷⁹ » et donc non équivoque. Dans ce sens, la clause de renonciation à la condition suspensive légale d'obtention d'un prêt de l'article L.312-16 du Code de la consommation implique le respect d'un formalisme strict. Cette faculté pour l'acquéreur de renoncer à une telle protection doit être matérialisée dans une mention manuscrite par laquelle il déclare avoir été informé des conséquences de sa décision et de ce qu'il ne pourra se prévaloir des dispositions protectrices de l'article L.312-16 du Code de la consommation⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère} 13 mars 1996 n°94-10732 ; Cass. civ. 1^{ère} 9 mai 1996 n°93-19807, *RGDA* 1996 p.724 ; Cass. civ. 1^{ère} 19 mai 1999 n°97-12099, *RGAT* 1999 p.661 obs. M-H. Maleville ; Cass. civ. 1^{ère} 7 juin 2001 n°98-22731, *RGDA* juillet 2001, n°3 p.734 obs. M-H. Maleville ; Cass. civ. 1^{ère} 7 novembre 2001 n°00-12096 ; Cass. civ. 1^{ère} 7 novembre 2001 n°00-11071 ; Cass. civ. 1^{ère} 28 novembre 2001 n°00-13286 ; Cass. civ. 2^{ème} 3 mai 2006 n°04-11876, juillet *RGDA* 2006, n°3 p.721 ; Cass. civ. 2^{ème} 24 mai 2006 n°05-13069, *RGDA* juillet 2006, n°3 p.722.

⁸⁷⁸ CA Paris 23 septembre 1971, *Gaz. Pal.* 1972 n°1 p.100, la mention « 03-DF » signifiant « durée fixe trois mois sans tacite reconduction ».

⁸⁷⁹ Cass. com. 7 mars 1984 n°82-13041 ; V° également CA 1^{ère} chambre 9 février 2004 n°02/001705 à propos d'un contrat de consommation que « pour apprécier l'ambiguïté il ne s'agit pas de savoir si la clause est en soi claire ou si son interprétation est nécessaire, mais si, pour le consommateur ou le non professionnel, la lecture de la clause laissait place à une interprétation qui rend son erreur éventuelle de compréhension excusable et non fautive » ; Cass. civ. 3^{ème} 3 novembre 2011 n°10-26203, *RLDC* janvier 2012, n°89 p.17 obs. A. Paulin ; *RTD civ.* janvier 2012, n°1 p.114 note B. Fages ; *D.* 16 février 2012, n°7 p.459 note S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RDC* avril 2012, n°2 p.402 note Y-M. Laithier ; la Cour suprême a adopté la même position en matière de résiliation : Cass. com. 15 décembre 2009 n°08-10148, *Dr. & Pat.* février 2010, n°189 p.69 note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

⁸⁸⁰ Cette mention doit être écrite de la main du cocontractant et préciser qu'il reconnaît avoir été informé qu'il recourt à un prêt sans pouvoir se prévaloir de la condition suspensive visée par l'article L.312-16 du Code de la consommation. Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1992 n°91-12498, *Dr. & Pat.* septembre 2004, n°129 p.36 note B. Bédaride ; Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 2008 n°07-18062, *Rep. not. Defrénois* 30 mars 2009, n°6 p.646 note E. Savaux ; Cass. civ. 3^{ème} 12 février 2014 n°12-27182, *RLDC* avril 2014, n°114 p.11 obs. C. Legallou ; *D.* 8 mai 2014, n°17 p.1000 note A-L. Collomp ; *JCP E* 26 juin 2014, n°26, 1351 note R. Loir.

398. Conséquences de l'ambiguïté. Cette incitation des professionnels à davantage de rigueur devrait également conduire à supprimer l'utilisation des ambiguïtés volontaires ainsi que la pratique des clauses ouvertes⁸⁸¹. Quel que soit leur domaine d'intervention, il est actuellement préférable pour les professionnels d'éviter de recourir à ces techniques, qui, bien que dotées d'une certaine commodité en cas de désaccord insurmontable au jour de la conclusion du contrat, se retourneront contre ces derniers si une intervention judiciaire est sollicitée. Une rédaction claire et précise des clauses du contrat est donc fondamentale en vue de sécuriser la relation juridique et de prévenir des conséquences tragiques pouvant peser sur l'un des contractants. Ainsi, dans les contrats conclus entre un professionnel et un profane, les risques rédactionnels seront supportés par la partie dominante ayant procédé elle-même à la rédaction du contrat. Sa position directrice dans le contrat se trouve contrebalancée par l'obligation qui lui est faite d'assumer les conséquences inhérentes à l'imprécision d'une clause.

499. Responsabilité du rédacteur. En effet, si le contrat renferme des clauses imprécises, car trop générales ou laconiques, le juge aura forcément tendance à faire prévaloir l'esprit sur la lettre et donc à l'interpréter contre le rédacteur⁸⁸², le vendeur⁸⁸³, l'assureur⁸⁸⁴, l'entreprise⁸⁸⁵, le distributeur⁸⁸⁶, qui n'aurait pas pris soin de délimiter la portée de ladite

⁸⁸¹ Cass. civ. 1^{ère} 5 juillet 2005 n°04-13944, *RLDC* novembre 2005, n°21 p.12 note C. Le Gallou ; Cass. com. 20 février 2007 n°05-18882, *RTD civ.* avril 2007 n°2 p.340 obs. J. Mestre et B. Fages ; *LPA* 15 mai 2007, n°97 p.15 note J-F. Barbieri ; *JCP G* 9 mai 2007, II, n°10082 note F. Descorps-Declère ; *Dr. & Pat.* janvier 2008, n°166 p.87 note L. Aynes et Ph. Dupichot ; *JCP E* 2008, n°15 note P. Mousseron.

⁸⁸² Art. 1162 Code civ. ; Cass. civ. 1^{ère} 22 octobre 1974, *Bull. civ.* I n°271 « dans le doute, il convenait d'interpréter la convention, qui est un contrat d'adhésion, contre la partie, fût elle débitrice, qui l'a rédigée et qui a eu l'initiative contractuelle ». Cass. civ. 3^{ème} 15 février 2006 n°04-17595, *RLDC* avril 2006, n°26 p.9 note S. Doireau : en l'espèce, une promesse de vente d'une villa comportait des clauses confuses difficiles à qualifier de dédit ou d'acompte ; *JCP E* 6 juillet 2006, n°27 note A. Bories. Plus précisément : Y. Jouhaud, *La loyauté dans les contrats*, Rapport de la Cour de cassation 1985, Doc. Fra. p.9 et s. « C'est qui serait inéquitable d'admettre, c'est qu'un plaideur tire avantage de sa propre carence et contredise la représentation légitime du contrat qu'il n'a pas pu ignorer avoir provoquée chez le débiteur, alors qu'il avait le pouvoir de rédiger une clause précise ».

⁸⁸³ Art.1602 al.2 Code civ. relatif à la vente selon lequel « tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur ». Art. 1641 et s. C. civ. ; V° notamment, Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1993 n°91-21442, *Bull. civ.* I 1993, n°287 ; *JCP G* 1994, I, n°3757, obs M. Billau ; *D.* 1994 somm p.121, obs O. Tournafond ; Cass. civ. 3^{ème} 1^{er} juillet 1998 n°, *Bull. civ.* III 1998 n°155 ; *D.* 1999 somm. p.13, obs G. Paisant ; *D.* 2002 somm. p.932, obs. G. Pignarre.

⁸⁸⁴ Art. L.140-4 du Code des ass. substitué depuis la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005 à l'art. L.140-4 exige « de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre ».

⁸⁸⁵ Art.12 de la loi Evin prévoit que l'employeur doit, lors de la mise en place d'une couverture sociale complémentaire, « remettre une information détaillée qui définit notamment les garanties prévues par la convention ou le contrat et leurs modalités d'application. Le souscripteur est également tenu d'informer préalablement par écrit les adhérents de toute réduction des garanties visées à l'alinéa précédent ».

⁸⁸⁶ CA de Versailles 12^{ème} chambre, section 2 Arrêt du 23 mars 2006 n°CT0141.

clause, se verrait contraint d'assumer personnellement le fardeau de sa prestation selon les règles de droit commun et irréfragablement contre le professionnel en application du droit de la consommation⁸⁸⁷. Un parallèle peut alors être opéré avec la position de Mme Fabre-Magnan qui soutient⁸⁸⁸ que face à une information ambiguë ou erronée, la nullité ou l'allocation de dommages et intérêts ne sont pas des sanctions adaptées. La théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* » a alors pour conséquence de rendre obligatoire l'objet de cette information erronée conformément à la croyance qu'elle a fait naître. Cette dernière doit être intégrée dans le champ contractuel.

Ainsi, si une clause de non-concurrence ou de mobilité est annulée, le salarié continue de bénéficier de son niveau de rémunération initialement fixé sans avoir à en supporter la contrepartie. La protection de la partie faible nécessite sans doute une approche séquencée des clauses, mais cette dernière peut dans certaines situations « *faire du plus faible le plus fort*⁸⁸⁹ ».

Face à une difficulté, les parties à l'acte, soucieuses de préserver leurs intérêts, ne semblent plus pouvoir se réfugier dans l'ambiguïté⁸⁹⁰, qu'elle concerne les termes employés mais également leur articulation dans la formulation de la clause.

B) Une formulation appropriée

400. Délimitation formelle. Les clauses légales dont la définition a déjà été abordée, sont de façon originelle tenues par cette obligation de précision, allant même pour leur part, jusqu'à une obligation de retranscription des dispositions normatives. Or, si le législateur et les tribunaux n'exigent pas une parfaite conformité de la clause au modèle, mais seulement une reprise exacte des mentions obligées, l'espace de liberté du rédacteur reste très restreint. La tendance initiée par la clause légale s'inscrit dans le sens d'un important pointillisme formaliste prenant parfois « *les allures d'une véritable crispation* », pour reprendre la pertinente formule de M. D. Mazeaud⁸⁹¹. L'absence de filtrage rédactionnelle des clauses nées de la pratique ou de la jurisprudence suscite davantage le recours à leur annulation, voire du

⁸⁸⁷ L.133-2 al.2 *art. préc.*

⁸⁸⁸ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, th. préc.* n°637 et s. p.507 et s.

⁸⁸⁹ M. Morand, Quel contenu à la clause de mobilité, *Sem. soc. Lamy* 26 décembre 2006, n°1288.

⁸⁹⁰ Th. Ivainer, La lettre et l'esprit de la loi des parties, *JCP* 1981, I, n°3023.

⁸⁹¹ Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 1997 n°95-18185, *Deffrénois* 30 novembre 1997, n°22 p.1355 D. Mazeaud.

contrat tout entier. Plusieurs clauses déterminables ayant une influence particulière sur la réalisation du contrat, et dont la rédaction est imprécise, peuvent être analysées.

Une réflexion certaine doit précéder la rédaction de ces clauses. L'incertitude doit conduire à une rédaction des plus précises, afin d'assurer correctement l'information du débiteur, et de renforcer la sécurité du créancier qui ne pourra se voir opposer par son partenaire l'ignorance de la sanction encourue. Dès lors, s'il n'est pas recommandé de viser de manière trop restrictive les obligations dont l'inexécution entraîne la résolution de plein droit du contrat⁸⁹², en revanche, l'adoption d'une formulation générale doit être complétée des cas de violation des obligations imposées par la loi et les règlements⁸⁹³.

401. La clause résolutoire. Sur ce point, la clause résolutoire pose aux tribunaux certaines difficultés dans l'appréciation de sa délimitation. En effet, les juges du fond refusent de faire application de cette clause à l'inexécution d'une obligation d'ordre public, dès lors qu'il apparaît que celle-ci n'est pas explicitement reprise dans le contrat⁸⁹⁴. Il convient alors de s'interroger sur le degré de précision requis relativement à l'étendue des effets de la clause. Faut-il que les cocontractants détaillent dans la clause toutes les obligations visées, ou peuvent-ils se contenter d'une formule générale ?

Les arrêts divergent sur cette question et aucune formule adaptée n'a encore été élaborée. A titre d'exemple, la clause résolutoire insérée dans un bail commercial vise classiquement « *toutes les infractions aux dispositions du présent bail* ». La clause résolutoire ainsi rédigée, sera mise en œuvre pour toute violation des obligations expressément précisées dans le contrat de bail. Dès lors, la violation des obligations imposées par des textes particuliers⁸⁹⁵, tel

⁸⁹² Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Thèse Toulouse I, LGDJ 1996, n°19 p.29 L'auteur propose également de distinguer selon la qualité, professionnel ou consommateur, du contractant et selon le caractère impératif ou non de la réglementation légale à laquelle est soumise la convention.

⁸⁹³ Par ailleurs, une clause sera fréquemment considérée comme imprécise et donc soumise à l'interprétation des tribunaux si elle emploie de formules telles que « et notamment ». L'insertion de cet adverbe, tout comme la mauvaise utilisation de certains signes de ponctuation⁸⁹³, conduisent inévitablement à une énumération non limitative et donc imprécise conduisent inévitablement à une énumération non limitative et donc imprécise. Ainsi, l'insertion d'une virgule dans une clause prévoyant que « le fournisseur garantit la maintenance du système, et la mise à niveau technologique gratuitement pendant une durée de cinq ans ... » a permis aux juges de considérer que les contractants ne souhaitent appliquer la gratuité du service qu'à la seule mise à niveau et ne s'étendait pas à la maintenance. CA Paris, 25 mars 1988.

⁸⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème} 29 avril 1987 n°84-16692, *Rev. loyers* 1987 p.306 ; Cass. civ. 3^{ème} 15 mars 1989 n°86-17792, *Rev. loyers* 1989 p.206, note C. Berthault ; Cass. civ. 3^{ème} 19 avril 1989 n°87-17724, *Rev. loyers* 1989 p.251.

⁸⁹⁵ G. Guérin, De l'utilité du rappel dans un bail commercial et de l'interdiction de toute sous location, *JCP N* 1987 prat. n°382 : Alors que l'article 21 du décret du 30 septembre 1953 interdit de sous louer, la clause résolutoire qui vise « toute infraction a un contrat de bail » ne jouera pas en cas de sous location non autorisée, si l'interdiction de sous louer n'est pas reprise par le bail. V° Cass. civ. 3^{ème} 8 janvier 1985 n°83-15132, *JCP E*

le décret du 30 septembre 1953, ne peut entraîner la résolution du contrat. En d'autres termes, l'infraction visée doit être contractuellement sanctionnée par la clause résolutoire prévue au bail⁸⁹⁶. Le bailleur a donc tout intérêt à reprendre dans le bail les interdictions édictées par un texte particulier ou à stipuler que la clause s'applique dans le cas de violation des obligations imposées au locataire par des textes légaux ou réglementaires⁸⁹⁷. On assiste alors à la contractualisation des dispositions légales, telle que présentée dans la première catégorie de la classification fonctionnelle. Pour autant, il n'est pas conseillé que la clause énumère de façon trop limitative⁸⁹⁸ les infractions qui permettront sa mise en œuvre. Tel est encore le cas des clauses de force majeure listant de manière indicative ou limitative les différents événements⁸⁹⁹ susceptibles d'entraîner la suspension de l'obligation d'exécuter.

402. Autres clauses. Dans le même esprit, la Cour de cassation a récemment⁹⁰⁰ rappelé que la clause d'exclusion de garantie doit être suffisamment précise pour être opposable. Cette jurisprudence s'inscrit dans un courant jurisprudentiel constant en droit des assurances⁹⁰¹ consistant dans l'obligation d'attirer l'attention du cocontractant sur l'absence de couverture par l'assurance de certains des risques encourus. Les exclusions de garantie ne sont formelles et limitées que si elles se réfèrent à des critères précis d'hypothèses limitativement énumérées⁹⁰². Les clauses de cautionnement supposent également une rédaction rigoureuse

1985, 14268, de même la clause résolutoire ne peut être applicable au motif que le locataire n'exploite pas le fonds si cette obligation d'exploiter ne figure pas expressément dans les clauses du bail.

⁸⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème} 29 avril 1985 n°83-12165, *Defrénois* 1986 art. 33700, spéc. n°32 p.458 obs. G. Vermelle ; Cass. civ. 3^{ème} 29 avril 1987 n°85-15579, *Loyers et copro.* 1987 n°228 ; Cass. civ. 3^{ème} 12 juillet 1989 n°88-11529, *Loyers et copro.* 1989 n°432.

⁸⁹⁷ J. Dérupe, *Les baux commerciaux*, D. 1992 p.44.

⁸⁹⁸ A titre d'exemple, la clause résolutoire visant le non-paiement des loyers ne peut sanctionner le non-paiement d'une indemnité d'occupation, Cass. civ. 3^{ème} 9 décembre 1980 n°79-14235, *JCP E* 1981, 13619 note B. Boccara ; ou le non paiement d'une provision sur charges ou de frais de poursuite Cass. civ. 3^{ème} 4 février 1986 n°84-16360, *Rev. loyers* 1986 p.195 ; de même, elle ne peut sanctionner le rappel de sommes dues à la suite d'une décision de justice fixant le loyer du bail renouvelé Cass. civ. 3^{ème} 11 juillet 1990 n°88-19994, *Loyers et copro.* 1990 n°344 ; art. 1159 Code civ : L'avant-projet Catala portant réforme du droit des obligations a clairement affirmé sur ce point que « *les clauses résolutoires doivent expressément désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ».

⁸⁹⁹ Les événements principalement repris par la clause sont les grèves, incendie, tremblement de terre, guerre, inondation, embargo etc.

⁹⁰⁰ D. Jonin & F. Kessler, A propos de la rédaction des clauses de non-garantie, *JCP S* 9 mai 2006, n°19 note sous arrêt Cass. civ. 2^{ème} 18 janvier 2006 n°04-17279.

⁹⁰¹ M-H. Maleville, Le langage des contrats d'assurance : perspective d'évolution, *RGAT* 1994 p.733 et s. ; S. Yawaga, *Les obligations précontractuelles de l'assureur*, in Actes du colloque du 19 novembre 1997 sur les assurances collectives, *RGDA* 1998 n°3 p.93.

⁹⁰² Cass. civ. 1^{ère} 12 mai 1952, *Bull. civ.* I 1952 n°45 ; Cass. civ. 1^{ère} 29 avril 1985, *RGAT* 1985 p.33, note G. Viney ; Cass. civ. 2^{ème} 12 décembre 2013 n°12-29862, *Rev. gén. dr. des ass.* janvier 2014, n°1 p.30 note M.

des mentions limitatives et formelles quant à l'étendue des dettes cautionnées⁹⁰³ et la durée de l'engagement⁹⁰⁴. Le droit du travail est également très exigeant dans la rédaction des clauses du contrat de travail. Tout particulièrement à l'encontre de la clause précisant le lieu de travail du salarié dont la valeur varie selon la rédaction utilisée. Ainsi rappelons que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu*⁹⁰⁵ ». Les tribunaux exigent une grande précision⁹⁰⁶ de ces clauses pouvant devenir attentatoires aux droits et libertés reconnus aux salariés⁹⁰⁷. Bien souvent masquée par l'insertion d'une clause de mobilité, Maître Michel Morand considère qu'une exigence similaire pourrait alors être imposée sur les raisons et circonstances à l'origine de la mobilité. Une distinction doit s'opérer selon que la mobilité soit liée à une cause personnelle (disciplinaire) ou une cause non inhérente au salarié (organisation de l'entreprise). A cela devrait s'ajouter une délimitation précise de la zone géographique⁹⁰⁸ de mobilité⁹⁰⁹. Le contrôle de proportionnalité et de l'intérêt légitime devrait alors nécessiter une rédaction qui intègre la nature et les raisons⁹¹⁰ de la mobilité.

L'intelligibilité et la compréhension des clauses passent également par une formulation appropriée de leur contenu associée à l'emploi de la langue française dans les contrats internes. Toutefois, l'influence de cette exigence législative reste limitée et son domaine application fortement restreint.

Asselain ; *RTDI* janvier 2014, n°1 p.30 note S. Abravanel-Jolly ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2014, n°117-119 p.21 note X. Lesucq.

⁹⁰³ Ex. de l'engagement d'une banque garantissant au profit d'une entreprise de manière vague les « risques de l'opération », Cass. com. 11 juin 2002 n°00-15321, *Gaz. Pal.* 2002 p.21, *D.* 2002 p.332 obs. L. Aynes ; ou d'un cautionnement souscrit « à quelque titre et pour quelque cause que ce soit » CA Paris 19 mai 2005, *Gaz. Pal.* 2006, somm. p.21.

⁹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère} 7 mars 2006 n°04-18300.

⁹⁰⁵ Cass. soc. 15 mars 2006 n°02-46496, *Bull. civ.* V 2006 n°102 p.95 ; *JCP S* 25 avril 2006, n°17 note B. Bossu ; *LPA* 28 avril 2006, n°118 p.9 note R. Laulier ; V° aussi Cass. soc. 3 juin 2003 n°01-40376, *RJS* 2003, n°8-9 p.980 note M. Hautefort.

⁹⁰⁶ Cass. soc. 12 juillet 2006 n°04-45396, Cour de cassation considère que la clause qui prévoit que « les évolutions dans l'organisation de l'entreprise pouvaient amener cette dernière à modifier tant l'établissement que le bureau de rattachement ne définit pas précisément la zone géographique.

⁹⁰⁷ Art. L.1121-1 Code du trav. ; Conv. EDH : respect de la vie privée et familiale (art.8), liberté de pensée, de conscience et de religion (art.9), liberté d'expression (art.10), liberté de réunion et d'association (art.11).

⁹⁰⁸ Clause d'un avenant renfermant deux expressions vagues quant au lieu d'affectation du salarié Cass. soc. 8 mars 2006 n°04-44836 ; Clause prévoyant une mobilité géographique du salarié « selon les besoins et les activités de la société, Cass. soc. 22 février 2006 n°04-43167 ; Cass. soc. 10 mai 2006 n°04-47730.

⁹⁰⁹ Cass. soc. 19 mai 2004 n°02-43252, *Lexbase-Hebdo* éd. soc. 3 juin 2004, n°123 note S. Martin-Cuenot ; *Jurisp. soc. Lamy* 29 juin 2004, n°148 p.11 note M-Ch. Haller ; *Sem. soc. Lamy* 6 septembre 2004, n°1180 p.8 note B. Boubli ; *Dr. & Pat* septembre 2004, n°129 p.117 note A. Chevillard.

⁹¹⁰ Clause affectant le salarié « à la branche mobile », Cass. soc. 7 juin 2006 n°04-45846, *RTD civ.* juillet 2007, n°1 p.110 obs. J. Mestre et B. Fages.

403. La langue du contrat. La loi n°94-625 du 31 décembre 1994, dite loi Toubon, constitue le texte de référence en matière d'emploi de la langue française dans les relations contractuelles. Cependant, son application connaît certaines atténuations selon la qualification des contrats concernés. En effet, n'ayant pas vocation à régir de façon uniforme tous les contrats, de nombreux auteurs dont M. Ch. Jamin considèrent que les principes qu'elle énonce présentent « *une portée normative nulle et une technicité douteuse*⁹¹¹ ». Les qualificatifs employés ici pour dénoncer le manque d'efficacité de cette loi ne sont pas surabondants, dans la mesure où elle n'impose l'emploi du français que pour certaines mentions particulières énumérées⁹¹² en son article 2. Après une rapide observation de ces mentions, il est à souligner que le législateur impose seulement une rédaction en français d'éléments périphériques du contrat. La description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, les publicités, les quittances, les factures répondent à cette exigence et prennent la mesure de la loi qui tente *a minima* d'assurer l'effectivité de l'ordre public de protection. Or, ces documents ne font qu'entourer le contenu, la substance du contrat, laissant alors aux parties une grande liberté dans le choix de la langue utilisée. Les clauses qui ne relèvent pas de son champ d'application peuvent en revanche être rédigées en langue étrangère et adopter parfois un mélange des langues tel que le « *français* ».

404. Une exigence suppléée. Cette recherche de protection se révélant insuffisante, les règles juridiques propres à chaque contrat vont alors imposer l'emploi de la langue française, venant ainsi durcir les dispositions contenues dans ladite loi. L'exemple du contrat d'assurance dévoile très bien cette prise de relai et ce renforcement de la législation applicable.

L'article L.112-3 du Code des assurances dispose en effet que le contrat d'assurance doit être rédigé en français. Il s'agit ici d'une obligation d'ordre public, instituée dans un souci de

⁹¹¹ Ch. Jamin, Langue française : loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (JO 5 août 1994) *RTD civ.* 1994 p.953.

⁹¹² Art. 2 en vigueur, créé par Loi n°94-665 du 4 août 1994 (JORF 5 août 1994 en vigueur le 5 mars 1995). Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 94-345 DC du 29 juillet 1994].

Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à la dénomination des produits typiques et spécialités d'appellation étrangère connus du plus large public.

La législation sur les marques ne fait pas obstacle à l'application des premier et troisième alinéas du présent article aux mentions et messages enregistrés avec la marque.

protection des assurés, auxquels le législateur⁹¹³ interdit de déroger. L'obligation prévue par le Code des assurances a vocation à s'appliquer sans considération de la qualité de l'assuré : consommateurs et professionnels sont donc concernés.

Le droit du travail pose également certaines limites. Bien que l'article L.1321-6, issu de la loi Toubon, précise que « *tout document comportant des obligations pour le salarié ou des dispositions dont la connaissance est nécessaire pour l'exécution de son travail doit être rédigé en français* », l'anglais se propage à grande vitesse dans la vie juridique. En effet, les objectifs et les quotas de rendement attribués aux salariés sont fréquemment rédigés en langue étrangère. Le contrat peut également renvoyer à un document rédigé le plus souvent en anglais. Toutefois, dans un arrêt du 29 juin 2011 la Cour de cassation a rappelé avec une grande fermeté que cette pratique était contraire au droit français⁹¹⁴. Par cette réaffirmation des dispositions de la loi Toubon, la Cour tente de déjouer les obstacles linguistiques mais surtout la véhémence des partisans⁹¹⁵ d'une généralisation de l'anglais dans le droit des affaires.

Outre les pathologies rédactionnelles identifiées au sein d'une même clause, le contrat peut contenir des clauses dispersées, à la fonction et aux effets contradictoires. Dès lors, si le recours à ces différents instruments de précision permet de supprimer les ambiguïtés dans la rédaction du contenu de chaque clause, ils ne peuvent éliminer les oppositions et contradictions entre les clauses d'un même contrat.

Section II : L'harmonisation des clauses contractuelles

405. Les risques de contradiction entre les clauses constituent également un enjeu important auquel les juges se doivent de veiller. Il ne s'agit plus ici de clauses mal rédigées, incompréhensibles, ou à la formulation ambiguë, mais bien de clauses contradictoires entre elles, remettant ainsi en cause l'harmonie de leurs effets et la cohésion dont elles doivent faire

⁹¹³ Art. L.111-2 Code des ass.

⁹¹⁴ Cass. soc. 29 juin 2011 n°09-67492, *Jurisp. soc. Lamy* 27 octobre 2011, n°306 p.17 note J-E. Tourreil ; *JCP S* 2 novembre 2011, n°44 note J. Martinez ; *D.* 5 avril 2012, n°14 p.901 note P. Lokiec et J. Porta : le contrat de travail d'un directeur de clientèle prévoyait, en sus d'un fixe, une rémunération variable pouvant atteindre jusqu'à 40 % de sa rémunération brute, sachant que les documents servant de base à sa rémunération étaient rédigés en anglais. En vertu de l'article L.1321-6 du Code du travail, la Cour a octroyé au salarié le taux maximal prévu par la clause, alors même qu'il n'aurait pas réalisé ses objectifs.

⁹¹⁵ Sur ce débat, A. Supiot, *Les langues de travail*, *Sem. soc. Lamy* 10 septembre 2007, n°1319 p.7.

preuve au sein du contrat. Dans le but d'enrayer les différentes contradictions pouvant exister entre les clauses, la jurisprudence antérieure préconisait seulement de rapprocher les clauses contraires selon leur objet. Après avoir identifié les clauses litigieuses, elle se contentait alors d'appliquer une solution commune à toutes les formes de contradiction, artificiellement fondée sur la volonté des parties. Toutefois, cette systématisation des solutions s'est au fil du temps révélée inadaptée en raison de la diversité des situations de contradiction et du manque d'adaptabilité de la position jurisprudentielle. A partir des décisions des Cours et tribunaux il était alors indispensable d'établir des hypothèses de coexistence de clauses contradictoires au sein d'un même contrat ou d'un ensemble contractuel (§1). La classification fonctionnelle des clauses établie dans le Titre I confère ainsi un cadre de référence dans lequel il est possible de puiser les « informations » propres aux clauses en contradiction et rendre une solution conforme à la cohérence contractuelle. Une méthode de résolution de ces incompatibilités, principalement axée sur la fonction et les effets générés par les clauses litigieuses, peut alors être proposée (§2).

§1 : L'existence de clauses contradictoires

406. Un recensement des différentes hypothèses de contradiction doit tout d'abord être effectué afin de pouvoir les comparer et les appréhender de façon plus précise⁹¹⁶. Deux principales situations ressortent de cette analyse. Tout d'abord, peuvent être observées les hypothèses dans lesquelles la contradiction se révèle seulement apparente : le juge s'autorisant à préciser leur articulation ou à corriger les erreurs de leur formulation sur le fondement de la volonté des parties, les clauses se révèlent alors conciliables (A). En revanche, il existe des hypothèses plus ténues à propos desquelles l'interprétation judiciaire ne parvient pas à faire apparaître l'intention commune des parties, obligeant ainsi le juge à constater une incompatibilité entre ces clauses (B).

⁹¹⁶ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse Aix-marseille, PUAM 2001, n°170 p.161.

A) Les clauses conciliables

407. Une apparence contradictoire. La lecture de deux clauses, prises isolément, peut faire naître chez le cocontractant un sentiment de contradiction. Or, dans de nombreuses hypothèses cette contradiction révélée par le seul voile de l'apparence, s'efface par une lecture intégrale du contrat. Il existe parfois une articulation possible entre deux clauses apparemment contradictoires. Ainsi, lorsque les conditions particulières d'un contrat d'assurance mentionnent une condition de garantie et opèrent un renvoi aux conditions générales incluant une condition supplémentaire⁹¹⁷, les deux clauses ne s'excluent pas mais se complètent. La Cour de cassation oblige donc les juges du fond à rapprocher les clauses ayant le même objet pour en dissiper l'éventuelle équivocité. Dès lors, il n'existe pas de contradiction dans la police d'assurance « Responsabilité civile chef d'entreprise et professions du bâtiment » entre les conditions générales définissant les garanties et les conditions particulières précisant uniquement les activités assurées⁹¹⁸. Les contractants peuvent ainsi être confrontés à une clause de sanction prévoyant cumulativement l'application de pénalités proportionnelles par jour de retard en cas de non-paiement du prix à la date convenue, et l'application d'une somme forfaitaire de dédommagement en cas de retard dans la livraison. Si corrélativement, une clause générale de sanction prévoit une résolution immédiate et de plein droit, assortie de dommages et intérêts, en cas d'inexécution de l'une quelconque de ses obligations par l'une ou l'autre des parties, le trouble est alors semé. De nombreux exemples⁹¹⁹ pourraient venir illustrer cette analyse consistant à découvrir entre les deux clauses en apparence contradictoires, un rapport de principe à exception. L'exclusion systématique de toute contradiction et le maintien des clauses litigieuses au sein du contrat conduisent donc le juge à découvrir une articulation, parfois obtenue au prix de contorsions intellectuelles et d'interprétations alambiquées.

⁹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère} 8 juin 1994 n°92-18466, *D.* 1994.353 note P. Souleau, à propos de l'articulation de clauses d'un règlement de copropriété. Cass. civ. 2^{ème} 16 novembre 2006 n°06-10424, *RGDA* juillet 2007, n°1 p.137 note S. Abravanel-Jolly : Ainsi les conditions particulières d'un contrat d'assurance complètent sans contradiction les conditions générales lorsqu'elles définissent la notion d'invalidité dont la garantie est prévue dans le document général.

⁹¹⁸ Cass. civ. 1^{ère} 15 décembre 1998 n°96-18196, *RGDA* 1999 p.295 ; Cass. civ. 1^{ère} 29 février 2000 n°96-22884, *RGDA* avril 2000 p.507 note J-L. Mayaux.

⁹¹⁹ M-H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats – Etude jurisprudentielle*, Presse Univ. Rouen 1991 n°250 et s.

408. Une contradiction rédactionnelle. Toutefois, cette technique d'éradication des contrariétés n'est pas des plus simples et des plus fiables. Les juges se contentent bien souvent d'invoquer l'existence d'une erreur rédactionnelle afin de justifier de la contrariété et d'étendre ainsi leur pouvoir de réfaction.

Cette méthode très ancienne a pour la première fois été retenue dans un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 22 novembre 1865⁹²⁰. En l'espèce, la vente d'un terrain d'une superficie totale de 180 paires de bœufs avait été conclue pour un prix d'achat de 720 francs. Mais quelques temps après leur acquisition, les acheteurs s'aperçurent que la contenance du terrain était en réalité de 80 paires de bœufs. Dans leur assignation, ces derniers invoquèrent une clause du contrat de vente prévoyant qu'en cas de déficit de contenance, le prix de vente de 720 francs serait réduit de 9 francs par paire de bœufs manquante. Le montant de la somme restituée devenait alors supérieur au prix de vente. Par un rapide calcul consistant à multiplier le prix par paire de bœuf par le nombre de paires représentant la contenance effective du terrain, les juges obtinrent un montant de 720 francs et en conclurent que le caractère inconciliable opposant les deux clauses résultait d'une simple erreur matérielle. Estimant que la superficie de 180 paires de bœufs portée au contrat résultait d'une erreur de rédaction, ils procédèrent alors à une modification de la clause en faveur de la superficie effective de 80 paires de bœufs, représentative de la volonté commune des parties. Les juges font alors prévaloir l'esprit du contrat sur sa lettre et s'autorisent alors à réécrire eux-mêmes la clause du contrat.

Avec l'approbation de la Cour de cassation, les juges du fond usent de leur pouvoir de réfaction afin de rétablir la cohésion entre les clauses d'un même contrat. Ainsi, ils n'hésitent pas à modifier les mentions erronées d'un contrat de travail⁹²¹. Un salarié dont le contrat de travail précisait sa qualification de consultant au niveau 3.1 était dans les faits rémunéré sur la base d'un coefficient 2.1. Mais, relevant que cette qualification 3.1 ne correspondait ni aux fonctions réelles de l'intéressé, ni à quelque volonté de surclassement de sa part, les juges conclurent à une erreur matérielle et remplacèrent la mention 3.1 par celle de niveau 2.1.

⁹²⁰ Ch. Req. 22 novembre 1865, *D.* 1866. 1. 108.

⁹²¹ Cass. soc. 16 novembre 2007 n°05-43627, « interprétant les clauses du contrat de travail rendues ambiguës par la contradiction existant entre la qualification du salarié et sa rémunération, a souverainement décidé, en l'absence de tout élément de la part du salarié permettant d'établir que les fonctions réellement occupées correspondaient à la qualification qu'il réclamait (3.1), que la mention de la position 3.1 sur le contrat de travail relevait d'une erreur matérielle ».

409. L'esprit du contrat. C'est donc parce que le contrat renferme des clauses contraires, invoquées par chacune des parties en faveur du sens qu'elle leur prête, que le juge s'octroie le pouvoir d'en modifier les termes. L'interprétation de l'esprit et de la lettre du contrat peut en ces hypothèses permettre de résoudre la contradiction. Sous couvert de conformité à la volonté des parties, le juge réécrit bien souvent la clause selon sa propre interprétation du contrat. La véritable justification de cette intervention judiciaire, parfois proche de la révision, réside davantage dans la volonté du juge de faire prévaloir l'effet utile du contrat⁹²². La contradiction de clauses due à une erreur rédactionnelle confère ainsi au juge un large pouvoir de modification des stipulations contractuelles, fondé sur une interprétation parfois douteuse de l'intention des parties⁹²³. Le maintien de la cohérence entre les clauses du contrat est donc à ce prix.

Toutefois, certaines clauses sont jugées antithétiques pour des raisons plus ténues. La contrariété des clauses se révélant plus délicate en présence de clauses définitivement incompatibles, la jurisprudence adopte alors des méthodes plus strictes mais dont le fondement reste toujours aussi incertain.

B) Les clauses incompatibles

410. Une coexistence impossible. Confronté à des clauses irrémédiablement incompatibles, le juge ne peut avoir recours à la technique de l'articulation ou à la réécriture des termes de la clause⁹²⁴. Il en va ainsi des clauses qui ne peuvent jamais exister ensemble⁹²⁵. Valables séparément, elles ne peuvent être appliquées au sein d'un même contrat ou d'un ensemble contractuel. Leur coexistence est donc rendue impossible. Ne relevant pas d'une erreur matérielle ou d'une tortueuse interprétation permettant de percevoir entre elles une

⁹²² Cass. civ. 1^{ère} 25 octobre 1989 n°87-18391, *RGAT* 1990. 637 note J. Kullmann, pour une référence expresse à l'effet utile par la Cour de cassation.

⁹²³ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* n°88 p.94 et s. spéc. p.95 et s. « L'incohérence affectant les clauses d'un contrat permet au juge d'en modifier la rédaction. Il n'a alors pour seul guide que sa conception de l'équité, et pour seul garde-fou que la cohérence nécessaire qu'il doit conserver un contrat ».

⁹²⁴ Cass. civ. 23 avril 1945, *D.* 1945. II. 261, note P. Lerebours-Pigeonnière ; Cass. civ. 3^{ème} 4 décembre 1968, *Bull. civ.* III n°518 ; Cass. civ. 3^{ème} 10 décembre 1970, *Bull. civ.* III n°692 ; Cass. civ. 1^{ère} 4 juin 1985, *Bull. civ.* I 175.

⁹²⁵ H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées, RTD civ.* 1927. 303 et s. spéc. p.318 ; R. Demogue, *RTD civ.* 1928. 151 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* n°77 p.87 ; V° Cass. civ 2^{ème} 3 juillet 2014 n°13-22418, *D. actu.* 23 juillet 2014 obs. Th. De Ravel.

certaine complémentarité, les clauses incompatibles peuvent se définir comme des clauses créatrices d'effets antinomiques, quels que soient leur fonction ou leur objet. La seule conciliation ne peut permettre de rapprocher leurs effets respectifs. L'incompatibilité des clauses s'entend ainsi de leur exécution⁹²⁶. Les clauses peuvent avoir été concordantes lors de la formation du contrat et être devenues définitivement incompatibles avec le temps.

411. Illustration. L'arrêt de principe rendu par la Chambre des requêtes⁹²⁷ le 6 février 1945 contient une parfaite illustration de ces clauses.

Alors qu'un acte notarié avait été passé en vue d'entériner la liquidation et le partage d'une succession entre la veuve du défunt, usufruitière, et son frère, héritier, la convention stipulait que, dans le cas où le coût de la vie varierait de 1/5^{ème}, chaque partie pourrait demander la modification de la rente viagère. Or, une autre clause établissait que le taux d'intérêt des bons du trésor à échéance d'un an serait la base choisie pour déterminer l'augmentation ou la diminution du coût de la vie. La rente devait alors comporter une majoration ou une diminution de 200 francs par chaque franc entier d'augmentation ou d'abaissement de l'intérêt servi à ces bons. 20 ans plus tard, la Cour de cassation fut saisie de cette contradiction jusqu'ici non révélée par la situation sociale et économique générale. En effet, l'augmentation du coût de la vie, corrélée avec une diminution significative du taux d'intérêt des bons du trésor pendant cette période, conduisait à une impasse à la fois logique et juridique que la Cour se devait de contourner. C'est alors au prix d'une scission du contrat que la Cour trancha en faveur de la veuve. Elle considéra ainsi que la première partie constitutive du contrat proprement dit de conversion à taux variable devait prévaloir sur celle déterminant seulement les modalités de constatation et d'exécution, comme étant la plus représentative de la volonté des parties.

412. Des effets contradictoires. Outre la contradiction de l'indice de référence qu'elle renferme, une contradiction de clauses peut être révélée quelle que soit la nature du contrat en cause ou l'objet des clauses concernées. Porteuses d'une même fonction, les clauses n'en sont pas moins définitivement incompatibles. Source d'ambiguïtés récurrentes, les contrats

⁹²⁶ « Le juge ne peut considérer deux clauses comme contradictoires que lorsqu'elles ne sont pas susceptibles d'être exécutées concurremment, ne fût-ce que pour partie » H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, *RTD civ.* 1927. 303 et s. spéc. p.318.

⁹²⁷ Ch. Req. 6 février 1945, *RTD civ.* 1945. 188 obs. M. Boitard.

d'assurances contiennent ainsi fréquemment deux clauses établissant contradictoirement la prise d'effet du contrat : l'une se réfère à la date de formation du contrat, tandis que l'autre retient le jour de paiement de la première prime⁹²⁸. Sans dresser une liste exhaustive des hypothèses d'incompatibilité, quelques exemples peuvent encore être avancés afin d'illustrer nos propos.

Ainsi, le sort du contrat reste délicat à appréhender lorsqu'une clause prévoit le versement d'une somme forfaitaire de dédommagement pour toute inexécution de leurs obligations par les parties, parallèlement à une clause stipulant la résolution immédiate et de plein droit en cas d'inexécution. Dans ce sens, il se peut qu'une clause d'intégralité puisse être insérée dans un contrat contenant pourtant une ou plusieurs clauses de renvoi à des documents annexes. De même, une clause de réserve de propriété ne peut d'aucune façon être conciliée avec une clause de non réserve de propriété. Leurs objets et leurs effets sont alors révélateurs d'une contradiction absolue.

413. Incompatibilités récurrentes. Une incompatibilité naissant de la présence dans le même contrat, ou dans des documents séparés, de deux clauses relatives au traitement des litiges peut être étudiée avec une attention particulière, tant la fréquence d'une telle confrontation est significative. En effet, les contrats contiennent assez fréquemment une clause attribuant compétence à un organisme d'arbitrage et une clause attributive de juridiction. Des clauses attribuant compétence à des juridictions différentes sont également rencontrées dans de nombreuses relations d'affaires. Désignant deux juridictions compétentes différentes, elles ne peuvent recevoir application, et la jurisprudence se devait donc de dégager une solution n'affectant pas la cohérence du contrat.

Ces deux dernières illustrations renferment les hypothèses de contradiction les plus fréquentes au sein de la jurisprudence. La confrontation des clauses d'arbitrage et des clauses attributives de juridiction, ainsi que la contrariété de ces dernières entre elles, alimenteront principalement notre étude et permettront d'analyser les solutions adoptées par le Cour de cassation afin d'apporter des précisions au fondement retenu. Néanmoins, il est nécessaire de rendre compte des premiers raisonnements de la jurisprudence pour résoudre ces profondes contradictions et ainsi favoriser l'exécution du contrat. La Cour a d'abord adopté des

⁹²⁸ Cass. civ. 2^{ème} 3 juin 2010 n°09-66267, *RGDA* octobre 2010, n°4 p.1012 note J. Bigot.

solutions trop rigides basées sur l'application de critères mécaniques et systématiques, sans véritable justification décisive.

§2 : Remèdes à l'incompatibilité des clauses

414. Les solutions dégagées par la jurisprudence antérieure ne permettaient à aucun moment la découverte de la commune intention des parties. Fondées sur des critères inadaptés, elles donnaient lieu à des décisions stéréotypées appliquant la même solution quelles que soient les hypothèses de contradiction entre les clauses. Cette recherche hypothétique, pour ne pas dire imaginaire, de la volonté des parties permettait au juge de rétablir par sa propre appréciation la cohésion entre les clauses, et ainsi de tenter de redonner une véritable cohérence au contrat (A). Il peut alors être proposé de se référer à la classification fonctionnelle des clauses afin de puiser des clés de résolution permettant à la fois de distinguer les hypothèses d'incompatibilité mais également de proposer des solutions adaptées. Face à ces clauses renfermant une incompatibilité absolue, il s'agit de se fonder sur les éléments constitutifs de la classification tels que la fonction ou l'effet des clauses litigieuses. La fonction exercée par les clauses permet ainsi d'appliquer des méthodes de résolution non fondées sur des critères mécaniques, mais de proposer des solutions adaptées à l'effet des clauses et à la cohérence contractuelle (B).

A) Des solutions jurisprudentielles à l'incompatibilité des clauses

415. Les contrariétés entre les clauses d'un même contrat existent depuis l'origine des contrats. Une étude des arrêts rendus par la jurisprudence à partir du milieu du XIX^{ème} siècle permet de mesurer le pouvoir exercé par le juge en la matière. L'examen des solutions choisies par la jurisprudence est révélateur d'une position des plus radicales, aux justifications juridiques et contractuelles inexistantes. En effet, la quête d'un critère systématique et objectif permettant de résoudre l'incompatibilité des clauses est superficiellement utilisée comme une arme au service de la jurisprudence (1). Aujourd'hui encore, la jurisprudence impose la thèse fondée sur la volonté des parties. Toute antinomie relevée entre les clauses doit faire l'objet d'une recherche de l'intention commune des parties par le juge, permise par les différentes méthodes d'interprétation dont il dispose (2).

1) Les critères objectifs à l'épreuve de l'incompatibilité des clauses

416. L'observation des décisions prises par les Cours et tribunaux permet de mettre en lumière les méthodes de résolution utilisées au cours des dernières décennies. Le juge adoptait dans un premier temps une position consistant à appliquer de façon mécanique des critères objectifs instaurant la primauté d'une clause sur l'autre. D'une efficacité indéniable, cette méthode ne tenait nullement compte de l'esprit ou de la lettre du contrat, bien que la jurisprudence la considérait à tort comme révélatrice de la volonté des parties. Ce détournement de la cohésion et de l'équilibre contractuel s'est d'abord manifesté à travers l'application d'un critère tenant à l'emplacement des clauses dans le contrat (a) pour ensuite faire prévaloir un critère relatif à l'insertion chronologique des clauses (b).

a) L'emplacement des clauses dans le contrat

417. Un critère structurel. Pour trouver trace de décisions se prononçant sur l'incompatibilité entre deux clauses, il est nécessaire de remonter à la première moitié du XIX^{ème} siècle. En ce temps, la jurisprudence considérait alors que « *lorsque le même acte renferme deux conventions inconciliables [...] c'est la convention énoncée la première dans l'acte qui doit recevoir tout effet par préférence*⁹²⁹ ».

Les juges faisaient ainsi application d'un critère purement formel, ne laissant place à aucune ambiguïté mais ne présentant par ailleurs aucune justification constructive. Dès lors, cet engouement de la jurisprudence se révélait aisément critiquable au regard de l'extrême rigidité du raisonnement envisagé. Aucune distinction n'était recherchée entre la nature, l'objet ou la fonction des clauses confrontées. Ni leur exégèse, ni l'esprit du contrat révélé à travers son économie générale n'étaient retenus. L'observation de la structure de *l'instrumentum* permettait donc à elle seule d'éradiquer toutes formes de contradiction.

418. Une systématisation erronée. La méthode et la rigueur n'étant pas toujours les qualités premières des rédacteurs de contrats, cette approche sibylline ne permettait aucunement de comprendre pourquoi la clause inscrite dans le contrat, en amont de sa détractrice, était la plus révélatrice de la volonté des parties. Or, quand bien même le contrat aurait été parfaitement structuré, regroupant ainsi les clauses dans différentes rubriques et

⁹²⁹ Bordeaux 5 janvier 1833 S. 1833. 2. 188.

sous-rubriques intitulées et numérotées, rien ne permettait de déduire l'intention des parties du seul positionnement de la clause. Que les clauses soient classées dans une même rubrique, à quelques lignes l'une de l'autre, ou dans des rubriques différentes, aucune hiérarchie structurelle du contrat ne permet de justifier une telle solution.

Il en est ainsi du critère appliqué dans l'hypothèse de clauses incompatibles contenues dans des documents contractuels dissociés et pour autant signés le même jour. Bien qu'aucun arrêt recensé n'apporte de solution à cette question, il est permis de penser que les Cours et tribunaux auraient fait prévaloir la clause insérée dans le contrat principal, comme expression la plus représentative de la volonté des parties.

419. Un fondement illusoire. En effet, la recherche de la commune intention des parties constituait, paradoxalement, le fondement des décisions rendues en la matière. Malgré le recours à un formalisme mécanique, le juge ne faisait pas pour autant abstraction du principe du consensualisme. L'arrêt phare⁹³⁰ en la matière, rendu par la Cour royale de Bordeaux en 1833, fondait son interprétation sur les articles 1156 et suivants du Code civil et justifiait l'emploi d'un critère systématique par sa capacité à faire apparaître la volonté des parties. Toutefois, les commentateurs n'étaient pas dupes⁹³¹ et cette méthode génératrice de fraudes fut progressivement abandonnée par la Cour de cassation. La jurisprudence tenta alors d'appliquer un critère de résolution des contradictions plus révélateur de la volonté des parties.

b) L'ordre d'insertion des clauses dans le contrat

420. Un critère chronologique. Dès le début du XX^{ème} siècle, la Cour de cassation revit sa position pour faire prévaloir un critère basé sur l'ordre temporel d'insertion des clauses dans le contrat. Elle faisait ainsi primer la dernière manifestation de volonté en date, observée dans les rapports précontractuels et non contestée par le cocontractant. Le silence de ce dernier était assimilé à une acceptation de la clause dernièrement stipulée. Porteuse de la volonté de l'une des parties, non contestée par l'autre, le juge la considérait néanmoins comme renfermant la commune intention des parties. Le recours au critère chronologique et l'apposition ultérieure de la clause au sein de l'acte emportaient donc la conviction judiciaire.

⁹³⁰ *Ibid.*

⁹³¹ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *op. cit.* n°31 p.36.

Si cette méthode de résolution de l'incompatibilité des clauses pouvait séduire, au regard de l'apparente prise en compte de la volonté des parties, plusieurs difficultés devaient néanmoins être soulevées.

Tout d'abord, cette méthode incitait les parties à une âpre négociation en amont de l'ensemble des clauses, chaque partie cherchant à avoir le dernier mot⁹³². Si la négociation des stipulations est toujours de mise, principalement entre professionnels, cette méthode conduisait à durcir les relations contractuelles lors de la phase des négociations et constituait souvent une source de litige avant même l'exécution du contrat. La seconde difficulté résultait alors du fait de savoir quelle clause avait été chronologiquement la dernière stipulée dans les documents contractuels ou le contrat⁹³³. Sous couvert de rechercher la volonté commune des parties, les juges avaient donc recours à la nature et à la forme des clauses pour se prononcer sur les diverses incompatibilités rencontrées.

421. Primauté de la clause manuscrite. Ainsi, tant les décisions faisant prévaloir les conditions particulières sur les conditions générales⁹³⁴, que celles favorisant les clauses manuscrites sur les clauses dactylographiées ou imprimées⁹³⁵, trouvaient principalement à travers le critère chronologique un fondement constant d'exclusion de l'incompatibilité des clauses. A l'image de M. Ph. Simler, la doctrine considérait ainsi que « *la clause des conditions particulières, fruit d'une véritable négociation ou, du moins, objet d'une attention plus soutenue, doit être préférée*⁹³⁶ ». De même, Demogue soulignait que « *celui qui a écrit la clause l'a voulue plus fermement que celui qui a des clauses imprimées sur sa correspondance*⁹³⁷ ». Dès lors, la solution retenue par la jurisprudence conduisait à établir une solution de principe faisant prévaloir de façon systématique la clause manuscrite sur la clause dactylographiée. Considérée comme la dernière expression de la volonté des parties, les juges

⁹³² Ph. Le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution contemporaine des contrats*, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey 1985, n°35 p.366.

⁹³³ À une époque où les nouvelles technologies n'étaient pas de mise.

⁹³⁴ Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 1971 n°70-12730, *RGAT* 1972, 373 note A. Besson ; A. Seube, *Les conditions générales d'affaires*, Mélanges Jauffret, Aix 1974 p.622 et s. Cass. civ. 1^{ère} 20 novembre 1984 n°83-14572 ; Cass. civ. 1^{ère} 17 juin 1986 n° 84-14717, *Gaz. Pal.* 1986 Pan. 195 ; *RGAT* 1986. 350 note J. Bigot ; Cass. civ. 1^{ère} 7 octobre 1992 n°90-10871 ; M-H. Maleville, *Police d'assurance : les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction*, *RGAT* juillet 1993, n°3 p.512.

⁹³⁵ Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} février 1984 n°82-16266 ; Cass. civ. 1^{ère} 9 octobre 1990 n°88-10758, *RGAT* 1990. 816 note H. Margeat et J. Landel ; Cass. civ. 3^{ème} 12 avril 1995 n°93-10117.

⁹³⁶ J. Mestre, obs. *RTD civ.* 1994. 344.

⁹³⁷ R. Demogue, comm. *S.* 1914. 2. 49.

privilégiaient la clause manuscrite qui précisément en raison de son adjonction, devait spécialement attirer l'attention⁹³⁸.

422. Une recherche fictive de la volonté des parties. Or, l'automaticité de la solution allait à l'encontre du fondement consensuel invoqué par les juges du fond. Cette tendance jurisprudentielle consistait à faire prévaloir certaines clauses suivant un critère purement objectif, détaché de la volonté des parties. La recherche de la commune intention des parties se trouvait donc pervertie par l'application d'un critère chronologique trop souvent soumis à la forme des clauses. En effet, considérant que la dernière manifestation de volonté en date devait l'emporter, on conçoit difficilement que les rédacteurs aient commencé par insérer une clause manuscrite avant les clauses imprimées. La primauté systématique des clauses manuscrites était donc un révélateur efficace de l'absence de prise en compte de la volonté. Il semble ainsi difficilement explicable d'établir une règle générale de primauté des clauses manuscrites à partir d'un raisonnement subjectif axé sur la recherche de la commune intention des parties.

Dans quelques rares exceptions, la clause imprimée des conditions générales a prévalu sur la clause manuscrite des conditions particulières⁹³⁹. Elles ne constituaient cependant que de simples exceptions à la directive de principe fondée sur la chronologie des clauses.

Le critère chronologique fut finalement rejeté par une série d'arrêts de la Cour de cassation en matière de clause de réserve de propriété. Toutefois, l'abandon de la chronologie par la jurisprudence n'a pas mis fin à la recherche de solutions favorisant la primauté d'une clause sur l'autre. Seule une réelle prise en compte de la volonté des parties devait contribuer à apporter une réponse péremptoire à l'incompatibilité des clauses.

2) L'interprétation judiciaire à l'épreuve de l'incompatibilité des clauses

423. Conformément à la tradition civiliste, l'article 1156 du Code civil accorde la primauté à la volonté réelle des parties. Or, malgré les critiques soulevées par certains auteurs la jurisprudence n'affaiblit pas sa position. Confrontée à des clauses en totale contradiction, elle

⁹³⁸ E-H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, *RTD civ.* 1927. 303 et s.

⁹³⁹ Cass. com. 28 novembre 1995 n°93-15967 : « dans un contrat synallagmatique, la clause particulière manuscrite ou non, l'emporte sur la clause générale, sans qu'il soit nécessaire que la prééminence soit elle-même stipulée ».

procède dans un premier temps à une recherche subjective de la volonté commune des parties, restant très souvent infructueuse (a). Ce n'est donc qu'après avoir épuisé ces règles d'interprétation que le juge se réfère à une interprétation objective basée sur la lettre du contrat, toujours avec l'ambition de déceler l'intention commune des parties (b).

a) L'insuffisance de l'interprétation subjective

424. Recherche de la volonté des parties. Le Code civil donne de nombreuses directives d'interprétation au juge, dans ses articles 1156 et suivants. La jurisprudence fait alors émerger de véritables règles d'interprétation, définies dans les développements précédents⁹⁴⁰ et plaçant la recherche de la volonté des parties au sommet de la mission du juge, faisant de lui le « *gardien naturel de la foi contractuelle*⁹⁴¹ ». L'élucidation de leur intention commune constitue le principal objet de l'interprétation des contrats et privilégie l'esprit de la convention sur sa lettre. Dictée par le Code civil et considérée comme la méthode cardinale⁹⁴², cette règle ne souffre aucune contestation. L'exercice consiste pour les juges à rechercher à travers mais aussi au-delà de la volonté déclarée, la volonté réelle des parties, c'est-à-dire leur véritable intention commune, la volonté qu'ils avaient réellement dans leur for intérieur au moment de conclure le contrat. Dès lors, « *si deux clauses d'un contrat sont en contradiction certaine, la jurisprudence contemporaine décide qu'il y a lieu de rechercher laquelle des deux exprime la volonté véritable des parties*⁹⁴³ [...] ».

425. Une recherche impossible. Or, si en présence d'une erreur rédactionnelle ou de clauses contradictoires révélant une complémentarité possible de leurs effets, la recherche de la volonté des parties peut permettre d'apporter des solutions, cette méthode peut se révéler inutile dans le cas de clauses dont l'incompatibilité est plus prononcée et les empêche strictement de figurer ensemble au sein d'un même contrat.

La connaissance de la clause contradictoire par chacune des parties ne peut permettre au juge de rechercher leur intention commune. En effet, la naissance du litige provient toujours de

⁹⁴⁰ V° *supra* n°241 et s. p.201 et s.

⁹⁴¹ J-D. Dupichot, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*, Etudes Flour, éd. Defrénois, Paris 1979, n°8 et s. p.179 et s.

⁹⁴² M-H. Maleville, *L'interprétation des contrats dix ans après*, Mél. B. Mercadal n°13 p.189.

⁹⁴³ H. Batiffol, *Question de l'interprétation juridique*, in *l'interprétation dans le droit*, APD 1972. 21 ; D. Maingueneau, *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridique*, in *L'interprétation en droit*, Bruxelles Bruylant 1995 p.63 et s. spéc. p.71.

l'incompatibilité de clauses renfermant chacune la volonté du cocontractant qui l'invoque au soutien de sa demande. Il ne peut dès lors exister d'intention commune des parties. Parmi les exemples les plus significatifs on retrouve l'opposition de deux clauses attributives n'accordant pas compétence à la même juridiction ou la confrontation au sein du contrat d'une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, chacune soutenue par un cocontractant. Dans de telles hypothèses extrêmes, la volonté respective des parties est nettement distincte et paralyse ainsi la recherche de leur commune intention par le juge.

426. L'examen des clauses. L'interprétation du juge, impuissante à découvrir la volonté réelle des parties, le conduit alors à s'intéresser au contenu du contrat, au sens littéral des clauses, et à axer sa recherche sur la cohérence d'ensemble du contrat, telle qu'elle est préconisée par le Professeur Houtcieff. En effet, selon cet auteur, la volonté des parties est secondaire par rapport à la recherche de la cohérence contractuelle. Il en fait même « *un alibi permettant au juge de restituer une cohérence au contrat qu'il fonde en réalité sur des critères détachés de la volonté commune des parties*⁹⁴⁴ ». Toutefois, la jurisprudence conserve, quant à elle, une position constante selon laquelle l'interprétation subjective des clauses litigieuses ne doit pas être abandonnée mais simplement complétée par l'analyse des clauses du contrat, grâce aux règles objectives d'interprétation⁹⁴⁵.

b) Le soutien de l'interprétation objective

427. Référence objective. Si l'intention commune ne peut être identifiée, et à défaut de solution prévue par le législateur, les règles objectives d'interprétation doivent dès lors trouver à s'appliquer⁹⁴⁶. La recherche de la volonté objective, encore dénommée volonté déclarée, est justifiée par des préoccupations liées à la certitude et à la prévisibilité des relations contractuelles qui exigent de se fier au texte du contrat. Pour mener à bien cette démarche d'interprétation, le juge doit alors se référer à des règles dictant une solution préétablie, détachée de la commune intention des parties. Ainsi, les dispositions de l'article 1159 du Code civil permettent au juge de se référer à ce qui est d'usage dans le pays dans

⁹⁴⁴ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* n°96 p.100 et p.121.

⁹⁴⁵ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, th. préc.* n°212 et s. p.198 et s.

⁹⁴⁶ La référence à la volonté des parties devient alors une véritable « clause de style » : Th. Ivainier, *Le lettre et l'esprit de la loi des parties, art. préc.* n°53 ; Cass. com. 11 juin 2014 n°13-18118, *JCP E* 27 juin 2002, n°26, 1104 note R. Mortier.

lequel le contrat est passé. Si M. Ph. Dupichot voit en cette méthode un simple corolaire de l'article 1156, il semblerait que cet article renferme au contraire l'expression d'une méthode objective. En accord avec MM. Fr. Terré, Simler et Lequette, les usages en vigueur dans un pays doivent être considérés comme de simples éléments de détermination objective d'interprétation, dans la mesure où ils ne sont porteurs d'aucune référence évidente à une quelconque volonté ou intention particulière.

Néanmoins, ce n'est qu'après un examen minutieux de la lettre du contrat que les juges pourront avoir recours à ces dispositions. Les juges vont donc également s'attacher à analyser la rédaction des clauses dans leur ensemble, et principalement des clauses litigieuses, afin de résoudre la contradiction existante entre elles. Leur emplacement dans le contrat, leur visibilité, mais surtout le vocabulaire utilisé et la précision de la rédaction, sont autant d'indices permettant au juge de dégager l'intention des parties et tenter de mettre fin à toute contradiction.

428. Une articulation contestée. M. D. Houtcieff réfute cette articulation des méthodes consistant, en cas d'échec de l'interprétation subjective, à rechercher la volonté commune des parties à travers l'interprétation objective⁹⁴⁷. Selon lui, la jurisprudence rattache à tort l'interprétation objective à une intention commune qu'il caractérise de « *fictive* ». Il démontre dans sa thèse que la résolution des contradictions contractuelles passe par une restitution de sa cohérence au contrat plutôt que par la recherche de la volonté des parties⁹⁴⁸. L'auteur fait alors référence aux principes Unidroit dans lesquels on retrouve une formulation appropriée à sa vision du principe de cohérence. Selon ces derniers, « *faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation*⁹⁴⁹ ». Par cette méthode, les principes Unidroit visent à assurer la cohérence du contrat. « *Les clauses et les expressions s'interprètent en fonction de l'ensemble du contrat ou de la déclaration où elles figurent* ». On retrouve en droit interne ce principe exposé à l'article 1161 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* ». La règle d'interprétation la plus appropriée à la contradiction de clauses, se trouve indubitablement contenue dans ces dispositions. Cette méthode, consistant à

⁹⁴⁷ D. Houtcieff, *th. préc.* n°90 et s. p.95 et s.

⁹⁴⁸ *th. préc.* n°96 p.100 et s.

⁹⁴⁹ Art 4.2.2 Des principes d'Unidroit.

interpréter les clauses les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune un sens conforme à l'esprit du contrat dans son ensemble, est la plus révélatrice dans une perspective de cohérence contractuelle. L'importance attachée au respect du contexte contractuel, doit également être prise en considération. Le juge examine ainsi le contexte contractuel, les négociations, l'histoire, l'équilibre et les relations nouées non seulement entre les parties mais également entre les différents documents dans lesquels ont été insérées les clauses contradictoires. Il appréhende le contrat comme un « phénomène global⁹⁵⁰ », un « ensemble cohérent⁹⁵¹ ». Dans cette dernière hypothèse, l'insertion d'une clause de priorité, dont les effets ont été précédemment détaillés, peut permettre d'écarter l'appréciation du juge et l'obliger à respecter l'ordre préétabli. De cette hiérarchisation des documents, découle une hiérarchie des clauses assurant ainsi le respect de la pleine expression de la volonté des parties. Mais, M. D. Houtcieff ne se contente pas d'une référence à ces dispositions pour asseoir la recherche de la cohérence contractuelle. Il en fait une notion autonome, capable de fonder la solution des clauses contradictoires⁹⁵². Il précise également dans ses travaux les effets résultant de l'application du principe de cohérence. Il montre ainsi que le juge retient une interprétation du contrat qui assure la cohérence du comportement d'un cocontractant. Il conclut à la dualité du principe de cohérence : le rejet de l'incohérence du contrat permettrait dès lors de restituer sa constance au comportement. Facilité par sa nature purement objective, le principe de cohérence serait donc selon cet auteur, le seul instrument permettant d'assurer le respect de la volonté contractuelle.

429. Une recherche dissimulée de la cohérence contractuelle. Il convient de reprendre à notre compte la position de M. D. Houtcieff pour réaffirmer que les méthodes judiciaires de

⁹⁵⁰ J. Dupichot, *op. cit.* n°14 p.193 ; Th. Ivainer, *art. préc. spéc.* n°3.

⁹⁵¹ Th. Ivainer, *L'ambiguïté dans les contrats*, *D.* 1976 chron. 153. Ces dispositions invitent selon lui le juge à dégager un « raisonnement logique et cohérent ». F. Ost et M. Van De Kerchove, *Les colonnes d'interprétation en droit*, in *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint Louis 1978 p.335 et s. Nombre d'auteurs parlent ainsi de principes « inspirés par le bon sens » et se réfèrent à Portalis qui parlait pour sa part d'une « tradition de bon sens, de règles et de maximes, parvenues jusqu'à nous et qui forment l'esprit de siècles » ; M. Planiol et P. Esmein, *Traité de droit civil français*, t. VI, *Obligations* – première partie, LGDJ 1930 n°373 p.512 et s.

⁹⁵² Selon M. D. Houtcieff, « la cohérence peut donc fonder l'interprétation du contrat, mais elle est en même temps une frontière aux pouvoirs du juge. [...] La contradiction rend le juge souverain à charge de ne pas briser la cohérence du contrat ». M. Houtcieff démontre ainsi au fil de ses raisonnements que la cohérence constitue la seule véritable entrave au pouvoir du juge et paradoxalement le dernier retranchement de la volonté contractuelle. Dès lors, seule une interprétation incohérente des juges est susceptible d'entraîner la cassation pour dénaturation. Outre cette hypothèse, la démarche du juge consiste donc moins à rechercher la volonté des parties que de restaurer la cohérence du contrat. D. Houtcieff, *th. préc.* p.95 et s.

résolution des contradictions passent par une restitution de sa cohérence au contrat plutôt que par la recherche de la volonté des parties. En effet, confrontée à des clauses contraires, la mise en lumière de l'intention commune des parties se révèle totalement illusoire. A l'exception d'erreurs rédactionnelles, ou de contradictions seulement apparentes, la volonté des parties ne peut aucunement être conciliée à travers une appréciation subjective du contrat. En revanche, sans être un remède absolu à la divergence des clauses du contrat, l'interprétation objective présente des atouts indéniables. Les règles objectives sont classiquement considérées à tort comme un dernier recours indépendant de l'interprétation subjective et donc de la volonté des parties. Fondée sur la volonté masquée du juge d'assurer la cohérence du contrat et donc de l'articulation de ses clauses, elle permet l'analyse par ce dernier d'éléments objectifs détachables de la volonté des parties. Non déterminée à abandonner l'idée d'une référence à la volonté des parties, la jurisprudence rattache néanmoins dans ses attendus l'interprétation objective à l'intention commune, démontrant ainsi la complémentarité des deux méthodes d'interprétation⁹⁵³. Toutefois, certaines oppositions et contradictions entre les clauses restent insurmontables. Sous couvert de faire triompher la volonté des parties c'est alors sur la seule tendance jurisprudentielle que l'incompatibilité de deux clauses devrait être tranchée. Certes les hypothèses restent singulières mais elles existent et doivent à ce titre être appréhendées. La classification fonctionnelle des clauses étudiée précédemment peut alors permettre de proposer une méthode générale d'éradication de ces incompatibilités.

B) Des solutions fonctionnelles à l'incompatibilité des clauses

430. La confrontation entre les clauses se révèle parfois telle que leur seule coexistence revient à créer une situation d'incompatibilité. L'exemple des clauses attributives de compétence et des clauses compromissaires peut servir de modèle à l'identification et à la résolution des deux principales hypothèses d'incompatibilité que nous dénommerons l'opposition et la contradiction. Ni la Cour de cassation ni le législateur ne différencient clairement ces hypothèses et utilisent indifféremment les deux vocables au plan notionnel. Le recours à la classification fonctionnelle permettrait alors de les distinguer à partir de la prise

⁹⁵³ A titre d'illustration récente, Cass. com. 6 septembre 2011 n°10-17674 : « faisant application des articles 1156 et 1162 du Code civil, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la commune intention des parties que la Cour d'appel, qui a procédé à la recherche visée par la troisième branche, a retenu que la version la plus contraignante pour la société Promodib devait recevoir application et que cette dernière n'apportant pas la preuve de la mise en place des financements, devait être déboutée de sa demande en paiement d'honoraires [...] ».

en compte de la fonction respective des clauses et de la divergence de leurs effets. Elle permettrait en outre d'expliquer la différence de solution entre l'opposition logique des clauses renfermant une fonction analogue (1), et les hypothèses de contradiction juridique de clauses dont la fonction ne tend pas vers une même finalité au sein du contrat (2).

1) L'opposition logique des clauses

431. Recours au droit commun. La réponse jurisprudentielle à la contradiction existant entre deux clauses, telle l'opposition classique entre deux clauses attributives de juridiction, est connue et établie depuis de nombreuses années par la jurisprudence. Dès 1912, la Cour de cassation considérait qu' « *au cas où, deux clauses contradictoires ayant été proposées par les parties, il y a doute au sujet de la détermination de la juridiction compétente pour connaître des contestations nées du contrat, ce doute doit s'interpréter en faveur de la loi de droit commun, et non pas en faveur des dérogations susceptibles de soustraire l'assigné à ses juges naturels*⁹⁵⁴ ». Plus récemment, la Cour de cassation a réaffirmé cette position, et favorise le retour au droit commun lorsque deux clauses attributives de juridiction s'opposent sans que la volonté des parties ne puisse être décelée. Ainsi, dans le « *cas où coexiste des clauses attributives de juridiction qui se contredisent ou sont inconciliables, il a lieu de faire application des règles de compétence de droit commun*⁹⁵⁵ ». Une différence notable entre ces décisions réside dans la référence faite à l'interprétation de la volonté des parties par les juges du fond. En effet, face à l'insaisissable intention commune des parties en cette hypothèse, la Cour de cassation a depuis 1956 abandonné son fondement de l'interprétation⁹⁵⁶ pour ne rattacher l'annulation qu'à l'incompatibilité manifeste de ces formes de clauses. Le juge ne peut présumer d'une volonté commune qui a peut être existé mais qui reste néanmoins indéterminable. Il est à la fois impossible de démontrer que les parties ont accepté ces clauses puisqu'elles s'opposent, mais également de prouver qu'elles n'en ont pas eu connaissance puisqu'elles sont censées être stipulées de manière apparente. L'invocation de la volonté des

⁹⁵⁴ Req. 24 juin 1912, *DP* 1913. 1. 363.

⁹⁵⁵ Cass. com. 23 février 1999 n°96-18919, *RLDA* mai 1999, n°16 p.30 note L. Costes ; V° aussi Cass. com. 20 novembre 1984 n°83-15956, *JCP E* 9 décembre 2004, n°50 note J. Béguin ; *Cah. Dr. entr.* septembre 2008, n°5 p.67 : « attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les deux clauses attributives de juridiction figurant sur les instruments contractuels étaient inconciliables, que dès lors ces dispositions avaient pour effet de s'annuler et que, dans un tel cas, la désignation de la juridiction territorialement compétente était régie par les article 42 et 46 du nouveau code de procédure civile [...] » ; Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995 n°93-13237, *JCP E* 9 décembre 2004, n°50 note J. Béguin.

⁹⁵⁶ Cass. civ. 7 novembre 1956, *JCP E* 1957, 227 ; *D.* 1957 somm. p.67 ; *RTD com* 1957 n°11.

parties permettait donc seulement au juge de justifier de la mise en œuvre de ses pouvoirs judiciaires. De plus, la jurisprudence actuelle écarte la nullité et ses conséquences pour le contrat au profit du réputé non écrit⁹⁵⁷. Ainsi, les décisions contemporaines considèrent que les clauses sont réputées non écrites par leur propre cumul, résultant de la seule construction du contrat et non du pouvoir d'interprétation du juge. On assiste alors à une autorégulation des clauses qui effacent d'elles-mêmes les conséquences de leur propre incompatibilité.

432. Identification des cas d'opposition. Dans le souci de différencier et d'identifier les deux principaux cas d'incompatibilité, l'hypothèse « d'opposition » entre deux clauses, doit à présent être abordée. M. D. Houtcieff précise la rareté de cette situation d'opposition entre deux clauses et délimite les circonstances dans lesquelles elles sont susceptibles d'être rencontrées. Il s'agit de clauses stipulées entre professionnels, très apparentes, incompatibles et défavorables à la partie à qui elles sont opposées par rapport à l'application du droit commun⁹⁵⁸. Le principe de cohérence agit alors indépendamment de toute appréciation du juge et est purement objectif. Néanmoins, certaines observations relatives à la classification établie précédemment peuvent permettre de préciser cette hypothèse d'opposition entre deux clauses. Se basant sur l'incompatibilité de deux clauses attributives de juridiction, il est à remarquer que ces clauses exercent une même fonction, à savoir de soumettre le litige au juge étatique, qu'elles contiennent des objets différents, source de l'opposition, et des effets inévitablement divergents.

La similitude de leur fonction peut alors permettre d'identifier ces hypothèses et de qualifier cette opposition de « logique ». Deux clauses exerçant une même fonction ne peuvent alors produire des effets antinomiques et poursuivre des finalités antagonistes, sous peine de s'opposer de manière frontale et directe, et entraîner un retour au droit commun. En effet, dans ce cas, la solution la plus équitable, à défaut de pouvoir déceler la volonté des parties, reste le retour au droit commun.

433. Identité de fonction. La classification fonctionnelle permettrait d'identifier et de réunir les situations au plus près de cette opposition logique. Toutes les hypothèses dans lesquelles les clauses incompatibles renferment une même fonction, mais dont l'objet et les effets s'opposent, pourraient ainsi être traitées de façon identique et cohérente. L'exemple

⁹⁵⁷ Depuis Cass. com. 30 novembre 1981 n°80-12353, *D.* 1982. IR. 157 note P. Julien.

⁹⁵⁸ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc. spéc.* n°179 p.165.

précédemment cité d'un contrat d'assurance contenant deux clauses prévoyant la prise d'effet du contrat à des moments différents peut ici être repris⁹⁵⁹. En ce sens, une opposition logique existe en présence d'une clause prévoyant le versement d'une somme forfaitaire de dédommagement pour toute inexécution de leurs obligations par les parties, alors qu'une autre clause stipule la résolution immédiate et de plein droit en cas d'inexécution. Ces deux clauses ont pour fonction commune de prévoir les conséquences d'une éventuelle inexécution mais leurs objets et leurs effets conduisent à un résultat opposé. Il en est ainsi dans la répartition des risques contractuels si l'un des cocontractants fait valoir une clause limitative de responsabilité, ou de non responsabilité, alors que son partenaire invoque une clause de renonciation à toute limitation de la responsabilité. De même, une clause résolutoire peut être opposée à une clause de renonciation à la résolution.

Toutes ces hypothèses renferment une opposition similaire et doivent donc conduire à la neutralisation des clauses contraires au profit du droit commun. Seule la clause de réserve de propriété confrontée à une clause de non réserve de propriété fait l'objet d'une primauté législative. Bien que ces deux clauses aient pour fonction commune d'aménager l'exécution de l'obligation de l'acheteur, l'insertion par le seul vendeur de la clause de réserve de propriété dans ses conditions générales la rend applicable. Si la jurisprudence favorisait auparavant la clause de non réserve de propriété, le législateur impose désormais, sans plus de justification, cette primauté de façon automatique depuis une loi⁹⁶⁰ du 25 janvier 1985.

A l'exception de la clause de réserve de propriété, le renvoi à la classification permet de traiter donc de façon identique toutes les situations d'opposition, lorsque la volonté des parties ne peut être perçue par les méthodes d'interprétation des juges du fond.

Inspirée de ce modèle, une autre solution à l'incompatibilité des clauses peut également être proposée relativement aux clauses présentant cette fois une fonction différente.

⁹⁵⁹ Cass. civ. 2^{ème} 3 juin 2010 n°09-66267, *arrêt préc.* ; La diversité des clauses porteuses d'une opposition peut également concerner des clauses dont la fonction est d'établir les conditions de paiements d'honoraires entre professionnels. En l'espèce, il s'agissait d'une opposition entre une clause subordonnant le paiement de la première tranche d'honoraires à la seule signature d'un marché ou d'une concession, sans aucune référence aux financements, alors qu'une seconde clause exigeait cumulativement ces deux conditions : Cass. com 6 septembre 2011 n°10-17674 *arrêt préc.*

⁹⁶⁰ Art. 121 al.4 de la loi du 25 janvier 1985 « nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers ».

2) La contradiction juridique des clauses

434. Contradiction modèle. L'exemple le plus célèbre de contradiction entre deux clauses répondant à des fonctions distinctes concerne la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction. Lorsque ces deux clauses sont en conflit dans un même contrat ou un ensemble contractuel, la jurisprudence retient alors systématiquement la primauté de la première sur la seconde. Encore une fois, la jurisprudence fonde sa décision sur la volonté commune des parties. Or, il ne peut s'agir, comme en matière d'opposition logique, que d'une interprétation pervertie par le besoin des juges de fonder leur intervention sur l'intention commune des parties. En effet, il semble plus que douteux que l'interprétation de la volonté des parties engendre de façon automatique la primauté de la clause compromissoire quel que soit par ailleurs l'esprit ou la lettre du contrat. La permanence de cette solution trouve une explication plus rationnelle dans la recherche jurisprudentielle de mettre en avant le rôle de l'arbitrage⁹⁶¹ dans le droit des contrats. Par sa position, la Cour assoit sa recherche de valorisation et de consolidation arbitrale des litiges.

Face à cette contradiction, le juge adopte donc une position de principe selon laquelle « *la portée de la clause compromissoire comme expression de la volonté des parties est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de compétence* ». Cette solution traduit nettement la volonté jurisprudentielle d'établir une primauté automatique de la clause d'arbitrage. Selon M. J. Normand, la clause compromissoire relève d'un choix d'une intensité volitive beaucoup plus forte⁹⁶². Si la clause attributive ne fait que distribuer les compétences entre les différentes juridictions étatiques, il souligne la portée plus générale de la clause compromissoire et la qualifie de véritable clause d'investiture dont la signature traduit une intention délibérée d'écarter la compétence des tribunaux étatiques au profit d'une forme de justice privée.

435. Identification des cas de contradiction. Cet exemple de contradiction très répandue dans la jurisprudence peut permettre de réaliser une unification des contentieux. Alors même que peu d'arrêtés traitent de cette forme de contradiction, il n'en est pas moins nécessaire de l'identifier afin d'établir une solution de principe. Le terme de « contradiction » sera ici préféré à celui « d'opposition » pour caractériser l'incompatibilité de deux clauses. Elles ne peuvent exister ensemble, ni être toutes les deux fausses. En effet, contrairement aux cas

⁹⁶¹ V° *supra* n°337 et s. p.269 et s.

⁹⁶² *RTD civ.* 1980 p.395 note J. Normand.

d'opposition précédents, il s'agit ici de clauses animées par des fonctions différentes, engendrant des effets en totale contradiction. Ne répondant pas à une même fonction, ces clauses ne s'opposent pas directement mais se contredisent néanmoins quant aux effets qu'elles produisent. Cette différence de fonction conduit à parler de contradiction juridique et non logique comme c'était le cas pour les hypothèses d'opposition. Dès lors, si l'opposition frontale de deux clauses de même fonction est plus logique que juridique, la contradiction des clauses dont la fonction diffère se révèle de ce fait plus juridique que logique.

436. Affinement de l'identification. Toutefois, la contradiction juridique existant entre une clause attributive de juridiction et une clause compromissoire appelle certaines précisions sur l'identification de leur fonction. En effet, la doctrine peut, à certains égards, considérer que ces deux clauses renferment une même fonction générale consistant à résoudre le litige. Or, au regard de notre classification fonctionnelle, l'affinement de leur fonction passée au filtre de la liberté contractuelle conduit cependant à les différencier. En effet, si les clauses attributives ont pour fonction de donner compétence aux juridictions étatiques en cas de litige, les clauses compromissoires visent quant à elles, à empêcher tout recours à la justice étatique et à favoriser une résolution contractualisée du litige, orchestrée ou non par un tiers.

D'autres exemples peuvent permettre de vérifier les situations de « contradiction juridique ». Il peut dès lors s'agir de la présence au sein du contrat d'une clause d'intégralité et d'une clause de renvoi à des documents dissociés du contrat. Si la première vise à orienter l'interprétation judiciaire, la seconde répond à une fonction plus formaliste puisqu'elle permet le prolongement du contrat vers un document annexe. Or, malgré leur différence de fonction, leurs effets se contredisent et donnent lieu à une véritable situation de blocage. Il en est ainsi d'une clause de confidentialité stipulant de manière précise qu'aucun tiers ne peut intervenir sur les documents contractuels de quelque manière que ce soit, alors que dans le même temps une clause de révision, de conciliation ou de médiation prévoit l'intervention d'un ou plusieurs tiers. Ici encore ces clauses ne répondent pas à la même fonction mais génèrent entre elles une contradiction juridique.

437. Référence à la classification fonctionnelle. De façon plus générale, les cas de contradiction juridique transcendent les différentes catégories fonctionnelles établies dans la classification. Ainsi, une clause dont la fonction est d'aménager le rapport contractuel peut

être en contradiction avec une clause de répartition des risques. Une clause de prévention des risques externes peut également se heurter à une clause d'aménagement relationnel.

Il est alors extrêmement rare que l'interprétation judiciaire de la volonté des parties aboutisse à une simple correction de la formulation des clauses, ou à la recherche d'une articulation possible entre elles, tant la contradiction entre ces clauses est irréductible. Cette impossibilité pour le juge de déceler la volonté commune des parties s'explique ici par leur différence de fonction. En effet, assurant chacune une fonction particulière, ces clauses s'avèrent utiles et adaptées à leur domaine d'intervention respectif. Seules, elles sont donc parfaitement valables, mais leur appréciation conjointe fait apparaître la contradiction de leurs effets et ceci alors même que leur finalité respective est différente.

Si les effets contradictoires résultant de ces clauses conduisent à identifier le litige, c'est la constatation de leur fonction distincte qui doit permettre donc au juge d'en déduire la solution applicable. Or, en l'absence d'interprétation possible, la solution se doit d'être identique pour tous les cas de contradiction juridique pouvant être recensés.

438. Solution proposée. Afin de résoudre la contradiction, il s'avère dès lors essentiel de hiérarchiser ces clauses. En effet, calquer la solution applicable aux cas d'opposition logique et prononcer la neutralisation de ces clauses au profit du droit commun reviendrait à créer deux sources de litiges sans en résoudre la contradiction. Ayant des fonctions différentes, ces clauses ne s'opposent pas directement. En amputant le contrat des deux clauses litigieuses, le juge créerait alors au sein du contrat deux points de déséquilibre, puisque ce dernier se verrait amputé de deux clauses exerçant des fonctions indépendantes l'une de l'autre. Elles ne peuvent donc être écartées, sous peine de bouleverser la finalité recherchée à travers le contrat. Par conséquent, seule la primauté d'une clause sur l'autre peut permettre de dénouer cette hypothèse de contradiction. M. D. Houtcieff résume parfaitement la position du juge. Selon lui, « *le juge a – en fait – rayé la mention inutile sans justification incontestable, par une sorte de rupture de l'équilibre sur lequel reposait la contrariété. [...] Une clause a bel et bien été supprimée, moins en raison de la volonté des parties que parce qu'elle était inéquitable*⁹⁶³ ».

A l'image des solutions rendues en matière de clause compromissoire, le juge doit alors faire prévaloir la clause dotée de la portée la plus générale. Toutefois, comme il a été démontré

⁹⁶³ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* p.91 n°84.

précédemment, la primauté d'une clause ne peut être identifiée à la seule lumière des relations entre les parties ou du rapport présumé entre les divers documents contractuels, dont l'appellation distincte ne suffit pas à consacrer une nécessaire différence de contenu⁹⁶⁴. La clause dont la portée est la plus générale est donc présumée la plus proche de la volonté des parties et doit à ce titre être préférée. C'est alors l'ensemble des considérations issues de la classification fonctionnelle des clauses, et tenant à la portée, à la nature et aux effets de ces clauses qui doit permettre de désigner la clause prioritaire. Si les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires peuvent en certaines matières être considérées comme des clauses de style, il s'agit de faire prévaloir la moins « stylisée » des deux. En l'occurrence, la clause compromissoire présente la portée la plus étendue, et donc la plus proche du respect de la liberté contractuelle. En définitive, la solution tient donc plus de l'équité que de l'interprétation.

Il en est autrement lorsqu'une clause se trouve en confrontation, non plus avec une autre clause, mais avec l'ensemble des clauses constitutives du contrat.

⁹⁶⁴ CA Paris 1^{ère} ch. civ. 1 décembre 1995, *Rev. arb.* 1996 p.456 et s. En l'espèce, le juge a maintenu le caractère général de la clause compromissoire alors même qu'elle figurait dans l'appendice des conditions spéciales d'un document intervenant de manière seconde et postérieure à un document tout entier consacré aux conditions générales de l'opération commerciale.

Conclusion du Chapitre I

439. Un formalisme commun. Prises individuellement, les clauses sont soumises à certaines exigences de fond et de forme. En effet, à côté du régime légal ou jurisprudentiel auquel elles sont généralement assujetties, les clauses doivent présenter une cohérence dans leur contenu propre, pour ensuite se fondre dans une cohérence d'ensemble.

Cette recherche d'une cohérence des clauses indispensables à la survie du contrat nécessite, tout d'abord, la création d'un régime établissant un formalisme commun entre toutes les clauses du contrat. Chaque cocontractant doit être en mesure de prendre connaissance des clauses contenues dans le contrat, ainsi que des documents auxquels elles font référence. Les clauses doivent, pour ce faire, répondre à certaines exigences communes en termes de visualisation, de localisation mais également de compréhension, propres à témoigner de la volonté des parties et, particulièrement, du consentement libre et éclairé donné par le contractant non-rédacteur de l'acte. L'antinomie, l'ambiguïté, ou encore la confusion des termes, doivent être proscrites en vue d'assurer la cohérence rédactionnelle de chaque clause.

440. Une unité contractuelle. Toutefois, la cohérence intrinsèque à chaque clause ne présume pas de leur harmonisation au sein du contrat. La cohérence du contrat renferme ainsi un double degré d'exigence. Exprimée au sein de chaque clause elle doit également se vérifier entre toutes les clauses contenues dans le contrat. L'élaboration d'un cadre commun aux clauses se devait donc de prendre en compte tant leur formalisation et leur rédaction respective, que leur articulation au sein du contrat. En effet, l'articulation des clauses entre elles peut donner lieu à certaines oppositions ou contradictions que le cadre général de règles se devait également d'appréhender et de résoudre. La référence à la classification fonctionnelle des clauses s'est alors révélée indispensable à la résolution des « conflits de clauses ». L'examen de leur fonction respective et de leurs effets a alors permis la création de règles non basées sur des critères mécaniques de résolution, comme le préconise la jurisprudence, mais sur une recherche de méthodes prenant en considération les clauses comme les éléments d'un tout.

Ainsi, une harmonisation indispensable tant au sein de chaque clause que de l'union créée par leur articulation, doit conduire à la formation d'une unité contractuelle cohérente qu'est le contrat.

Après avoir mis l'accent sur la vocation des clauses à constituer un ensemble cohérent, il est temps de s'arrêter sur la valeur attribuée aux différentes clauses du contrat afin de pouvoir mesurer la portée et l'influence de l'unité ainsi créée au sein du contrat.

Chapitre II : De la cohérence entre les clauses et le contrat

441. Les risques de contradiction au sein d'une même clause et entre deux clauses du contrat, ainsi que les solutions envisagées sur la base de la classification fonctionnelle ayant été précédemment traitées, il faut désormais mettre en lumière la cohérence devant exister entre les clauses et le contrat. Actuellement, les clauses d'un même contrat ne reçoivent pas toutes le même traitement, tant aux vues de la doctrine que de la jurisprudence. Cette dernière s'attache, dans de nombreuses hypothèses, à faire primer les clauses porteuses d'obligations essentielles, rejetant au second plan les clauses organisant leur aménagement. Cette trop forte hiérarchisation des clauses au sein des contrats se doit d'être repensée pour tendre vers plus de cohérence entre les clauses. Le contrat de travail, dont la singularité n'est plus à démontrer, illustre l'importance de l'ensemble des clauses dans la réalisation du contrat. La généralisation de cette approche conduit à considérer le contrat comme un ensemble de clauses articulées les unes aux autres, et devant à ce titre être considérées comme contractuelles. L'homogénéité devant résulter de l'appréciation de cet ensemble permet alors de faire ressortir l'économie générale du contrat.

Révélatrice de la cohérence exprimée entre les clauses, l'économie générale du contrat permet de sceller cette unité et d'afficher la finalité juridique et économique recherchée par les contractants. La nécessité de dégager un ensemble cohérent se justifie à travers les grandes orientations données au contrat. La première, et la plus significative, réside dans sa qualification. En dehors des clauses et techniques contractuelles permettant aux parties d'influencer la position du juge dans sa mission de qualification ou d'interprétation, comme cela a pu être exposé antérieurement, il s'agit de démontrer que toutes les clauses sont susceptibles de contenir des indices de qualification. Cette unité de valeur symbolisée par l'économie générale dont elles sont porteuses permet, en outre, de définir la loi applicable au contrat ou encore la juridiction compétente. L'association des clauses au sein du contrat doit dès lors générer une cohérence d'ensemble (section I) afin de témoigner de la force que leur unité exerce sur le sort du contrat, devenant ainsi un ensemble cohérent (section II).

Section I : La recherche d'une cohérence d'ensemble

442. Le contrat doit être le résultat de l'addition de l'ensemble de ses clauses et non des seules obligations essentielles propres à définir la nature du contrat. Tendre vers la constitution d'un ensemble contractuel cohérent conduit à réaffirmer le caractère contractuel des clauses du contrat. Qu'elles ne renferment que de simples informations ou qu'elles se trouvent liées au contrat par l'effet d'une clause de renvoi, elles sont toutes porteuses d'effets juridiques. Les clauses non-obligationnelles du contrat ne sont pas moins contractuelles. A ce titre, il convient d'examiner la valeur des clauses au sein du contrat (§1). Le droit du travail et les différences de traitement des clauses du contrat de travail peuvent alors être retenus comme le terreau de la démonstration. L'importance d'attribuer une valeur commune à l'ensemble des clauses se vérifie également à travers l'appréciation de l'économie générale du contrat. Rejetée par une partie de la doctrine pour la nébulosité de ses contours, cette notion peut toutefois se révéler très utile pour réaffirmer l'exigence de cohérence devant régner au sein du contrat. L'importance des clauses dans l'appréciation de l'économie générale du contrat doit donc être évaluée (§2).

§1 : La valeur des clauses au sein du contrat

443. Les interrogations conceptuelles attachées à la notion de contrat dans le domaine des relations de travail font du contrat de travail un terrain d'étude propice à l'établissement d'une qualification généralisée des clauses le composant. Or, étudier l'impact de chaque clause apparaît impossible et mal venu dans certaines relations d'affaires. C'est pourquoi il semble nécessaire d'approfondir le rôle des principales clauses du contrat de travail en vue de conclure à une harmonisation de leur valeur fonctionnelle. La justification de la disqualification de certaines clauses considérées comme secondaires par la jurisprudence doit alors être analysée. Ainsi, une première identification des clauses litigieuses permet d'examiner les moyens mis en œuvre par la Cour de cassation afin de justifier de la décontractualisation qu'elle opère à leur encontre (A). Face à cette vision hétérogène du contenu de la figure contractuelle, seule une analyse de la fonction des clauses et de leurs effets respectifs sur le contrat permet de percevoir leur exacte qualification et de tendre vers une recherche de l'unité contractuelle (B).

A) La décontractualisation des clauses

444. Actuellement, une distinction est effectuée au sein des contrats de travail entre les clauses contractuelles et les clauses informatives. Le droit du travail nourrit sur ce point de nombreuses controverses, tant jurisprudentielles que doctrinales. Les disparités de qualification opérées entre les différentes clauses d'un contrat de travail entraînent une sous-catégorisation précaire (1). Une redéfinition des clauses informatives nécessite alors de mettre en lumière leur traitement par la jurisprudence ainsi que les incohérences juridiques engendrées (2).

1) Une sous-catégorisation précaire

445. La clause informative. La Cour de cassation a consacré, depuis plusieurs années, la coexistence dans un contrat de travail de clauses informatives et de clauses contractuelles. Cependant, elle n'a jamais précisé le critère à l'origine de leur distinction et se contente de procéder par voie d'affirmation sans jamais se justifier, au gré des cas d'espèce qui lui sont soumis. Considéré comme un élément du noyau dur du contrat, le lieu de travail ne pouvait auparavant être modifié par l'employeur sans l'accord du salarié. Toutefois, la Cour de cassation a abandonné cette position et admet depuis 1999 que le salarié peut être muté sans son assentiment dans le secteur géographique où il exerce son activité. Elle considère ainsi que la clause relative à la fonction ou à la rémunération du salarié est une clause contractuelle, alors que celle déterminant le lieu de travail de ce dernier ne serait que purement informative⁹⁶⁵. Dès lors, bien que le lieu de travail soit contractuellement précisé dans le contrat, l'employeur conserve son pouvoir de direction pour le modifier unilatéralement.

⁹⁶⁵ S. Koleck-Desautel, La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information, *Lexbase hebdo éd. soc.* 19 juin 2003, n°76 ; M. Hautefort, Le lieu de travail, dans le contrat n'est, sauf exception, qu'une simple information, *Jurisp. soc. Lamy* 8 juillet 2003, n°127 p.9 ; J. Pelissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, *RJS* janvier 2004, n°1 p.3 ; D. Mazeaud, Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle, *Dr. soc.* janvier 2004, n°1 p.77 ; J-P. Chazal, Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat, *RDC* avril 2004, n°2 p.237 ; M. Mekki, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC* avril 2006, n°2 p.297 ; Du même auteur : Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (Partie 1), *RDC* octobre 2006, n°4 p.1051 et s. ; Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail, *Rev. dr. trav.* novembre 2006, n°5 p.292 spéc. p.301 ; Ch. Radé, Nouvelle application de la distinction entre les clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 12 juillet 2007, n°268 ; Même auteur, Contrat de travail : quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative, *RDC* avril 2008, n°2 p.393 ; Ch. Radé, Commentaire de l'article 15 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 4 juillet 2013, n°534 et n°535.

446. Un régime différent. Cette distinction discrétionnaire s'avère d'autant plus dangereuse qu'il existe une différence fondamentale entre les régimes applicables à ces deux catégories de clauses. En effet, seules les clauses contractuelles s'imposent aux parties : L'employeur, comme le salarié, ne peut modifier unilatéralement le contrat sans obtenir, au préalable, l'accord de l'autre. En revanche, les clauses informatives, à l'image du lieu de travail, ne lient pas l'employeur qui peut modifier unilatéralement la ou les dispositions faisant l'objet d'une simple information. La Cour décide alors que le changement de localisation intervenu dans le même secteur géographique constitue un simple changement des conditions de travail⁹⁶⁶, justifiant le licenciement du salarié réfractaire⁹⁶⁷. Cependant, une légère atténuation a été apportée en février 2007 par la Chambre sociale⁹⁶⁸. Cette dernière considéra qu'il ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus par les salariés d'une simple modification de leurs conditions de travail, dès lors que l'employeur leur avait donné le choix d'accepter ou non. Cette solution, en apparence favorable aux salariés, ne révèle en réalité aucune protection concrète. Au contraire, son effet se réduit à une mise en garde de l'employeur qui s'abstiendra désormais, en de telles circonstances, de laisser une option à son personnel.

447. Une clause contractualisable. La Cour de cassation opère ainsi une différenciation des éléments caractéristiques de la relation de travail qu'elle justifie par l'examen excessivement pointilliste de la rédaction de la clause. En effet, elle précise ainsi que « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu*⁹⁶⁹ ». La qualité de la rédaction fait donc de la clause un simple indicateur du lieu d'exécution du contrat, ou au contraire une véritable obligation pour les parties contractantes de fournir le travail et de mettre à disposition leur force de travail en un lieu déterminé. A travers son pouvoir d'interprétation, le juge analyse la lettre de la clause et dénie le caractère

⁹⁶⁶ Cass. soc. 10 juillet 1996 (2 arrêts) n°93-41137 et n°93-40966, *Dr. soc.* 1996 p.076 obs. H.Blaise ; *JCP G* 1997, II 22768 note Y. Saint-Jours : Depuis ces arrêts, la Cour oppose la modification du contrat de travail au simple changement des conditions de travail ; J. Pelissier, *Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail*, mélanges offerts à P. Couvrat PUF 2001 p.101 et s.

⁹⁶⁷ Cass. soc. 3 juin 2003 n°01-43573, *RJS* 8-9/2003 n°980 ; *Dr. soc.* 2003 p.884 note J. Savatier ; *JCP G* 10 octobre 2003, II. 10165 note M. Véricel.

⁹⁶⁸ Cass. Soc. 27 février 2007 n°05-41062.

⁹⁶⁹ Cass. Soc. 3 juin 2003 n°01-43573, *arrêt préc.* ; Cass. soc. 21 janvier 2004 n°02-12712, *Bull. soc.* V 2004, n°26 p.23, *Dr. soc.* sept-oct 2004, n°9/10, p.845-851 obs. J-M Verdier ; Cass. soc. 26 septembre 2006 n°04-46734, *Lexbase Hebdo* 19 octobre 2006, n°232 note S. Martin Cuenot.

contractuel des clauses ne précisant pas avec assez de force la détermination du lieu de travail. Alors qu'elles sont librement consenties par les parties, le juge les requalifie en clauses informatives, créant ainsi la notion de « *stipulation conventionnelle non contractuelle* », sorte de « *quasi-clause*⁹⁷⁰ ».

A fortiori, en l'absence d'une telle clause, la Cour décide que le changement de localisation intervenu dans le même secteur géographique constitue un simple changement des conditions de travail, et non une modification du contrat. Par cette position, la chambre sociale de la Cour de cassation semble avancer l'idée qu'il n'existe pas d'élément contractuel par nature.

448. Élément de la prestation de travail. Suivre ce raisonnement devrait donc logiquement conduire à ce que certains éléments considérés comme relevant du socle contractuel, telles la rémunération, la durée du travail et les fonctions exercées par le salarié, perdent leur valeur contractuelle selon l'interprétation qui en serait donnée. De même, la simple mention de la ville ou de l'adresse du lieu de travail devrait alors suffire à la rendre opposable au cocontractant puisque contractuellement identifiée. Par application de l'article 1134, cette clause tient lieu de loi à ceux qui l'ont adoptée et ne devrait être écartée que par le consentement mutuel des parties.

De plus, la définition d'un tel contrat prône, par elle-même, une unification de la valeur des prestations fournies, et par conséquent une unification des clauses les exprimant. Par le contrat de travail, les parties s'engagent l'une à fournir une prestation personnelle de travail et l'autre une rémunération de cette prestation tout en exerçant son pouvoir de direction. La prestation personnelle due par le salarié peut se définir par la nature du travail fourni, sa durée et par son lieu d'exécution. Toutes ces indications caractérisant la prestation de travail devraient être considérées comme des clauses contractuelles liant les deux parties. Il n'existe aucune raison de réserver un sort particulier à la clause concernant le lieu de travail⁹⁷¹.

Conscients de la singularité de la position jurisprudentielle dont ils bénéficient, les rédacteurs de contrat renforcent néanmoins leur suprématie sur la détermination du lieu de

⁹⁷⁰ S. Le Gac-Pech, La figure contractuelle en droit du travail, *D.* 22 septembre 2005, n°33 p.2250.

⁹⁷¹ J. Pelissier, La détermination des éléments du contrat de travail, *Dr. ouvrier* mars 2005 p.92.

travail par l'insertion de clauses de mobilité⁹⁷². Instrument au service de l'employeur, la Cour de cassation valide avec largesse l'insertion de ces clauses, conformément à sa politique de mobilité visant à « fluidifier » le marché du travail. Dès lors, une analyse des moyens mis en œuvre par la Cour pour asseoir sa position s'avère nécessaire en vue de présenter une redéfinition des clauses informatives, et plus généralement des clauses contenues dans le contrat de travail.

2) Le traitement jurisprudentiel des clauses informatives

449. Le secteur géographique. La Cour de cassation justifie sa position par l'existence de la notion de « *secteur géographique* » qui limite le pouvoir de direction de l'employeur quant aux changements de lieu qu'il peut imposer à ses salariés⁹⁷³. Cependant, la Cour n'a jamais apporté de définition, ni même de délimitation stricte à ce « *secteur géographique*⁹⁷⁴ ». S'apprécie-t-il à un niveau cantonal, départemental ou régional ? Quels autres critères de délimitation, de distance la jurisprudence utilise-t-elle ? Nul ne peut le dire ! Cette liberté, accordée par la Cour de cassation, limite fortement les hypothèses dans lesquelles une modification du lieu de travail nécessite l'accord du salarié.

450. Une politique jurisprudentielle. Ces hypothèses sont d'autant plus limitées qu'une grande majorité des contrats conclus au sein des grandes ou moyennes entreprises contient désormais une clause de mobilité. Par crainte d'un éventuel revirement jurisprudentiel, les

⁹⁷² M-Ch. Haller, Les clauses de mobilité sous « haute surveillance », *Jurisp. soc. Lamy* 31 août 1999, n°41 p.14 ; M. Morand, Clause de mobilité : le point sur la jurisprudence, *Sem. soc. Lamy* 23 avril 2001, n°1025 p.5 ; J. Mouly, Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel Le berry : L'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire, pour un revirement de jurisprudence, *Dr. soc.* novembre 2002, n°11 p.955 ; C. Puigelier, La mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'a que la valeur d'une information, *D.* 15 janvier 2004, n°2 p.89 ; G. Auzero, La clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 29 juin 2006, n°221 ; J. Mouly, Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry : à propos d'un dixième anniversaire, *Dr. soc.* mai 2008, n°5 p.537 ; G. Loiseau, la police des clauses du contrat de travail : le paradigme de la clause de mobilité, *JCP S* 13 janvier 2009, 1013 ; J-E. Ray, Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique, *Dr. soc.* septembre 2011, n°9-10 p.911 ; S. Tournaux, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, *Dr. soc.* janvier 2014, n°1 p.11.

⁹⁷³ Cass. Soc. 16 décembre 1998 n°96-40227, *Bull. soc.* n°558 ; *RJS* février 1999 n°2 p.105 ; *Sem. soc. Lamy* 28 juillet 2003, n°1133 p.6 note J. Duplat.

⁹⁷⁴ La chambre sociale se prononce au cas par cas, sans établir de réel périmètre de délimitation, Cass. soc. 20 octobre 1998 n°96-40757, « mutation à l'intérieur de la région parisienne » *Lexbase Hebdo* ; Cass. soc. 21 mars 2000 n°98-44005, « une mutation à moins de 20 kilomètres du lieu de travail d'origine ne constitue pas une modification du contrat de travail » ; Cass. soc. 3 mai 2006 n°01-41880, affectation dans « la couronne urbaine » du chef-lieu de département, *Lexbase Hebdo* n°215, 18 mai 2006 éd. soc. ; Cass. soc. 3 mai 2012 n°10-27152 et n°10-30869, *Sem. soc. Lamy* 10 septembre 2012, n°1550 p.143 ; *Cah. soc. Barreau de Paris* juin 2012, n°242 p.211 note F-J. Pansier.

entreprises s'assurent ainsi de leur emprise sur la détermination et le changement du lieu de travail en cours d'exécution du contrat. Elles ont pour but d'imposer au salarié un lieu de travail qui ne se trouve pas dans le secteur géographique dans lequel il exerçait jusque-là sa prestation de travail. Elles obligent donc le salarié à changer de domicile ou à vivre éloigné de sa famille durant la semaine. Il s'agit bien d'un instrument supplémentaire permettant à la Cour d'appuyer sa politique de mobilité. Certes ces clauses font l'objet d'un encadrement législatif, notamment à travers l'article L.1121-1 du Code du travail⁹⁷⁵ visant les libertés individuelles et collectives et la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷⁶. Néanmoins, dans ses motivations, la Cour de cassation n'intègre pas la clause de mobilité dans la catégorie des clauses restrictives de libertés individuelles composée notamment des clauses de non-concurrence, d'exclusivité, et de dédit-formation.

451. Une présomption de licéité. Si la Cour de cassation a pris le soin de préciser dans quelques arrêts⁹⁷⁷ que la clause de mobilité ne devait pas être utilisée par l'employeur de manière abusive⁹⁷⁸, elle lui consacre une validité de principe et affirme que la bonne foi contractuelle de l'employeur est présumée⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ Art. L.1121-1 du Code du travail visant les libertés individuelles et collectives « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » Ordonnance du 12 mars 2007 n°2007-329 art. 14 : Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur en même temps que la partie réglementaire du nouveau code du trav. au plus tard le 1er mars 2008.

⁹⁷⁶ Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales assurant : le droit au respect de la vie privée art.8, la liberté de pensée, de conscience et de religion art.9, la liberté d'expression art.10, et la liberté de réunion et d'association art.11.

⁹⁷⁷ Cass. soc. 18 mai 1999 n°96-44315, *JCP E* 6 janvier 2000 n°1 note C. Puigelier ; *D.* 17 février 2000, n°7 p.84 note M-C. Escande Varniol ; *Dr. soc.* juillet 2004 n°7/8 p.706 note Ch. Vigneau ; Cass. soc. 10 janvier 2001 n°98-46226, *Sem. soc. Lamy* 22 janvier 2001 p.10 où la Cour de cassation affirme qu'en dépit d'une clause de mobilité, l'employeur abuse du droit qu'il tient de son pouvoir de direction en n'assurant pas au salarié les moyens de se rendre sur son nouveau lieu de travail ; Cass. soc. 6 février 2001 n°98-44190, *LPA* 29 octobre 2001, n°215 p.12 note J-F. Astruc ; *Sem. soc. Lamy* 28 juillet 2003, n°1133 p.6.

⁹⁷⁸ Cass. soc. 15 décembre 2004 n°02-44714, *Dr. soc.* mars 2005, n°3 p.337 note J. Mouly : « La mise en œuvre d'une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu'elle entraîne une réduction de sa rémunération ».

⁹⁷⁹ Cass. soc. 23 novembre 1999 n°97-41295 ; B. Bézian, Clause de mobilité : la loyauté se présume, *Option Finance* 21 mars 2005, n°826 p.32 ; M-Ch. Haller, Mise en œuvre d'une clause de mobilité ou changement des conditions de travail : la bonne foi de l'employeur est présumée, *Jurisp. soc. lamy* 22 mars 2005, n°164 p.18 ; Cass. soc. 28 mars 2006 n°04-41016, *Bull. soc.* V 2006, n°126 p.122 ; *D.* 3 août 2006, n°29 p.2002 note J. Pelissier, B. Lardy-Pelissier, B. Reynes ; *RDC* octobre 2006 n°2006/4 p.1163 note Ch. Radé ; *JCP E* 29 janvier 2009, n°5 note S. Béal et C. Terrenoire ; B. Lardy-Pélissier, Obligation de loyauté du salarié et liberté du travail, *Rev. dr. trav.* mars 2010, n°3 p.164.

Ainsi, dans le célèbre arrêt Société Levie⁹⁸⁰ du 2 février 2005, la Cour pose, à propos d'une clause de mobilité, les règles de mise en œuvre d'une clause contractuelle. Selon cette solution, la bonne foi contractuelle est présumée. Les juges du fond n'ont donc pas à rechercher, avec ardeur, si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat est conforme à l'intérêt de l'entreprise. La mise en œuvre de la clause de mobilité s'impose au salarié sauf si celui-ci démontre que la décision de l'employeur avait été prise pour des raisons étrangères⁹⁸¹ à cet intérêt ou que sa mise en œuvre dévoilait des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

A travers cette décision, la Cour fait donc tout d'abord l'impasse sur la question de la validité de la clause de mobilité et la présume licite. Puis elle se fonde sur une présomption de bonne foi afin de faire porter la charge de la preuve⁹⁸² sur le salarié. Par cette méthode la Cour de cassation renforce sa position malgré la légèreté de son argumentation.

En effet, pourquoi présumer de la bonne foi de l'employeur et non de celle du salarié ? Elle devrait être présumée pour les deux parties au contrat, laissant ainsi la charge de la preuve au juge lui-même, ou de façon conjointe aux deux parties. Une incohérence existe donc concernant la charge de la preuve. Pourquoi le salarié devrait-il apporter la preuve de l'illicéité de la clause alors qu'en cas de licenciement, situation extrême de la relation de travail, il ne lui appartient pas de démontrer que la cause de licenciement n'est pas réelle et sérieuse !

B) Vers une recherche de l'unité contractuelle

452. A l'image des clauses informatives, les clauses contenues dans le contrat ne sont pas toutes porteuses d'obligations à l'encontre des contractants. Malgré leurs effets différents, elles restent néanmoins indispensables à la réalisation de l'opération contractuelle. La recherche de leur fonction permet alors de démontrer leur implication sur la bonne exécution

⁹⁸⁰ Cass. soc. 23 février 2005 n°03-42018, *Bull. soc.* V 2005, n° 64 p.56 ; *JCP E* 7 juillet 2005 n°27 p.1190 note D. Corrigan-Carsin ; *RDC* juillet 2005, n°3 p.761 note Ch. Radé ; P. Bouaziz et I. Goulet, A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité, *Dr. soc.* juin 2005, n°6 p.634 ; F. Collin, Le droit social du dirigeant d'entreprise, *Dr. soc.* juillet 2005, n°7 p.7.

⁹⁸¹ M. Mekki, Le salarié doit démontrer que la décision de faire jouer la clause de mobilité a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, *JCP G* 14 décembre 2005, II, n°50, 10177.

⁹⁸² S. Makowski, Clause de mobilité : étendue des pouvoirs de l'employeur, *Option Finance* 6 juin 2006, n°886 p.36 ; M-C. Escande-Varniol, Précisions sur le changement du lieu de travail, *D.* 21 décembre 2006, n°44 p.3041 ; M. Mekki, La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^{ème} Partie), *RDC* avril 2009, n°2 spéc. p.458.

du contrat (1). L'importance de l'information donnée au cocontractant à travers ces clauses doit dès lors être appréciée comme un signe révélateur de leur contractualisation. Toutes les clauses ayant une incidence sur l'exécution du contrat doivent être élevées au rang de clauses contractuelles. Cet examen fonctionnel des clauses permet ainsi de démontrer que la contractualisation peut être généralisée à l'ensemble des clauses répondant à cette finalité (2).

1) L'implication contractuelle des clauses informatives

453. Une information contractualisable. En décidant que la mention du lieu de travail dans le contrat n'avait pas nécessairement pour effet de le contractualiser, la Cour de cassation s'aligne, d'une certaine façon, sur la position défendue par Durkheim. Le célèbre sociologue démontre dans ses écrits⁹⁸³ que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* ». Il cantonne ainsi les engagements qui méritent le nom de contractuel à ceux qui « *ont été voulus par les individus et qui n'ont pas d'autre origine que cette libre volonté*⁹⁸⁴ ». Or, comme il a été précédemment démontré avec les clauses légales, l'origine de la clause ne doit pas préjuger de sa contractualisation future. La contractualisation de certaines mentions figurant au contrat ne dépend pas de la norme qui leur a donné naissance. A l'image des différentes formes de clauses légales devenues contractuelles « *par détermination de la loi* », les clauses informatives ne sont pas directement voulues par les parties mais ont pour fonction de les renseigner sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations sans créer de « *situation juridique nouvelle*⁹⁸⁵ ». Comme tout contrat, le contrat de travail contient inévitablement des clauses donnant naissance aux obligations réciproques des parties, mais ces clauses sont nécessairement accompagnées de mentions particulières que la jurisprudence qualifie de façon générique de clauses informatives. Ainsi, elles entourent l'exécution des obligations et signifient aux cocontractants les données juridiques et de faits permettant à ceux-ci de saisir les contours de l'engagement contractuel qu'ils souscrivent. L'employeur peut alors préciser dans le contrat écrit, la convention collective à laquelle le contrat se rattache, les points particuliers du règlement intérieur ou encore qu'il existe des usages d'entreprise applicables. Certes, ces clauses ne créent pas de droits, néanmoins elles informent les parties de

⁹⁸³ J-P. Chazal, Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?, *art. préc.* p.240 ; E. Durkheim, *La division du contrat social*, 1893 réimp. PUF, Quadrige 1998 p.189.

⁹⁸⁴ E. Durkheim, *ibid* p.289.

⁹⁸⁵ G. Arbant Michel, *th. préc.* n°344 et s. p.127 et s. ; J. Rochfeld, Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique », *RDC* avril 2005, n°2 p.257 ; M. Mekki, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *art. préc.* n°2 p.297 spéc. p.303.

l'existence d'obligations nées de l'usage, de la convention collective ou de la loi. Bien que la convention collective applicable ne résulte pas de la volonté des cocontractants mais de la volonté concertée des acteurs sociaux, la clause rappelant au salarié que telle convention collective lui est applicable, ou encore qu'il doit respecter le règlement intérieur, peut néanmoins être reconnue comme contractuelle. En effet, conformément à l'article L.2254-1 du Code du travail, les dispositions de la convention collective de travail s'appliquent de plein droit au contrat, sous réserve du principe dit de faveur.

454. Insécurité contractuelle. Dans le même ordre d'idées, lorsque le contrat précise que des usages sont applicables dans l'entreprise, cette clause ne contractualise pas systématiquement les droits consacrés par l'usage⁹⁸⁶. L'employeur peut donc le réviser ou le dénoncer selon les règles de la dénonciation des usages d'entreprises⁹⁸⁷, et il en va de même des avantages pécuniaires contenus dans le règlement intérieur⁹⁸⁸. L'absence de caractère contractuel des dispositions issues de ces textes autorise donc l'employeur à user de son pouvoir unilatéral de modification ; le salarié ne pouvant dès lors arguer d'une modification de son contrat de travail.

Les clauses dites informatives n'ont donc pas vocation à devenir des clauses contractuelles pour la Cour, et provoquent ainsi une insécurité juridique pouvant aller jusqu'à remettre en cause le socle contractuel définissant la relation de travail. En effet, la rémunération, pourtant perçue comme un élément phare de la relation contractuelle de travail, peut être privée de son caractère contractuel si l'employeur se contente d'appliquer la convention collective sans la moindre individualisation. Le salarié ne peut alors s'opposer à la variation de son salaire en l'absence de caractère contractuel de la rémunération⁹⁸⁹. Des dérives sont donc possibles et fragilisent un peu plus la position jurisprudentielle.

⁹⁸⁶ Tout dépend ici encore de la formulation utilisée, Cass. soc. 22 janvier 1992 n°89-42840 ; Cass. soc. 16 novembre 2005 n°04-40339, *JCP E* 19 janvier 2006, n°3 note S. Béal et A. Ferreira ; *JCP S* 2 mai 2006, n°18 note P. Pochet ; Cass. soc. 28 septembre 2011 n°09-66503 ; Cass. soc. 1^{er} février 2012 n°10-17394 et n°10-17591, *JCP S* 3 avril 2012, n°14 note D. Asquinazi-Bailleux ; *Gaz. Pal.* 2 mai 2012, n°118-119 p.38 note Ph. Duprat.

⁹⁸⁷ P. Pochet, A propos de la dénonciation des usages d'entreprises, *JCP S* 2 mai 2006, n°18. 1352 ; S. Carré, Dénonciation d'un usage d'entreprise, *Rev. dr. des transports* décembre 2012, n°12 p.12.

⁹⁸⁸ Cass. soc. 10 mars 2004 n°03-40505 à 03-40554, *D.* 2004 somm. p.2188 obs. N. Daimez ; *RDC* 2004 p.725 obs. C. Radé : « la circonstance que le contrat de travail se réfère à des dispositions du règlement intérieur prévoyant certains avantages pécuniaires, quand bien même s'agirait-il de dispositions qui ne rentrent pas dans la catégorie des informations devant y figurer, n'a pas pour effet de contractualiser ces avantages, lesquels constituent un engagement unilatéral de l'employeur ».

⁹⁸⁹ Cass. soc. 27 juin 2000 n°99-41135 et n°99-41140, *Dr. soc.* 2000 p.828 obs. C. Radé et p.1007 chron. P. Waquet ; Cass. soc. 2 juillet 2002 n° 00-13111, *D.* 2003 somm. p.391 obs. V. Wauquier ; Cass. soc. 10 juin 2003

455. Harmonisation de la valeur des clauses. Suivant notre volonté de conférer à toutes les clauses du contrat un caractère contractuel, il serait alors plus juste que la clause faisant référence à un droit résultant d'un usage ou d'une convention collective intègre dans le contrat de travail ce droit, voire l'ensemble des dispositions contenues dans l'usage ou la convention collective. Ces droits contractualisés, leur modification constituerait alors une modification du contrat de travail, nécessitant l'accord de volonté de toutes les parties⁹⁹⁰.

Cette solution aurait pour mérite d'harmoniser la valeur des clauses essentielles de la relation de travail. Dans cette hypothèse, la révision ou la dénonciation de la convention collective, des usages ou du règlement intérieur n'aurait pas d'incidence sur les dispositions contractualisées. Le caractère contractuel conférant à la stipulation en cause un caractère intangible, il exclurait ainsi toute modification unilatérale. Le salarié continuerait de se voir opposer les stipulations antérieures, inscrites dans son contrat de travail, auxquelles il avait accepté d'adhérer. Les dispositions nouvelles seraient alors seulement applicables au contrat de travail nouvellement conclu. Toutefois, les dispositions nouvelles plus favorables au salarié devraient tout de même lui être appliquées en vertu du principe de faveur. Fortement limitative du pouvoir unilatéral de modification de l'employeur, cette méthode l'obligerait par ailleurs à tenir compte du particularisme de chaque contrat de travail en fonction des dispositions de la convention collective, et des usages en vigueur au jour de sa signature.

La contractualisation généralisée des clauses d'un même contrat permettrait alors de tendre vers une véritable individualisation⁹⁹¹ de la relation de travail. Elle contribuerait en outre à redonner aux clauses de renvoi faisant référence au statut collectif leur fonction de contractualisation, contrairement à la position que leur confère actuellement la Cour de cassation en matière de contrat de travail⁹⁹².

456. Les clauses de constatation. Par ailleurs, les clauses de constatation, encore appelées « clauses déclaratives », peuvent également relever de la même analyse. Par ce type de

n°01-40985, *Dr. soc.* 2003 p.887 obs. C. Radé ; Il en est tout autre de la clause de variabilité qui peut « dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas courir le risque d'emprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux.

⁹⁹⁰ Cass. Soc 22 janvier 1992 n°89-42840, *Bull. civ.* V n°24 p.15, *JCP E* 18 fév. 1993, n°7 note J. Déprez.

⁹⁹¹ P-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, Ed. Liaisons, coll. Droit vivant 2005 : « Instrument de gestion et figure de référence pour les parties, le contrat de travail s'engage sur la voie du sur-mesure et délaisse le monde du prêt à porter ».

⁹⁹² Cass. soc. 11 janvier 2000 n°97-44148, *D.* 2000 jurisp. p.893 note G. Pignarre.

clauses les parties constatent l'existence d'un fait ou la réalisation d'un acte. Elles entérinent la constatation de certaines observations relatives aux défauts de la chose, aux manquements et insuffisances de la prestation qui n'ont cependant pas empêché le cocontractant de conclure le contrat. Ces clauses doivent donc être prises en compte dans l'exécution de la relation contractuelle et ne peuvent, après leur insertion dans la sphère contractuelle, faire l'objet de contestation. Elles produisent alors des effets probatoires indéniables⁹⁹³. En ce sens, exigeant l'application de la règle selon laquelle on ne peut prouver contre et outre un écrit que par un autre écrit en vertu de l'article 1341 du Code civil, la clause augmente le seuil probatoire en exigeant un certain mode de preuve. La constatation joue donc un rôle contractuel indiscutable en ce qu'elle chasse la contestation⁹⁹⁴. La clause contractualise le fait devant être prouvé par le requérant et lui impose ainsi l'application de l'article 1341 du code civil, anéantissant alors tous ses espoirs.

Cependant, il convient de distinguer une certaine forme de clause de constatation qui, par essence, n'a pas besoin d'être soumise à un régime juridique particulier. Il s'agit plus particulièrement des clauses faisant référence au passé ou à quelques constatations chiffrées sur la situation antérieure ou actuelle de l'entreprise (nombre de salariés, progression des salaires...). Ces clauses peuvent certes être qualifiées de contractuelles mais cette qualification se révèle n'avoir aucune portée sur leur présence dans le contrat. Retraçant l'histoire et l'évolution de l'entreprise, elles n'exercent à ce titre aucune influence sur l'exécution du contrat, mais offrent néanmoins des renseignements sur le contexte contractuel passé ou présent, et peuvent être appréciées par le juge dans sa mission de qualification ou d'interprétation.

Cette généralisation du caractère contractuel des clauses contenues dans le contrat de travail, et plus largement dans tout contrat, permet non seulement de contrer la position discrétionnaire de la Cour de cassation, mais également de tendre vers une harmonisation entre les clauses et un rééquilibrage des effets juridiques qu'elles produisent.

⁹⁹³ J. Moret-Bailly, Les stipulations de constatation, *art. préc.* p.489 et s. ; P. Ancel, *L'encadrement de la juridiction par le contrat*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.* p.6 et s., spéc. p.16.

⁹⁹⁴ M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, *th. préc.* n°201 p.205.

2) La contractualisation des clauses informatives

457. Libertés jurisprudentielles. Défenseur du postulat selon lequel toutes les clauses du contrat de travail présentent un caractère contractuel, une critique de la solution actuellement retenue par la juridiction suprême était inévitable.

Tout d'abord, il est à remarquer que le contrat de travail répond à une philosophie clairement consensualiste puisque l'article L.1221-1 du Code du travail⁹⁹⁵ dispose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* » et qu'il peut, par conséquent « *être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter* ». Contrairement à la jurisprudence, il ne semble pas que le droit commun soit favorable à la mise à l'écart de la volonté d'un contractant portant sur un élément déterminant de son engagement. Or, quand bien même le salarié rapporterait la preuve que le lieu de travail est un élément déterminant de son contrat de travail, la Cour de cassation n'en tiendrait pas compte et ferait valoir un simple changement des conditions de travail⁹⁹⁶. La Cour s'octroie le pouvoir de contourner, voire d'effacer le droit contractuel en décidant qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat. Toutefois, l'obscurité de l'interprétation jurisprudentielle ne se limite pas à cette transformation d'une clause contractuelle en clause informative. Elle se poursuit en refusant de donner à l'information sa portée habituelle.

458. Considérations jurisprudentielles. En effet, en se préoccupant uniquement de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation fait l'impasse sur les conséquences de l'information. Lorsque la jurisprudence permet à l'employeur de modifier unilatéralement le lieu de travail du salarié, elle conforte la faute de ce dernier. En faisant d'une information initiale exacte, une information erronée en cours de contrat, l'employeur trompe la confiance légitime du salarié et engage sa responsabilité contractuelle. De plus, même si au prix d'une déqualification injustifiée la clause fixant le lieu de travail est considérée comme une simple clause informative, elle ne laisse pas à son auteur la liberté de faire exécuter la prestation de travail dans un autre lieu. M. J. Pelissier fait alors remarquer que « *décider le contraire est assimiler l'information à la désinformation*⁹⁹⁷ ». L'obligation d'information, imposée de plus

⁹⁹⁵ Ordonnance du 12 mars 2007 n°2007-329 art.14 : Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur en même temps que la partie réglementaire du nouveau code du travail et au plus tard le 1er mars 2008.

⁹⁹⁶ Cass. soc. 3 juin 2003 n°01-43573 *arrêt préc.*

⁹⁹⁷ J. Pelissier, Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, *art. préc.* p.3.

en plus fréquemment par la loi ou par la jurisprudence, n'aurait aucun sens si l'information ne liait pas celui qui doit la fournir. M. A. Mazeaud rajoute sur ce point que « *la méconnaissance de l'obligation d'information ou une information erronée causant nécessairement un préjudice, [...]il appartient aux juges du fond de réparer*⁹⁹⁸ ».

Partant du postulat établi pour les clauses informatives, et particulièrement de la référence au lieu de travail, il est alors possible de généraliser ce principe et d'affirmer que toutes les clauses sont contractualisables. L'ensemble de ces éléments devrait donc s'apprécier sur un pied d'égalité sans dénaturation de leur portée et dans le respect de la solution imposée par la loi. Certes, la clause informative ne crée pas d'obligation nouvelle, mais elle n'est pas pour autant dépourvue d'effet juridique, et constitue dès lors un élément contractuel à part entière. Chaque clause, quel que soit son objet, est donc d'abord une clause contractuelle avant d'être une clause informative.

459. Motivations jurisprudentielles. A notre sens, la position de la jurisprudence en matière de fixation du lieu de travail trouve principalement sa source dans des raisons purement économiques. La Cour condamne clairement l'approche au cas par cas de la portée de la mention du lieu de travail dans le contrat. Selon son analyse, « *une approche individualiste dont les paramètres d'appréciation varient à l'infini serait une source d'insécurité juridique pour les deux parties* ». Pourtant, ce qui est demandé à la Cour n'est pas tant une analyse individualisée qu'une approche généraliste de la valeur des clauses. Cette dernière serait d'autant sécuritaire qu'elle participerait à restaurer la cohérence jurisprudentielle sur ce point. Mais s'appuyant sur la conjoncture actuelle, la Cour entend vraisemblablement favoriser le transfert et l'adaptation de locaux nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise et de l'emploi du plus grand nombre⁹⁹⁹. La mobilité géographique des salariés, due en partie à la multiplication des délocalisations et des restructurations d'entreprises, est aujourd'hui une donnée prégnante. Ainsi, par une solution d'opportunité la Cour permet aux entreprises de diversifier leur implantation géographique afin de pouvoir développer leur activité, tout en rationalisant leurs charges locatives ou foncières en adéquation avec l'évolution tarifaire du secteur immobilier. C'est donc davantage à travers des motifs de mobilité et de coût de l'implantation que la Cour justifie sa position dérogatoire.

⁹⁹⁸ *Dr. soc.* 1999 p.191 obs. A. Mazeaud.

⁹⁹⁹ Rapport de la Cour de cassation relatif à la mention du lieu de travail : note sous arrêt Cass. soc 3 juin 2003 n°01-43573 et n°01-40376, *Bull. soc.* n°185.

460. Une contractualisation généralisée. Or, si l'on suit scrupuleusement cette logique afin de restaurer la compétitivité des entreprises françaises, pourquoi ne pas considérer que la mention relative à la fonction du salarié ou à sa rémunération ne serait alors qu'une clause informative ? De plus, il résulte d'une telle solution une inégalité évidente entre les salariés. Imposant désormais à chaque salarié de négocier la contractualisation de leur lieu de travail par la rédaction d'une clause claire et précise (mentionnant le terme « exclusivement »), la Cour anéantit toute action en faveur de ceux dont le contrat en cours comporte la simple mention de leur lieu de travail. Dès lors, ces derniers ne peuvent plus se prévaloir de cette mention pour s'opposer à une mutation dans un même secteur géographique aux contours incertains.

Une des solutions envisageable préconise d'harmoniser la jurisprudence par l'unification des clauses figurant au contrat. Ainsi, pourquoi une clause informative ne serait-elle pas contractuelle ? Une clause contractuelle se définit comme toute clause précisant un élément du rapport juridique créé¹⁰⁰⁰. Dès lors, les clauses informatives doivent être considérées comme des clauses contractuelles puisqu'elles informent le salarié sur sa situation dans l'entreprise. Cette information portée à la connaissance du salarié par l'intermédiaire de son contrat de travail préserve à la fois la sécurité juridique du salarié comme de l'employeur. Ce dernier pouvant alors se prémunir contre toute contestation de la part de son subordonné.

Un critère simple et unique devrait donc être posé : toute clause figurant dans le contrat ou dans ses annexes, et faisant l'objet d'une clause de renvoi est présumée contractuelle dès lors qu'elle ne se contente pas de reprendre des données propres au passé ou à la vie de l'entreprise.

§2 : L'importance des clauses dans l'économie générale du contrat

461. La nécessité d'établir un ensemble contractuel cohérent ne peut se vérifier sans faire référence à la notion controversée d'économie générale du contrat. Malgré les critiques formulées à son encontre, l'économie du contrat est très fréquemment utilisée par la jurisprudence pour caractériser la portée et la finalité recherchées par le contrat, et ce à travers

¹⁰⁰⁰ A. Jeammaud, *Le contrat de travail une puissance moyenne*, Mélanges en l'honneur de J. Pelissier Dalloz 2004 p.299.

le rayonnement de ses clauses. Véritable indicateur de l'esprit et de l'identité intrinsèque du contrat, l'économie générale du contrat est également un instrument indispensable à la qualification et à l'interprétation des contrats ainsi qu'à la caractérisation de notions essentielles telles que la cause ou l'objet du contrat. Toutefois, c'est tout d'abord à travers son appréciation à travers les ensembles indivisibles de contrats qu'il est possible d'apporter des précisions supplémentaires sur sa définition, avant de mieux mesurer le rôle des clauses et l'importance de leur unicité dans la détermination de l'économie générale du contrat. Or, si la prise en considération de l'ensemble des clauses figurant au contrat est alors indispensable pour apprécier son économie générale (A), l'importance attribuée à ces dernières n'assure pas pour autant leur immutabilité au sein du contrat. En effet, une fois révélée par l'analyse des clauses, l'économie générale du contrat constitue un instrument de référence propre à l'éradication des clauses qui lui seraient contraires (B).

A) L'appréciation de l'économie générale du contrat à l'aune de ses clauses

462. Si le travail de définition est un préalable nécessaire au maniement d'un concept, l'économie générale du contrat semble au premier abord faire exception à ce principe. L'appréciation doctrinale de l'économie générale du contrat ne s'avère pas unitaire (1). Néanmoins, au-delà de leur multiplicité, les définitions formulées par les auteurs tendent à définir l'économie générale du contrat comme la traduction de l'esprit, de l'identité conférée au contrat par les parties. La nécessité d'accorder à toutes les clauses du contrat une même valeur contractuelle se justifie alors par la détermination du contenu de l'économie du contrat. Toutes les clauses du contrat sont alors susceptibles d'influencer son économie générale dès lors qu'elles sont porteuses d'effets juridiques (2).

1) L'appréciation doctrinale de l'économie générale du contrat

463. Notion. L'économie générale du contrat n'est pas un concept novateur puisque la Cour y a fait référence pour la première fois dans l'arrêt Fourrures Renel du 6 juillet 1959¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰¹ Cass. civ. sect. 1^{ère} 6 juin 1959, *Rev. crit. DIP* 1959.708 note H. Batiffol ; B. Ancel & Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* 1998, n°35 p.261. Cet arrêt fait référence à l'économie du contrat en vue de localiser la loi applicable au contrat international et consacre un système dualiste « 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 fonds

Depuis, de nombreux arrêts se rapportent indifféremment à l'économie du contrat¹⁰⁰², à l'économie de la convention¹⁰⁰³, à l'économie générale du contrat¹⁰⁰⁴, à l'économie générale de la convention¹⁰⁰⁵, à l'économie générale de l'acte¹⁰⁰⁶ ou encore, comme en matière sociale, à l'économie fonctionnelle du contrat¹⁰⁰⁷. Toutefois, si la jurisprudence fait couramment référence à cette notion, elle fait malheureusement l'économie d'en proposer une définition claire et précise. Non méconnue de la doctrine¹⁰⁰⁸, les auteurs ont alors multiplié les propositions de définition sans jamais parvenir à un consensus.

464. Définitions des auteurs. Un temps envisagée, la conception dite abstraite de l'économie générale du contrat, visant à définir une économie générale invariable par type de contrat, a été rapidement abandonnée par la doctrine ; la très grande majorité des auteurs la caractérisant non par les éléments communs qui la rattache à un type de contrat mais par les clauses propres de chaque contrat.

M. Ph. Delebecque voit dans cette notion « *l'ensemble des lois (au sens matériel) qui régissent la structure du contrat*¹⁰⁰⁹ ». M. D. Poracchia assimile également l'économie du contrat « *aux prévisions contractuelles existant lors de la formation du contrat*¹⁰¹⁰ ». Le doyen Mestre résume alors parfaitement cette vision, désignant l'économie du contrat comme « *la cohérence interne*¹⁰¹¹ » du contrat. D'autres auteurs précisent que « *la cohérence interne* » du contrat doit se comprendre à travers la finalité de l'opération contractuelle. On passe alors sur une vision moins quantitative et plus qualitative des éléments de l'économie

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 cocontractants ».

¹⁰⁰² Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 2005 n°03-12496, *Bull. civ. I* 2005, n° 203 p.172, *RTD civ.* octobre 2005 n°4 chron. p.778 obs. J. Mestre et B. Fagnes ; Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006 n°05-13808, *Bull. civ. III* 2006, n°189 p.157, *RLDC* novembre 2006 n°32 p.9 note S. Doireau ; *Rep. Not. Defrénois* 15 janvier 2008 n°1 p.66 note H. Perinet-Marquet.

¹⁰⁰³ Cass. com. 18 mai 2002 n°00-16857, *Bull. com. IV* 2002, n°91 p.98, *RTD civ.* oct-déc 2002, n°4 chron. p.833, note P-Y. Gauthier ; Cass. civ. 3^{ème} 24 avril 2003 n°01-17458, *Bull. civ. III* 2003, n°82 p.75, *RTD civ.* oct-déc 2003, n°4 p.723, note P-Y. Gauthier, *D.* 19 février 2004, n°7 p.450 note S. Chassable.

¹⁰⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème} 3 mars 1993, *Bull. civ. III* 1993, n°28 p.18 ; Cass. com. 15 février 2000 n°97-19793, *arrêt préc.*

¹⁰⁰⁵ Cass. ch. réunies 23 juin 1966 n°62-10004, *Bull. ch. réunies* n°3 p.2 ; Cass. com. 22 mai 1970 n°67-13197, *Bull. com.* n°165 p.147 ; Cass. soc. 12 mai 1981 n°79-15445.

¹⁰⁰⁶ Cass. crim 15 mars 2000 n°99-83715.

¹⁰⁰⁷ Cass. soc. 7 juin 2006 n°04-44815.

¹⁰⁰⁸ J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *art. préc.* p.382 ; A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP G* 28 février 2001, I, n°9, 300 ; S. Pimont, *L'économie du contrat, th. préc.* p.224.

¹⁰⁰⁹ Cass. com. 16 janvier 1996 n°94-13653, *DMF* 1996 p.627 note Ph. Delebecque.

¹⁰¹⁰ D. Poracchia, Prévision contractuelle et pérennité du contrat de concession, *RJC* février 1999, n°2 p.67.

¹⁰¹¹ Cass. com. 15 février 2000 *arrêt préc.*

générale du contrat. Il n'est plus besoin de prendre en compte l'ensemble des clauses, mais seulement celles permettant, selon Mme. J. Rochfeld d'atteindre « *la finalité atypique visée* ». Mme A. Zelcevic-Duhamel détermine l'économie du contrat comme étant « *l'essentiel du contrat* », « *le cœur de la convention* », « *ce qui est nécessaire à ce que les parties exprimeraient en une poignée de mots s'il leur fallait résumer le contrat*¹⁰¹² ». Dans ce sens, Mme G. Meilhac-Redon et M. F. Marmoz proposent une définition englobant les différents aspects de l'économie du contrat, perçu alors comme « *l'équilibre qu'il réalise entre les intérêts des parties* ». Elle 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*¹⁰¹³ ».

465. Un concept juridique intuitif. Le caractère mouvant de la notion d'économie générale du contrat ne permet pas de retenir une définition unanimement reconnue. La pluralité des définitions proposées conduit à s'interroger sur l'opportunité même d'une définition unitaire. La jurisprudence conserve une définition extrêmement souple et libérale de cette notion afin de pouvoir traiter de façon pragmatique¹⁰¹⁴ les différentes situations qui se présentent à elle. N'ayant pour seule certitude que son imprécision, ou du moins son manque de limitation, cette notion fait son entrée parmi les concepts juridiques malléables, « *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 de l'existence de définitions larges*¹⁰¹⁵ ».

Nous sommes donc en présence d'un « concept mou », à l'instar de l'équité, du raisonnable ou de l'ordre public... Décrite par certains auteurs, l'absence de définition peut paradoxalement constituer un atout¹⁰¹⁶, à condition qu'elle ne devienne pas une forme

¹⁰¹² A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, *loc. cit.*

¹⁰¹³ G. Meilhac-Redon et F. Marmoz, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, *LPA* 29 décembre 2000 p.12.

¹⁰¹⁴ « La destination a dès lors pour but d'assurer la protection de l'individu et de son droit de propriété personnel contre les atteintes possibles que pourraient lui porter les décisions prises par la majorité des copropriétaires peut être dans l'intérêt commun mais en méconnaissance du caractère propre de l'immeuble tel qu'il a été déterminé à l'origine de la copropriété ». CA Limoges 1^{er} juillet 1966, *JCP G* 1966, II, 14888 note E. Seguin ; *D.* 1967 p.10 note Fr. Givord.

¹⁰¹⁵ J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz 3^{ème} éd. 1998, n°185 p.2000.

¹⁰¹⁶ Cette malléabilité se retrouve dans la définition d'autres concepts n'altérant pas pour autant leur autorité. A titre de comparaison la notion « de destination de l'immeuble » régissant le statut de la copropriété d'immeubles bâtis peut être citée. En l'absence de définition posée par la loi et la jurisprudence, la doctrine s'accorde pour la définir à travers ses différentes composantes que sont les actes de la copropriété, les caractéristiques physiques de l'immeuble et sa situation tant géographique que la nature de son occupation. Face aux caractéristiques variables

déguisée d'indéterminabilité. Le doyen J. Carbonnier définissait la variabilité d'une notion comme l'aptitude en droit à se mouvoir, comme une « *disponibilité de certaines notions juridiques, leur ouverture au changement*¹⁰¹⁷ ». Dans le même esprit, le doyen Fr. Geny contestait 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*¹⁰¹⁸ ».

466. Une création prétorienne opportune. Mme A. Zelcevic-Duhamel approuve la plasticité de la notion d'économie générale du contrat et considère qu'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*¹⁰¹⁹ ». M. J. Moury parle quant à lui, d'un « *phénomène de mode*¹⁰²⁰ » et rejette avec véhémence toute référence à cette notion. La règle formulée par l'article 1134 du Code civil constitue selon lui un fondement plus adapté à la satisfaction de la sécurité juridique des contrats. Or, plus que la volonté individuelle explicitement ou tacitement prononcée dans le contrat, l'économie générale de ce dernier fait ressortir une combinaison, une articulation de ces dernières à travers les clauses contenues dans le contrat. Elle permet de mettre en exergue l'esprit du contrat par une analyse globale de ses clauses. La volonté des parties ressortant des clauses contractuelles doit donc être transcender pour refléter une vision générale du contrat et de l'esprit qu'il véhicule. Dès lors, la clé du compromis entre une notion aux contours inévitablement malléables et l'impératif de sécurité juridique se trouve sans doute dans la multiplicité des définitions. En l'absence d'accord sur une définition stricte, la majorité des auteurs tend cependant vers une vision

d'un immeuble à l'autre, la doctrine prend également en compte la dimension psychologique de la copropriété, assimilable à l'*affectio societatis* en matière de société. Ce dernier aspect de la destination de l'immeuble, indéniablement le plus volatile, constitue la « personnalité » de l'immeuble. Il s'agit véritablement de l'âme de la copropriété¹⁰¹⁶. Or, le manque de concision et de précision de cette notion n'en fait pas moins la limite la plus importante aux droits des copropriétaires sur leurs parties privatives ainsi que sur les parties communes. Aussi, la loi du 10 juillet 1965 dispose que le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires qui ne serait pas justifiée par la destination de l'immeuble¹⁰¹⁶. Malgré le manque de rigueur de sa définition, la destination générale de l'immeuble constitue donc la norme hiérarchiquement supérieure et s'impose comme la limitation de référence, véritable catalyseur des droits des copropriétaires.

¹⁰¹⁷ J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, sous dir. Ch. Pérelman et R. Van der Elst, Travaux du CNRI, Bruylant 1984 p.99.

¹⁰¹⁸ Fr. Geny, *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif*, Paris 2^{ème} éd. 1932 t.1 p.129.

¹⁰¹⁹ A. Zelcevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, *art. préc.* 300.

¹⁰²⁰ J. Moury, Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *art. préc.* p.382.

commune de l'économie générale du contrat. Elle instaure la cohérence interne du contrat en vue de dégager la finalité de l'opération contractuelle voulue par les parties.

Il ne s'agit donc pas d'effectuer une sélection des clauses et obligations susceptibles de faire apparaître cette notion mais de prendre en considération l'ensemble des clauses et obligations nécessaires permettant d'atteindre l'objectif contractuellement défini.

2) L'influence des clauses sur l'appréciation de l'économie générale du contrat

467. Influence des clauses non-obligationnelles. L'appréciation de l'économie générale du contrat doit être effectuée en considération de l'ensemble des clauses nécessaires à atteindre la finalité recherchée. Elle ne saurait dès lors se réduire aux seules obligations principales exprimées. Certains auteurs, dont Mme A. Zelcevic-Duhamel, ne partagent pas cette position et précisent que « *l'appartenance d'une clause à l'économie du contrat résulte en principe de ce qu'elle régit la ou les obligations essentielles du contrat, en particulier en définissant leur contenu et leur contour*¹⁰²¹ ». A notre sens, cette vision de l'économie du contrat reste restrictive et conduit à hiérarchiser les clauses du contrat. De plus, la seule référence aux clauses relatives aux obligations reviendrait à consacrer une véritable « *économie obligationnelle du contrat* » comme le précise M. P. Ancel dans son article consacré à la force obligatoire et au contenu obligationnel du contrat¹⁰²². Sur ce point, certaines critiques sont avancées, considérant que le recours à la notion d'économie du contrat ne doit pas être le moyen de se délier de sa force obligatoire. Au contraire, un rapprochement peut être établi entre ces deux notions dans la mesure où elles se réfèrent au but poursuivi et à l'effet général créé par l'ensemble des clauses et non aux seuls effets créés par les clauses relatives aux obligations essentielles du contrat. En effet, ce que l'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel. Dans un passage souvent cité, Demolombe écrit « *autre chose est la convention, autre chose est l'obligation et il est essentiel de distinguer l'une avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier*¹⁰²³ ». Nous nous rallions également avec la vision de J-L. Aubert qui précisait que « *la force obligatoire du contrat ne se limite pas à*

¹⁰²¹ *Ibid.* p.423.

¹⁰²² P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *art. préc.* p.771.

¹⁰²³ Demolombe, XXIV n°384 et s.

*cet effet ponctuel créateur d'obligations : le contrat engage de façon globale celui qui le souscrit*¹⁰²⁴ ».

Par ailleurs, ces études permettent de mettre en évidence l'étendue de la notion d'économie générale du contrat. Les clauses d'aménagement des obligations tant principales qu'accessoire, les clauses relatives à la prévention et à la répartition des risques, les clauses de sanction, les clauses de règlement des litiges¹⁰²⁵, ou encore les clauses considérées comme seulement informatives, contribuent à établir l'économie générale du contrat.

Les clauses informatives précédemment étudiées ont pour effet de déclarer ou informer le cocontractant sur des éléments du rapport juridique créé. Elles doivent être prises en considération et lient le juge. Il est possible de voir en ces clauses une certaine forme de « *normativité contractuelle non obligationnelle*¹⁰²⁶ » sur laquelle la force obligatoire du contrat produit ses effets. Afin de ne pas violer la volonté des parties, le juge se doit alors de dégager l'économie générale du contrat, en se référant à l'ensemble des clauses susceptibles de contenir un indice tacite ou explicite de la finalité individualisée du contrat.

468. Un guide d'analyse. Si la majorité des auteurs considère qu'il n'est pas nécessaire de définir plus précisément cette notion, l'importance d'apprécier l'économie générale du contrat à l'aune de l'ensemble des clauses composant le contrat devait être précisée. La définition fuyante mais intuitive de l'économie générale du contrat telle qu'elle apparaît à la lecture des arrêts de la Cour de cassation n'en n'est pas moins utilisée pour appréhender des concepts majeurs du droit des contrats. Ainsi, comme il sera précisé ultérieurement, nombre d'auteurs, suivis par la jurisprudence, font de cette notion un instrument d'analyse de la cause du contrat¹⁰²⁷. L'indivisibilité juridique entre deux ou plusieurs contrats d'un même ensemble offre également une place importante à l'économie générale du contrat. L'étude de cette dernière hypothèse, et plus particulièrement des clauses contraires à l'économie du contrat, permettra d'alimenter, voire d'affiner encore l'appréciation de cette notion.

¹⁰²⁴ J-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz coll. Connaissance du droit 1996 p.96.

¹⁰²⁵ Cass. civ. 1ère 12 décembre 2006 n°05-21388, *RLD aff.* mars 2007 n°14 p.61 note C. Pellegrini ; *RTD com.* juillet 2007, n°3 p.630 note Ph. Delebecque. La Cour de cassation rappelle qu'une clause d'attribution de compétence fait partie de l'économie des contrats internationaux.

¹⁰²⁶ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *art. préc.* p.779.

¹⁰²⁷ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t.2, *Obligations et droits réels*, Paris 1967 LGDJ n°292 p.118 : la cause représente « le motif déterminant tiré de l'économie du contrat ». Par ailleurs ces auteurs précisent que « l'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle s'ordonne l'économie du contrat » ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations* 13^{ème} éd. Monchrestien 2012, n°180 p.131.

B) L'impuissance des clauses contraires à l'économie générale du contrat

469. L'indivisibilité des contrats¹⁰²⁸ est un domaine largement pénétré par la notion d'économie générale du contrat dont la jurisprudence multiplie les références dans la motivation de ses arrêts. Si l'ensemble des clauses doit être analysé afin de percevoir l'économie générale du contrat, elles ne peuvent néanmoins toutes être déterminantes. L'éviction des clauses contraires à l'économie générale du contrat permet alors de mesurer son influence sur le contrat. Il ne s'agit pas ici d'hypothèses opposant deux clauses contraires, dont la solution fut donnée dans le chapitre précédent, mais de la contradiction existant entre une clause contractuelle particulière et l'économie générale du contrat. Cette démonstration permettra ainsi de préciser avec plus de netteté les contours de cette notion et de confirmer la primauté de la cohérence contractuelle (1) sur la base d'une recherche de la finalité économique que renferme l'opération (2).

1) La primauté de la cohérence contractuelle

470. Hypothèses d'indivisibilité des contrats. Rappelons succinctement qu'un ensemble contractuel repose sur la mise en place de deux ou plusieurs contrats qui ne se confondent pas en un contrat complexe unique¹⁰²⁹. De plus, l'indivisibilité se cantonne aux ensembles contractuels qualifiés de circulaire¹⁰³⁰, et exclut les chaînes de contrats. Les exemples les plus topiques sont l'ensemble que constituent le contrat de vente et le contrat de prêt qui en permet le financement ou celui constitué d'un contrat de vente et d'un contrat de crédit-bail. Il en était ainsi du célèbre arrêt du 15 février 2000 dit « Soulard¹⁰³¹ » dans lequel un contrat de

¹⁰²⁸ J-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec coll. Bibl. Dr entr. 1999 ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, Thèse Paris II, 2001 ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses 2007 ; J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ. 1994 p.255 ; S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Deffrénois* 30 mars 2002, n°6 p.355, art. 37505 p.355 ; I. Najjar, *La notion d'ensemble contractuel* in Mélanges offert à A. Decocq, Litec 2004 p.510 ; C. Aubert de Vincelles, Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, *RDC* juillet 2007, n°3 p.983 ; J-B. Seube, *Caducité et ensemble contractuel indivisible* in Mélanges offert à J. Foyer, *Economica* 2008 p.925 ; S. Bros, Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 9 avril 2009, n°14 p.960.

¹⁰²⁹ Ainsi le contrat de crédit-bail est un contrat complexe, mais il forme un ensemble contractuel avec le contrat de vente dont il finance le prix.

¹⁰³⁰ B. Teyssié, « Si les manifestations en sont diverses, les critères auxquels ils répondent sont semblables : identité de cause, conjonction au sein d'un même cadre temporel, organisation autour d'un personnage central et, en conséquence structure circulaire, par opposition à la structure linéaire des chaînes ».

¹⁰³¹ Cass. com. 15 février 2000 n°97-19793, *arrêt préc.* ; *Dr. & Pat* septembre 2007 n°162 p.87 note Ph. Stoffel-Munck ; Une clause de divisibilité expresse entre des conventions, en contradiction avec « l'économie générale du contrat » ne peut empêcher que, du fait de leur interdépendance, la résiliation de l'une d'elles n'entraîne celle

prestation d'images donnait à un pharmacien accès au réseau télématique d'une société de publicité, par l'intermédiaire d'un matériel spécifique financé au moyen d'un crédit-bail. Or, la société ayant cessé ses prestations de diffusion et le matériel se trouvant dépourvu de toute utilité, le pharmacien interrompit le règlement des loyers auprès du crédit bailleur. Malgré l'insertion, à l'initiative du crédit bailleur d'une clause de divisibilité stipulant 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 de cassation fit prévaloir l'économie générale du contrat. En effet, elle considéra que cette clause, pourtant claire et précise, avait été stipulée « *en contradiction avec l'économie générale du contrat* », au mépris de la cohérence interne du groupe de contrats. La prise en compte de l'ensemble des clauses dans l'appréciation de l'économie générale du contrat permet ainsi à la Cour d'éradiquer les clauses contraires à la finalité contractuelle¹⁰³². L'économie générale du contrat dépasse donc la volonté des parties exprimée à travers une ou plusieurs clauses contraires. Une fois analysée, l'économie générale qui émane du contrat fait perdre aux parties leur emprise sur les stipulations des contrats.

Tous les arrêts ultérieurs rendus par la chambre commerciale¹⁰³³ ont alors repris cette solution, entérinant ainsi le principe selon lequel une clause contractuelle, même claire et précise, ne peut produire aucun effet lorsqu'elle a été stipulée en contradiction avec la cohérence interne des contrats, tirée de l'expression des clauses qui les composent. L'indivisibilité objective ressortant de l'analyse de l'économie générale du contrat¹⁰³⁴

de l'autre, *JCP G* 15 novembre 2000 n°46, 2069 ; G. Meilhac-Redon & F. Marmoz, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, *art. préc.* p.12 ; D. Mazeaud, Contrats et conventions, *Rép. Defrénois* 2000, n°19 p.1118 ; *RTD civ.* 2000 p.325 note J. Mestre & B. Fages ; *D.* 2000 somm. p.365 obs. Ph. Delebecque. V. précédemment Cass. com. 4 avril 1995 n°93-14585 et n°93-20029, *D.* 1995, somm. p.231 obs. L. Aynès ; *Contrats-conc. consom.* 1995, comm. 105 obs. L. Leveneur ; *D.* 1996 p.141 note S. Piquet ; *JCP E* 1996, n°4 obs. J-B. Seube ; Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996 n°94-14800, *Rép. Not. Defrénois* 1996 art.36381, n°102 p.1015, note Ph. Delebecque ; *RTD civ* 1996 p.901 note J. Mestre ; *D.* 30 octobre 1997, n°38 p.500 note P. Reigne ; Cass. civ. 1^{ère} 1 juillet 1997 n°95-15642, *Rép. Not. Defrénois* 1997, 1251 obs. L. Aynès ; *D.* 1998, somm. comm. 110 obs. D. Mazeaud ; V° également ch. mixte 17 mai 2013 n°11-22768 *infra* n°473.

¹⁰³² Cass. civ. 1^{ère} 27 juin 2006 n°04-11965 « Les clauses litigieuses qui interdisent de réclamer au titre de l'adéquation du matériel aux besoins du locataire, et celles qui stipulent un paiement de loyer ferme sans compensation pour défaut du produit a pu en déduire [...] qu'elles ne portaient pas suffisamment atteinte à l'économie générale du contrat ».

¹⁰³³ Cass. com. 3 mai 2000 n°98-18782 : L'indivisibilité est également recherchée par l'intermédiaire d'indices propres à caractériser l'économie du contrat. Cass. com. 24 avril 2007 n°06-10953, *RDC* avril 2008, n°2 p.276 obs. D. Mazeaud ; Cass. com. 23 octobre 2007 n°06-19976 ; Cass. com. 22 janvier 2008 n°06-18708.

¹⁰³⁴ Fr. Buy, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 2002, spéc. n°537 et s. p.356 et s.

l'emporte donc sur une clause de divisibilité expresse¹⁰³⁵. Envisagée sous l'angle du sort réservé à la clause de divisibilité expresse, cette ligne tracée par la jurisprudence constitue une illustration de l'exigence de cohérence contractuelle qui s'est installé au sein du droit des contrats¹⁰³⁶ et en particulier dans le régime des clauses contractuelles¹⁰³⁷.

471. Prééminence de la clause de divisibilité. Cette jurisprudence en apparence établie a néanmoins connu quelques turpitudes¹⁰³⁸. À travers une décision¹⁰³⁹ rendue par la première chambre civile le 28 octobre 2010, la Cour a alors fait prévaloir la liberté contractuelle sur la réalité économique. Les faits à l'origine du litige sont des plus classiques. Un commerçant avait conclu avec une entreprise de prestation de services informatiques un contrat ayant pour objet la création d'un site internet marchand, ainsi que la fourniture de matériel informatique et de différents services d'assistance technique et de maintenance du matériel. Le financement avait été assuré au moyen d'un contrat de location financière conclu avec un établissement de crédit. Le prestataire de service ayant été placé en liquidation judiciaire, le commerçant, assigné en paiement des mensualités dues au titre du contrat de location financière qu'il avait alors cessé de régler, a fait valoir que ce contrat, indivisible du contrat de prestation de services, était devenu nul et à défaut caduc par suite de la disparition de sa cause¹⁰⁴⁰. A travers cette décision, la première chambre civile prend le total contrepied de la position instaurée dix ans plus tôt. Elle fonde sa décision sur la conception subjective de l'indivisibilité à travers laquelle l'interdépendance économique qui unit plusieurs contrats peut se prolonger par une

¹⁰³⁵ Cass. com. 15 février 2000 *arrêt préc.* note J Mestre et B. Fages.

¹⁰³⁶ O. Moréteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Thèse Lyon 1990 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* n°2173 ; D. Mazeaud, La confiance légitime et l'estoppel, *RIDC* juin 2006, n°2 p.363 et s.

¹⁰³⁷ M. Mekki, Le nouvel essor des clauses contractuelles : l'efficacité des clauses contractuelles, *art. préc.* p.239 et s., spéc. p.248.

¹⁰³⁸ Pour la ch. commerciale : Cass. com. 18 décembre 2007 n°06-15116, *RLDC* février 2008, n°46 p.11 note S. Doireau ; *Contrats-conc. consom.* avril 2008, n°4 p.27 note L. Leveueur ; *JCP G* 16 avril 2008, I, 136 obs. M. Mekki ; *Dr. & Pat.* mai 2008 p.94 obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; *RTD com.* 16 juin 2008 p.404 obs. D. Legeais ; *JCP E* 19 février 2009, n°12 note B. May ; Pour la 1^{ère} ch. civile : Cass. civ. 1^{ère} 28 octobre 2010 n°09-68014, *D.* 24 février 2011, n°8 p.566 note D. Mazeaud ; *Rèp. Not. Defrénois* 2011 art. 39229-3 p.808 obs. J-B. Seube ; *RTD com* avril 2011, n°2 p.400 note D. Legeais ; *Dr. & Pat* juin 2011, n°204 p.72 note L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck.

¹⁰³⁹ Cass. civ. 1^{ère} 28 octobre 2010 n°09-68014, *arrêt préc.*

¹⁰⁴⁰ *Arrêt préc.* « le contrat de location litigieux stipulait que les produits ayant été choisis par le locataire sous sa seule responsabilité et sans la participation du loueur, ce dernier mandatait le locataire pour exercer tout recours à l'encontre du fournisseur, que le locataire serait déchargé de toute responsabilité et de toute obligation à cet égard et que l'immobilisation temporaire des produits pour quelque cause que ce soit n'entraînerait aucune diminution de loyers ni indemnité, qu'elle en a souverainement déduit que la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions, de sorte que la disparition de l'une ne pouvait priver de cause les obligations nées de l'autre ».

indivisibilité juridique à la seule condition que la volonté des parties à cet ensemble contractuel se soit manifestée expressément ou tacitement en ce sens¹⁰⁴¹. Toutefois, bien que faisant prévaloir la clause de divisibilité, la première chambre civile préserve paradoxalement la cause comme fondement de l'indivisibilité. Elle précise dans son attendu que la disparition de l'un des contrats prive de cause les obligations nées de l'autre. Cette précision, conforme à la conception de la cause objective, évolue en même temps dans le sens d'une subjectivisation. Cela permet de prendre également en considération l'objectif poursuivi par le cocontractant et de « *garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le cocontractant [...] s'était engagé*¹⁰⁴² ».

472. Divergences doctrinales. Ce revirement opéré par la première chambre civile a ravivé un peu plus la controverse sur la nature de l'indivisibilité. Sagit-il d'une traduction de la volonté des parties au contrat, conception subjective, ou une application de la théorie de la cause, conception « objective » ? L'analyse doctrinale de la question est souvent partagée. MM. Terré, Lequette et Simler¹⁰⁴³, ou encore plus récemment par M. R. Libchaber¹⁰⁴⁴ considèrent, pour leur part, que l'indivisibilité des contrats repose sur le fondement de la cause prise dans sa vision objective. En somme, ils invitent la jurisprudence à rechercher si chaque contrat constitue la cause des autres. En revanche, Mme S. Amrani-Mekki est, quant à elle, favorable au recours à la notion d'indivisibilité, envisagée sous sa forme autonome¹⁰⁴⁵, et vise ainsi l'indivisibilité subjective faisant prévaloir la volonté des parties exprimée soit à travers une clause particulière soit à travers la comparaison de l'ensemble des clauses contenues dans les contrats de groupe. Selon cette analyse, l'indivisibilité subjective est un fondement juridique adéquat à l'anéantissement en cascade des contrats car elle permet de considérer le contrat dans sa durée et de rechercher l'utilité économique du contrat¹⁰⁴⁶. Ainsi

¹⁰⁴¹ Ph Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2009 4^{ème} éd. spéc. n°839 ; Ph. Reigne, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997 p.151.

¹⁰⁴² D. Mazeaud, *op. cit.* p.363.

¹⁰⁴³ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien 2012, 13^{ème} éd. spéc. n°189 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°348.

¹⁰⁴⁴ R. Libchaber, *Contrats et conventions, Rép. Not. Defrénois* 15 juillet 2007, n°13 p.1042 : « Techniquement, la solution se fonde sur l'indivisibilité entre les contrats [...]. Il reste que la cause est tout de même au cœur de la solution, car la notion d'indivisibilité procède de l'extension de la cause objective ».

¹⁰⁴⁵ S. Amrani-Mekki, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Rép. Not. Defrénois* 30 mars 2002, n°6 et s. p.355 et s.

¹⁰⁴⁶ Elle permet une analyse économique du contrat qui, bien qu'exclue en droit français suppose une appréhension plus pragmatique des contrats : S. Amrani-Mekki, *art. préc.* n°32 p.365 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ 1993, 3^{ème} éd. spéc. n°196 et s. p.176 et s.

l'opération économique globale sert de dénominateur commun à la caractérisation de l'indivisibilité. M. J. Ghestin approuve cette position et considère qu'au regard de la jurisprudence, le véritable fondement de l'anéantissement en cascade des contrats appartenant à un ensemble contractuel n'est autre que « *l'indivisibilité déduite de la commune volonté expresse ou tacite des parties*¹⁰⁴⁷ ». Les articles 1217 et 1218 du Code civil devaient dès lors servir l'indivisibilité prise comme fondement juridique autonome.

473. Une nouvelle décision contestable. Confronté à une affaire similaire, la chambre mixte est récemment revenue sur les positions successives adoptées par ses différentes chambres pour prononcer une solution radicale. « *Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une opération financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance*¹⁰⁴⁸ ». Il est à remarquer que sous l'influence de la terminologie utilisée par les différents projets de réforme du droit des contrats, la chambre mixte vise « *l'interdépendance des conventions* » et non leur « indivisibilité ». Toutefois, le changement des termes employés ne doit pas occulter le fond de la décision. Dans son arrêt de mai 2013, la chambre mixte se base sur l'article 1134 du Code civil pour fonder l'interdépendance des contrats sur la volonté des parties. En visant ces dispositions, la Cour sous-tend que seule la volonté des parties peut donner lieu à la constitution d'un ensemble interdépendant. Or, les parties avaient pris soin de stipuler une clause de divisibilité que les juges ont réputé non écrite. La Cour a donc considéré ici que la volonté des parties ressortait davantage du fonctionnement économique de l'opération que d'une clause expressément stipulée. La recherche d'une volonté réelle plutôt que d'une volonté déclarée, justifie mal de la primauté accordée par les juges à une interdépendance implicite aux dépens d'une interdépendance explicite. Bien que les parties aient pourtant tenté d'exclure expressément l'interdépendance par une clause d'indépendance, l'interprétation des juges laisse fortement à penser que l'interdépendance ici retenue relève de la catégorie de l'interdépendance « objective » se déduisant de l'opération elle-même et non de la volonté des parties. D'après cette dernière décision, les clauses d'indépendance ou de divisibilité sont donc toujours réputées non écrites

¹⁰⁴⁷ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit. n°751 ; R. Boffa, Cause, caducité, indivisibilité ; un bel ensemble notionnel, *D.* 2 novembre 2006, n°38 p.2656.

¹⁰⁴⁸ Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n°11-22768, *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 673 note Fr. Buy ; *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 674 note J-B. Seube ; *JCP E* 4 juillet 2013, n°27, 1403 note D. Mainguy ; *Gaz. Pal.* 4 juillet 2013, n°185 p.18 note D. Houtcieff et Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n°11-22927.

lorsqu'elles s'inscrivent dans une opération associant à des contrats concomitants ou successifs une location financière. Ce paradoxe évident entre l'invocation de l'article 1134 du Code civil comme fondement de l'interdépendance et le réputé non écrit de la clause de divisibilité pourrait alors être évité par le recours à la notion de cause. En effet, la recherche de la cause serait plus pertinente afin de ne retenir que la volonté des parties propre à cimenter l'indivisibilité¹⁰⁴⁹. Il s'agirait dès lors pour les juges de rechercher si la disparition de l'un des contrats prive de cause les obligations nées de l'autre, pour ensuite dégager la finalité économique de l'opération, et se prononcer ainsi en faveur de la cohérence contractuelle véhiculée par l'ensemble des clauses.

474. Approfondissement de l'économie générale du contrat. La notion d'économie générale du contrat peut alors être avancée afin de déterminer le sort de l'ensemble contractuel. Loin d'interférer avec la notion de cause, l'économie générale du contrat est davantage utilisée comme un instrument d'analyse de la cause, tant objective que subjective¹⁰⁵⁰, par les juges du fond. Dès lors, si en présence d'une clause de divisibilité, la Cour paraît plus sensible à la réalité économique que traduit l'interdépendance des contrats, c'est parce qu'elle trouve sa source dans les clauses du contrat et peut être révélée par la considération d'éléments objectifs. Il suffit alors de rapprocher les différentes décisions de la Cour de cassation pour constater que les conceptions, tant objective que subjective, font intervenir les mêmes indices¹⁰⁵¹. On relève qu'au-delà de l'identité du but économique auquel tend chaque contrat, les parties ont contracté en considération du contrat connexe. Si désormais les juges considèrent que les contrats d'un ensemble contractuel comportant un contrat de location financière sont systématiquement réputés interdépendants et paralyse de ce

¹⁰⁴⁹ Selon M. J-B. Seube, comm. de l'arrêt préc. « Une piste consisterait peut-être à s'inspirer du contentieux du crédit-bail où il a été jugé que la résolution de la vente entraînait nécessairement la résiliation du crédit-bail ». Sous réserve des clauses ayant pour effet de régler les conséquences de cette résiliation : Cass. ch. mixte 23 novembre 1990 n°87-17044, *D.* 1991 p.121 note C. Larroumet *JCP E* 1991, II, 111 note D. Legeais.

¹⁰⁵⁰ En effet, le recours à une conception subjective, véritable émanation de la volonté de parties, n'empêche nullement les juges du fond de se fonder sur des éléments objectifs pour, en l'absence d'une clause de divisibilité clairement exprimée, découvrir la volonté des parties à travers l'analyse des clauses du contrat et donc de son économie générale. Cass. com. 12 juillet 2011 n°10-22930, *D.* mars 2012 n°9 p.557 note D. Ferrier. En l'absence de clause expresse réglant le sort des deux conventions, la Cour de cassation approuve la CA d'avoir retenu que l'intention commune des parties était de rendre les deux conventions indivisibles dès lors que de nombreux indices objectifs pouvaient être relevés. Les contrats avaient été signés le même jour. Certaines clauses prévoyaient l'approvisionnement du franchisé auprès du franchiseur, le contrôle par le franchiseur de la publicité faite par le franchisé sur les produits fournis par le franchiseur ou encore la communication de prix de vente par le franchiseur en sa qualité de fournisseur.

¹⁰⁵¹ J-B. Seube obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 13 mars 2008 n°06-19339, *RDC* juillet 2008, n°3 p.841 ; F. Buy, note sous Cass. ch. mixte 17 mai 2013 n°11-22768 *arrêt préc.*, *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 673.

fait les clauses de divisibilité tout en se fondant sur un texte censé préserver la liberté contractuelle, il n'en est pas toujours ainsi. On songe alors aux différents contrats qui peuvent composer une opération de distribution, un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement dans lesquels les parties auraient inséré une clause d'indépendance¹⁰⁵². Elle ne saurait donc être réputées non écrites en toute hypothèse et nécessite ainsi de rechercher le bien-fondé de leur maintien, en contemplation de la cohérence de l'opération. Les juges s'appuient alors sur un faisceau d'indices comprenant entre autre : la date de conclusion des différents contrats, leur durée, la stipulation d'un prix global, la spécificité du matériel ou de la prestation fournie par l'un des contractants, l'existence d'un mandataire commun, ou encore le comportement des parties lors de l'exécution des différentes conventions. La confrontation des clauses propres à chaque contrat est alors indispensable.

Il est donc perceptible à travers l'étude des ensembles contractuels et du fondement de leur anéantissement proposé que l'économie du contrat doit prendre sa source dans l'effet général créé par l'ensemble des clauses, pour ensuite s'élever au-dessus de ces dernières et devenir un indicateur de l'existence de la cause. La légitimité de cette référence à l'économie du contrat s'explique par le fait que cette notion incarne l'esprit tant juridique qu'économique du contrat grâce à l'analyse de l'ensemble de ses clauses.

2) La recherche de la finalité économique

475. Recherche de la finalité économique. Au-delà de la concordance de ces indices objectifs, l'économie générale du contrat doit être appréciée en fonction de la finalité économique de l'opération. Le terme « économique » n'est pas anodin et doit être entendu comme l'objectif permettant de déterminer la cohérence interne du contrat. Dès lors, si ces indices objectifs, nécessitant la prise en considération des clauses même non obligationnelles des contrats, sont fortement révélateurs de l'économie générale des contrats et donc de leur interdépendance, il n'est pas impossible que la Cour de cassation retienne seulement la finalité économique commune de l'opération. Ainsi deux contrats conclus, l'un avec un partenaire privé et l'autre avec un établissement public, peuvent avoir des durées différentes pour des raisons propres à la qualité et à la puissance économique et juridique du partenaire.

¹⁰⁵² Fr. Buy, *art. préc.* : Il est donc possible de stipuler des clauses de divisibilité dans les autres ensembles, du moment que le montage réalisé ne contient pas de contrat de location financière ou assimilé.

La Cour de cassation a, sur ce point, approuvé un arrêt de Cour d'appel qui avait retenu que deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible alors même que leur date de conclusion ainsi que leur durée n'étaient pas identiques, au motif que « *les deux contrats concouraient sans alternative à la même opération économique*¹⁰⁵³ ». Cette prise en compte de l'économie du contrat s'inscrit parfaitement dans une vision contemporaine du droit tournée vers l'utilitarisme et la satisfaction de l'intérêt économique envisagé dès la conclusion du contrat.

476. Un élément essentiel de l'économie générale du contrat. La finalité économique d'une opération a toujours constitué un élément indispensable de l'appréciation de l'économie générale du contrat. La recherche de l'objectif économique ressortant de l'ensemble des clauses du contrat a permis, entre autres, à la Cour de saisir les enjeux d'une opération aussi particulière que le « *coup d'accordéon* » ou plus simplement de la cession à prix symbolique¹⁰⁵⁴. En effet, pour ne pas occulter les spécificités propres à ces opérations, la jurisprudence fait apparaître la notion d'économie générale du contrat à côté de celle de « *contrepartie réelle*¹⁰⁵⁵ ». La détermination de la contrepartie est déduite de l'économie générale du contrat, autrement dit de l'interprétation de la contrepartie globale exprimée dans les diverses clauses du contrat. Pourtant le franc symbolique, marque de la volonté sur un échange des droits, ne peut constituer une véritable contre-prestation. Si le transfert de propriété a bien une cause¹⁰⁵⁶, celle-ci doit être découverte dans les autres clauses du contrat. Ici encore la complexification des rapports contractuels met en lumière les limites de la conception strictement objective de la cause de l'obligation. Dès lors, ce n'est pas à travers l'idée de cause de l'obligation, telle qu'elle est classiquement entendue par l'équilibre économique des prestations ou la réciprocité mathématique des obligations, que doit s'entendre l'économie générale, mais dans la perspective de la finalité économique recherchée à travers le contrat.

¹⁰⁵³ Cass. civ. 1^{ère} 4 avril 2006 n°02-18277, *Rép. Not. Defrénois* 18 août 2006, n°15/16, art. 38431 p.1194 note J-L. Aubert.

¹⁰⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème} 3 mars 1993 n°91-15613, *Bull. civ.* III 1993 n°28 p.18, *JCP G* 1994, I, 3744 obs. M. fabre-Magnan ; V. Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996 n°94-14800 *arrêt préc.* : la Cour de cassation considéra ici que « dans le cadre de l'économie générale du contrat, la vente était causée et avait une contrepartie réelle ».

¹⁰⁵⁵ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* n°409 p.268.

¹⁰⁵⁶ V. art. 1125 al.2 de l'avant-projet de réforme du Titre III du Livre III du Code civil : « est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause ».

477. Adaptation de la cause au contexte économique. La notion de cause, prise en tant que fondement de l'indivisibilité des contrats, ne doit pas résulter d'une réciprocité obligationnelle stricte mais bien de l'ensemble des clauses composant les contrats, directement traduit de l'économie générale des contrats. Ce système ne peut être applicable qu'à la condition que l'économie générale du contrat, traduction de la cohérence interne du contrat et de sa finalité économique soit reconnue comme un guide d'analyse de la cause. En effet, mieux que de se fonder sur l'article 1134 du Code civil et les contradictions pouvant alors être engendrées par la présence d'une clause de divisibilité, l'identification de la cause implique au préalable la recherche de l'économie générale du contrat et par là même les liens unissant les contrats entre eux. Cependant, la spécificité du contexte contractuel que constituent les groupes de contrat nécessite une adaptation de la notion de cause afin d'éviter un « *cloisonnement rigide des contrats*¹⁰⁵⁷ » du groupe pour au contraire faire apparaître le lien économique irréductible qui les unit. Il pourrait à notre sens être plus opportun pour la Cour de cassation de revenir à des solutions antérieurement formulées¹⁰⁵⁸ tout en affinant le recours à la notion de cause et d'économie générale du contrat. Dans un tel contexte, il ne serait alors pas choquant que la Cour prolonge la mission de la cause tout au long de l'exécution du contrat pour l'appréhender non plus simplement comme une condition de validité du contrat mais aussi comme une exigence de sa pérennité¹⁰⁵⁹. Une subjectivisation de la cause à travers une intégration des motifs serait alors nécessaire. La cause pourrait ainsi être définie comme le but contractuel commun aux parties, voulu par l'une et connu par l'autre. Cette adaptation de la cause ne serait alors pas contraire à la sécurité juridique dans la mesure où les motifs sont expressément ou tacitement intégrés dans le champ contractuel. Par ailleurs, l'examen par les juges du fond des éléments objectifs, et plus généralement de toutes les clauses du contrat, se vérifie tant en cas de recours à une conception objective que subjective, voire d'une conception objective fortement teintée de subjectivité comme en l'espèce.

¹⁰⁵⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°348.

¹⁰⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1990 n°88-12863, *JCP G* 1991, I, 3778 obs. J. Bigot ; *RTD civ.* 1991, 325 obs. J. Mestre ; *Resp. civ. et ass.* 1991, chron. p.4 ; Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996 n°94-14800, *arrêt préc.* ; Cass. com 15 février 2000 n°97-19793 *arrêt préc.* ; Cass. com 23 octobre 2007 n°06-19976 ; Cass. com. 5 juin 2007 n°05-21560 ; Cass. com. 24 avril 2007 n°06-12443, *RDC* avril 2008, n°2 p.276 note D. Mazeaud ; *JCP E* 19 mars 2009, n°12, 1277 note B. May.

¹⁰⁵⁹ D. Mazeaud, *La cause*, Mélanges Dalloz Bicentenaire du Code civil 1804-2004 p.451 spéc. n°21 p.462.

478. L'économie générale du contrat comme seul révélateur de la finalité économique.

Cette proposition d'adaptation de la cause en présence d'un groupe de contrats est alors permise grâce à l'identification de l'économie générale du contrat et de la cohérence contractuelle qui seules peuvent permettre de déceler la finalité économique de l'opération. La recherche de la finalité économique confirme ainsi la nécessité pour la jurisprudence de recourir à l'économie générale du contrat comme guide d'analyse de la cause. À travers les différentes illustrations jurisprudentielles présentées, on perçoit plus clairement les deux éléments de référence permettant d'identifier avec plus de précision la notion d'économie du contrat et de déterminer le résultat devant être atteint par une approche plus réaliste du contrat. En effet, cette notion désigne la cohérence interne du contrat mais également la finalité de l'opération contractuelle. Ce second élément doit également être mis en œuvre lorsqu'une clause du contrat se révèle en totale contradiction avec l'économie du contrat. Favoriser la prééminence de la clause contraire à l'économie générale du contrat, comme a pu le décider la première chambre civile¹⁰⁶⁰, reviendrait à opérer une dissociation profonde entre la finalité juridique de l'opération et sa finalité économique. Or, ces deux acceptions doivent se confondre puisque la volonté des parties doit permettre la réalisation d'une finalité économique commune. Toutefois, lorsque la volonté particulière de l'une des parties, traduite à travers l'insertion d'une clause de divisibilité¹⁰⁶¹, est contraire à la volonté des parties exprimée par l'ensemble des clauses composant le contrat et donc son économie générale, cette contradiction interne ainsi dévoilée doit être résolue par les juges du fond. Faire prévaloir une clause en totale contradiction avec l'économie du contrat peut certes se justifier par le respect de la volonté des parties, mais cantonnée à une clause particulière du contrat, très souvent imposée par l'un des contractants, peut lui permettre de se soustraire à ses engagements. Paradoxalement, la volonté des parties est davantage respectée lorsque la clause de divisibilité expresse est écartée. Il est dès lors plus juste d'écarter la clause litigieuse afin de favoriser l'équilibre et la complémentarité devant exister entre l'économique et le juridique et ce, quel que soit le résultat final de l'opération projetée. Ainsi, la notion d'économie générale du contrat peut être contrainte de déployer son aspect économique afin d'orienter la finalité contractuelle ressortant de l'ensemble des clauses composant le contrat.

¹⁰⁶⁰ V. *supra* note 1012.

¹⁰⁶¹ J-M. et P. Mousseron, J. Raynard et J-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre 2010, 4^{ème} éd. n°254 ; W. Dross, *Clausier*, Litec 2011, 2^{ème} éd. p.344 ; J. Mestre et J-C. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso coll. Les intégrales 2011 p.271.

479. Une définition affinée de l'économie générale du contrat. Aussi, un examen plus approfondi de la finalité économique pourrait encore permettre d'affiner la définition de l'économie générale du contrat.

La recherche de la finalité économique devrait ainsi inciter les juges du fond à prendre plus en compte les clauses permettant d'établir la connaissance par le contractant des autres contrats. Une proposition de distinction peut alors être avancée. Si le contractant dont le contrat est affecté par l'effet extinctif du groupe de contrats est partie à tous les contrats du groupe, il est dès lors présumé informé de l'interdépendance des contrats et du risque qui en résulte. En revanche, s'il est partie au seul contrat menacé de caducité du fait de la résiliation du contrat qui en constituait la cause¹⁰⁶², l'indivisibilité des contrats doit être remise en cause dans la mesure où aucune clause du contrat ne permet de vérifier que le contractant avait été informé de l'interdépendance des contrats. L'étude de l'ensemble des clauses du contrat se justifie, ici encore, afin d'établir non seulement la connaissance par le cocontractant de l'existence des autres contrats mais encore la volonté de ce dernier d'intégrer cet ensemble. La jurisprudence a fait marche arrière et refuse pour l'instant de s'attacher à cette double exigence¹⁰⁶³, ne laissant plus entendre que la seule connaissance de l'existence des autres contrats pouvait suffire¹⁰⁶⁴.

La recherche de la finalité économique de l'opération devrait donc contenir la vérification de ces deux éléments, conduisant ainsi à une appréciation plus réaliste et pragmatique de l'économie générale du contrat.

Section II : La constitution d'un ensemble cohérent

480. L'association des clauses du contrat doit concourir à constituer une unité homogène dont toutes les entités œuvrent à la constitution d'un ensemble cohérent. L'importance des clauses et les effets qu'elles produisent sur le contrat peuvent être mis en lumière à travers les deux opérations fondamentales que sont la qualification et la détermination de la loi applicable au contrat. Ces deux étapes complémentaires et indispensables sont généralement

¹⁰⁶² D. Mazeaud, Groupes de contrat : liberté contractuelle et réalité économique, *D.* 24 février 2011, n°8 p.566.

¹⁰⁶³ Cass. com. 18 décembre 2007 n°06-15116, *arrêt préc.*

¹⁰⁶⁴ Cass. civ 1^{ère} 4 avril 2006 n°02-18277 *arrêt préc.*

l'objet de la volonté des parties exprimée à travers l'insertion d'une clause particulière dans le contrat. Cette clause doit alors être en harmonie avec les autres clauses du contrat et doit participer ainsi à la cohérence interne du contrat. Or, c'est davantage en l'absence de choix des parties, voire d'une déformation frauduleuse de la finalité du contrat que les juges devront intervenir afin de redonner au contrat sa vraie nature ou de le soumettre aux lois auxquelles il se rattache. Dans cette hypothèse, les obligations essentielles du contrat ne sont pas toujours suffisantes pour permettre aux juges de se prononcer. Il s'avère ainsi nécessaire de prendre en considération les autres clauses afin de mesurer leur influence sur le sort du contrat. Cela ne contredit pas la hiérarchisation existante entre les obligations mais permet de vérifier la propension des clauses à être toutes porteuses d'effets juridiques. Le recours à la classification fonctionnelle des clauses doit dès lors permettre de mettre en lumière l'unité des clauses tant pour la qualification du contrat (§1) que pour le choix de la loi et de la juridiction compétente (§2).

§1 : L'unité des clauses au service de la qualification du contrat

481. Pour qualifier un contrat, le juge analyse dans un premier temps, généralement considéré comme suffisant, les obligations principales mises à la charge de chaque partie. Cette opération fondamentale détermine l'application du régime juridique propre à tel ou tel contrat « nommé ». Toutefois, l'appréciation ultérieure de l'économie générale du contrat a permis de démontrer l'homogénéité de valeur entre toutes les clauses du contrat. Si en présence de contrats nommés, l'examen des obligations principales suffit généralement à rendre leur exacte qualification (A), certaines conventions et contrats innomés ou *sui generis* sont créés pour répondre à des besoins de la pratique, mais aussi parfois pour contourner les règles contraignantes commandées par l'ordre public. L'examen des obligations principales n'est alors plus suffisant. En présence de contrats donnant naissance au même type d'obligation, l'influence des clauses d'aménagement des prestations permet de mesurer l'importance des clauses non-obligationnelles sur la qualification du contrat (B).

A) L'influence des clauses obligationnelles

482. Primauté des clauses obligationnelles. Dans l'exercice de son pouvoir de qualification ou de requalification du contrat, le juge analyse l'opération contractuelle à travers les obligations principales des parties. Chaque contrat étant composé des obligations

qui lui sont propres, sa qualification dépend naturellement de celles assumées par chacune des parties. Comme nous avons pu le voir, les juges du fond adoptent une qualification unitaire en présence d'un contrat simple, substituant parfois à cette méthode une qualification soit mixte, soit *sui generis* en présence de contrats complexes. Quel que soit le type de contrat ou la méthode de qualification utilisée, la grande majorité des manuels universitaires prône un examen par les juges des seules obligations principales et parfois accessoires mises à la charge des parties. Dans les hypothèses les plus simples, les clauses renfermant les obligations essentielles suffisent à identifier la nature du contrat. En présence de contrats complexes, les juges vont également examiner l'ensemble des obligations pour tenter soit de les hiérarchiser et ainsi aboutir à une qualification unique du contrat, soit de les traiter de façon éclatée¹⁰⁶⁵ si leurs finalités et leurs effets sont trop différents pour donner lieu à une qualification unitaire.

483. Clause de non obligation. Outre la vérification par le juge de l'existence d'obligations légalement ou jurisprudentiellement exigées et correspondant à une qualification particulière du contrat, c'est parfois l'absence d'une obligation exigée qui va conduire le juge à requalifier le contrat bien que tous les autres éléments requis soient présents. Ainsi, le contrat de bail dans lequel figure une clause dispensant le preneur de payer le loyer entraîne la requalification du contrat en contrat de prêt. De même, la non obligation de payer le prix en matière de vente entraîne la requalification du contrat en donation.

L'exemple le plus cité, mais à la fois le plus significatif, réside dans la requalification du contrat de dépôt en simple contrat de location¹⁰⁶⁶. En effet, si le propriétaire d'un garage se contente de procurer la simple jouissance du local à un automobiliste, le contrat ainsi formé doit être analysé comme une simple location. En revanche, si le propriétaire du garage assume en supplément une obligation de garde, le contrat doit alors revêtir la qualification de contrat de dépôt. Certes, cette obligation de garde est présumée si le contrat de garage est proposé par un professionnel. Néanmoins, il est très fréquent que les tickets de stationnement soient porteurs d'une mention déclinant toute responsabilité en matière de dommages, de vols, quels qu'ils soient. Par une telle clause, il est alors exclu toute obligation de garde. Bien qu'elle contredise l'obligation fondamentale du contrat, elle n'est pas nulle pour autant. Elle aboutit

¹⁰⁶⁵ A travers une qualification soit mixte, chronologique ou exclusive, soit *sui generis*.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ. 3^{ème} 26 octobre 1977 n°76-11155, *Bull. civ.* III n°362, *RTD civ.* 1978, n°3 p.670 obs. G. Cornu ; R. Rodière, Dépt salarié ou location d'emplacement, *BT* 1978 p.363.

seulement à disqualifier le contrat. Il n'y a alors plus de dépôt mais simplement un contrat de stationnement assimilé à un contrat de bail.

484. Clause exclusive de responsabilité. Aussi, les juges ont tendance à assimiler la clause de non obligation avec une clause exonératoire de responsabilité¹⁰⁶⁷ aux regards de leurs effets. Restant sur ce dernier exemple, la clause par laquelle un exploitant stipule qu'il n'exercera ni droit de garde, ni droit de dépôt n'est pas une limitation de sa responsabilité mais plutôt un allègement de son obligation. Cette distinction, certes délicate mais essentielle doit ici encore être rappelée. La clause qui limite ou exclut la responsabilité ne doit cependant pas être confondue avec celle qui délimite l'obligation du débiteur¹⁰⁶⁸. Une chose est d'exclure sa responsabilité en cas d'inexécution de son obligation, une autre est d'exclure son obligation dès la formation du contrat. En effet, le contrat de dépôt existe si celui qui a reçu la chose a accepté de la garder, de la surveiller ou de l'entretenir, ou si une obligation de garde est mise à sa charge à titre principal. Si tel n'est pas le cas en raison de l'aménagement contractuel prévu entre les parties, l'exploitant n'est alors ni un gardien, ni un dépositaire. Ne s'étant engagé à assurer ni la garde, ni la surveillance des véhicules, la qualification de garde ou de dépôt ne peut alors être retenue. Les clauses de non obligation et de non responsabilité produisent certes le même résultat en l'espèce, mais la distinction doit être maintenue eu égard à la différence de leurs fonctions et de leurs régimes précédemment démontrés.

Dès lors, seules les clauses créant ou supprimant une obligation semblent déterminantes dans la qualification du contrat et de là, dans le choix du régime juridique applicable. Pourtant, d'autres clauses du contrat sont analysées par les juges¹⁰⁶⁹. Des indices matériels, tant quantitatifs que qualitatifs, et tout à fait objectifs, peuvent également influencer la qualification du contrat. Cet examen souvent considéré comme secondaire, et relégué au second plan par les juges, permet pourtant de démontrer que toutes les clauses gravitant autour des obligations principales sont concernées, principalement celles porteuses d'une normativité contractuelle non obligationnelle et ayant pour fonction d'aménager l'exécution

¹⁰⁶⁷ N. Dion, Responsabilité d'un parc de stationnement automobile à la suite d'une inondation, *D.* 1995 p.214.

¹⁰⁶⁸ V. *supra* n°157.

¹⁰⁶⁹ Ainsi, les obligations ne peuvent s'affirmer comme les seuls éléments déterminants de la qualification du contrat. Au lieu de négliger ce qui peut sembler secondaire, ce qui peut effectivement être tenu « *pour la règle d'une civilisation grossière et primitive* », on se propose de considérer que rien ne l'est dans le contrat, puisque toute clause participe à son exécution : R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. XII par R. Rodière 1952 n°182.

du contrat. Le recours à la notion d'économie du contrat peut être utilisé pour parfaire l'opération de qualification ou de requalification.

B) L'influence des clauses d'aménagement des prestations

485. Les clauses d'aménagement du rapport obligationnel. Parmi les clauses composant l'économie générale du contrat, les clauses d'aménagement du rapport obligationnel, et plus particulièrement celles dont la fonction est d'aménager les conditions et modalités d'exécution du contrat, constituent de véritables indicateurs de la qualification du contrat. L'illustration la plus évidente peut être prise à travers la proximité entre deux sûretés personnelles que sont le cautionnement et la garantie autonome¹⁰⁷⁰. Cette distinction a précédemment été utilisée¹⁰⁷¹ pour présenter les mentions légalement imposées ou le vocabulaire nécessaire à une formulation rigoureuse mais non aux regards des différentes clauses susceptibles d'aménager leurs modalités d'exécution. Ces deux formes de garantie¹⁰⁷² donnent naissance au même type d'obligation, à savoir payer une somme d'argent. Elles poursuivent également un objectif identique, à savoir garantir l'obligation issue d'un autre contrat. Ainsi, il est indispensable d'analyser les clauses satellites aux obligations. Les juges vont s'attacher à rechercher s'il n'existe pas de lien de dépendance entre la dette du garant et celle du débiteur, à défaut de quoi ils concluront à un cautionnement. Selon leur étendue et leur intensité, les modalités d'exécution du cautionnement peuvent faire varier la qualification d'un tel engagement et conduire les juges à dénoncer l'existence d'un cautionnement déguisé en garantie autonome¹⁰⁷³. Ainsi, ils font de la stipulation expresse d'inopposabilité des exceptions un élément de qualification¹⁰⁷⁴. Le caractère accessoire de la convention se

¹⁰⁷⁰ Nées de la pratique commerciale internationale, les garanties autonomes ont permis d'assurer aux praticiens ce que le cautionnement n'était plus en mesure de leur « garantir », à savoir un paiement automatique et une plus grande sécurité. Or, c'est davantage la mise en place progressive d'un régime protecteur des cautions, à travers la construction de la théorie de l'erreur de la caution et de l'obligation d'information, qui a rendu inévitable le recours aux garanties autonomes dans l'ordre interne.

¹⁰⁷¹ V. *supra* n°34 p.33, n°53 p.50, n°407 p.327 et spéc. n°485 p.383.

¹⁰⁷² M-H. Maleville, Le point sur la confusion entre cautionnement et garanties autonomes, *JCP E* 18 juillet 2002, n°29, 1117.

¹⁰⁷³ Cass. com. 13 décembre 1994 n°92-12626, *Rép. Nat. Defrénois* 30 mars 1995, n°6 p.415 note L. Aynès ; *D.* 6 avril 1995, n°14 *jurisp.* p.209 *rapp.* Le Dauphin note L. Aynès.

¹⁰⁷⁴ Cass. com. 19 juin 2001 n°98-16727, Cass. com. 19 avril 2005 n°03-16330 ; Cass. com. 19 septembre 2006 n°04-19054 ; *LPA* 30 juillet 2010, n°151 p.10 note G. Piette ; Ex de rédaction : « L'obligation souscrite aux termes de la présente garantie est juridiquement autonome de l'obligation garantie. Le garant ne pourra donc opposer au bénéficiaire aucune exception tirée des rapports entre celui-ci et le donneur d'ordre. La modification, l'altération ou la disparition des liens de droit ou de fait liant le donneur d'ordre au bénéficiaire n'affecteront ni l'engagement du garant au titre de la présente garantie, ni ses limites et conditions d'application ». Cass. com. 2

singularisant par sa dépendance à l'obligation de garantie est également scruté. Tout engagement ne répondant pas à ce critère doit faire l'objet d'une requalification, soit en garantie autonome si l'engagement de la banque est plus fort qu'une simple caution, la banque s'engageant à payer « à première demande », soit en lettre de confort si le débiteur s'engage en deçà de ce qu'impose le cautionnement. En revanche, l'insertion dans une garantie autonome d'une clause stipulant que le garant s'engage irrévocablement et inconditionnellement à effectuer le paiement dès la première demande du bénéficiaire n'est pas suffisante¹⁰⁷⁵. Elle contribue seulement à alimenter le faisceau d'indices contractuels permettant au juge de déceler la vraie qualification de l'acte. L'indication de la somme que s'engage à payer le garant est également essentielle. La somme due par le garant, d'un montant parfaitement égal à celui des engagements du donneur d'ordre, constitue un premier indicateur.

Dans ce même ordre d'idées, la requalification du contrat locatif en bail commercial, destinée à enrayer toute fraude visant à priver le locataire du bénéfice du statut des baux commerciaux, peut être effectuée grâce à la prise en considération des clauses d'aménagement contractuel. Tel peut être le cas lorsque le paiement des charges s'effectue selon un décompte annuel et que le loyer, même modique, fait l'objet de révisions correspondant à la révision triennale des baux commerciaux.

486. Les clauses d'aménagement relationnel. Or, parmi la catégorie des clauses d'aménagement des prestations, les clauses déterminant la nature des relations et établissant de véritables normes de comportement, peuvent également se révéler être de précieux indices de qualification et conduire à une requalification du contrat. La superposition de directives de comportement adressées au franchisé offre une illustration récente¹⁰⁷⁶ de leurs effets. En

février 1988 n°85-17276, *Gaz. Pal.* 1988 somm. p.252 note A. Piedelièvre ; *D.* 1988 somm. p.239 note M. Levasseur ; *D.* 1988 somm. p.274 note L. Aynès ; Cass. com. 22 mai 1991 n°89-19697, *Gaz. Pal.* 5 octobre 2001, n°278 p.2 note R. Rogowicz ; *D.* 1992 somm. p.233 note M. Vasseur.

¹⁰⁷⁵ Cass. com. 8 oct. 2003 n° 01-10144, *Rev. dr. fiscal* 13 juillet 2006, n°28 p.1398 : le garant s'engageait à «effectuer à première demande le versement d'une somme prédéterminée, de manière inconditionnelle et irrévocable, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit». La Cour de cassation requalifie en cautionnement, au motif que l'engagement du garant était dégressif en fonction des remboursements effectués par le donneur d'ordre et portait, à concurrence de la somme garantie et restée non remboursée, sur les sommes dont le donneur d'ordre était débiteur.

¹⁰⁷⁶ Cass. soc. 18 janvier 2012 n°10-16342 et 10-23921, « mais attendu que la Cour d'appel a retenu que la société Fiventis avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à M.X... des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, que, transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie et qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction ; qu'en l'état de ces constatations, elle a

présence de clauses définissant avec rigueur les relations devant s'établir entre un franchisé et ses clients, la Cour de cassation n'hésite pas à approuver la requalification du contrat de franchise en un contrat de travail. Certes, les contrats de franchise prévoient toujours un certain nombre de contraintes pour le franchisé, nécessaires à l'homogénéité et au bon fonctionnement du réseau. Toutefois, ces contraintes ne doivent pas tendre à déséquilibrer le contrat et à donner une prééminence trop importante au franchiseur. En effet, dès lors que les stipulations du contrat de franchise imposent des directives de comportement détaillées à l'encontre du franchisé, conduisant à le priver de toute autonomie dans la gestion de sa clientèle et des prix pratiqués, il se mue alors en un agent d'exécution. La révélation à travers les clauses d'aménagement relationnel de l'existence d'un lien de subordination entraîne alors la requalification du contrat de franchise en contrat de travail ou encore en contrat de gérance de succursale.

487. Les clauses informatives. L'importance des clauses d'aménagement du rapport contractuel et relationnel dans la qualification du contrat, trop souvent oubliée par les juridictions, est inévitablement associée à une rédaction adaptée des stipulations du contrat. Dans cette perspective, les clauses informatives, ou formalisant l'objet du contrat, exercent également un rôle déterminant dans l'opération de qualification. Etrangères à tout effet obligationnel du contrat, elles ne sont pas moins révélatrices de la nature innomée ou *sui generis* de certains contrats. La convention d'occupation précaire¹⁰⁷⁷ fait parfaitement valoir la portée de ces clauses. Issue de la pratique, elle se définit comme le contrat par lequel les parties manifestent leur volonté de ne reconnaître à l'occupant qu'un droit de jouissance précaire moyennant une contrepartie financière modique. Aucun texte particulier ne la régissant, la jurisprudence a admis sa validité si la précarité se justifiait par un motif d'intérêt légitime indépendant de la volonté des parties¹⁰⁷⁸. Le juge se doit alors de rechercher dans les

pu en déduire, sans être tenu de considérer que les sociétés JPB conseils et JPB courtage avaient un caractère fictif, que M. X... se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société Fiventis, caractérisant un contrat de travail » ; V. Cass. soc. 30 novembre 2011 n°06-43497 et 06-3498.

¹⁰⁷⁷ C. Grimaldi, Précisions sur la validité des conventions d'occupation précaire, *RDC* avril 2010, n°2 p.678 ; V. également C. Roy-Loustaunau, Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux, *RTD com* juil-sept 1987 p.333.

¹⁰⁷⁸ Cass. civ. 3^{ème} 20 juin 1979, *JCP G* 1979, III, 286 : occupation d'un immeuble voué à démolition ; CA Reims 14 septembre 1988, *Loyer et copro.* 1989 comm. 172 ; CA Caen 14 avril 2005 *JCP G* 2005 IV, 2868 cas d'expropriation ; dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente avant la levée de l'option : CA Versailles 16 février 1989, *Loyers et copro.* 1989 comm. 425 ; E. Calveyra et M. Tournois, La qualification du bail dérogatoire en bail soumis au statut des baux commerciaux, *Gaz. Pal.* 5 août 2008 n°218 p.6 ; Par ailleurs, elle peut être

clauses du contrat s'il existe une volonté claire et non équivoque, exprimée par le bailleur et par le preneur, de déroger au statut relatif aux baux commerciaux¹⁰⁷⁹.

La clause objet du contrat, désignée par le regretté Professeur Mousseron clause « opération-objet¹⁰⁸⁰ », se révèle ici comme l'élément déterminant de la qualification des conventions d'occupation précaire. Généralement contenue dans le préambule et dépourvue de toute force obligationnelle, elle doit dès lors préciser avec la plus grande clarté le motif objectif de précarité, indispensable à caractériser la convention.

Les obligations principales du contrat ne sont donc pas les seuls éléments déterminants de la qualification du contrat. Les clauses du contrat, porteuses de l'économie générale du contrat sont toutes susceptibles d'en révéler la qualification. L'importance des clauses gravitant autour des obligations essentielles, et la cohérence qu'elles génèrent au sein du contrat, se vérifie également dans la recherche de la loi du contrat.

§2 : L'unité des clauses au service de la détermination de la loi du contrat

488. Les principes retenus par la Convention de Rome du 19 avril 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁰⁸¹, ainsi que le règlement Rome I du 17 juin 2008 constitueront un angle d'étude privilégié. C'est principalement sur ce second texte¹⁰⁸², représentant le droit commun pour les états européens signataires, que se baseront nos développements. Le premier de ces principes est celui de l'autonomie de la volonté, permettant aux parties de choisir la loi¹⁰⁸³ et la juridiction compétentes¹⁰⁸⁴ par la consécration de la loi d'autonomie (A). Or, c'est principalement en l'absence de choix des parties que le

distinguée du bail dérogatoire pour lequel il n'est pas obligatoire d'explicitement les raisons qui expliqueraient la brièveté du bail.

¹⁰⁷⁹ D. Bureau, *L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat*, in Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum, Defrénois 2005 p.125.

¹⁰⁸⁰ J-M Mousseron, J. Raynard et J-B. Seube, *Technique contractuelle*, op. cit. n°585 p.247.

¹⁰⁸¹ Convention de Rome, n°80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁰⁸² Le règlement (CE) n°593-2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome I » (JO de l'UE 4 juillet 2008), entré en vigueur le 20^{ème} jour après sa publication et applicable, à une réserve près, à partir du 17 décembre 2009 (art. 29) « aux contrats conclus après le 17 décembre 2009 (art. 28) ; certains contrats spécifiques lui échappent néanmoins comme ceux ayant trait au droit de la famille. En matière de lettre de change, de chèques ou de billets à ordre pour lesquels existent des conventions de Genève. Les conventions d'arbitrage ou les accords d'élection de for sont quant à eux prévus par l'article 17 de la convention de Bruxelles de 1968 puis le règlement « Bruxelles I » du 22 décembre 2000.

¹⁰⁸³ J-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz 2010, 2^{ème} éd. n°343 p.202 et s. ; Th. Vignal, *Droit international privé*, Dalloz Université 2011, 2^{ème} éd. n°94 p.65.

¹⁰⁸⁴ J-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, op. cit. spéc. n°926 p.713 et s.

rôle des clauses peut être relevé. En effet, la recherche de la loi applicable passe par un examen minutieux de l'économie générale du contrat. Le juge se doit alors de prendre en compte de nombreuses clauses du contrat, justifiant ici encore la portée des clauses de normativité non obligationnelles et le nivellement de leur valeur dans l'appréciation de l'économie générale du contrat (B).

A) La consécration de la loi d'autonomie

489. Clarification de la loi d'autonomie. Les principes de droit romain¹⁰⁸⁵ ont, durant très longtemps, été appliqués en marge de la notion même de conflit de lois. Ainsi, durant le moyen âge, le lieu de conclusion du contrat (*lex loci actum*) a permis de déterminer la loi du contrat. Ce n'est qu'au XVIème siècle que Charles Dumoulin dégagea la loi d'autonomie dans sa célèbre consultation aux époux de *Ganey*. Mais, il aura fallu attendre le début du XXème siècle pour assister à sa pleine et entière consécration. Ce n'est qu'en 1910 que le principe de la loi d'autonomie en matière contractuelle fut affirmé avec plus de netteté par la Cour de cassation. Selon le célèbre arrêt *American trading*¹⁰⁸⁶, « *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 adopté ; [...] 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* ». Toutefois, une importante clarification fut apportée par les décisions suivantes, et particulièrement par l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation en date du 6 juillet 1959, plus communément appelé arrêt des Fourrures Renel¹⁰⁸⁷. À cet égard, la Cour précise que « *la loi applicable aux contrats en ce qui concerne leur formation, leurs contributions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptés ; 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* ». L'analyse par la doctrine de cette dernière décision a permis de mettre en lumière plusieurs évolutions. L'abandon de la présomption en faveur de la loi de conclusion du contrat, accompagné de la renonciation de la spécialisation de la nationalité différente, tout comme l'abandon de la référence à la volonté implicite peuvent, pour les besoins de notre étude, être

¹⁰⁸⁵ P. Francescakis, *Droit naturel et droit international privé*, in Mélanges offert à Jacques Maury, Paris 1960 p.138.

¹⁰⁸⁶ Cass. civ. 5 décembre 1910, S 1911.1.129, *Rev. DIP* 1911.395, note Lyon-Caen ; *Clunet* 1912. 1156.

¹⁰⁸⁷ Cass. civ. sect. 1^{ère} 6 juin 1959, *arrêt préc.*

remarqués. En effet, cette décision a eu le mérite de clarifier l'application de la loi d'autonomie, jusqu'ici source de plusieurs ambiguïtés. Dès lors, soit les parties ont expressément choisi la loi applicable à leur contrat et celle-ci doit alors être respectée, soit les parties n'ont pas formulé de choix exprès et les juges désignent alors la loi applicable après avoir examiné « *l'économie de la convention et les circonstances de la cause* ». Batiffol voyait 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*¹⁰⁸⁸ ».

490. Clauses de choix de for. Cette vision est alors transposable aux clauses de choix de for. Qu'elles portent sur le choix d'un juge étatique étranger ou sur celui d'un arbitre, ces clauses contractuelles revêtent une importance pratique considérable car elles visent à assurer la détermination de l'autorité compétente. À ce titre, elles participent donc pleinement de l'économie du contrat international¹⁰⁸⁹, au point que la proposition du règlement Rome I fait même d'une clause de prorogation de juridiction étatique une présomption de choix de la loi du for élu¹⁰⁹⁰. Ainsi, le contrat est régi par la loi et la juridiction choisies par les parties. Or, ce choix doit être exprès¹⁰⁹¹ ou résulter de façon certaine des stipulations du contrat ou des circonstances de la cause.

491. Internationalité du contrat. La singularité que présente le jeu du principe d'autonomie par rapport aux autres règles de conflit tient à ce que son application est conditionnée à la vérification du caractère international des situations qu'il régit. Cette exigence, quasi unanime de la doctrine¹⁰⁹², entérine ainsi l'exclusion de tout contrat interne

¹⁰⁸⁸ Art. préc. p.712.

¹⁰⁸⁹ Cass. civ. 12 juillet 2001 n°98-21591, *DMF* 2001.216 note Ph. Delebecque : « l'insertion d'une clause attributive de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci ».

¹⁰⁹⁰ P. Lagarde, Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *Rev. crit. DIP* 2006.331 et spéc. p.335.

¹⁰⁹¹ Par ce choix les parties sont donc libres de désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

¹⁰⁹² C. Curti-Gialdino, La volonté des parties en droit international privé, *Rec. Cours La Haye* 1972 t. 137 p.854 et s. ; J-M Jacquet, *Principe d'autonomie et contrat internationaux*, *Economica* 1983 ; J-Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, *Economica* 1992, n°127 p.130 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ 1993 8^{ème} éd. n°575 ; Th. Vignal, *Droit international privé*, Dalloz Université 2011, 2^{ème} éd. spéc. n°423 p.253 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz 2013, 10^{ème} éd. spéc. n°5 et s. p.5 et s., n°243 p.232 et s.

relevant du droit du for ou d'un droit étranger. Bien que tardivement affirmé, la Cour de cassation a alors exigé que le contrat soit « *objectivement international*¹⁰⁹³ » afin de pouvoir recourir au jeu du principe d'autonomie. Un contrat est donc international « *quand par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique* ». Par cette solution retenue dans les conventions de La Haye du 15 juin 1955 et du 22 décembre 1986, il s'agissait d'éviter qu'à travers la loi applicable désignée par les parties, celles-ci ne soient tentées de profiter de cette faculté pour soustraire leur contrat aux dispositions prohibitives de leur droit interne. Elles pouvaient en effet créer artificiellement une situation constitutive d'un conflit de lois, par le choix d'une loi ou d'un for étranger¹⁰⁹⁴. La convention de Rome, applicable à toutes les situations comportant un conflit de lois, apporte quant à elle une certaine nuance à cette solution.

492. Des dispositions impératives protectrices. Une précision est apportée en son article 3 paragraphe 3 stipulant que « *le choix pour les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un droit étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives*¹⁰⁹⁵ ». Il en ressort que l'application de la convention n'est pas réservée aux contrats pluri-localisés. Les contrats dont tous les éléments de la situation sont localisés dans un même pays sont néanmoins soumis aux règles impératives de ce dernier. Dès lors, si auparavant le choix des parties pouvait plus facilement dissimuler un choix frauduleux, encore appelé choix « *de fantaisie* » selon l'expression de Goldman, aujourd'hui, le règlement Rome I laisse peu de place à la fraude. Il n'y a donc pas lieu de craindre que le choix des parties soit dicté par l'intention frauduleuse d'éluder les dispositions impératives du système juridique auquel le contrat se rattache par tous ces éléments objectifs, puisque ces dispositions sont en tout état de cause applicables. De plus, le dépeçage entre plusieurs lois semble

¹⁰⁹³ Cass. civ. 1^{ère} 4 novembre 1981 n°79-15656, *JCP G* 1982, IV p.30.

¹⁰⁹⁴ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse Paris 2, LGDJ 1996, n°480 p.288 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica 2013, 7^{ème} éd. n°126 et s. p.117 et s. ; M-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ 2013, 4^{ème} éd. n°157 p.121.

¹⁰⁹⁵ Il semble ainsi justifié d'entendre par « dispositions impératives » les règles qui présentent ce caractère en droit interne alors que les dispositions internationalement impératives sont appelées dans la convention « lois de police » Art.7.

désormais possible¹⁰⁹⁶. En effet, selon les dispositions de Rome I, rien n'interdit de choisir une loi sans lien avec l'opération menée, ni de changer la loi désignée¹⁰⁹⁷.

Par ailleurs, la mise en avant de l'ordre public, au sens international du terme ne peut qu'exceptionnellement écarter le choix des parties dans la mesure où le mécanisme de l'éviction de la loi retenue ne peut être mis en œuvre qu'en présence d'un choix fortement contraire à des principes fondamentaux ou à une politique nationale jugée essentielle. Ainsi, l'intangibilité du choix par les parties de la loi applicable ou du for permet de mesurer l'influence de l'insertion d'une clause d'*electio juris*, attributive de juridiction ou compromissaire dans le contrat.

Néanmoins, le problème se pose lorsque les parties n'ont pas précisé de telles clauses dans leur contrat. Il est alors nécessaire d'analyser l'ensemble des clauses du contrat afin d'évaluer, à travers l'économie générale qu'elles constituent, leur implication et leur portée dans la détermination de la loi applicable.

B) La révélation de l'unité des clauses à travers la *lex contractus*

493. Le recours à l'économie générale du contrat. Il n'est de réelle difficulté que lorsque les parties ont omis de se prononcer sur ces questions. En pareil hypothèse, les juges se doivent d'analyser le contrat en dépit du silence gardé par les parties. Ignorant quel aurait été le choix des parties, les juges se référaient auparavant à la volonté qui aurait été celle d'un homme raisonnable. Or, cette recherche pour le moins teintée de divination n'aboutissait qu'à une découverte hypothétique de la volonté des parties. L'arrêt *Fourrures Renel* s'inscrit dans une démarche plus pragmatique et réaliste, marquant ainsi une rupture avec la recherche de la volonté implicite des parties et principalement avec les éléments permettant alors aux juges de justifier leur position. La référence à l'économie de la convention devait permettre de réduire l'insécurité juridique résultant de l'appréciation judiciaire et des extrapolations auxquelles les juges devaient parfois avoir recours pour se prononcer. Cette quête de rationalité commande dès lors une analyse plus approfondie des clauses du contrat ainsi que du contexte de l'opération contractuelle. Certes, la recherche de la volonté des parties à laquelle les tribunaux affirmaient procéder en l'absence de clause d'*electio juris* était déjà

¹⁰⁹⁶ Art.1.

¹⁰⁹⁷ Art.3.2.

fondée sur la considération des liens objectifs qui unissaient le contrat aux ordres juridiques¹⁰⁹⁸ en conflit. Cependant, elle ne faisait pas directement référence à l'économie générale du contrat et donc aux clauses entourant les obligations en cause. À cet égard, le concept d'économie du contrat puise son objectivité dans les éléments et indices contractuels qui, pris isolément, sont parfaitement dépourvus de signification mais qui, réunis et convergents, sont de nature à conduire à la désignation de la loi applicable et du for compétent.

Néanmoins, les éléments de fait et indices contenus dans les clauses du contrat ne sont pas quantifiables, ni même strictement identifiables. La nature juridique ou l'objet d'un contrat litigieux, le lieu de son exécution, le lien qu'il possède avec d'autres contrats¹⁰⁹⁹, la référence d'une clause de garantie « aux lois françaises¹¹⁰⁰ », à la monnaie¹¹⁰¹ de paiement du contrat, sont autant d'indices révélateurs de la loi et de la juridiction auxquelles le contrat doit être rattaché. Ces indices sont directement liés à la fonction socio-économique du contrat international. Toutes les clauses du contrat sont donc susceptibles de contenir des indices objectifs et doivent à ce titre être appréciées sur le même pied d'égalité.

494. Appréciation de la prestation caractéristique. Cette position se vérifie tout d'abord à travers les dispositions du règlement Rome I relativement à la loi applicable. En effet, outre les réponses ponctuelles apportées pour chaque type de contrat, l'article 4 du règlement fait dans un premier temps prévaloir la loi du pays dans lequel la partie devant fournir sa prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Contrairement à la convention de Rome¹¹⁰², c'est seulement dans un second temps qu'il est fait référence à la loi du pays avec

¹⁰⁹⁸ V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, préf. De P. Lagarde, GLN éd. 1990, n°152 p.81 s. et spéc. n°592 p.263 et s.

¹⁰⁹⁹ Cass. civ. 2 juillet 1946 n°95-21631.

¹¹⁰⁰ Ex d'une clause mentionnant dans un contrat de cession de brevet français passé entre parties allemandes et dans lequel il était indiqué que la cession était réalisée « sans garanties autres que celles accordées par les lois françaises ».

¹¹⁰¹ Cass. com. 19 octobre 2010 n°09-69246, *RLDC* décembre 2010, n°77 p.11 note A. Paulin ; *RDC* juillet 2011 n°2011/3 p.935 note J-B. Racine ; *Dr. & Pat* décembre 2011, n°209 p.89 note M-E. Ancel ; Cass. com. 8 mars 2011 n°09-11751, *RD. banc. et fin.* mai 2011, n°3 p.55 note D. Legeais.

¹¹⁰² Dans la convention de Rome, tout repose sur l'article 4 §1 qui impose de recourir avant tout au critère des liens les plus étroits : « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits [...]. Pour préciser ce critère, le §2, 3 et 4 contiennent des présomptions de liens les plus étroits. Enfin le §5 contient une clause d'exception permettant d'écarter les présomptions « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

lequel le contrat présente les liens les plus étroits¹¹⁰³. Or, à l'instar « *des liens les plus étroits* » la notion de prestation caractéristique nécessite également la prise en considération de l'ensemble des clauses contractuelles. En effet, les auteurs¹¹⁰⁴ s'accordent pour la définir comme la prestation permettant de distinguer un contrat d'une autre nature. La question est donc de déterminer pour chaque contrat ce qu'est la prestation caractéristique. Il s'agit de la prestation qui, en dehors de l'obligation de paiement atypique, caractérise le contrat ou, autrement dit, permet de le qualifier. La prestation caractéristique n'est pas officiellement définie dans la convention ou le règlement mais elle doit être entendue selon les interprètes les plus spécialisés, comme la « *prestation pour laquelle le paiement est dû* ». Or, il a été précédemment démontré que les clauses porteuses d'obligations ne sont pas les seules à interférer sur la qualification du contrat. La découverte de la prestation caractéristique recèle également des indices objectifs permettant de déterminer l'intérêt des parties. On retrouve donc, ici encore, des éléments de qualification puisés dans toutes les clauses du contrat exprimées à travers l'économie générale du contrat.

495. Dimension économique. Il convient, par ailleurs, de ne pas négliger l'aspect économique de la relation contractuelle, et donc de la prestation caractéristique. L'économie du contrat, incluant la dimension économique de l'opération à travers son appréhension tant des termes du contrat que de son contexte, permet dans une moindre mesure de déceler la prestation caractéristique, et à plus forte raison les liens les plus étroits, relevant de la pleine expression des clauses porteuses d'une normativité non obligationnelle. En matière de conflit de juridiction, les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires ont une portée essentielle dans le choix du *for*. Cependant les autres clauses constitutives de l'économie de la convention ne doivent pas pour autant être oubliées. Cette analyse permet de mettre en avant le rôle de l'économie générale du contrat dans la détermination de la loi et le choix de la juridiction compétente, révélant ainsi l'importance et la valeur commune devant être attribuées aux clauses du contrat. Toutes se révèlent porteuses de la cohérence contractuelle devant régner au sein d'un même contrat.

¹¹⁰³ Règlement Rome I : Art. 4 §3 : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». §4 : « Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

¹¹⁰⁴ T. Azzi, La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I, *D.* 11 septembre 2008, n°31 p.2169 ; H. Gaudemet-Tallon, Le nouveau droit international privé des contrats, *RTD Euro* 1981 p.215 spéc. p.248.

Conclusion du chapitre II

496. Une cohérence d'ensemble. Le contrat est une identité constituée de plusieurs éléments distincts que sont les clauses. L'accent fut mis ici sur les clauses du contrat de travail et, particulièrement, sur la non attribution du caractère contractuel à certaines d'entre elles. L'exemple de la localisation géographique ou des clauses de mobilité est caractéristique de la position discrétionnaire de la jurisprudence. Or, les clauses renfermant des effets juridiques doivent toutes revêtir un caractère contractuel car elles contribuent à encadrer l'exécution du contrat pour parvenir à la finalité recherchée. Insérées dans un même document, les clauses n'ont de sens que si elles sont appréhendées les unes par rapport aux autres. Sans s'effacer, les particularités de chaque clause doivent alors s'accorder pour constituer une unité donnant au contrat son véritable esprit et son identité. Ce rapprochement des clauses et la mutualisation de leurs effets permettent de dégager une impression d'ensemble, intuitive à la lecture du contrat, et formant l'économie générale de ce dernier. Cette notion, souvent critiquée par les auteurs, a le mérite d'incarner l'articulation et la cohérence devant résulter de l'addition des clauses du contrat. La souplesse de sa définition et son rayonnement, tant sur les termes du contrat que sur leur but économique, se justifient alors par la singularité de chaque contrat.

497. Un ensemble cohérent. L'économie générale du contrat, ainsi formée par les clauses du contrat, transcende la portée individuelle de chacune d'elles pour se fondre dans l'unité contractuelle représentée par le contrat. Dès lors, une clause en contradiction avec l'économie générale doit être écartée au profit de la cohérence du contrat. Prenant sa source dans l'effet général créé par l'ensemble des clauses, l'économie du contrat s'élève au-dessus de ces dernières pour constituer une seule entité et peut alors s'opposer à la volonté des parties exprimée à travers une clause particulière. Réunissant ainsi tant les clauses obligationnelles que les clauses satellites, identifiées grâce à la classification fonctionnelle, l'économie du contrat permet de mettre en évidence l'importance de toutes les clauses créatrices d'effets juridiques au sein du contrat. Cette affirmation peut être vérifiée et confirmée à travers les orientations du contrat au sommet desquelles se trouvent sa qualification et le choix de la loi ou des lois auxquelles il se rattache. En démontrant que les clauses non-obligationnelles ont un rôle à jouer et peuvent interférer sur la qualification du contrat ou le choix de la loi

applicable, on justifie ainsi de l'unité créée et de l'harmonisation de la valeur des clauses devant en résulter.

Cette démonstration permet alors de renforcer l'affirmation selon laquelle toutes les clauses du contrat contribuent à l'appréciation de son économie générale. Or, parmi ces clauses répertoriées dans les différentes catégories fonctionnelles, certaines d'entre elles présentent selon la doctrine un caractère autonome. Il convient dès lors d'examiner ces clauses et leurs particularités afin de vérifier si elles répondent au régime général commun aux clauses contractuelles proposé dans ce second titre.

TITRE II : AUTONOMIE DES CLAUSES CONTRACTUELLES

498. L'analyse structurelle des clauses prises isolément, ainsi que la détermination de la nature des liens existant entre les clauses d'un même contrat ont permis d'établir des règles fondées sur le rattachement des clauses au contrat qui les abrite. Or, si certaines clauses n'ont de raison d'être que par leur appartenance au contrat et à la cohérence résultant de l'unité ainsi formée, une particularité doit être reconnue aux clauses capables de survivre à la disparition du contrat. Ces clauses tendent à s'émanciper du contrat et gagnent juridiquement en autonomie. Très discutée au sein de la doctrine, l'autonomie des clauses désigne la qualité paradoxale de ces dernières à être dépendantes du contrat tout en pouvant exister hors de ses frontières. Le législateur et la jurisprudence ont depuis quelques années pleinement reconnu ce caractère qu'ils attribuent cependant à un nombre très limité de clauses et sans aucune précision sur la nature ou encore la fonction de ces clauses particulières. Seules les clauses transmissibles ou capables de produire leurs effets après l'extinction du contrat, au premier rang desquelles la clause compromissoire peut être citée, sont considérées comme autonomes. La doctrine connaît un fort engouement pour ces clauses que certains auteurs n'hésitent pas à distinguer résolument des autres clauses contractuelles, allant jusqu'à les élever à la qualification de contrat. La notion d'autonomie, choisie pour qualifier ces clauses fait ainsi l'objet de multiples interprétations. En effet, si le choix de ce terme ne résulte pas du hasard, il n'est pas certain que l'étendue de son rayonnement ait été exactement évaluée. D'abord adopté en matière internationale, le concept d'autonomie a très vite séduit la jurisprudence interne¹¹⁰⁵ et s'est propagé avec une célérité évidente. L'autonomie, sans la qualifier de « concept mou », est néanmoins susceptible de renfermer plusieurs sens. Non recensée dans le vocabulaire juridique, cette notion doit dès lors être appréciée par la définition donnée dans le langage courant et qui n'est pas sans laisser place à l'interprétation.

Du grec *autos*, soi-même, et *nomos* qui signifie loi, règle, l'autonomie se définit selon le Petit Robert par « *le droit pour un individu de se gouverner par ses propres lois. L'autonomie se caractérise ainsi par la capacité à choisir de son propre chef, sans se laisser dominer par certaines tendances naturelles ou collectives, ni se laisser dominer de façon servile par une*

¹¹⁰⁵ Cass. civ.1^{ère} 4 avril 2002 *arrêt préc.* ; V° notamment CA Paris 10 septembre 2003, *Rev. arb.* juillet 2004, n°3 p.623 L. Aynes

*autorité extérieure*¹¹⁰⁶ ». Entendue de façon stricte, elle signifierait une véritable indépendance des clauses vis-à-vis du contrat. Synonyme d'indépendance ou de divisibilité, l'autonomie peut alors s'analyser comme l'état d'une chose ou d'une personne sans relation avec une autre, que ce soit sur le plan matériel, moral, ou intellectuel. Cette interprétation, la plus à l'extrême de la définition conduit à militer pour une séparation franche entre le régime de la clause et le régime du contrat. Fréquemment rencontré dans des domaines tels que la sociologie, la médecine, la technologie, l'économie et inéluctablement la politique, le terme d'autonomie est alors utilisé avec davantage de nuances. En politique, l'autonomie est « *la possibilité, pour un territoire, un groupe ou une communauté, de s'administrer librement dans le cadre prédéfini d'une entité plus large régie par un pouvoir central. Ce droit est limité par la tutelle administrative ou constitutionnelle du pouvoir central*¹¹⁰⁷ ». Il existe donc, dans la définition de cette notion, un lien persistant entre l'élément considéré comme autonome et la puissance supérieure qui lui a généralement donné naissance, le laissant libre d'exercer certaines fonctions, sans pour autant établir une division nette entre eux. Aussi, au point de vue de l'analyse sociale, le terme d'autonomie correspond à « *la capacité à s'auto-suffire dans le sens strict ou à pouvoir s'autogérer dans le sens courant* ». Loin de notre sujet, ces considérations témoignent néanmoins du sens du mot et du maintien des liens entre la clause et le contrat qui lui a donné naissance. Dès lors, l'autonomie n'est synonyme ni de liberté absolue, ni d'isolement, ni d'indépendance totale, ni d'individualisme. Elle signifie être plus libre et non être libre. C'est une liberté limitée de choix. L'autonomie réclame l'existence de lois et la présence des autres. Rapporté au domaine des clauses, « les lois » peuvent être identifiées au contrat, véritable lois des parties, et « les autres » peuvent être perçus comme l'ensemble des clauses constituant le contrat.

Appliquée pour qualifier certaines clauses contractuelles, elle signifie que l'indépendance de ces dernières vis-à-vis du contrat peut être appréciée à différents degrés. Cette portée extensible de la notion d'autonomie a donné naissance à plusieurs courants doctrinaux appréciant, avec plus ou moins de rigidité les limites de ce concept. Eu égard aux manifestations recensées, et censées servir à la reconnaissance d'un caractère autonome de ces clauses, il n'apparaît pas vain de s'arrêter quelque peu sur le terme d'autonomie et sur la connotation qu'il véhicule dans l'esprit des commentateurs. En effet, cette recherche semble

¹¹⁰⁶ P. Robert, *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous dir. J. Rey-Debove et A. Rey éd. 2014 V° *Autonomie*.

¹¹⁰⁷ Dictionnaire de français, Larousse 2014 V° *Autonomie*.

d'autant plus justifiée que les hypothèses jurisprudentielles d'autonomie des clauses n'offrent pas une visibilité convaincante de sa signification, sauf à penser que l'utilisation de ce terme répond à un souci de communication, de séduction ou plus simplement dans la volonté des auteurs de susciter un sentiment d'interrogation et de curiosité chez leurs lecteurs. Or, il faut bien avouer que dans cette perspective le terme est parfaitement choisi. L'approfondissement de leurs effets doit alors permettre de proposer une définition de l'autonomie et d'expliquer la singularité de ces clauses. Seules les principales clauses autonomes faisant l'objet d'une attention particulière de la doctrine seront ici étudiées afin d'identifier les différences qu'elles peuvent présenter avec les clauses strictement dépendantes du contrat. Les spécificités de leur validité et de leur application devaient dès lors être identifiées par les indicateurs proposés. Toutefois, considéré à tort comme révélateurs de l'autonomie des clauses, le contrôle de légalité, désormais transposé aux clauses, leurs sanctions particulières, ou encore leurs conditions de validité dont la cause constitue le principal indicateur, poursuivent en définitive des objectifs différents et ne sont pas destinés à s'appliquer aux seules clauses autonomes. Néanmoins, l'analyse des indicateurs de l'autonomie des clauses (Chapitre I) menée comparativement avec les autres clauses du contrat permet de déterminer les conditions communes de validité à l'ensemble des clauses contractuelles. C'est alors seulement par la recherche et la traduction des effets produits par les clauses considérées qu'il est possible de saisir les caractéristiques propres à fonder leur autonomie. Les conditions et règles applicables aux clauses autonomes doivent dès lors être confrontées à celles régissant les autres clauses du contrat afin de conclure à l'absence d'un régime juridique propre aux seules clauses autonomes (Chapitre II).

Chapitre I : Les indicateurs de l'autonomie des clauses contractuelles

499. Forts d'exercer sur le contrat un contrôle de validité, de licéité, de moralité, ou encore de légalité, le législateur et la jurisprudence ne se contentent plus d'examiner le contrat selon sa seule nature. Les obligations essentielles qu'il renferme ne sont plus les seuls indicateurs offerts aux juges. La jurisprudence décline désormais son contrôle à certaines clauses contractuelles composant le contrat. Le contrôle de légalité est alors moins lié à la nature du contrat en cause qu'aux effets de certaines de ses clauses. Ainsi, les clauses les plus influentes sur la formation, l'exécution, ou encore l'extinction du contrat, jouissent désormais d'une considération particulière qui témoigne d'une prise de conscience des juges quant à leurs effets au sein, mais aussi, en dehors du contrat. Ce contrôle des clauses contractuelles contient dès lors plusieurs filtres pouvant être utilisés par les juges pour en éprouver la légalité. Les contrôles de l'abus et de proportionnalité, principalement appliqués par la jurisprudence et s'appuyant sur un critère téléologique, serviront ici les besoins de la démonstration. Certains auteurs ont cru voir, à travers la transposition de ces contrôles aux clauses contractuelles, un indicateur fort de l'autonomie des clauses visées. Or, la recherche d'une cohérence entre les clauses du contrat, principe central de notre étude, peut ici encore être réaffirmée. Les raisons de ces contrôles et de leurs conséquences semblent davantage pouvoir s'expliquer par une politique de maintien du contrat¹¹⁰⁸ et d'éradication des clauses susceptibles de contrevenir à sa pérennité. Néanmoins, il convient de procéder à l'examen des contrôles de l'abus et de proportionnalité, déclinaisons du contrôle de légalité lors de la mise en œuvre des clauses, afin de mettre en lumière la finalité de leur application et ainsi déceler les caractéristiques particulières des clauses visées. (Section I). Par ailleurs, fondée, selon certains auteurs, sur l'absence de cause d'une clause, la suppression de cette dernière, sans conséquence sur la survie du contrat, a également été à tort considérée comme une manifestation de son autonomie. Ici encore, on délaissera le contrôle de la licéité de la cause pour se concentrer sur celui de son existence, et ce plus particulièrement dans le cadre du contrat synallagmatique à titre onéreux. Alors que sa disparition est annoncée dans un avenir proche, le recours à la cause se révèle à nos yeux indissociable de l'analyse du contenu du contrat dont elle constitue

¹¹⁰⁸ M-E. Pancrazi-Tian, La protection judiciaire du lien contractuel, Thèse Aix-Marseille, PUAM 1996, n°14 p.27 et s.

un élément indéfectible de sa définition¹¹⁰⁹. Non contente de révéler l'existence d'un lien d'interdépendance entre les obligations contractuelles, la cause permet d'en comprendre la signification. Or, transposée aux clauses du contrat, la cause ne peut que dans de rares exceptions mettre en lumière le caractère autonome des clauses susceptible d'être dotées d'une contrepartie propre. Démontrant alors que les clauses ne peuvent en principe être dotées d'une contrepartie spécifique, certaines précisions sur le régime juridique applicable à toutes les clauses contractuelles pourront toutefois être avancées par l'examen de la transposition de la cause aux clauses du contrat (Section II).

Section I : Le contrôle de légalité des clauses contractuelles

500. Le contrôle de légalité constitue un instrument efficace mis à la disposition des juges pour lutter contre les contractants abusant de leur supériorité économique, sociale ou même intellectuelle pour imposer leurs volontés au cocontractant. Reconnue comme « *mouvante et circonstanciée*¹¹¹⁰ », la légalité des contrats¹¹¹¹ n'est pas moins fugace lorsqu'elle se trouve transposée à certaines clauses contractuelles. Œuvres jurisprudentielles, les deux principales déclinaisons que sont le contrôle de l'abus et le contrôle de proportionnalité permettent alors de mener une lutte efficace contre les clauses abusives en droit commun. Le terme de clauses excessives sera ici préféré à celui de clauses abusives afin d'éviter toute confusion avec le contrôle des clauses abusives de l'article R.132-1 du Code de la consommation. En effet, outre l'arsenal du droit des clauses abusives, l'examen du droit positif permet de déceler une autre forme d'abus, d'ordre téléologique, prenant en compte la raison d'être de la clause. Ainsi, l'abus est caractérisé lorsque la clause est détournée de sa finalité. Cette acception téléologique, mise en lumière par l'analyse approfondie de la clause et de son contexte contractuel, permet d'écarter les clauses mises en œuvre en méconnaissance totale de leur fonction. Dans ce sens, l'excessivité de la clause portant atteinte à un droit ou une liberté

¹¹⁰⁹ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, LGDJ 1997, n°314 p.278 : pour qui la cause « se concrétise dans une organisation contractuelle propre à atteindre la finalité visée et se fige dans les différentes obligations nécessaires à cette poursuite. La cause représente, en conséquence le contenu du contrat ».

¹¹¹⁰ L. Boy, Les utilités du contrat, *LPA* 10 septembre 1997, n°109 et s. p.3 et s. spéc. p.11. Formule prononcée à propos du contrôle de la conformité du contrat à l'ordre public concurrentiel.

¹¹¹¹ M. Mekki, Nullité et validité en droit des contrats, un exemple de pensées par les contraires, *RDC* juillet 2006, n°3 p.679 spéc. p.686 et s. ; M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *art. préc.* p.239 spéc. p.240 et s. ; M. Mekki, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *RDC* janvier 2010, n°1 p.383 spéc. p.394.

fondamentale d'un contractant, notamment par la disproportion de ses termes, la détournement de sa finalité et doit à ce titre être sanctionnée. Dans ce contexte, toute hiérarchie entre les libertés en conflit est difficilement concevable. Chargé de résoudre le litige, le juge doit vérifier si la clause est utile, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit. À défaut, il pourra écarter ou modifier la clause litigieuse sans remettre en cause le sort du contrat qui la contient. La spécificité de ces contrôles entraîne donc inévitablement la mise en œuvre de sanctions particulières applicables à la clause litigieuse. Toutefois, si ces procédés témoignent d'un détachement incontestable de la clause vis-à-vis du contrat, certains auteurs vont jusqu'à reconnaître que l'adaptation particulière des sanctions qui en découlent est la conséquence directe de l'autonomie juridique des clauses contractuelles. Dès lors, l'étude des règles d'application propres à chaque contrôle et de leurs manifestations respectives devrait permettre d'identifier, par référence à la classification fonctionnelle, les clauses autonomes (§1) pour ensuite établir si la singularité des effets produits par les sanctions prononcées peut s'expliquer par l'autonomie des clauses ou par une toute autre finalité (§2).

§1 : Une recherche téléologique des clauses autonomes

501. Le contrôle de légalité des clauses composant le contrat s'oriente désormais vers une approche téléologique, prenant en compte la raison d'être de la clause. L'examen de la fonction exercée par les clauses, et particulièrement son détournement ou sa disproportion par rapport à l'économie générale du contrat, se révèle indispensable à la mise en œuvre du contrôle de l'abus ou de proportionnalité. De plus, il doit être remarqué que les clauses principalement soumises à ces contrôles sont toutes, d'une certaine façon, porteuses de directives ou de prérogatives en faveur de l'un des contractants. Ainsi, le contrôle de l'abus permet de protéger la force des contrats en s'assurant que ces clauses ne génèrent pas d'excès. Ce contrôle sera complété par le contrôle de proportionnalité lorsque le droit exercé par l'un des contractants porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux de son partenaire. Le contrôle de proportionnalité s'impose comme le moyen d'encadrer leur mise en œuvre. Ne seront ici exposées que les hypothèses les plus typiques où un raisonnement sur les finalités semble guider les juges vers la décision de priver d'effet une clause détournée de sa fonction. Considérés par certains comme des indices de l'autonomie des clauses, il convient de rechercher dans le régime du contrôle de légalité au sens large des éléments susceptibles de révéler une telle aptitude (A) avant de se pencher sur les clauses soumises à ces contrôles, en vue de dégager un critère commun caractérisant leur autonomie (B).

A) Le régime du contrôle de légalité

502. Le contrôle de légalité ne se réduit pas à un simple contrôle de licéité des clauses. L'appréciation de la fonction des clauses et de la finalité recherchée par les parties, tant juridique qu'économique, permet de ne pas limiter le contrôle au seul respect des conditions de validité établies mais d'en mesurer également l'intensité sur la relation contractuelle. À travers l'application des contrôles de l'abus et de proportionnalité, les juges ne cherchent pas à mesurer l'opportunité de l'intention des contractants, mais seulement à s'assurer qu'elle ne soit pas trahie¹¹¹². La recherche du fondement de ces théories se révèle tout d'abord indispensable pour appréhender les raisons de ces contrôles. Or, si les contours du contrôle de l'abus ont mis du temps à se dessiner (1), il n'en n'existe pas moins une grande proximité avec le contrôle de proportionnalité (2).

1) Le contrôle de l'abus

503. Un usage anormal du droit. Nombre d'auteurs ont dénoncé les abus en matière contractuelle¹¹¹³, et les décisions jurisprudentielles¹¹¹⁴ sont abondantes, démontrant ainsi toute l'utilité de cette théorie. Cependant, la Cour de cassation ne donne pas toujours d'indication claire sur le ou les critères permettant de contrôler l'abus de droit dans le domaine contractuel¹¹¹⁵. Elle distille seulement des indices de son application avec parcimonie.

Les controverses doctrinales et jurisprudentielles en résultant ont donné lieu à de nombreux débats enflammés dans les revues juridiques spécialisées. Le critère, sur lequel devait se fonder la théorie de l'abus de droit, a tout d'abord été perçu à travers l'usage anormal du droit. Le doyen Hamel considérait ainsi l'abus comme l'usage anormal d'un droit sans se référer à la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Il faisait de « *l'usage anormal*¹¹¹⁶ »

¹¹¹² Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, th. préc.* n°756 p.558.

¹¹¹³ Au premier rang desquels, le doyen Ph. Simler a fortement contribué à ce courant en proposant l'application de la théorie de l'abus de droit en la matière : l'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, *JCP G* 1971, I, 2413.

¹¹¹⁴ J. Masron, *L'abus de droit en matière de contrat*, thèse Paris 1935 ; D-G. Radulesco, *Abus des droits en matière contractuelle, contribution à l'étude synthétique de l'abus*, thèse Paris 1935 ; J. Ghestin, *L'abus dans les contrats*, *Gaz. Pal.* 5 mai 1981 n°383 ; pour quelques exemples de décisions : Cass. civ. 1^{ère} 6 décembre 1989 n°88-16727, *D.*1990 p.289 note J. Ghestin ; Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004 n°01-00475, *D.* 7 juillet 2005, n°27 jurisp. p.1828 note D. Mazeaud.

¹¹¹⁵ P. Ancel, *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle*, *Cah. Dr. entr.* 1998, n°6 p.30 ; J. Rochfeld, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, *Etudes J. Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001 p.747.

¹¹¹⁶ J. Hamel, *DP* 1925, I, 196.

une notion indépendante aux contours quelque peu obscurs. En effet, aucune définition, aucune précision ou critère préliminaire ne permettait de distinguer l'usage normal de l'usage anormal du droit. Cette tendance a alors inspiré d'autres auteurs qui ont cherché à fondre la théorie de l'abus de droit dans la théorie classique de la responsabilité civile. Le comportement anormal, que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent, servait de cadre de référence. Toutefois, il a été rapidement relevé que l'application de la théorie de la responsabilité civile au cas de l'usage de droit nécessitait l'application préalable de la théorie de l'abus de droit pour priver le détenteur du droit de cette apparence légitime. Ces deux théories ne pouvaient donc être réunies pour caractériser l'abus de droit mais devraient au contraire s'appliquer successivement et de façon complémentaire. La mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit est donc un préalable nécessaire pour que dans un second temps l'action puisse être sanctionnée par la théorie de la responsabilité civile.

504. Le critère de l'intention de nuire. À l'origine même de la théorie, l'intention de nuire a été proposée comme critère d'application de l'abus de droit en matière contractuelle. Utilisée par la doctrine comme un critère de l'abus de droit, elle en fut longtemps le critère unique. Le doyen G. Ripert se distingue ainsi pour le rôle déterminant qu'il attribuait aux règles morales en la matière, et surtout parce qu'il estimait que l'abus était caractérisé « *quand l'acte est accompli dans l'intention de nuire à autrui ou tout au moins que la conscience de cette action nuisible est entrée dans la volonté de l'une des parties*¹¹¹⁷ ». Cependant, l'abus de droit ne se limite pas au cas dans lesquels l'intention de nuire a été constatée. Il doit également être envisagé en l'absence d'intention de nuire¹¹¹⁸. Le doyen G. Ripert précisait qu' « *il s'agit de l'utilité sociale* » et ajoutait que « *l'on dépouille le droit subjectif de son utilité, car le titulaire d'un droit doit en retirer les avantages même si les*

¹¹¹⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949, 4^{ème} éd. cop. 2014, n°170.

¹¹¹⁸ C'est notamment pourquoi en matière de voisinage, la jurisprudence a créé la théorie autonome des troubles anormaux de voisinage. Fr. Chabas, *Troubles anormaux de voisinage*, *Dr. & Pat.* décembre 2002, n°110 p.81 ; A. Penneau, *De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage*, *RLDC* janvier 2006, n°23 p.15 ; M. Boutonnet, *La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile*, *D.* 27 novembre 2008, n°41 p.2916 ; D. Krajewski, *Le changement d'activité agricole à l'épreuve de la théorie des troubles anormaux de voisinage*, *Environnement* février 2010, n°2 p.26 ; B. Parance, *Retour sur la théorie des troubles anormaux du voisinage, le principe de précaution et les antennes relais*, *RLDC* octobre 2010, n°75 p.67 ; V. Perruchot-Triboulet, *Conformité à la Constitution de la théorie de la préoccupation en matière de troubles anormaux du voisinage*, *RLDC* juin 2011, n°83 p.63 ; B. Parance, *Nouveau critère d'application de la théorie des troubles anormaux du voisinage et abandon de la notion de voisin occasionnel*, *RLDC* octobre 2011, n°86 p.62

autres en souffrent. Il s'agit de l'utilité individuelle, il faut uniquement considérer la pensée de celui qui accomplit l'acte et la notion reste psychologique ».

Or, cette position fut très vite la cible de plusieurs critiques. Selon ses détracteurs, la légitimité d'un intérêt doit être déterminée objectivement par référence aux éléments étrangers à l'intention de celui qui exerce son droit, et non par une analyse psychologique de la pensée.

505. Une dimension sociale contestable. Le critère le plus satisfaisant fut alors celui proposé par le doyen L. Josserand dans sa présentation de l'abus de droit¹¹¹⁹. Selon lui, le critère de l'abus devait être découvert à travers « *le détournement du droit de sa finalité sociale* ». Bien qu'ayant connu le plus large succès, il était néanmoins reprochable à cette théorie de renfermer une part importante d'arbitraire en obligeant les juges à scruter les consciences afin de constater le mobile invoqué¹¹²⁰. Il semble souhaitable, pour éviter ce risque, de permettre aux tribunaux de contrôler l'exercice des droits en les confrontant à leur finalité. En revanche, la destination sociale attribuée à l'idée finaliste de Josserand se révélait incompatible avec la notion de droits subjectifs. Tout en se basant sur la théorie de ce dernier, d'autres auteurs, tels MM. A. Karimi ou Ph. Stoffel-Munck, ont écarté le caractère social de la finalité des droits pour se fonder sur les finalités propres des droits tracées par le législateur en matière de droits légaux et par les contractants pour les droits contractuels¹¹²¹. L'abus de droit consiste alors à méconnaître les propres desseins des droits. Dans ce sens, Ernest Porcherot écrivait que l' « *on abuse de son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur*¹¹²² ». Dans sa thèse relative à l'abus dans le contrat, M. Ph. Stoffel-Munck apporte de nombreuses améliorations à cette théorie et démontre par le raisonnement téléologique qu'une généralisation de ce concept est possible dans le domaine contractuel¹¹²³. Ainsi, demander l'exécution littérale d'une clause, en méconnaissant les finalités déterminées par les contractants, engendre nécessairement un exercice abusif de cette clause. Il propose alors de se fonder sur une logique de neutralisation ponctuelle de la clause qui n'est pas illicite en elle-même mais seulement susceptible d'être invoquée abusivement.

¹¹¹⁹ L. Josserand, *Essai de téléologie juridique, I, de l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, Dalloz 1939 2^{ème} éd n°291 et s., rééd. 2006.

¹¹²⁰ Cass. req. 7 mai et 24 novembre 1924, S. 1925, I, 217 note J. Brèthe de la Gressaye.

¹¹²¹ Ph. Stoffel-Munck, *th. préc. spéc.* n°538 p.408 et s. ; A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse Strasbourg 3, LGDJ 2001, n°78 p.38 spéc. n°220 p.94.

¹¹²² E. Porcherot, *De l'abus de droit*, Thèse Dijon, 1901 p 215.

¹¹²³ Ph. Stoffel-Munck, *th. préc. spéc.* n°677 p.496 et s.

Retenir l'idée d'abus de prérogative permet donc un contrôle plus individualisé, plus concret et plus simple, en un mot plus juste, au sens de mieux ajusté.

506. Une limitation fonctionnelle. Cette analyse apparaît en adéquation avec notre classification fonctionnelle des clauses. En effet, la recherche de la finalité des droits que renferment les clauses est directement liée à la détermination préalable de leur fonction. La finalité d'une clause doit s'entendre comme le prolongement de sa fonction. Le résultat déterminé sous-tend le résultat atteint et fixe ainsi les limites de son exercice. Dès lors, le contractant qui use d'une clause hors des limites de sa fonction et pour une finalité autre commet un abus de droit. La mesure de l'excès doit s'effectuer par rapport à la fonction exercée par la clause. La clause s'applique conformément à sa fonction et ne doit pas être détournée de sa finalité. Regroupant les clauses selon la fonction qui les anime, la classification fonctionnelle constitue ainsi un indicateur précieux dans le contrôle de l'abus. Dans sa recherche de légalité du contrat, la jurisprudence soumet également certaines clauses à un contrôle de proportionnalité. Aussi, fondé sur la fonction exercée par la clause, le manque de précision de la Cour dans la motivation de ses décisions entretient la porosité des frontières entre l'abus et la proportionnalité.

2) Le contrôle de proportionnalité

507. Le domaine du contrôle. Face au phénomène croissant de « *fondamentalisation*¹¹²⁴ » du droit, le contrôle de proportionnalité¹¹²⁵ consistant à concilier au cas par cas, de manière proportionnée, les droits et libertés en conflit, a pris une plus grande ampleur en droit des contrats¹¹²⁶. La proportionnalité-légalité, que certains auteurs perçoivent comme un indicateur de l'autonomie¹¹²⁷ des clauses, objet de son contrôle, ne doit pas être ici confondue avec la proportionnalité-équilibre. En effet, il s'agit d'apprécier la validité d'une clause au regard des effets produits sur un droit ou une liberté fondamentale ou d'ordre public, et non d'une question d'équilibre raisonnable entre les prestations.

¹¹²⁴ V° notamment, *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005.

¹¹²⁵ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Thèse Paris, LGDJ 2000.

¹¹²⁶ J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Thèse Aix en Provence, PUAM 2003.

¹¹²⁷ M. Mekki, Le nouvel essor de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* avril 2007, n°2 p.239.

Cependant, la jurisprudence est peu abondante. L'exigence de proportionnalité est rarement assurée directement mais s'abrite le plus souvent derrière le contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, de la sanction des excès, des déséquilibres, ou encore du déraisonnable. Cette absence d'homogénéité conduit certains auteurs à militer en faveur d'un principe de proportionnalité. M. N. Molfessis soutient notamment que « *faute d'un principe de proportionnalité, les raisonnements par analogie, qui justifieraient une extension du contrôle admis dans certains cas aux hypothèses voisines, ne vont pouvoir guider les solutions. Dès lors, la comparaison des cas dans lesquels la proportionnalité est exigée de ceux dans lesquels elle est, au contraire, refoulée, militera pour une généralisation de l'exigence*¹¹²⁸ ».

508. Les modalités du contrôle. Un examen des clauses contractuelles permet d'observer qu'au-delà de leur validité de principe, elles sont soumises à certaines restrictions qui se traduisent par un contrôle de proportionnalité. À l'image du contrôle de l'abus, les juges doivent rechercher la fonction et la finalité de la clause afin de mesurer la proportionnalité de ses effets sur le contrat. Pour ce faire, ils différencient au sein du contrôle de proportionnalité, le contrôle du périmètre de la clause et le contrôle de son intérêt. Ces deux phases du contrôle de proportionnalité se révèlent en définitive parfaitement complémentaires. Le contrôle de l'intérêt et de la nécessité sous-tend une recherche de la fonction et de la finalité de la clause visée. Ce n'est donc qu'après avoir établi les limites de sa fonction que les juges pourront décider de mesurer le périmètre de la clause quant à sa durée, son montant ou le secteur géographique retenu. Le contrôle de proportionnalité commande ainsi une analyse téléologique de la clause contrôlée. La clause doit alors être mise en œuvre conformément à sa raison d'être et ne doit pas être détournée de sa finalité¹¹²⁹. À l'image du contrôle de l'abus, ce contrôle fonctionnel et finaliste permet de replacer la raison d'être et les effets de la clause en se détachant de sa lettre.

¹¹²⁸ N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n°20, p.27.

¹¹²⁹ R. Vatinet, *Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*, *Dr. soc.* 1998 p.539 ; Par ailleurs, ce contrôle témoigne de l'importance de la rédaction de la clause et de la précision des termes utilisés. Madame Le Professeur Vatinet précise que « dès lors que la clause manque de précision, le principe de proportionnalité commande une interprétation téléologique, plus qu'une interprétation restrictive. Il convient en effet d'interpréter la clause assez largement pour qu'elle puisse remplir son rôle et assez strictement pour que l'atteinte portée à la liberté du travail ne soit pas excessive ».

509. Une limitation fonctionnelle. Ces notions s'entremêlent et se confondent au fil des décisions. Dans de nombreux arrêts, les juges font l'économie d'une motivation explicite et différenciée et restent ainsi peu prolixes sur la nature du contrôle effectué. Les décisions les plus significatives peuvent être prises à travers l'obligation de restitution des cuves de carburant dans un contrat de distribution. Le Conseil de la concurrence puis la chambre commerciale ont mis fin à ces pratiques anticoncurrentielles consistant à détourner la fonction de la clause de restitution dans le but « d'emprisonner » le distributeur dans la relation contractuelle avec son fournisseur. Les termes de certains arrêts méritent d'être reproduits en ce qu'ils font référence à un principe de proportionnalité pour définir l'abus : « *La théorie de l'abus de droit trouvant prise dans une disproportion pouvant exister entre la valeur des cuves et leur valeur résiduelle*¹¹³⁰ ». Ces travaux couteux sont de nature à dissuader le distributeur de traiter avec un autre fournisseur. La Cour prend alors soin de relever l'absence de proportionnalité de la clause avec sa fonction. Pour la première fois, la censure de la clause est admise en ce qu'elle est « *disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs*¹¹³¹ ».

510. La complémentarité des contrôles. Animée par le critère de la fonction exercée par la clause, la théorie de l'abus s'inscrit dans la recherche du détournement du droit¹¹³², alors que la théorie de la proportionnalité tend vers l'anéantissement de la disproportion et l'atteinte portée aux droits et aux libertés fondamentales¹¹³³. Cependant, ces deux théories ont en commun de chercher à modérer un excès. En effet, si l'abus n'est pas seulement révélateur d'une disproportion, cette dernière est elle-même porteuse d'un abus. Ces notions ne se trouvent aucunement en opposition. Il y a disproportion ou abus du créancier dès lors qu'il profite de ses prérogatives contractuelles de manière illégitime, autrement dit, dès lors que l'exercice traduit un excès, un détournement qualitatif ou quantitatif de la fonction exercée par la clause.

¹¹³⁰ Cass. com. 22 juillet 1986 n°85-10810.

¹¹³¹ Cass. com. 26 mai 1992 n°90-13499, *RTD civ* 1992 n°759 obs. J. Mestre ; *D.* 1992, somm. com. p.395 obs. D. Ferrier ; Cass. com. 18 février 1992 n°87-12844, *RJDA* 1992, n°474 p.377, *JCP E* 1992, II, 344 note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1992 somm. P.396 obs. D. Ferrier.

¹¹³² Ph. Stoffel-Munck, *th. préc.* n°693 et s. p.507 et s.

¹¹³³ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats, th. préc.* n°456 et s. p.176 et s.

Cette appréhension générale de la proportionnalité et de l'abus révèle la proximité conceptuelle entre ces deux formes de contrôle. Certains auteurs dont Madame Corinne Pizzio-Delaporte vont jusqu'à dire que « *la recherche de la proportionnalité est surabondante*¹¹³⁴ ». Sans aller jusqu'à la qualifier ainsi, la théorie de la proportionnalité, dont les contours se confondent parfois avec celle de l'abus de droit, s'applique également de façon complémentaire avec cette dernière. La jurisprudence juxtapose au contrôle de l'abus, un socle minimum de conditions à vérifier également dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Or, l'évaluation de leurs capacités à constituer des indicateurs de l'autonomie des clauses reste entière. L'examen des principales clauses concernées par ces contrôles peut alors permettre de révéler le lien existant entre leurs applications et le caractère autonome des clauses contractuelles visées.

B) Une autonomie présumée des clauses contrôlées

511. L'apport de ces théories dans la recherche de l'autonomie des clauses contractuelles doit être analysé afin de savoir si elles sont destinées à s'appliquer aux seules clauses autonomes, ou si elles s'appliquent à toutes les clauses dont la mise en œuvre se traduit par un dépassement de leur fonction. L'étude des fonctions exercées par les principales clauses, objet de ces contrôles (1), permettra de déterminer les raisons de l'application de ces théories et de conclure sur leur capacité à fournir un critère d'identification des clauses autonomes (2).

1) Les clauses soumises au contrôle de légalité

512. Clause de non-concurrence. Ces contrôles des clauses contractuelles, indépendamment du contrat auquel elles se rattachent, ne cessent aujourd'hui de s'accroître même si les spécialistes du droit du travail¹¹³⁵ en restent les plus fins utilisateurs.

Ainsi, l'interdiction apportée par une clause de non-concurrence doit faire l'objet d'un contrôle et d'un ajustement dans le temps et dans l'espace par rapport à la fonction qu'elle remplit. Malgré certaines réticences passées, un fort courant doctrinal et jurisprudentiel réalise

¹¹³⁴ C. Pizzo-Delaporte, La clause de non-concurrence : jurisprudence récente, *Dr. soc.* 1996 p.145.

¹¹³⁵ A. Mazeaud, *Proportionnalité en droit social*, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *op. cit.* spéc. p.64 ; Fr. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, LGDJ 2001 n°271 et s. ; Cependant le droit du travail n'en est qu'un exemple. Le constat vaut plus largement pour les différentes atteintes portées aux droits et libertés de la personne.

désormais une interprétation téléologique de la clause de non-concurrence¹¹³⁶. Si auparavant le juge se voyait imposer l'application de la clause, en vertu d'une lecture purement formelle de l'article 1134 du Code civil, les juges se doivent désormais de mesurer sa portée. Sur ce point, Serra écrivait que « *l'appréciation de la validité de l'interdiction de concurrence qui oblige un salarié doit conduire le juge à vérifier que la clause de non-concurrence a pour but et seulement pour but d'interdire une concurrence réellement possible et réellement préjudiciable à l'entreprise au profit de laquelle elle est stipulée*¹¹³⁷ ». Face à une clause de non-concurrence dont les conditions sont inadaptées aux circonstances de l'emploi, la Cour de cassation se réfère à l'adéquation de la clause par rapport « *aux intérêts légitimes*¹¹³⁸ » de l'employeur. Elle n'emploie pas le terme de proportionnalité, même si c'est de ce critère dont il s'agit dans la constatation de l'abus. Le critère de proportionnalité apparaît donc comme sous-jacent à celui de l'abus. Généralement complémentaire de la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité empêche quant à elle la divulgation, mais non la réinstallation du cocontractant, et est à ce titre soumise à un contrôle¹¹³⁹ sous une forme plus réduite. Ainsi, le créancier qui tend à imposer une clause de confidentialité à son débiteur a tout intérêt à la limiter dans le temps et dans l'espace, afin d'éviter la nullité des engagements perpétuels, mais également afin qu'un tel engagement ait un objet déterminé.

513. Clause d'agrément. Il en va également ainsi de la clause d'agrément destinée à protéger une partie contre le risque de se voir imposer un cocontractant qui ne réunirait pas les conditions ou ne présenterait pas les garanties auxquelles elle est légitimement en droit de prétendre¹¹⁴⁰. La jurisprudence mesure le jeu raisonnable de la clause et sanctionne sous la qualification de l'abus ou de la disproportion les refus qui détourneraient l'agrément de sa fonction. Les juges appliquent alors ce critère pour caractériser l'abus du refus d'agrément quel que soit le type de contrat en cause. La cession de bail est riche d'exemples en ce sens. La lettre du droit est ici encore objectivement invoquée en fraude à son esprit. Un arrêt de

¹¹³⁶ Y. Serra obs. sous CA Paris 4 décembre 1995, *D.* 1997 somm. p.102.

¹¹³⁷ Cass. soc. 14 mai 1992 n°89-45300, *D.* 1992. 350, note Y. Serra ; *Dr. soc.* 1992, p.967, note D. Corrigan-Garsin ; *JCP E* 1992. II. 341, note J. Amiel-Donat. La clause n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

¹¹³⁸ *Note préc.*

¹¹³⁹ Parmi les exemples de clauses d'aménagement relationnel, peut encore être citée la clause de dédit-formation. Ainsi, une clause de dédit-formation est privée d'effets si son analyse révèle qu'elle prive totalement le salarié de sa liberté de rompre le contrat de travail en raison d'un montant excessif ou d'une durée trop longue.

¹¹⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème} 14 avril 1982, *JCP* 1982, IV, 217 : une clause d'agrément peut permettre au bailleur « un contrôle de la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel ».

principe de la Cour de cassation a depuis longtemps fixé la jurisprudence en ce sens, et précise que la clause d'agrément « *ne permettrait pas au bailleur de refuser son consentement à la cession sans motifs légitimes*¹¹⁴¹ ». La jurisprudence s'autorise donc à neutraliser le refus d'agrément lorsque ce droit est exercé pour des motifs étrangers à sa fonction.

514. Clause de mobilité. Toujours dans le droit du travail, dans lequel ces contrôles trouvent un véritable laboratoire d'analyse, la clause de mobilité, porteuse d'une fonction différente, n'a pas toujours été considérée comme restrictive des droits et libertés fondamentaux du salarié, contrairement aux clauses de non-concurrence, d'exclusivité, ou de domicile, dont la validité est placée sous la protection de l'article L.1121-1 du Code du travail. Or, si les juges ont dans un premier temps rejeté l'idée d'un contrôle de l'abus ou de la proportionnalité des clauses de mobilité au visa de l'article L.1121-1, ils n'étaient pas réticents à poser certaines conditions restrictives de leur validité. La Cour de cassation exigeait alors « *qu'une clause de mobilité définisse de façon précise sa zone géographique d'application et ne puisse conférer à l'employeur d'en étendre unilatéralement la portée*¹¹⁴² ». Un double contrôle était tout de même effectué par les juges du fond. Tout d'abord, les juges procédaient à un contrôle de nécessité dans la recherche du motif légitime de mise en œuvre de la clause. Elle devait être justifiée par la protection d'un intérêt légitime du créancier de l'obligation, offrant ainsi une grande similitude avec le contrôle réalisé en matière de clause de non-concurrence sur le fondement de l'article L.1121-1 du Code du travail. Puis, les juges effectuaient un contrôle de proportionnalité dans la recherche des conditions de mise en œuvre de la clause, en vue de révéler la mauvaise foi de l'employeur, constitutive d'abus¹¹⁴³. Ces contrôles, fondés sur le droit commun des contrats et non sur les

¹¹⁴¹ Cass. req. 16 novembre 1927, *DP* 1928, I, 61 rapport Bricout : c'est en voulant donner une solution « qui respecte manifestement l'intention des parties », et en relevant « qu'on ne peut admettre raisonnablement qu'un preneur qui loue un local à usage commercial ou industriel n'ait pas la pensée de se réserver la faculté de le céder à celui qui lui succédera » que le conseiller Bricout, citant Josserand et plaçant avec les juges du fond la discussion sous l'égide de l'abus de droit, a emporté la décision de la Cour.

¹¹⁴² Cass. soc. 7 juin 2006 n°04-45846, *Jurisp. soc. Lamy* 12 juillet 2006, n°193 p.14 note J-E. Tourreil ; *JCP E* 5 octobre 2006, n°40, 1696 note S. Béal ; *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.110 note J. Mestre et B. Fages ; V° Cass. soc. 12 juillet 2006 n°04-45396, *Jurisp. soc. Lamy* 3 octobre 2006, n°197 p.9 note M. Hautefort ; *RLDA* janvier 2007, n°12 p.63 note F. Canut ; *JCP E* 15 février 2007, n°11 note D. Jourdan ; Cass. soc. 14 octobre 2008 n°07-42352, *LPA* 3 avril 2009, n°67 p.5 note V. Fraissinier-Amiot.

¹¹⁴³ Cass. soc. 20 février 2007, n°05-43628, *Jurisp. soc. Lamy* 10 mai 2007, n°211 p.15 note M-Ch. Haller ; Cass. soc. 2 juillet 2003, pourvoi n°01-42046, *Jurisp. soc. Lamy* 2 septembre 2003, n°130 p.20 note M-Ch. Haller ; *Dr. & Pat* 1^{er} septembre 2004, n°129 p.117 note A. Chevillard ; *Sem. soc. Lamy* 6 septembre 2004, n°1180 p.8 note B. Boubli.

dispositions de l'article L.1121-1, étaient néanmoins fortement imprégnés de « *nécessité* » et de « *proportionnalité* », tendant ainsi à empêcher toute forme d'« *excès* ».

Face à cette proximité criante des motivations retenues, la Cour de cassation se fonde désormais sur l'article L.1121-1 du Code du travail et 1136 du Code civil afin de vérifier « *si la clause contractuelle ne porte pas une atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte peut être justifiée par la tâche à accomplir et être proportionnée au but recherché*¹¹⁴⁴ ». Bien que cette lignée jurisprudentielle ait mis du temps à se dessiner, la Cour applique désormais ces formes de contrôles à la clause de mobilité ou encore par analogie de fonction à la clause de résidence qui contrairement à la clause de non-concurrence se classe parmi les clauses d'aménagement du rapport obligationnel.

515. Autres clauses. Nombre d'autres clauses font l'objet du contrôle de l'abus et de proportionnalité. À ce titre, peut être invoquée de façon désordonnée la clause d'essai. Ces dernières, dont la fonction est d'aménager le rapport obligationnel, permettent aux parties de mieux se connaître et donnent à l'employeur la possibilité de tester les compétences du salarié afin d'évaluer ses facultés d'adaptation à un nouveau milieu professionnel¹¹⁴⁵. Dès lors, rompre l'essai pour un motif autre qu'une insatisfaction quant aux qualités du salarié serait abusif. La jurisprudence sanctionne le dépassement de fonction¹¹⁴⁶ de la clause sur le fondement de l'abus de prérogative par détournement. La jurisprudence procède à un contrôle individualisé et ponctuel relatif à l'abus de prérogative contractuelle. La réalité de ce contrôle se justifie par la fonction exercée par la clause¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴ Cass. soc. 14 octobre 2008 (2^{ème} espèce) n°07-40523, *JCP E* 29 janvier 2009, n°5 note S. Béal et C. Terrenoire ; *RDC* 1 avril 2009, n°2 p.642 note Ch. Neau-Leduc ; *LPA* 3 avril 2009 *comm préc.*

¹¹⁴⁵ Néanmoins, ce raisonnement a également été appliqué en matière de vente à l'essai. En effet, l'acquéreur dispose ici aussi « dans l'exercice de son droit de retrait, d'un pouvoir discrétionnaire, qui ne pourrait être sanctionné que par un abus de droit », Cass. com. 22 mai 1991 n°89-13817. L'abus de prérogative présente ainsi une certaine aptitude à la généralisation.

¹¹⁴⁶ Cass. soc. 6 décembre 1995 n°92-40389, *JCP G* 1996, II, 22671 note C. Puigelier ; Cass. soc. 17 juillet 1996 n°94-44057, *JCP G* 1996, IV 2160 : en l'espèce un employé avait été promu chef de rayon pendant la durée même de l'essai avant que lui soit notifiée une rupture de cette dernière. La rupture était donc nécessairement abusive puisque la promotion constituait l'aveu d'un jugement positif sur l'aptitude au premier poste ; Cass. soc. 5 octobre 1993 n°90-43780 : l'employeur ayant avoué que dès l'origine il entendait ne pas poursuivre au-delà de l'essai, il ne pouvait donc avoir pour but de vérifier les aptitudes du salarié puisque celles-ci étaient sans lien avec la décision de rupture. Dans ce sens, toute fixation unilatérale du prix n'est pas à proscrire.

¹¹⁴⁷ J. Stoufflet, La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, *RD banc. et bourse* 1996, n°53 p.2 ; Cass. com. 2 mai 1990 n°88-10878, *D.* 1991 *jurisp.*41 note Ch. Gavalda ; *JCP G* 1991, II, 21655 note J. Stoufflet ; La finalité du droit de fixer le prix est de simplement répercuter l'évolution des coûts liés au progrès de la technique et ainsi de participer à la prévention des risques contractuels.

516. Les clauses relatives à la résolution du litige. Les clauses procédurales relatives à la fin du contrat font également l'objet de ces contrôles. Les clauses résolutoires, compromissaires ou de médiation ne doivent pas conduire à supprimer ou à entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours. Ces clauses doivent rester exclusives de tout excès. M. M. Mekki propose alors d'ajouter à ces clauses un préavis obligatoire¹¹⁴⁸, déjà exigé par certains textes de loi¹¹⁴⁹, mais dont l'exigence devrait être généralisée. Il préconise également de soumettre toutes les clauses relatives à la rupture du contrat au contrôle de l'abus et ou de la proportionnalité comme le rappelle constamment la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁵⁰.

Cette vision d'ensemble des clauses, basée sur une approche fonctionnaliste, permet de mettre en lumière la diversité des clauses concernées par ces contrôles. L'analyse de leur fonction respective est alors nécessaire afin de tenter de dégager un critère permettant de caractériser l'autonomie des clauses.

2) La diversité de fonction des clauses concernées

517. Un raisonnement téléologique. Les juges procèdent aux contrôles de l'abus et de proportionnalité en se référant à l'examen de la fonction et de la finalité attribuées à une clause. Basée sur un raisonnement d'ordre téléologique, la jurisprudence mesure ainsi l'étendue des effets de la clause et caractérise l'existence d'un abus ou d'une disproportion. Dès lors, ces clauses doivent être tenues pour inefficaces lorsqu'elles sont invoquées hors de la fonction que les parties leur ont volontairement assignée. M. Ph. Stoffel-Munck souligne que les raisons qui commandent cette analyse relèvent de la théorie générale du contrat, et plus précisément d'une conception volontariste de la force obligatoire des contrats¹¹⁵¹. Or, il est nettement perceptible que l'identification du critère indiquant l'autonomie des clauses, via l'application de ces formes de contrôle, ne peut résider dans la fonction exercée par ces dernières. Les exemples jurisprudentiels de contrôle de l'abus ou de la proportionnalité affichent clairement la diversité fonctionnelle des clauses concernées.

¹¹⁴⁸ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *art. préc.* p.1063.

¹¹⁴⁹ V. ex art. L.122-4 du C. trav. et art. L.442-6, I, 5^o C. com.

¹¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère} 21 février 2006 n°02-21240, *RTD civ.* avril 2006 n°2 p.314 obs. J. Mestre et B. Fages ; A. Penneau, L'article 1134 du Code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire, *D.* 6 juillet 2006, n°26 p.1796.

¹¹⁵¹ Ph Stoffel-Munck, *th. préc.* n°726 et s. p.530 et s.

518. Clauses d'aménagement du rapport obligationnel. Une première catégorie de clauses dont la fonction est d'aménager conventionnellement le rapport obligationnel peut être identifiée. Outre l'aménagement contractuel des modalités d'exécution de leurs engagements¹¹⁵², ces clauses octroient très souvent un pouvoir unilatéral à l'un des contractants. Ainsi, les clauses de dédit-formation, de restitution ou encore de fixation unilatérale du prix, pour ne reprendre que les exemples précédemment évoqués, sont porteuses d'un pouvoir unilatéral contractuel et doivent, plus que d'autres, faire l'objet de ces contrôles. En effet, s'il n'est pas synonyme d'arbitraire, l'unilatéralisme ne doit pas pour autant être discrétionnaire. Parmi cette catégorie fonctionnelle peuvent également être mentionnées les clauses tendant à investir l'une des parties d'un pouvoir institutionnel. L'exemple le plus typique est inévitablement celui de l'employeur, titulaire d'un pouvoir de direction¹¹⁵³. Ainsi, il peut contractualiser le lieu de travail par une clause de mobilité, le domicile du salarié par une clause de résidence, ou encore sa vie familiale par une clause de célibat ou de non divorce. Conférant un pouvoir unilatéral à l'employeur, et plus généralement au créancier, ces clauses sont alors plus directement susceptibles de mettre en cause les libertés individuelles du salarié. C'est notamment pourquoi les juges veillent, aux visas des articles 9 du Code civil et L.1121-1 du Code du travail, à ce que ces clauses ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés individuels et collectifs de leur débiteur. Il est alors indispensable pour les juges de s'assurer qu'elles sont nécessaires à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise¹¹⁵⁴.

519. Clauses d'aménagement relationnel. Les clauses d'aménagement relationnel constituent une autre grande catégorie de clauses soumises à ces formes de contrôle. Aussi

¹¹⁵² Certaines clauses dont la fonction réside dans l'aménagement des modalités d'exécution du contrat ne sont soumises qu'à un contrôle de proportionnalité apparent car elles véhiculent à travers leur fonction une proportionnalité organisée. Peuvent être visées, les clauses de prix proportionnel stipulées dans les contrats de licence de marque, de brevets et autres droits de propriété intellectuelle ainsi que dans les contrats de distribution. Les clauses dites « d'arrosage » ou de « substitution d'assiette » intervenant dans le cadre d'un nantissement de compte d'instruments financiers tendent également vers la recherche d'une proportionnalité clairement exprimée par les parties. Dans ce sens, la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 a généralisé l'exigence de proportionnalité à tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques à l'égard d'un créancier professionnel. Ces clauses imposent au titulaire du compte de maintenir l'assiette du gage à une certaine valeur minimum, en souscrivant au besoin de nouveaux instruments financiers lesquels entreront automatiquement dans l'assiette du gage sans nouvelle déclaration.

¹¹⁵³ L. Amiel-Cosme, *la théorie institutionnelle du réseau*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon LGDJ 2003 p.1 et s. ; A. supiot, *Critiques du droit du travail*, Essai, PUF coll. Quadrige 2002 spéc. p.27 et s. ; M. Behar-Touchais et G. Virassimy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 2001, 2^{ème} éd. n°884 et s.

¹¹⁵⁴ Cass. soc. 14 mai 1992 n°89-45300 *arrêt préc.*

désignées sous le terme de « clauses directives¹¹⁵⁵ » par M. M. Mekki, ces clauses ne créent pas d'obligations proprement dites mais instaurent de véritables normes de comportement. Néanmoins, elles restent soumises à la nécessité d'un objet déterminé et licite qui oblige à les circonscrire dans le temps et dans l'espace, en fonction de l'intérêt protégé. Qu'il s'agisse des clauses de collaboration, de bonne foi, de non-concurrence, de confidentialité ou encore d'exclusivité de fourniture, d'approvisionnement, ou d'exploitation, elles instaurent toutes un devoir de comportement. Intervenant pendant l'exécution du contrat ou postérieurement, elles ont pour point commun de renforcer la densité et l'intensité du devoir de loyauté¹¹⁵⁶ devant régner au sein de tout contrat. À l'image de l'abus, le principe de proportionnalité veille à préserver une éthique de comportement, tel qu'il peut résulter de la bonne foi, de la loyauté, du raisonnable, du sérieux, de la sincérité, etc.

Enfin, les clauses relatives à la rupture du contrat, telles que les clauses définissant contractuellement les sanctions applicables, ou les clauses offrant aux parties une maîtrise du litige, sont, elles aussi, concernées par ces contrôles et ne peuvent véhiculer des excès tant dans le mode de rupture choisi que dans l'accès à une résolution judiciaire ou extrajudiciaire du contrat. M. N. Molfessis observe que ces contrôles sont consacrés chaque fois que le droit du créancier est « *perçu comme une peine infligée au débiteur*¹¹⁵⁷ ».

520. Une diversité des fonctions. Après un rapide recensement des principales clauses, objets de ces contrôles, il est aisé de constater l'extrême disparité des fonctions qui les animent. Toutes les catégories de clauses dénombrées dans notre classification fonctionnelle sont pratiquement concernées, excepté les clauses de prévention et de répartition des risques. Ces dernières ne sont pas reprises ici car leur insertion dans le contrat témoigne le plus souvent d'une proportionnalité voulue et non subie. Dans ces hypothèses, ces contrôles se limitent à une simple vérification de la licéité de l'indice de référence. Les clauses d'adaptation, de *hardship*, de renégociation sont également porteuses d'une proportionnalité certaine qui n'est pas synonyme d'équivalence mais qui doit tendre vers le raisonnable, au

¹¹⁵⁵ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *art. préc.* p.1051 et s.

¹¹⁵⁶ Y Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon, LGDJ 1990 p.54 et s. ; Le devoir de loyauté en droit des affaires, Colloque IFC, 28 octobre 1999 *Gaz. Pal.* 5 décembre 2000 ; G. Flecheux, *Renaissance de la notion de bonne foi et de la loyauté dans le droit des contrats*, in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001 p.341.

¹¹⁵⁷ N. Molfessis, *le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in colloque « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? op. cit.* n°117 p.21 ; M. Mekki, *Les effets du contrôle de proportionnalité sur le contrat*, in *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. privé 2004, n° 411 et s. p.489 et s.

regard bien souvent d'un indice objectif. Si certains auteurs considèrent donc ces contrôles comme des révélateurs de l'autonomie des clauses, leur étude permet alors de démontrer que les clauses autonomes peuvent seulement exercer des fonctions différentes.

521. Une protection contre les effets excessifs. L'application de ces formes de contrôle permet de mesurer le rayonnement des effets produits par les clauses et peut à ce titre révéler le caractère autonome ou du moins séparable de certaines clauses. Or, la finalité directe de ces contrôles n'est pas de déceler les clauses autonomes. Il ne s'agit pas d'un révélateur direct des clauses autonomes mais seulement d'un moyen détourné, parmi d'autres, d'appréciation de leurs effets et en l'occurrence de leurs effets excessifs. Ces clauses ne peuvent être considérées comme autonomes du fait de la seule application de ces contrôles dont la finalité première est tout autre. En effet, si le contrôle de l'abus se présente comme le moyen idoine de canaliser les effets des clauses et non de déceler leur autonomie, le contrôle de proportionnalité se présente quant à lui comme un outil de protection de l'une des parties lorsque la relation contractuelle est inégalitaire. Il n'est donc qu'un instrument que notre droit utilise au service de la justice contractuelle. Le contrôle de proportionnalité permet ainsi de saisir ce que peut être l'abus dans l'exercice des libertés.

522. La protection de la cohérence contractuelle. Outre cette finalité, ces contrôles contribuent également à restaurer la cohérence contractuelle. En effet, ils consistent davantage en des instruments de la cohérence contractuelle que de la révélation de l'autonomie des clauses. Le doyen Josserand allait dans ce sens lorsqu'il écrivait que les contrats sont « *des moyens en vue d'un but à atteindre : les éloigner de ce but, c'est commettre un abus du droit contractuel*¹¹⁵⁸ ». L'étude de ces contrôles révèle que la jurisprudence ne se borne pas à prendre en compte uniquement le contenu de la clause mais en vérifie la cohérence par rapport aux autres stipulations contractuelles. Dans ce sens, la *ratio stipulationis* des clauses visées est identifiée en considération de la cohérence contractuelle, favorisant ainsi une appréhension plus individualisée de la fonction et de la finalité assignée à la clause selon la volonté des parties. Les juges apprécient l'incidence de la clause sur l'économie générale du contrat afin de déterminer son caractère excessif et tirent du contrat les limites de la clause.

¹¹⁵⁸ L. Josserand *op. cit.* n°84.

Comme en matière d'abus, la proportionnalité s'apprécie à travers l'organisation interne du contrat et la cohérence pouvant en ressortir.

Si la singularité de ces contrôles ne permet pas de les considérer comme des indicateurs de l'autonomie des clauses, les sanctions qu'ils engendrent, et plus généralement l'adaptation des sanctions permettant le maintien du contrat malgré l'anéantissement des clauses doivent être examinées.

§2 : Le maintien du contrat malgré l'anéantissement des clauses

523. Le contrôle de l'abus et de proportionnalité n'ayant pas permis de révéler l'autonomie des clauses visées, il est nécessaire d'analyser ces dispositifs en profondeur afin de rechercher si des indices d'autonomie ne peuvent être perçus dans les sanctions qu'ils édictent. La finesse de ces contrôles justifie la mise en place de sanctions particulières et adaptées. Loin de favoriser les sanctions aveugles et radicales, le juge et le législateur limitent l'étendue de leurs effets en adéquation avec la politique de maintien du contrat qu'ils défendent communément. Doit-on, dès lors, suivre la position des auteurs considérant que l'éviction d'une seule clause du contrat, sans conséquence sur ce dernier, témoigne du caractère autonome dont elle est porteuse ? Rien n'est moins sûr... En effet, l'évolution jurisprudentielle et législative, tend à favoriser la seule éradication des clauses contraires aux dispositions impératives et à la cohérence contractuelle. Leur finalité consiste avant tout dans le maintien du contrat et l'encadrement de la prolifération croissante des clauses, particulièrement des clauses « directives¹¹⁵⁹ ». L'étude de ces sanctions et de leur portée (A) permettra ainsi de vérifier si les règles auxquelles elles répondent comportent des éléments et indices susceptibles de révéler l'autonomie des clauses auxquelles elles s'appliquent (B).

A) La portée des sanctions

524. L'examen de la jurisprudence contemporaine témoigne d'une ferveur retrouvée pour des sanctions applicables aux seules clauses litigieuses. Oscillant entre suppression et inefficacité de la clause litigieuse, elles tendent toutes à assurer la survie du contrat. Ainsi, la

¹¹⁵⁹ V° *supra* n°79 p.74.

nullité partielle¹¹⁶⁰ et le réputé non écrit¹¹⁶¹ ont pour effet commun d'écartier une clause du contrat, tout en veillant au maintien de ce dernier. Longtemps objet de confusion, ces deux sanctions peuvent néanmoins être distinguées au regard des nombreuses divergences de leurs conditions d'application, permettant ainsi une recherche plus approfondie du caractère autonome des clauses dont la suppression est prononcée (1). Ces sanctions, bien que principalement invoquées, laissent place à la réduction et la déchéance lorsqu'une stipulation valable en son principe est viciée par l'excessivité de ses termes ou le comportement des parties. Le juge a alors soit recours à la réduction du *quantum* supplémentaire à hauteur de celui autorisé par la loi, ou à la déchéance, sanction du manquement de l'un des contractants. L'identification du caractère autonome des clauses visées doit, cette fois, être recherchée à travers leur efficacité (2).

1) La suppression de la clause

525. Le réputé non écrit. L'évolution jurisprudentielle en la matière permet de constater que les juges ne se contentent pas de supprimer le contrat dans sa totalité lorsqu'il se trouve affecté d'un élément illicite, mais suppriment la seule clause litigieuse. Ces sanctions ne résultent donc pas d'une tendance novatrice. Loin de notre temps, la clause réputée non écrite prend ses origines dans le droit romain. Elle était alors conçue pour respecter la volonté présumée du *de cuius*. En effet, certains actes organisant le culte du défunt devaient survivre à la présence de conditions impossibles, voire illicites, sans entraîner l'annulation de l'acte dans son intégralité. L'édition d'une condition réputée non écrite permettait ainsi d'admettre la validité du testament tout en niant, indépendamment d'une action en justice, la valeur obligatoire de la clause litigieuse. Le testament permettait de désigner un continuateur du culte de ses ancêtres, servant ainsi la volonté présumée du *de cuius*. Cette tendance, issue du droit romain, fût reprise sous l'Ancien régime, puis dans la codification napoléonienne, sans qu'aucune analyse ou explication nouvelle ne soit apportée. Les rédacteurs de 1804 ont pour l'essentiel repris une solution héritée de l'histoire. Il faut alors attendre la fin du XX^{ème} siècle, pour voir cette technique employée dans une fonction différente de celle du droit romain. La

¹¹⁶⁰ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse Strasbourg III, LGDJ 1969.

¹¹⁶¹ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse Paris II, Economica 2006.

loi des 5 et 12 septembre 1971¹¹⁶² élargit le domaine d'application du réputé non écrit aux actes à titre gratuit afin de prévenir les effets de clauses hostiles à la consécration des principes révolutionnaires. Si en 1804 le Code civil ne comportait qu'une seule mention de clause réputée non écrite prévue à l'article 900, sa consécration se veut aujourd'hui grandissante. Présente en droit civil¹¹⁶³, en droit des assurances¹¹⁶⁴, de la consommation¹¹⁶⁵, de la copropriété¹¹⁶⁶, des sociétés¹¹⁶⁷, ou encore en droit du travail¹¹⁶⁸ et commercial¹¹⁶⁹, elle concerne tant les contrats à titre gratuits qu'onéreux¹¹⁷⁰, que les contrats synallagmatiques à exécution successive¹¹⁷¹ ou instantanée¹¹⁷²...

526. La nullité partielle. A la différence de la clause réputée non écrite, la sanction de la nullité partielle s'inscrit quant à elle dans la théorie des nullités¹¹⁷³ consacrée au début du XXème siècle. « *La notion de nullité partielle n'est qu'un aspect de la théorie générale des nullités*¹¹⁷⁴ ». Elle est une nullité dont l'étendue est limitée à une partie seulement de l'acte juridique. Lorsque la nullité partielle d'une clause illicite est prononcée, la question de son étendue doit alors être posée. Le maintien du contrat n'est alors qu'une possibilité. Le juge se doit de rechercher la finalité poursuivie par les parties afin que le rétablissement de la légalité se fasse « *dans la mesure de ce qui est nécessaire*¹¹⁷⁵ ». L'étendue de la nullité d'une clause d'un contrat relève de l'audacieux travail jurisprudentiel effectué pour concilier l'article 900 et l'article 1172 visant à l'établissement d'un régime unique gouverné par un principe simple. Si la clause a été essentielle aux yeux des parties, au point de constituer la « cause » ou « la

¹¹⁶² Loi du 5 et 12 septembre 1971 « réputait non écrite dans les actes à titre gratuit toute clause impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tiendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés ou d'exercer des fonctions déferées par la Constitution aux citoyens actifs ou éligibles ».

¹¹⁶³ Notamment en matière de libéralités (art. 900 C. civ), de cautionnement (art. 2037 C. civ), de clause pénale (art. 1152 C. civ), de construction (art. 1792-5) ou de sous-traitance (Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 art. 7 et 12 al.2).

¹¹⁶⁴ Art. L.211-6 Code des ass.

¹¹⁶⁵ Loi du 10 janvier 1978 art. 35.

¹¹⁶⁶ Loi du 10 janvier 1965 art. 43.

¹¹⁶⁷ Art. 1844-1 Code civ.

¹¹⁶⁸ Art. L.122-42 Code du trav.

¹¹⁶⁹ Loi du 24 juillet 1966 art.52 al.4, 56 al.5, 57 al.3 et 58.

¹¹⁷⁰ Promesse unilatérale de bail ou de vente.

¹¹⁷¹ Art. L.231-3 et 231-7 Code constr. et hab. ; L.122-42 Code du trav.

¹¹⁷² Clause abusive au sens de l'art. 35 de la loi du 10 janvier 1978 dans un contrat de vente de corps certains.

¹¹⁷³ R. Japiot, *Des nullités en matières d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon 1909 p.61.

¹¹⁷⁴ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques, th. préc.* n°27 p.26.

¹¹⁷⁵ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin LGDJ 2004, n°961 p.572.

condition impulsive et déterminante » de l'engagement sans laquelle il n'aurait pas été souscrit, alors la nullité couvrira l'ensemble du contrat. À l'inverse, si elle est demeurée secondaire ou séparable, la nullité sera partielle puisque son absence n'aurait pas empêché l'acte d'être conclu. Partis de deux points opposés¹¹⁷⁶ de l'horizon juridique, les principes se sont ainsi rapprochés sous la pression de la jurisprudence. Mais, affinant son analyse, la doctrine a dépassé cette approche purement subjective pour éviter que la sanction ne soit privée d'efficacité par le critère de l'intention des parties. La nullité totale du contrat peut en effet se révéler préjudiciable au contractant que la loi a précisément voulu protéger. La perspective d'une annulation totale risque alors de dissuader l'un des contractants d'invoquer l'illicéité ou d'autoriser l'autre de la dénoncer à contretemps afin de se séparer d'un partenaire devenu rétif. Maintenir le contrat expurgé de la clause prohibée est alors la meilleure façon de punir l'autre cocontractant qui aurait cherché à contourner l'interdiction de la clause en en faisant délibérément une condition *sine qua non* de son consentement.

527. Des sanctions distinctes. Malgré le recours à une analyse objective rejetant toute prise en considération de la volonté des parties, force est de constater que la sauvegarde du contrat n'est qu'une conséquence possible de la nullité du contrat alors qu'elle constitue un effet nécessaire de la sanction du réputé non écrit. Procédé objectif, le réputé non écrit permet le maintien du contrat quelle que soit l'importance que les parties ont pu accorder à la clause. Il assure ainsi dès l'origine, le maintien d'un contrat conforme aux exigences de la légalité. Par ailleurs, la distinction de ces sanctions tient également dans l'obligation de solliciter l'intervention judiciaire en présence d'une nullité partielle. En effet, si aujourd'hui la nullité est en droit français une sanction judiciaire qui n'existe que par son prononcé en justice, la sanction du réputé non écrit opère, quant à elle-même, de plein droit. Saisi d'une telle demande le juge peut se faire « *l'agent de l'application de la loi*¹¹⁷⁷ » et appliquer la sanction du réputé non écrit tel que le prévoit expressément la loi¹¹⁷⁸. Il peut également prononcer le

¹¹⁷⁶ La juxtaposition de ces deux articles englobe l'ensemble des actes juridiques et établit un principe de nullité partielle en matière d'actes à titre gratuit et un principe inverse de nullité totale pour les actes à titre onéreux. Puis, le recours au critère subjectif a permis à la jurisprudence par une construction remarquable de dépasser le texte des articles 900 et 1172 du Code civil et de parvenir à unifier les solutions applicables aux actes à titre gratuit et celles applicables aux actes à titre onéreux.

¹¹⁷⁷ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in Mélanges offerts à P. Couzinet, Toulouse 1974, n°3 p.333.

¹¹⁷⁸ Ex : art. 1386-15 al.1 Code civ. « visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux » s'il admet par exception la validité de ces clauses dans son al.2 cela ne peut valoir « que pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement par son usage ou sa consommation privée » ; Sont également réputées non écrites les clauses attributives de compétence territoriale

caractère non écrit d'une clause en dehors de toute disposition législative ou réglementaire en ce sens. Au cours de ces deux dernières décennies, le juge s'est arrogé ce droit, notamment en matière de contrat d'assurances, afin de réputer non écrite : les clauses limitant la garantie de l'assurance responsabilité dans le temps ainsi que les clauses instituant des exclusions de garanties illimitées. L'arrêt précurseur de la jurisprudence Chronopost¹¹⁷⁹ s'inscrit également dans cette tendance. Plus encore, il est possible de considérer que la clause réputée non écrite est dépourvue de valeur obligatoire dès son insertion dans le contrat. Elle est placée hors de l'aire contractuelle et les parties n'ont à réaliser aucune déclaration de volonté à son propos.

Certains auteurs, tels que Kullmann, voient en ce procédé une fiction, une négation de la réalité matérielle, d'autres au contraire approuvent la présence de la clause dans le contrat et son exécution possible mais reconnaissent que le droit positif refuse de lui conférer une quelconque force contraignante. Parmi eux, Mme S. Gaudemet prône l'existence d'un concept autonome, distinct de la nullité partielle et gouverné par son caractère automatique¹¹⁸⁰. Malgré un objet commun consistant à supprimer les clauses illicites glissées dans le contrat dont elles visent à assurer le maintien, ces deux sanctions ne peuvent être confondues au regard de leurs régimes juridiques très différents. Leur distinction conduit à considérer que le réputé non écrit n'est pas une nullité partielle et ne répond ainsi nullement à la théorie des nullités. Il est dès lors nécessaire de rendre au réputé non écrit la place qui a été originellement la sienne, et de reconnaître l'existence d'un concept autonome distinct de la nullité et gouverné par son caractère automatique.

La réduction et la majoration d'un quantum ainsi que la substitution d'indices peuvent davantage être rapprochés de la nullité partielle. Sans entrer dans cette discussion, une analyse de leurs régimes et de leurs effets permettra de mieux percevoir les indices de l'autonomie des clauses auxquelles elles s'appliquent.

(art.48) entre non commerçants ainsi que les stipulations contraires aux règles communes au compromis d'arbitrage et à la clause compromissoire, définies par le CPC ; la loi n°65-567 du 10 juillet 1965 art.43 répute non écrites les clauses contraires à l'essentiel des règles édictées ; L. n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales consacre dans plus d'une trentaine d'articles le réputé non écrit etc. De même un propriétaire ou le syndic peut, à tout moment, faire état de non-conformité d'une clause d'un règlement sur le fondement de l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965, V° Cass. Civ 3ème 9 mars 1988 *Bull. civ.* III 1988 n°54 ; Cass. civ. 3^{ème} 9 juin 1999 n°98-10801, *Loyers et copro.* 1999, comm 226 note G. Vigneron.

¹¹⁷⁹ Cass. com. 22 octobre 1996 n°93-18632, *Bull. civ.* IV n°261, Grands arrêts t.2 n°156 ; *RTD civ.* 1997. 418 n°2 obs. J. Mestres ; *Gaz. Pal.* 1997, II, jurisp. p.519 note R. Martin ; *Defrénois* 1997, art 36516 n°20 p.333 obs. D. Mazeaud ; *LPA* 18 juin 1997, p.30 note D. R. Martin ; *D.* 1997 p.121 note A. Sériaux ; *Contrats-conc. consom.* 1997 comm. n°24 obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998. 213, n°2 obs. N. Molfessis.

¹¹⁸⁰ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite, th. préc.* 2006, n°99 et s. p.55 et s.

2) L'inefficacité de la clause

528. Un rééquilibrage judiciaire du contrat. Les sanctions issues du contrôle de légalité ne sont pas toujours privées de toute efficacité. Au stade de la formation du contrat, un déséquilibre, généralement financier peut exister, déstabilisant les engagements des parties. Or, la lésion ainsi identifiée ne peut être sanctionnée. Le principe de la liberté contractuelle implique que les parties n'ont pas à se préoccuper de l'équivalence des prestations qu'elles peuvent insérer au contrat dans les limites fixées par les dispositions légales en vigueur. Force est cependant de constater que les lois, la jurisprudence et le Code civil lui-même admettent de nombreuses exceptions. Il en est ainsi en matière de vente immobilière, d'honoraires exigés par les mandataires et principalement les professions libérales¹¹⁸¹, de vente d'engrais, de convention d'assistance maritime, de prêt d'argent usuraire, de contrat conclu par des incapables majeurs etc. Ces exceptions au principe du refus de la lésion prévoient néanmoins une révision judiciaire du contrat en tant que sanction.

Il est également important de signaler que nombre de clauses font l'objet d'une révision par le juge dans le but d'éviter la nullité du contrat mais aussi afin de rééquilibrer les prestations qui en découlent. Ainsi le législateur permet au juge de modérer les clauses pénales depuis la loi du 9 juillet 1975¹¹⁸². Il en va de même des clauses abusives que le juge peut annuler dans un souci de protection du consommateur¹¹⁸³.

529. La réfaction judiciaire. Concernant désormais l'exécution du contrat, le juge a la possibilité de procéder à sa réfaction. Cette immixtion caractérisée consistant à réduire le prix contractuellement fixé en cas d'inexécution partielle, incomplète ou incorrecte de l'engagement de l'une des parties, se présente donc comme un instrument de proportionnalité. Le juge peut ainsi dans une clause d'indexation substituer un indice licite à un indice illicite ou inexistant.

¹¹⁸¹ Cass. civ. 2^{ème} 13 mars 2003 n°01-15933, *Bull. civ* II n°59, 2003 p.52 ; *Lexbase Hebdo* 17 avril 2003, n°67 note M. Parmentier et J. Prigent.

¹¹⁸² Loi n°75-597 du 9 juillet 1975 n°75-597 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale, *J.O* du 10/07/1975 la Cour de cassation a par ailleurs précisé dans un arrêt du 11 février 1997 que la « disproportion manifeste s'apprécie en comparant le montant de la peine conventionnelle fixé et celui du préjudice effectivement subi ».

¹¹⁸³ Directive n°93/13 CEE, 5 avril 1993, *JOCE* n° L.95, 21 avril 1993 p.29 transposée par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995.

Cette technique de la réfaction du contrat s'est considérablement développée, notamment depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile le 11 mars 2003¹¹⁸⁴. Invitée à se prononcer sur la nullité d'une reconnaissance de dette, la Cour a non seulement réactivé la notion de fausse cause, laquelle était jusqu'alors le parent pauvre de la théorie de la cause, et a par ailleurs décidé que la fausseté partielle de la cause n'entraînait pas l'annulation de l'obligation mais « *sa réduction à la mesure de la fraction subsistante* ». A travers cette décision, la Cour de cassation bouleverse la sanction traditionnelle de l'absence de cause et de la fausse cause. Elle cherche alors à éviter la nullité de l'acte dans son ensemble et permettre une « adaptation » à l'avantage réellement procuré. Le juge se voit donc conférer le pouvoir de rééquilibrer le contrat en modifiant le contenu de l'une des stipulations contractuelles. Or, si cette tendance tend à gagner les faveurs de la doctrine contemporaine, l'intervention du juge n'apparaît initialement possible que par la prise en compte de la flexibilité des clauses.

530. La réduction de l'excès. Les clauses contractuelles jugées illicites sont en principe déclarées nulles. Or, au lieu d'annuler dans son intégralité une clause contractuelle, le juge peut la remodeler de façon à lui rendre sa légitimité. Déjà admise pour les clauses de non-concurrence, la réfaction de la clause est reconnue comme permettant de pallier la sanction plus radicale de la nullité¹¹⁸⁵. Entraînant généralement une réduction des modalités de la clause, la réfaction peut être présentée comme une technique particulière de mise en œuvre de la notion de nullité partielle. Néanmoins, une même clause peut être sanctionnée tantôt par la nullité, tantôt par la réduction de son caractère excessive. Cette différence dans la sanction résulte de circonstances purement factuelles. En effet, l'anéantissement complet de la clause sera ici recherché, là évité, selon que ces résultats satisfont à l'ordre public de protection ou de direction, prohibitif ou dispositif.

Relativement à la clause de non-concurrence, certaines décisions ont ainsi admis que lorsque qu'elle n'est pas totalement injustifiée mais seulement excessive, elle peut être réduite par le juge¹¹⁸⁶. Une distinction doit être opérée entre l'absence totale d'intérêt légitime qui

¹¹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 2003 n°99-12628, *Bull. I* 2003, n°67 p.51, *RTD civ.* avril-juin 2003, n°2 p.287 obs J. Mestre et B. Fages ; V° également J-R. Binet, De la fausse cause, *RTD civ.* septembre 2004, n°4 p.655 et s.

¹¹⁸⁵ V. Fraissinier, Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail, *LPA* 5 mars 2009, n°46 p.102.

¹¹⁸⁶ Cass. soc. 25 mars 1998 n°94-20780 & n°95-41543 (2 espèces), *Dr. soc.* 1998, p.544 et 545.

conduit à la nullité de la clause, et son caractère excessif qui conduit à sa réduction¹¹⁸⁷. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation le 18 septembre 2002 en énonçant que « *le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités*¹¹⁸⁸ ». Dès lors, si l'une des quatre conditions fixées par la jurisprudence fait défaut, la sanction est la nullité. En revanche, si ces conditions sont remplies, mais formulées de façon excessive, les juges procèdent à la réduction de la clause.

531. La déchéance. Outre le caractère excessif des stipulations d'une clause, les juges peuvent interagir sur cette dernière pour sanctionner le manquement d'un contractant censé bénéficier des avantages dont elle recèle. Proche des effets produits par la nullité partielle, la déchéance est alors une sanction dont les juges peuvent user pour priver davantage le contractant ayant failli à l'une de ses obligations contractuelles¹¹⁸⁹. Définie comme « *la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice et encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie*¹¹⁹⁰, [...] », la déchéance agit tant sur une prérogative que sur un terme ou un délai, et sanctionne un comportement fautif ou le résultat d'une simple inaction. En effet, si dans certaines circonstances la déchéance suppose la réalisation d'une faute, en d'autres occurrences une privation consécutive à un simple manquement suffit. La déchéance est donc la privation d'un avantage en raison et à proportion d'un manquement qui prive cet avantage de cause. Applicable au cas par cas, le maintien du droit amputé de son aspect avantageux se révèle alors plus redoutable.

L'étude des sanctions découlant du contrôle de légalité ne permet pas a priori de les considérer comme des instruments révélateurs de l'autonomie des clauses auxquelles elles s'appliquent. Toutefois, il convient désormais de s'interroger sur les motivations du juge à

¹¹⁸⁷ M-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Thèse Aix-marseille, PUAM 1996, n°118 p.109 et spéc. n°134 p.124.

¹¹⁸⁸ Cass. soc. 18 septembre 2002 n°00-42.904, *Sem. soc. Lamy* 21 octobre 2002, n°1094 p.6 obs. F. Favennec-Héry ; *D.* 2002, p.3229 note Y. Serra ; *Dr. soc.* novembre 2002, n°11 p.1007 obs. R. Vatinet.

¹¹⁸⁹ La déchéance du droit à intérêt édictée par l'art. 311-33 C. consom. est encourue par l'établissement financier qui ne respecte pas les formalités d'offre préalable permettant d'informer le client sur l'étendue de son crédit.

¹¹⁹⁰ *Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant, sous la dir. De G. Cornu, 7^{ème} éd. PUF 1998 *V° déchéance*.

prononcer de telles sanctions afin de démontrer que les raisons de leur application ne doivent pas être recherchées dans le caractère autonomes des clauses concernées.

B) Une autonomie présumée des clauses sanctionnées

532. Si l'appréciation des régimes juridiques propres à chaque sanction n'a pas permis d'identifier les indices révélateurs de l'autonomie des clauses concernées, certains aspects relatifs à leur fonctionnement et leur mise en œuvre peuvent encore être approfondis. À l'image de la diversité des clauses concernées par le contrôle de légalité, l'application circonstanciée de ces sanctions par le juge ne plaide pas en faveur de leur application à des clauses particulières revêtant un caractère autonome. Toutefois, l'examen du régime de la nullité partielle, et plus spécialement du récent critère de détermination de son étendue devrait apporter quelques précisions sur l'identification des clauses soumises à ces sanctions et leur incapacité à révéler l'autonomie des clauses visées (1). Par ailleurs, une nouvelle forme de sanction d'origine prétorienne, fruit de l'association de la nullité partielle et du réputé non écrit doit également être analysée. L'efficacité d'une telle sanction ne s'inscrit pas dans l'objectif des clauses autonomes mais bien de maintien du contrat (2).

1) Des sanctions non révélatrices de l'autonomie des clauses

533. Le maintien du contrat. L'étude de ces différentes sanctions laisse apparaître la liberté laissée aux juges du fond dans l'appréciation de la sanction à appliquer. « *Ces sanctions [...] ne sont que des techniques divergentes figurant dans l'arsenal judiciaire, qui permettent au juge de prononcer un anéantissement en modulant les effets de sa décision au gré des enjeux*¹¹⁹¹ ». Néanmoins, la nullité partielle, le réputé non écrit, la réduction ou la majoration d'une clause ainsi que la déchéance participent tous à une même politique de maintien du contrat. C'est principalement cet objectif qui est défendu par le législateur et le juge dans la mise en œuvre de ces sanctions. Reste alors à déterminer si ces sanctions sont seulement applicables à des clauses qualifiées d'« autonomes » par rapport au contrat qui les contient.

¹¹⁹¹ R. Libchaber, Jurisprudence, *Deffrénois* 30 mars 2008, n°6 p.688.

534. La prévalence du critère téléologique. Le régime juridique de la nullité partielle, et plus particulièrement le critère déterminant l'étendue de la nullité, peut être analysé en vue d'appréhender les clauses visées par ces sanctions et d'établir un premier indice de leur autonomie. Après avoir abandonné une application exclusive du critère subjectif, la doctrine et la jurisprudence décident désormais de « *conclure à une dualité des critères, entre lesquels existe un rapport de hiérarchie. Chaque fois que le but poursuivi par le législateur et l'efficacité de la sanction imposent une solution – en fait la nullité partielle, donc le maintien imposé de la partie non viciée de l'acte –, cette solution doit l'emporter. C'est le critère téléologique. Si aucune considération de cette nature n'entre en jeu, [...], rien n'en justifierait qu'on n'en revienne pas à une recherche des intentions, mêmes hypothétiques, des parties. C'est le critère subjectif*¹¹⁹² ». En effet, l'utilisation dans un premier temps du seul critère subjectif conduisait inévitablement les juges à une recherche très hypothétique de la volonté des parties. Volonté qu'ils se contentaient bien souvent de découvrir pour les besoins de la cause, en en faisant même parfois une totale abstraction¹¹⁹³.

535. La subsidiarité du critère subjectif. Le caractère impulsif et déterminant conféré à une clause reste incertain. Ainsi, l'insertion d'une clause compromissaire n'offre au juge aucune certitude. Bien qu'objectivement accessoire, les contractants peuvent néanmoins faire de la compétence arbitrale une condition déterminante de leur engagement. La multiplication des exemples ne permettrait pas d'établir une règle générale d'identification de la volonté des parties, dans la mesure où les contractants sont libres d'insérer n'importe quel élément, aussi original et inattendu soit-il, dans le « champ contractuel » et de l'ériger au même rang et au même régime que la cause typique. Selon M. Th. Génicon, retenir une interprétation divinatoire de la volonté des parties serait un coup dur porté à la libre « *essentialisation* » contractuelle qui trouve à s'exprimer quotidiennement par la technique de la condition¹¹⁹⁴.

Ramenée à notre recherche des clauses autonomes soumises à ces sanctions, la stricte application du critère subjectif signifiait, pour les auteurs prônant une autonomie nécessaire des clauses concernées, que seules les clauses non déterminantes du consentement des parties

¹¹⁹² Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°420 p.423.

¹¹⁹³ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse Paris I, LGDJ 1992, n°492 p.291 ; O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse Saint-Etienne, PUAM 1999, n°556 p.390 ; D. Mazeaud, *La révision du contrat*, *LPA* 30 juin 2005, n°11 p.4.

¹¹⁹⁴ Th. Genicon, *Conséquences de la nullité d'une clause sur le sort du contrat : les limites de la stipulation d'indivisibilité*, *RDC* octobre 2008, n°4 p.1122.

pouvaient être l'objet d'une nullité partielle et revêtir ainsi une certaine autonomie par rapport aux éléments essentiels du contrat. L'extrême hétérogénéité des clauses concernées ne permettait pas de discerner avec précision les clauses autonomes.

536. Une efficacité illusoire. La supériorité du critère téléologique retenu ne le permet pas davantage. Plus rationnel et moins aléatoire, ce critère basé sur la fonction et la finalité inhérente à chaque clause permet certes une application objective des sanctions mais ne constitue pas pour autant un indice de l'autonomie des clauses. En effet, applicable dès la mise en œuvre du contrôle de légalité, le critère téléologique ne permet en rien d'identifier les clauses autonomes à travers leur fonction. Seul le dépassement de la finalité d'une clause, et donc de sa fonction, est alors mise en lumière. L'étude particulière de la nullité partielle pourrait alors être transposée à toutes les formes de sanctions précédemment présentées et découlant du contrôle de légalité. Quelle que soit la sanction retenue, le législateur et le juge entendent que l'acte survive, purgé de la clause irrégulière et cela sans égard pour l'importance que les parties ont pu lui donner. L'éradication des clauses excessives au regard des règles impératives¹¹⁹⁵ auxquelles elles sont soumises ou contrevenant à une liberté fondamentale se justifie donc par le respect d'une politique juridique constante de maintien du contrat. Contrairement à la position soutenue par certains auteurs¹¹⁹⁶, l'anéantissement d'une seule clause particulière du contrat n'est pas permise du fait de l'autonomie de la clause litigieuse, mais seulement pour assurer la survie du contrat dans la cohérence des stipulations contractuelles.

Le régime juridique propre à chacune des sanctions assure ainsi la réalisation de cet objectif, sans référence à la particularité des clauses visées. L'effacement ou la modification judiciaire

¹¹⁹⁵ Outre ces clauses correspondant à un procédé technique particulier, d'autres clauses qu'il n'est pas possible de recenser non seulement parce qu'elles sont nombreuses mais également parce qu'il en naît constamment de nouvelles variétés, sont également soumises à ces sanctions. Propres à une espèce de contrat, elles contreviennent soit directement soit indirectement à une règle impérative du contrat auquel elles s'appliquent. Le contrat de travail est également soumis à une importante législation d'ordre public. Les clauses peuvent être nulles également en ce qu'elles contreviennent non à un texte de loi, mais aux dispositions d'une convention collective.

Enfin, le contrat de société est également soumis à certaines dispositions législatives impératives. De nombreuses dispositions sont assorties de la formule : « toute clause contraire est réputée non écrite ». Cass. civ. 3^{ème} 31 janvier 2001 n°98-44877, *JCP G* 2001, I, 354 obs. Y-M. Serinet ; La clause ne doit jamais trouver à s'appliquer si elle contrarie l'efficacité de la sanction poursuivie par le législateur édictant la nullité.

¹¹⁹⁶ M. Mekki, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *art. préc.* p.240 et s.

d'une clause résultent donc moins du caractère autonome de la clause concernée que du régime propre des sanctions découlant du contrôle de légalité.

2) Une efficacité des sanctions au service du maintien du contrat

537. Une association des sanctions. Une tendance très singulière permet également de rendre compte de la volonté du législateur et du juge d'assurer, tant que faire se peut, le maintien du contrat. La jurisprudence affine ainsi les sanctions applicables pour n'écarter cette fois que les seules stipulations litigieuses d'une clause. Illustration significative, la clause de non-concurrence fait depuis peu l'objet d'une sanction pouvant être considérée comme une « *sous-déclinaison* » de la nullité partielle et du réputé non écrit. Désireuse d'assurer le maintien du contrat, la Cour de cassation décline cet objectif aux clauses contractuelles le composant et recherche désormais à maintenir des clauses pourtant entachées d'illégalité. Ainsi, elle considère que la clause de non-concurrence minorant la contrepartie financière en fonction du mode de rupture du contrat n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions relatives à cette minoration¹¹⁹⁷. Œuvre de la jurisprudence, cette sanction minimaliste est très justement qualifiée par certains auteurs de « *clause réputée partiellement non écrite*¹¹⁹⁸ ». Face à un élément de la clause modulant le *quantum* de la contrepartie financière à la cause d'extinction du contrat, les juges du fond en déduisaient auparavant que la clause de non-concurrence devait être déclarée nulle pour le tout. Désormais, la Cour de cassation transpose son raisonnement du contrat vers les clauses et considère que « *la clause de non-concurrence n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute* ». Contrairement à la nullité classique, « *le réputé partiellement non écrit* » empêche la destruction totale de la clause. En écartant les éléments illégaux de la clause, elle permet d'en conserver l'existence au sein du contrat tout en l'épurant de ses vices. L'efficacité de la sanction se conjugue avec le dessein permanent de maintien du contrat.

¹¹⁹⁷ Cass. soc. 8 avril 2010 n°08-43056, *D.* 6 mai 2010, n°18 p.1085 note L. Perrin ; *Jurisp. soc. Lamy* 21 mai 2010, n°277 p.17 note D. Julien-Paturie ; *Cah. soc. Du barreau de Paris* juin 2010, n°221 p.205 obs. F-J. Pansier ; *JCP S* juin 2010, n°6 ; *JCP S* 6 juillet 2010, n°27 obs. I. Beyneix ; *RLDA* juillet 2010, n°51 p.58 note F. Canut ; *JCP E* juillet 2010, n°27-28 note S. Béal et P. Clein et n°27, p.31 note. Ph. Grignon ; *LPA* 8 juin 2011, n°113 p.8 obs T. Sachs.

¹¹⁹⁸ Th. Génicon, De la nullité partielle à la clause réputée partiellement non écrite, *RDC* octobre 2010, n°4 p.1199.

538. Une transposition aux clauses contractuelles. Cette technique d'invalidation partielle appliquée à un élément de la clause conduit à considérer que le sauvetage opéré ne concerne plus uniquement le contrat mais également la clause. La Cour appuie sa politique de maintien du contrat pour en décliner les effets au stade de la clause litigieuse¹¹⁹⁹. Dès lors, considérer que les clauses visées par ces sanctions peuvent être anéanties du fait de leur autonomie reviendrait, en suivant cette logique, à considérer en l'espèce que seul un élément, une fraction de la clause doit être reconnu autonome. Or, la clause peut ici être maintenue parce que l'élément illicite qu'elle contient n'affecte pas son existence au sein du contrat. La politique de survie du contrat défendue par la jurisprudence prime alors sur la caractérisation de l'autonomie de ses clauses. Les clauses ou parties de clauses écartées par la Cour le sont donc davantage pour assurer le maintien du contrat sans considération aucune de l'autonomie de ces dernières.

Le réputé partiellement non écrit ainsi que les autres sanctions issues du contrôle de légalité obéissent donc tous à des règles tournées vers cette finalité. L'effet produit par ces sanctions sur les clauses du contrat est directement commandé par leur régime juridique respectif, quelle que soit la fonction ou les particularités des clauses concernées. Dès lors, force est de constater que si ces diverses formes de sanction poursuivent une finalité commune elles ne laissent transparaître aucun indice apparent de l'autonomie des clauses qu'elles condamnent.

D'autres concepts de notre droit devront dès lors être analysés pour découvrir les éléments révélateurs de l'autonomie des clauses. Ainsi, la cause du contrat ou la cause de l'obligation, si une réelle distinction peut être faite, se présente comme le concept majeur du droit des contrats et doit à ce titre être examinée dans son implication auprès des clauses du contrat. Cette notion très discutée, source de nombreuses controverses et de divergentes interprétations, constitue un champ d'étude inévitable pour apprécier l'autonomie d'une clause à travers son insertion et son exécution au sein du contrat.

¹¹⁹⁹ S. Gaudemet, *th. préc.* n°89 et s. p.50 et s.

Section II : La transposition de la cause aux clauses du contrat

539. Elevée depuis toujours par le Code civil en condition essentielle de validité du contrat, la cause a toujours été une source d'inspiration fertile pour les auteurs. En effet, bien que perçue comme un concept dont le sens et la fonction prêtent à confusion, la cause reste un instrument explicatif du contenu du contrat et donc de la combinaison des obligations qu'il renferme. Le déclin de la liberté contractuelle, l'approbation progressive d'une intervention judiciaire dans le contrat et le retrait de l'équilibre contractuelle de la responsabilité des parties ne peuvent entraîner l'inefficacité d'une notion qui reste l'un des piliers de la sécurité juridique et de la justice contractuelle. Neutralisée, compensée, remplacée, la cause restera, quelles que soient les orientations prises par le droit une notion essentielle au traitement des contrats. Outrepassant le caractère protéiforme de la notion, selon le rôle qui lui est dévolu et le type de contrat visé, l'adoption d'une conception particulière de la cause, fondée sur une lecture objective révélatrice de la structure du contrat, lui permet de conserver toute son influence en droit des contrats. À ce titre, il peut alors s'avérer intéressant de mesurer son implication à l'égard de l'articulation des clauses contractuelles et de sa capacité à révéler l'autonomie dont certaines sont porteuses. Dès lors, si la seule éviction des clauses excessives ou disproportionnées se justifie moins par leur caractère autonome que par la finalité de maintien du contrat et de sa cohérence, il est temps de rechercher si la nullité d'une clause ne relève pas directement de son absence de cause. Avancée par de nombreux commentateurs pour justifier de l'éviction des clauses limitatives de responsabilité tout au long de la célèbre saga Chronopost, la cause était alors perçue comme une condition de validité applicable à ces clauses contractuelles. Théoriquement réservée aux obligations, cette justification doit alors être examinée afin de déceler dans cette application de la cause à la clause un indice de son autonomie. Or, avant d'approfondir ce point, il est indispensable de se plier au sacrifice rituel de l'évolution tant jurisprudentielle que doctrinale du concept de cause (§1), pour ensuite retenir une acception déterminée permettant de vérifier si elle est réellement susceptible de s'appliquer à l'égard des clauses du contrat. Cet examen des clauses à travers le concept de cause nécessite dès lors d'isoler les clauses considérées comme autonomes par une majorité d'auteurs, pour tenter d'évaluer l'influence de cette notion sur ces dernières (§2).

§1 : L'appréciation d'une notion controversée

540. Le droit français est devenu causaliste à partir du moment où il a cessé d'être formaliste. Le peu d'intérêt consacré par le législateur à cette notion qui n'apparaît que dans trois articles du Code civil, a paradoxalement donné lieu à des débats passionnés au sein de la doctrine¹²⁰⁰. La complexité¹²⁰¹ et la dualité¹²⁰² de la notion ont généré de multiples interprétations doctrinales et jurisprudentielles qu'il est nécessaire d'appréhender, ou du moins d'entrevoir, en vue de préciser celle emportant notre conviction. Afin de rendre compte des débats qui ont animé la notion, une distinction doit être à nouveau posée entre la doctrine classique, étrangère à toute considération de l'économie du contrat (A), et une doctrine dite moderne visant quant à elle à rapprocher la dualité des définitions proposées (B).

A) Une approche classique de la cause

541. Jusqu'au début du XX^{ème} siècle, la cause est l'objet de tiraillements doctrinaux s'inscrivant dans une totale opposition quant à l'appréciation et l'orientation à donner à cette notion. Deux conceptions de la cause se dégagent. La première, de nature objective, permet de découvrir l'existence de la cause, érigée en condition de validité du contrat, dans la contrepartie d'une obligation exécutée. La seconde, subjective, réside dans l'intention, les mobiles qui ont poussé l'une ou l'autre des parties à contracter. Forts de ces deux conceptions, les auteurs n'envisagent aucunement de concilier ces deux occurrences et s'inscrivent soit dans une recherche abstraite et uniformisée dégagée par la théorie objective (1), soit dans une recherche individualisée, propre à la théorie subjective (2).

1) La théorie objectiviste

542. Origine. La cause objective, encore appelée cause abstraite ou cause de l'obligation, se définit comme le but immédiat et direct, conduisant le débiteur à s'engager. Désincarnée,

¹²⁰⁰ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 1924 Dalloz 2^{ème} éd. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, les obligations*, t.I Paris 1988, sirey 2^{ème} éd. p.193 ; H, L et J. Mazeaud et L. Chabas, *Leçons de droit civil*, t.II vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, Paris 1991, Monchrestien 8^{ème} éd. p.242 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris 1993, LGDJ 3^{ème} éd. p.808 ; H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.II, *Obligations – Contrats spéciaux – Suretés*, Paris 2000, Dalloz 11^{ème} éd. p.59 et s.

¹²⁰¹ « Si vous avez bien compris la cause, c'est que l'on vous l'a mal expliquée », D. Mazeaud, *La cause*, Mélanges Dalloz Bicentenaire du Code civil 1804-2004 p.451.

¹²⁰² Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 1989 n°88-11443, *Deffrénois* 1990, 358 obs. J-L. Aubert ; *JCP G* 1990, II, 21546 obs. Y. Dagonne-Labbé ; *RTD civ.* 1990. 468 obs. J. Mestre ; *Gaz. Pal.* 1991, I, 374 note F. Chabas.

elle se présente de façon identique, invariable et stéréotypée dans tous les contrats de même nature. Puisant ses racines dans les écrits de Domat, cette thèse distingue trois catégories de contrats. Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation d'une partie réside nécessairement dans l'objet de l'obligation souscrite par son cocontractant. La satisfaction de cette exigence appelle donc une démarche consistant à rechercher l'objet de l'obligation d'une partie pour apprécier l'existence de la cause de l'obligation de l'autre. Indépendante des motifs poursuivis par les contractants lors de la conclusion du contrat, la notion de cause de l'obligation protège, dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant contre un engagement souscrit, soit en l'absence de toute contrepartie, soit en présence d'une contrepartie illusoire ou dérisoire. La majorité des auteurs précisent alors que cet équilibre objectif des prestations ne doit pas être confondu avec la nécessité d'une équivalence économique des engagements réciproques¹²⁰³. En effet, seule l'existence d'une contrepartie à l'obligation de chacun est recherchée. Ainsi, tant le caractère moral des motifs que la consistance des contreprestations sont éludés par la conception objective de la cause. Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'engagement d'une partie réside dans la prestation exécutée antérieurement par l'autre partie. Une distinction s'opère également avec les actes à titre gratuit pour lesquels la cause doit être recherchée dans l'intention libérale. Aussi, la cause de la libéralité est appréhendée de façon objective puisqu'elle est réduite à la seule volonté de conférer un bienfait, sans remonter plus en amont de la chaîne de volition.

543. Les critiques anti-causalistes. Sous l'impulsion de Portalis, les rédacteurs du Code civil s'inspirèrent principalement des analyses de Domat et Pothier lors de la rédaction des articles relatifs à la cause. Or, si cette conception ne sera pas remise en cause durant le XIX^{ème} siècle, certains auteurs, dont Planiol pour ne citer que le plus célèbre¹²⁰⁴, s'érigeront contre cette vision traditionnelle de la cause dès le début du XX^{ème} siècle. Planiol dénonce ainsi le caractère nébuleux de l'expression de « *but immédiat* » et s'élève contre les distinctions spacieuses établies entre le but et la cause finale d'une part, et les motifs et le but du contrat d'autre part. Les théories anti-causalistes ont alors tenté de démontrer que les concepts de consentement, d'objet et de capacité rendaient superfétatoires le recours à la notion de cause. Selon cette doctrine, l'absence de cause d'un contrat synallagmatique devrait s'analyser en un

¹²⁰³ Cass. com. 9 juin 2009 n°08-11420, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1345 obs. D. Mazeaud.

¹²⁰⁴ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t.II LGDJ 1946 n°1037 et s. : il qualifiera la théorie de la cause telle que la doctrine française de l'époque l'avait construite de fausse et d'inutile.

défaut d'objet, tout comme la cause illicite se confondrait avec l'illicéité de l'objet. Ainsi, lorsque les uns fondent une nullité sur le défaut de la cause dans un contrat, Planiol se place quant à lui, sur le défaut d'objet dudit contrat pour l'annuler.

544. Une persistance de la cause. Malgré ces critiques, la conception objective de la cause a perduré. Un courant minoritaire est resté fidèle à une conception purement objective de la cause dont tout contrôle de moralité ou de licéité est exclu. Le chef de file de cette tendance était incontestablement Louis-Lucas¹²⁰⁵. Il percevait la volonté comme la traduction juridique d'un élément psychologique et la cause comme la traduction juridique d'un élément économique¹²⁰⁶, instaurant ainsi une stricte rupture entre la cause et la volonté. 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*¹²⁰⁷ ». L'appréciation morale d'un élément purement objectif étant impossible, l'auteur reconnaît que cette conception de la cause ne permet aucun contrôle de la moralité ou de la licéité de l'obligation.

Malgré le poids de la critique, certains auteurs tels Gaudemet¹²⁰⁸ ou M. G. Rouhette¹²⁰⁹ ont persisté dans cette analyse. Mais l'impossibilité d'apprécier la moralité et la licéité de l'engagement des parties, ou du moins de l'une d'entre elles, a progressivement eu raison de cette acception. La jurisprudence et la doctrine dominante ont alors reconnu la nécessité d'un contrôle subjectif des conventions et se sont ralliées à une considération subjective du concept de cause. Comprise dans un sens subjectif, la cause correspond à ce qu'il est convenu d'appeler la « *doctrine des mobiles* ». C'est alors le mobile extrinsèque qui détermine une des parties ou les différentes parties à conclure l'acte juridique.

¹²⁰⁵ P. Louis-Lucas, *Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Thèse Dijon 1918.

¹²⁰⁶ *Ibid.* p.155, il définit la cause comme « la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri ».

¹²⁰⁷ *Ibid.* p.93.

¹²⁰⁸ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations* 1937, réed. Dalloz 2004 p.115 Présentation de D. Mazeaud.

¹²⁰⁹ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965 n°137 et s.

2) La théorie subjectiviste

545. Origine. La cause subjective, que l'on désigne aussi par l'expression « *cause du contrat* » ou « *cause impulsive et déterminante* » peut se définir comme le motif déterminant ayant poussé le débiteur à s'engager. Etroitement liée à la psychologie des parties, la cause subjective n'est jamais la même selon les contrats et les personnes. Toutefois, la prise en compte de tout motif du contractant épuiserait le droit dans des recherches psychologiques sans fin. Seul le motif impulsif et déterminant ayant poussé la partie à contracter doit dès lors être qualifié de cause. Défenseur et initiateur de ce courant de pensée, Capitant remonte à la théorie des canonistes mais en déduit une conception de la notion très différente de Domat. L'engagement devait être causé mais aussi légitime et honnête. Ainsi, il inclut tant la représentation psychologique de la contre-prestation voulue, que les motifs déterminants moins immédiats, pourvu que, voulus ou connus des deux contractants, ils soient entrés dans le champ contractuel. Capitant considérait que la cause ainsi entendue constituait le but poursuivi par celui qui s'oblige, la représentation intellectuelle qui a déterminé son consentement¹²¹⁰. « *Toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération qu'elle se propose d'atteindre par la voix de cette obligation... S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou*¹²¹¹ ». Selon lui, la cause de l'obligation devrait être remplacée par « *le but visé par l'obligé* ». Il n'accepte l'expression de cause que parce qu'elle est consacrée par l'usage. « *C'est la considération du but qui détermine le débiteur à s'obliger, qui est par conséquent la cause de son engagement*¹²¹² ». Bien que l'assimilation de la cause au but à atteindre relève d'une démarche subjective, il prône une distinction stricte entre la cause et le motif déterminant. Le motif est un facteur psychologique qui n'est pas compris dans l'acte de volonté créateur de l'obligation et par conséquent, n'est pas un élément constitutif de l'accord des volontés, tandis que la cause est partie intégrante de cet acte de volonté et par suite du contrat. Le motif ne peut donc être juridiquement reconnu que dans la mesure où il serait intégré, par les parties, au champ contractuel.

546. Une appréciation extensive de la cause. De plus, si la plupart des auteurs expliquent que dans les contrats synallagmatiques l'obligation de chaque contractant a pour cause

¹²¹⁰ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 2012, éd. de la Mémoire du droit p.123.

¹²¹¹ H. Capitant, *De la cause des obligations*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz 2005 p.117.

¹²¹² *Ibid.* p.119.

l'obligation de l'autre, Henri Capitant considère que cette définition manque de substance¹²¹³. S'il approuve tout de même cette position, ce n'est pas sans formuler certaines critiques quant à l'incompétence qu'elle génère à ses yeux. Capitant observe que ce n'est pas seulement au moment de l'accord de volonté qu'intervient l'idée de cause. Son importance se fait sentir tant que le contrat n'est pas entièrement exécuté. Selon lui, si le cocontractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son côté. Les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer les résultats définitifs par l'exécution des prestations promises. Ainsi, ce qui détermine une personne à vendre sa chose, ce n'est pas seulement la promesse de l'acheteur de payer le prix convenu, mais la volonté d'avoir à sa disposition les deniers promis et inversement. Son analyse est donc doublement originale. Non seulement il intègre le consentement à l'idée de cause mais il déplace également l'appréciation de la cause pendant l'exécution du contrat. Or, si la première idée s'inscrit parfaitement dans une vision subjective de la cause, il n'est pas sûr qu'il en soit de même de la seconde.

547. Reconnaissance d'une dualité de la cause. Partant d'une définition unique faisant de la cause « *l'équivalent voulu* », Maury parvient dans sa thèse au constat d'une diversification des fonctions de la cause¹²¹⁴. Il est parti de deux conceptions possibles de la cause, l'une essentiellement objective qui la définit comme « *la raison d'être économique de l'obligation*¹²¹⁵ », l'autre plus subjective qui la tient pour le mobile, le motif dont le droit tient compte. Il a alors concilié ces conceptions à travers la notion « *d'équivalent voulu* », même si l'unité fondamentale de la notion reste pour lui la nature subjective. « *La cause est un motif, le motif juridiquement suffisant d'Aubry et Rau* ».

À la différence de Capitant, Maury refuse de faire de la cause un fondement de la résolution pour inexécution. Il considère « *que la cause est un élément de fondation de la convention, condition d'existence de l'obligation. Elle est la prestation promise, non la prestation exécutée, la contrepartie convenue, non la contrepartie réalisée... C'est donc au moment de la formation du contrat qu'il faut se placer pour savoir si elle existe, et sa disparition ultérieure n'empêche pas que la convention ne soit valable*¹²¹⁶ ». Cette conception

¹²¹³ H. Capitant, *th préc.* n°13.

¹²¹⁴ J. Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse 1920, t1.

¹²¹⁵ H. Capitant, *th. préc.* p.39 et s.

¹²¹⁶ J. Maury, *op. cit.* n°38.

a véritablement ouvert la voie à la distinction entre les deux fonctions de la cause : contrôle de l'existence de la cause de l'obligation et contrôle de la licéité du contrat.

548. Une dualité modérée de la cause. D'autres, adoptant une position plus mesurée, n'excluent pas la dimension objective de la notion de cause, spécialement pour la vérification de son existence, mais souligne l'importance primordiale de la nécessité d'un contrôle de la licéité et de la moralité des motifs. Reconnaisant ainsi la nécessité d'une définition dualiste de la notion de cause, Ripert et Boulanger précisent que la contre-prestation ne devient cause que par rapport à la volonté de celui qui s'oblige et dans la mesure où elle détermine cette volonté¹²¹⁷. Cette cause est toujours la même pour un même type de contrat : c'est la considération d'un certain avantage matériel¹²¹⁸. Ce n'est véritablement qu'à propos de la cause illicite ou immorale qu'ils assimilent cette notion aux motifs déterminants. Sur le terrain de l'absence de cause, ces auteurs considèrent qu'il est impossible de connaître les motifs individuels et concrets, et posent comme nécessité de rechercher dans les éléments matériels du contrat, la raison d'être de l'obligation. La considération de l'avantage procuré par le contrat peut être, en elle-même, une justification suffisante de la création de l'obligation.

Or, si une majorité des auteurs s'accordait à penser que seule une définition subjective devait être utilisée, tant pour le contrôle de l'existence de la cause que pour celui de sa licéité dans les actes à titre gratuit, la diversité et l'extrême complexité de ces théories doctrinales ont finalement conduit la jurisprudence contemporaine à favoriser une approche fonctionnaliste.

B) Une approche moderne de la cause

549. Des analyses nombreuses et diverses ont alors tenté de concilier le rôle classique reconnu à la cause avec les fonctions supplémentaires que la jurisprudence assignait à cette notion. Bien que s'inscrivant dans un mouvement de rapprochement entre ces deux conceptions, longtemps considérées comme incompatibles, la recherche d'un rattachement de cette vision moderne à la conception objective ou subjective, selon les auteurs, est encore restée ténue. Ce n'est pas la reconnaissance d'une partie de la doctrine pour une troisième

¹²¹⁷ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t.II LGDJ 1957 n°291.

¹²¹⁸ J. Maury, *op. cit.* n°292.

catégorie de cause, dénommée « cause économique », pourtant censée rester indépendante des deux conceptions issues des articles 1131 et 1132 du Code civil, qui a favorisé leur association (1). Toutefois, sans remettre en cause les deux fonctions de la cause, la rivalité entre les acceptions objectivistes et subjectivistes se trouve supplantée par une approche contractuelle de la cause, aux contours affinés et aiguisés. Le retour de la jurisprudence à une conception objectivée de la cause a conforté la thèse de certains auteurs favorables à une cohabitation des deux concepts causals malgré le maintien d'une dualité de fonctions exercées par la cause au sein du contrat (2).

1) L'instrumentalisation de la notion de cause

550. La fusion des conceptions. La prise en compte de l'intérêt du contrat par référence à son économie est alors venue ébranler la jurisprudence classique relative au contrôle de l'existence de la cause. L'arrêt¹²¹⁹ dit club vidéo rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 juillet 1996 concrétise cette tendance. La Cour a alors poussé plus loin la recherche de la cause au moyen de l'économie du contrat en l'utilisant pour la cause subjective. En l'espèce, des particuliers souhaitant créer un club vidéo dans leur village avaient conclu un contrat de location de cassettes. Il était alors non contestable que l'obligation du preneur de payer un loyer avait bien une cause, puisque les cassettes avaient été mises à sa disposition par le loueur. Néanmoins, le contrat fut tout de même annulé pour absence de cause parce que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible* ». La rupture est alors consommée avec les principes les plus classiques et les « *solutions de droit les plus éprouvées*¹²²⁰ ». La Cour considéra que le motif en contemplation duquel le contrat avait été conclu, à savoir la commercialisation des cassettes louées, se révélait finalement impossible à réaliser. Or, bien que ce motif ne fût pas entré dans le champ contractuel, même si semble-t-il les deux cocontractants connaissaient ce but, il a été jugé que cette exploitation était impossible dans une commune de 1314 habitants. Le contrat est donc écarté pour défaut de « *contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* ». Pour certains auteurs, cet arrêt consacre une interprétation fondée à la fois sur la

¹²¹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996 n°94-14800, *RTD civ* 1996 p.901 note J. Mestre ; *D.* 30 octobre 1997, n°38 p.500 note P. Reigne ; *JCP G* 16 avril 1997, I, n°16, 4015 obs. F. Labarthe.

¹²²⁰ J. Mestre, *note préc.*

cause objective et subjective¹²²¹. En effet, la cause de l'obligation n'est plus ici identique pour un même type de contrat. Ainsi, « *l'obligation de payer n'aurait pu être justifiée que dans la mesure où non seulement l'obligation de mise à disposition avait existé, mais encore avait été exécutée en harmonie avec les intentions légitimes et connues des commerçants*¹²²² ». C'est donc par le truchement du concept d'économie générale du contrat que la Cour de cassation a entendu infléchir l'objectivité du contrôle de l'existence de la contrepartie.

551. La cause économique. Toutefois, cette conception novatrice de la cause a rapidement séduit les auteurs ou a conforté la position antérieurement avancée par certains, pour ainsi admettre l'existence d'une cause à vocation économique. Il s'agit ainsi du but que le contrat permet d'atteindre directement et immédiatement. Bien que spécifique à chaque contrat, la cause économique se veut objective et rejoint par ses aspects la cause de l'obligation. Rapprochant la cause économique de la cause de l'obligation, Louis-Lucas considérait déjà que la cause, loin de transcrire des données psychologiques des contractants représentait la traduction juridique d'un élément économique. Néanmoins distincte des motifs personnels des contractants, la cause économique se teinte pourtant de subjectivisme car le but économique du contrat reste inséparable de la manifestation de volonté. Ni totalement objective ni complètement subjective, la cause économique se situe donc entre la cause de l'obligation, dite cause abstraite, et la cause subjective de chacun des contractants. Cette tendance, initiée par la première chambre civile, a alors suscité un certain enthousiasme des auteurs malgré des justifications souvent divergentes. M. Ph. Reigné considère que l'arrêt club vidéo introduit une nouvelle acception de la cause, d'inspiration subjective. Inspiré par les écrits de Capitant, il se réfère au but contractuel recherché par les parties¹²²³. Cette subjectivisation de la cause¹²²⁴ se traduit, à l'encontre des préceptes traditionnels, par une intégration des motifs dans la notion de cause. Le champ contractuel représente alors une sorte de territoire commun

¹²²¹ Arrêt préc. *Defrénois* 15 septembre 1996, n°17 p.1015 note Ph. Delebecque ; J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, à propos de l'arrêt Chronopost, *JCP G* 15 juillet 1998, n°29, 1315.

¹²²² Ph. Delebecque, *note préc.*

¹²²³ Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Thèse Paris II, 1993 n°252 p.280 : il définit la cause finale comme « le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres, l'absence de cause se traduisant par l'impossibilité pour les parties d'atteindre ce but contractuel ». Ainsi, la cause des articles 1131 et suivants du Code civil reste donc, selon lui, de nature purement subjective.

¹²²⁴ D. Mazeaud, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?* in *La nouvelle crise du contrat*, ss la dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz 2003, n°17 p.143, pour cet auteur, le but commun se définit comme celui qui est voulu par l'une des parties et simplement connu de l'autre.

aux parties¹²²⁵, permettant à chacun d'y insérer ce qu'il souhaite, à condition de le soumettre à la volonté - et, par voie de conséquence, à l'acceptation - de son partenaire.

Concernant les différents projets de réforme du droit des contrats, la notion de « *cause efficiente* » du contrat est reprise par l'avant-projet Catala dans dix articles entiers¹²²⁶. Le projet initial de la Chancellerie se sépare de cette notion considérée comme trop controversée¹²²⁷ pour la remplacer par celle d'intérêt¹²²⁸ au contrat, conservant néanmoins des fonctions assignées à la cause. Censé conduire à un plus grand contrôle du juge, l'intérêt se voulait être le nouveau nom de baptême de la cause. Or, les questions et incertitudes se posant pour la cause étaient alors reportées sur la notion d'intérêt quant à son appréciation objective ou subjective, la nature du contrat concerné, les sanctions de son absence ou de son illicéité. Dans son projet de mai 2009 la Chancellerie abandonne à juste titre la notion d'intérêt et garde les fonctions de la cause précisant que « *toute clause qui vide de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et contredit ainsi la portée de son engagement est réputée non écrite*¹²²⁹ ». Le projet du Groupe de travail de l'académie des sciences morales sous la direction de Fr. Terré a également fait le choix de sa suppression sans toutefois faire disparaître la fonction qu'elle occupe au sein de la théorie générale des obligations¹²³⁰. Position dont par ailleurs, le gouvernement fait sienne dans son projet de loi¹²³¹. Dans ce sens, l'absence de référence à la cause dans les Principes de droit européen des contrats et les Principes Unidroit ne signifie pas que ses fonctions ne sont pas moins assumées par des instruments plus circonscrits. Afin de remédier à ces controverses doctrinales et contorsions notionnelles certains auteurs ont alors proposé une conception renouvelée de la cause.

¹²²⁵ G. Piette, *La correction du contrat*, Thèse Pau, PUAM 2004, n°585 p.311.

¹²²⁶ Art. 1124 à 1126 de l'avant projet de réforme du droit des obligations.

¹²²⁷ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T. XXIV, Paris 1877, n°344. Certes, mêmes les partisans de cette notion admettent la difficulté qu'il y a à en cerner les contours : Comp. J. Ghestin, Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats ?, *ERCL* 4/2005, p.396.

¹²²⁸ Art. 86 : « Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat » ; Art : 87« Le contrat est nul lorsque, dès l'origine, cet intérêt fait défaut ».

¹²²⁹ Art. 78 consacrant la jurisprudence Chronopost et non que « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite » comme précisé dans l'art. 88 du projet de 2008.

¹²³⁰ *Pour une réforme du droit des contrats, Réflexion et proposition d'un groupe de travail sous l'impulsion de François Terré, Président de l'Académie des Sciences Morales*, Dalloz 2008 p.203 et s.

¹²³¹ Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de « cause » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence. ». Exposé des motifs du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, déposé au Sénat le 27 novembre 2013.

552. La conception de la cause selon Mme J. Rochfeld. Inspirée par la théorie de Capitant, Mme J. Rochfeld s'inscrit dans une recherche économique de la cause et présente, elle aussi, une définition de la notion de champ contractuel. Le contrat étant un accord, seuls peuvent être pris en compte les éléments qui sont entrés dans le cadre contractuel, c'est-à-dire sur lesquels les volontés des parties se sont rencontrées. Elle précise « *qu'il faut non seulement que l'élément intentionnel soit déterminant, mais encore qu'ils soient communs aux deux parties, ou au moins connu d'elles*¹²³² ». Pour elle, la notion de champ contractuel « *synthétise l'ensemble des éléments sur lesquels les volontés des parties se sont rencontrées* ». Elle démontre ainsi que la cause du contrat a vocation à irradier l'ensemble de la structure contractuelle, la cause de « *l'opération économique qu'entendent réaliser les parties* ». La finalité, cause du contrat, désigne ainsi chacune des causes de l'obligation. L'opération vente par exemple, dont la cause du contrat est un transfert de propriété à titre onéreux, assigne à chacun des contractants les obligations qui s'y inscrivent nécessairement, transfert de propriété d'un côté, paiement du prix de l'autre. À l'inverse, la réunion des diverses causes de l'obligation dessine celle du contrat¹²³³. Elle est ainsi amenée à déceler à travers la cause globale du contrat une cause typique et une cause atypique. Selon Mme J. Rochfeld, la notion de cause de l'obligation et celle de cause du contrat représentent un point de vue différent d'une même donnée : la finalité du contrat. La cause du contrat est la finalité de la structure contractuelle dans son ensemble ou encore l'opération à réaliser. Celle de l'obligation représente la vision analytique, c'est-à-dire du côté de chacune des parties, des obligations nécessaires pour poursuivre cette fin. La finalité, cause du contrat, désigne ainsi chacune des causes de l'obligation¹²³⁴. La cause typique, toujours identique pour un même contrat, s'accompagne de celle d'une fonction attachée à chaque type contractuel. La cause typique conduit donc à l'émergence d'une cause fonction, c'est-à-dire d'une cause, finalité du contrat, assignant une fonction à l'entité contractuelle.

¹²³² J. Rochfeld, *th. préc.* n°268 p.244. L'auteur propose une distinction entre d'une part, les contrats typiques dont la cause typique est toujours la même pour un même type de contrat et d'autre part, les contrats atypiques, au sein desquels elle distingue les contrats « légers » dont la cause atypique n'entre dans le champ contractuel que par une stipulation expresse, des contrats « lourds » dont la cause atypique ne peut que se déduire de la finalité du contrat.

¹²³³ J. Rochfeld, *th. préc.* n°504 p.458 « En effet, si la cause des obligations se définit comme ce qui est attendu en échange de chacun des engagements, la finalité d'ensemble du contrat trace l'équilibre général de ce dernier et permet d'identifier chaque cause. En ce sens, « l'économie du contrat » dicte la définition des causes des obligations des parties ».

¹²³⁴ J. Rochfeld, *th. préc.* n°85 et s. p.79 et s.

553. Un contexte inadapté. Malgré la proximité observable entre la thèse de cet auteur et la décision de la première chambre civile, Mme J. Rochfeld ne trouve pas nécessairement de justification à sa position à travers le célèbre arrêt club vidéo étudié¹²³⁵. A l'image de M. J. Ghestin, elle souligne la singularité de la figure contractuelle litigieuse que la Cour de cassation a choisi d'analyser comme un hybride entre la franchise et le louage de chose¹²³⁶. Or selon ces auteurs, la création d'un point club vidéo entre un professionnel spécialisé et des cocontractants, commerçants ou futurs commerçants profanes en la matière, devait s'analyser d'avantage en un contrat de franchise. Dès lors, l'obligation de paiement franchisé devait trouver une contrepartie dans la transmission effective d'un savoir-faire original et substantiel, assorti généralement d'une assistance et d'un réseau. La nécessité d'un marché suffisant pour qu'une entreprise rentable puisse prospérer faisait donc logiquement partie de ces connaissances à transmettre. M. J. Ghestin considère alors que la contrepartie convenue des loyers à payer n'était pas seulement la fourniture de cassettes techniquement aptes à la sous-location. Cette fourniture devait également permettre, commercialement, l'exploitation d'un point club vidéo. Au regard de la qualification de franchise retenue par ces auteurs, la contrepartie convenue se révélait alors illusoire, ce qui justifiait la nullité du contrat pour absence de cause.

Toutefois, cette apparente troisième voie guidée par la finalité économique du contrat et distincte des approches classiques de la cause a perdu de son éclat au fil des précisions jurisprudentielles pour aujourd'hui laisser place à un retour plus mesuré à une conception objectivée de la cause. Ainsi, la subjectivité devient moindre au fur et à mesure que l'on s'éloigne des mobiles personnels et internes pour au contraire se diriger vers une définition contractuelle de la cause en tant que contrepartie convenue.

2) La consécration de la théorie moderne

554. Une prise en compte de la réalité économique. Le désir de la Cour de cassation de s'inscrire dans une subjectivation de la cause¹²³⁷ a néanmoins connu une première anicroche quelques dix ans après l'arrêt club vidéo. En effet, la chambre commerciale cette fois, a le 27

¹²³⁵ Plus particulièrement, elle écarte cet arrêt des références qu'elle cite dans sa thèse comme illustration d'une jurisprudence de la Cour de cassation relative aux contrats atypiques « lourds ».

¹²³⁶ J. Rochfeld, *Th. préc.* n°264 p.241.

¹²³⁷ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°342 p.386.

mars 2007 été amenée à se prononcer sur une affaire similaire¹²³⁸. Les faits sont très proches du premier arrêt, à ceci près que le contractant demandeur à l'instance n'est pas un néophyte et que le contrat de location ne constitue pas sa seule activité. Face à l'insuffisance de clients, il décida d'agir en nullité du contrat pour absence de cause, soutenant que son obligation de payer un loyer était sans cause car le contrat de location était dépourvu de tout intérêt à son égard, et rendait ainsi impossible la réalisation du but contractuel. Malgré le rejet du pourvoi par la chambre commerciale, elle réaffirme que l'absence de cause peut être retenue si « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle* ». Les juges estimèrent alors que le demandeur ne pouvait, en vertu de sa qualité et de sa situation économique, se prévaloir du défaut d'intérêt réel du contrat. Il était en effet en mesure d'apprécier et d'envisager le risque économique. Un premier tempérament est ici posé. En effet, la Cour modère l'appréhension moderne de la cause et précise que le locataire n'apportait pas la preuve de « *l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il avait lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir* ». Dès lors, si l'impossibilité d'exécuter un contrat selon l'économie voulue par les contractants continue de conduire à son annulation, il est désormais nécessaire que la situation du demandeur, conscient de la réalité économique locale, lui impose de supporter le risque économique que, par manque de clairvoyance et de compétence, il avait mal évalué.

555. Retour à une objectivisation de la cause. Certains auteurs, ardents défenseurs¹²³⁹ de la subjectivisation de la cause, continuaient de voir dans cette conception de la cause, un instrument de moralisation des relations contractuelles, interdisant à toute personne de contracter lorsqu'elle sait pertinemment et *ab initio* que son cocontractant court à sa perte. D'autres s'inquiétaient au contraire de l'atteinte à la sécurité contractuelle¹²⁴⁰ provoquée par le maintien d'une approche subjective de la cause. En effet, le risque qui s'attache à toute entreprise pèserait dès lors, non sur celui qui entreprend mais sur celui auprès duquel il se

¹²³⁸ Cass. com. 27 mars 2007 n°06-10452, *D.* 2007, pan. p.2970 obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP G* 27 juin 2007, n°26 obs. Y-M. Sérinet ; *Contrats. conc. consom.* aout 2007, n°8 p.17 note L. Leveneur ; *RDC* avril 2008, n°2 p.231 note D. Mazeaud.

¹²³⁹ G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz 2003 p.151 et s.

¹²⁴⁰ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, *loc cit.* p.340.

procure les moyens nécessaires à son entreprise. Si la jurisprudence privilégie, dans ce dernier arrêt, l'impératif de sécurité juridique sur celui de moralisation contractuelle avec une certaine retenue, elle n'hésita pas à appuyer avec une plus grande force sa position dans une décision rendue deux années plus tard.

Sa décision du 9 juin 2009 sonne véritablement le glas de la jurisprudence exposée précédemment. En présence, cette fois, d'une association signataire d'un contrat de location, la chambre commerciale cassa la décision des juges du fond, au visa de l'article 1131 du Code civil, considérant qu' « *en statuant ainsi, alors que la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre, la Cour d'appel a violé le texte susvisé*¹²⁴¹ ». A travers ce revirement, la Cour pose clairement le principe selon lequel la cause de l'obligation, engendrée par un contrat synallagmatique, est une notion objective et abstraite qui réside dans l'obligation contractée par l'autre contractant. L'économie voulue par les parties, tout comme l'équilibre financier de l'opération économique, n'est donc pas directement retenue par la Cour qui se contente dès lors de remédier aux déséquilibres structurels et d'assurer ainsi une équité minimum dans le contrat.

M. B. Fages loue ce retour de la jurisprudence à la conception objective et dénonce la prise en compte de l'économie voulue par les parties, revenant selon lui à ériger le défaut de rentabilité en cause de nullité du contrat¹²⁴². Il approuve ainsi la chambre commerciale de s'être prononcée par une formule expurgée de toute référence à la cause subjective, rappelant très justement que « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* ». A l'instar de M. D. Mazeaud, il est alors louable d'avancer que la cause de l'obligation est, et doit rester, une notion objective qui ne doit pouvoir être utilisée par des contractants qui réalisent de mauvaises affaires en concluant des contrats privés d'intérêt économique.

556. La conception de la cause selon Mme E. Mouial-Bassilana. Directement inspirée par l'arrêt club vidéo du 3 juillet 1996, la thèse de Madame Eva Mouial-Bassilana, parue en 2003, offre une lecture originale puisque tout en admettant la réalisation d'une fin économique, elle adopte une conception objective de la cause, allant jusqu'à défendre « *une cause objective du contrat* ». En effet, à la différence de la conception défendue par MM. Ph.

¹²⁴¹ Cass. com. 9 juin 2009 n°08-11420, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1345 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* octobre 2009, n°4 p.719 note B. Fages.

¹²⁴² *Arrêt préc.* *RDC* octobre 2009, n°4 p.719 note B. Fages.

Reigné et D. Mazeaud, la notion de cause du contrat ne repose pas pour cet auteur sur une « *réelle subjectivisation* ». Elle précise en outre, qu'à travers le néologisme de « *cause objective du contrat* », elle vise le but concret poursuivi par les parties à travers le contrat. Elle démontre alors « *que la cause objective dépasse le simple équivalent réciproque pour désigner la finalité du contrat en lui-même. En cela la notion est objective : elle ne réside pas toujours et uniquement dans la volonté des parties*¹²⁴³ ». La cause objective du contrat doit donc s'entendre comme la raison d'être du contrat dans son entier, et non uniquement de chaque obligation. Elle doit, à ce titre, être distinguée de la cause de l'obligation. Dès lors, elle met parfaitement en lumière le but économique poursuivi en commun par les parties et ses conséquences. A travers son raisonnement, la recherche de la symétrie matérielle suffit à apprécier la validité de l'acte. Personne ne doit s'engager sans en retirer une certaine compensation. Les manuels de droit civil contemporain sont en effet unanimes sur la question. Elle insiste alors sur la difficulté rencontrée par la plupart des auteurs pour inclure dans leur exposé schématique de la notion de cause, la jurisprudence récente qui depuis les années 90 fait une lecture particulièrement audacieuse des articles 1131 et suivants du Code civil. Il est alors, selon elle, évident que si l'on interprète les décisions récentes comme des consécutions implicites de l'appréciation subjective de la cause-contrepartie, le danger guette d'une dérive vers l'exigence progressive d'une équivalence quasi parfaite entre les prestations. Dès lors, il ne suffit plus d'analyser de manière abstraite la contre-prestation apparente de chacune des parties. Il convient de déterminer quelle est la finalité économique, l'enjeu du contrat¹²⁴⁴.

557. La conception de la cause selon M. J. Ghestin. Faisant foi d'une plus grande pertinence et crédibilité aux yeux de la jurisprudence, la dernière grande théorie avancée est incontestablement celle développée par M. J. Ghestin. Bien qu'en accord avec la conception défendue par Mme. E. Bouial-Bassilana, nous nous inscrivons parfaitement dans l'analyse de M. J. Ghestin faisant de la cause une contrepartie convenue devant être recherchée dans la globalité du contrat grâce à l'appréciation de l'économie générale du contrat. Il réfute alors la majorité des thèses en présence, considérant qu'une distinction entre la cause de l'obligation et la cause du contrat est non seulement inopportune mais contradictoire. Inopportune tout

¹²⁴³ E. Mouial-Bassilana, *Du renouveau de la cause en droit des contrats, Essai de mise en lumière d'une cause objective des contrats*, Thèse Nice-Sophia-Antipolis 2003, microfiches n°327 p.159.

¹²⁴⁴ E. Mouial-Bassilana, *th. préc.* n°456 p.231.

d'abord, car l'imprécision des types de contrats retenus enlève toute efficacité à une quelconque recherche de généralisation. Il relève également que les contrats n'entrant dans aucun type préexistant ne sont pas pris en compte, et enfin que le cloisonnement des catégories contractuelles fait obstacle à la prise en compte des liens entre contrats indivisibles. D'autre part, cette distinction est contradictoire en ce qu'elle définit de façon objective une cause finale qui correspond au but poursuivi par les parties et qui est donc de nature objective¹²⁴⁵. Faute de s'accorder complètement avec le courant objectiviste ou subjectiviste, il donne deux définitions de cette notion, correspondant aux rôles qui lui sont assignés. Sans bouleverser les acquis du XXème siècle, il ne trace pas pour autant une frontière impénétrable entre les deux courants de pensée. Une telle approche permet alors de constater que si « *la contrepartie convenue* », première acception de la cause, conditionne la validité des actes à titre onéreux, « *le motif déterminant* », second sens de la cause, est utilisé non seulement pour vérifier la licéité de la cause dans tous les contrats mais aussi pour traiter de l'existence de la cause dans les actes à titre gratuit.

M. J. Ghestin considère ainsi la notion de cause de l'obligation comme inexacte en ce qu'elle laisse penser que chaque obligation née du contrat devrait avoir sa propre cause. Considérant que le contrat régit lui-même les rapports entre les parties, il refuse de traiter isolément chaque obligation. Le contrat ne faisant pas naître que des obligations¹²⁴⁶, il préfère utiliser le concept de « *contrepartie convenue* ».

558. La cause contrepartie. La contrepartie est convenue dans le sens où elle fait l'objet de l'accord et intègre ainsi le champ contractuel. Plus souple et plus riche que la théorie dite classique qui retenait une contre-prestation prédéterminée pour chaque type de contrat, il y a désormais lieu de scruter le contenu de chaque contrat et donc de ses clauses, pour savoir, au besoin après un travail d'interprétation, de quelle contrepartie les contractants sont convenus. Il s'agit ici d'une volonté contractuelle commune qui n'intègre que les motifs dont la satisfaction a été promise par l'autre partie et non ceux dont elle aurait eu seulement connaissance. La contrepartie convenue, contractuellement définie, est donc conçue plus largement que la cause objective, standardisée et invariable, et de façon plus stricte que la cause dite subjective sondant séparément la psychologie de chaque contractant. Dans la

¹²⁴⁵ J. Ghestin, L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, *JCP G* 11 octobre 2006, n°41.

¹²⁴⁶ *Art. préc.* n°41 p.177.

conception du Professeur Ghestin, la cause est recherchée à travers la volonté commune des parties et non dans l'étude de la volonté individuelle de chacune d'elles. Passer de l'observation de la volonté individuelle à celle de la volonté commune pour analyser la cause de l'engagement des parties revient ainsi à raisonner en partant du contrat qui produit des obligations, et non au niveau de l'obligation, pour de là tenter tant bien que mal de retrouver le contrat¹²⁴⁷. Cette conception de la cause contrepartie appelle donc l'utilisation de l'économie générale¹²⁴⁸ du contrat comme élément de référence à son appréciation, contrairement à la conception purement objective de la cause. Or, si la cause contractuelle, contrepartie convenue, constitue en tant que condition de validité des contrats à titre onéreux le cœur de la théorie, le motif déterminant intègre quant à lui, la position actuelle de la Cour de cassation sanctionnant le but illicite visé par les parties, sans exiger que l'autre partie ait eu connaissance de celui-ci. En supposant de façon irréaliste des mobiles communs aux parties, la cause du contrat ne peut servir le contrôle de la licéité au moins depuis que, selon la jurisprudence, le mobile illicite d'une seule des parties suffit à justifier l'annulation du contrat.

Cette conception de la cause, considérée à juste titre comme la plus satisfaisante par une majorité de la doctrine, doit néanmoins subir certaines modifications pour être appliquée aux clauses contractuelles, si tant est que cette transposition soit possible.

§2 : Une recherche causaliste des clauses autonomes

559. Favorable à cette dernière conception de la cause, elle doit, à notre sens, être appréciée à travers la cohérence contractuelle. Dès lors, l'importance de la notion d'économie du contrat est ici encore réaffirmée. Appréciée à travers la cohérence qu'elle véhicule, l'économie générale du contrat ne doit pas seulement être recherchée dans la finalité économique et financière voulue par les parties mais doit également s'attacher aux termes mêmes du contrat. Face à l'impuissance légitime de cette conception à révéler l'autonomie des clauses, il convenait d'évaluer la capacité de la cause, entendue comme l'existence d'une

¹²⁴⁷ G. Goubeaux, Leçon de cause, *RTD civ.* 15 mars 2007 p.47, Extrait.

¹²⁴⁸ A. Arsac-Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse Clermont1 2005 p.128 et s. ; A-S. Choné, Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, *LPA* 24 décembre 2010 n°256 p.7 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* n°1216 p.786 et s.

contrepartie réciproque, dans la recherche des stipulations autonomes. Reconnues comme autonomes par une partie de la doctrine, peuvent alors être citées la clause pénale, de non-concurrence ou encore la clause résolutoire ou compromissaire pour ne citer que les principales. Si, *a priori*, seules les obligations, au sens de l'article 1131 du Code civil, doivent être dotées d'une cause, certains auteurs affirment pourtant que chaque clause du contrat dispose d'une contrepartie spécifique. Impuissante à mettre en lumière l'autonomie de clauses particulières, cette vision causaliste des clauses contractuelles devait être combattue par la démonstration du principe de non-réciprocité des clauses (A). Néanmoins, bien que la théorie de M. J. Ghestin reste la plus convaincante, certaines exceptions dont il en conçoit l'existence peuvent toutefois être puisées dans les thèses d'autres auteurs afin d'admettre que certaines de ces clauses sont tout de même dotées d'une contrepartie propre. Restait alors à rechercher si l'existence d'une cause propre à ces clauses pouvait constituer un véritable indicateur de leur autonomie (B).

A) Le principe de non-réciprocité des clauses

560. Recherchée dans l'économie générale du contrat, la cause ne peut se concevoir comme une réciprocité parfaite des obligations et encore moins dans le reflet de chaque clause au sein du contrat. Néanmoins, l'absence de cause invoquée par quelques auteurs pour justifier la nullité d'une clause litigieuse apporte des précisions significatives sur le caractère autonome qu'ils reconnaissent par ailleurs à certaines clauses. Considérées comme autonomes par une partie de la doctrine, ces clauses se voient parallèlement pourvues d'une cause particulière par ces mêmes auteurs. Si ces deux affirmations ne semblent pas liées, dans la mesure où ce courant doctrinal reconnaît à chaque clause du contrat l'existence d'une contrepartie propre, il peut dès lors s'avérer nécessaire, après avoir exposé notre vision de la cause (1), de vérifier cette affirmation en reprenant les exemples utilisés par les auteurs. Cette transposition erronée de la cause aux clauses contractuelles permettra ainsi de démontrer que l'inapplicabilité de la cause ne permet pas pour autant de conclure au défaut d'autonomie des clauses visées (2).

1) Une approche structuraliste de la cause

561. Le rejet d'une contrepartie propre à chaque clause. L'exigence d'identifier une contrepartie réciproque à chaque obligation s'est très vite propagée à toutes les clauses

participant de la réalisation du contrat. Certains auteurs, dont Mme G. Arbant-Michel, se sont très vite inscrits dans cette mouvance considérant que l'évolution progressive de la jurisprudence en la matière devait être directement associée à l'appréciation moderne de la cause¹²⁴⁹. Partageant cette vision, M. Ph. Simler précise à ce titre que les tribunaux ont d'abord refusé de procéder à une recherche de la cause des clauses contractuelles¹²⁵⁰ parce que la fonction première de la cause était le contrôle de la formation en tant que condition de validité du contrat. La jurisprudence lui a progressivement attribué d'autres fonctions et en est ainsi venue à apprécier l'absence de cause d'une clause particulière¹²⁵¹, selon l'analyse complémentaire de Mme S. Le Gac-Pech. À l'image de M. R. Marty, ces auteurs expliquent ainsi le recours judiciaire à la notion d'absence partielle de cause pour les hypothèses où une clause particulière d'un acte est dépourvue de cause¹²⁵². En d'autres termes, admettre que la notion d'absence partielle de cause puisse être utilisée pour éliminer certaines clauses litigieuses dans les relations entre professionnels nécessite de reconnaître que chaque clause ou obligation doit, dans les contrats synallagmatiques, être spécialement et distinctement causée par une contre-prestation particulière. Ce postulat irréaliste¹²⁵³ quant à la structure et l'organisation interne du contrat, ne peut constituer un schéma de lecture figé pour tous les types de contrats synallagmatiques.

L'une des premières clauses à passer au crible de la cause fut la clause pénale. La considérant comme autonome vis-à-vis du contrat, M. B. Boccara prônait l'existence d'une contrepartie spécifique¹²⁵⁴ à une telle clause, mais la jurisprudence et le législateur¹²⁵⁵ condamnèrent cette position dès 1972, réaffirmant avec fermeté que « *la pénalité due par le preneur avait pour contrepartie, comme les autres obligations de celui-ci, l'engagement du*

¹²⁴⁹ G. Arbant-Michel, *Les relations entre les clauses et le contrat*, Thèse Montpellier, LGDJ 2001 n°528 et s. et p.219 et s.

¹²⁵⁰ Ph. Simler, *JCl, Contrat Fasc. 9-7* p.134.

¹²⁵¹ S. Le Gac-Pech, *th. préc.* n°331 et s. et p.134 et s.

¹²⁵² R. Marty, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, Thèse Paris II, 1995.

¹²⁵³ R. Martin, *JCP G* 1983, I, 3100 n°15 : Il précise que la correspondance parfaite des diverses obligations particulières ne peut être établie que par le recours à des artifices : Cass. civ. 30 mars 1943, *DC* 1944, p.13, note P. L.-P ; Cass. com. 23 oct. 1950, *Bull. civ.* 1950, II, n° 300 ; Cass. com. 5 oct. 1981 n°80-11076, *JCP G* 1981, IV, 399 ; *D.* 1982, p.16, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan. jurisp. p. 68 ; CA Reims 14 avr. 1987, *JCP G* 1988, IV, 37 ; Par ailleurs, avant que la loi du 9 juillet 1975 n'en autorise la réduction judiciaire, il avait été envisagé de résoudre l'épineux problème des clauses pénales excessives sur le terrain de l'absence de cause. Or, ce raisonnement fût rapidement écarté par la Cour de cassation.

¹²⁵⁴ B. Boccara, note sous Tr. Com. Grenoble 12 mai 1969, *JCP G* 1970, II, 16155.

¹²⁵⁵ L. n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale.

*bailleur de mettre le matériel loué à sa disposition et n'était pas dépourvue de cause*¹²⁵⁶ ». La Cour précise que la clause trouve une contrepartie « *comme les autres obligations* » dans l'engagement du cocontractant. Or, à notre sens, il ne peut s'agir de la cause de la clause mais bien de la cause de l'obligation à laquelle se rattache la clause pénale.

562. Non réciprocité des clauses. Les diverses prestations, principales et accessoires, imposées à une partie forment un tout devant trouver une contrepartie dans l'ensemble des obligations pesant sur le cocontractant. On assiste alors à l'opposition de deux blocs constitués des obligations de chaque partie auxquelles doivent être liées les clauses permettant de préciser, de moduler leur exécution, ou encore de répartir les risques qu'elles sont susceptibles d'engendrer. À ce titre, ces clauses d'aménagement des obligations, de gestion des risques ou encore les clauses relatives aux sanctions et aux règlements des litiges peuvent être désignées sous l'appellation de « clauses satellites ». Venant préciser les modalités d'exécution d'une obligation ou prévoir les conséquences de son inexécution, elles ne sont pas, pour la plupart, porteuses d'une obligation accessoire mais contribuent à affiner et individualiser l'opération contractuelle. Par ailleurs, s'il ne peut exister une symétrie parfaite entre les obligations supportées par l'un et l'autre des contractants, l'équivalence entre les deux ensembles ne requiert pas non plus qu'elle soit parfaite. M. D. Mazeaud considère qu'il doit exister « *une proportionnalité quantitative avec l'obligation corrélative de l'autre partie dans la perspective d'une exigence accrue de l'équilibre contractuel*¹²⁵⁷ ». Sans éluder le terme de proportionnalité¹²⁵⁸, nous préférons insister sur l'exigence d'une « *proportionnalité qualitative* ». Ainsi, un loyer modique ou un prix de vente symbolique peuvent être justifiés par l'existence d'une autre contrepartie convenue dans le contrat. Le défaut d'équivalence n'autorise donc pas l'annulation ou la requalification du contrat s'il trouve sa justification dans d'autres éléments du contrat.

¹²⁵⁶ Cass. com. 4 juillet 1972 n°71-11194, *Bull. civ.* IV 1972 n°213 ; *D.* 1972 p.732 note Ph. Malaurie ; Cass. com. 3 février 1975 n°73-13564, *Bull. civ.* IV n°32 p.26 ; Cass. com. 12 mai 1976, *Bull. civ.* IV 1976, n° 163 ; Cass. com. 22 mai 1978 n°76-15171, *Bull. civ.* IV 1978 n°141.

¹²⁵⁷ D. Mazeaud, note sous Cass. com. 8 février 2005 n°03-10749, *RDC* juillet 2005, n°3 p.684 obs. D. Mazeaud ; *D.* 17 novembre 2005, n°41 p.2836 note S. Amrani-Mekki.

¹²⁵⁸ Récemment des auteurs se sont prononcés pour un renouvellement de la notion de justice au sein du contrat, notamment en développant l'idée de proportionnalité des prestations qui se traduit, elle aussi, par la mise en œuvre du critérium de la cause : Actes du colloque de l'Université Paris V, René Descartes, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, 20 mars 1998 reproduits *LPA* 30 septembre 1998 n°118 spéc. Les interventions de N. Molfessis et D. Mazeaud. V. aussi J. Mestre, La proportionnalité dans la formation du contrat, *RTD civ.* 1998 p.100.

563. Une recherche de la cause à travers l'économie générale du contrat. Il importe de prendre en considération tant l'équilibre général pris à travers la proportionnalité qualitative des obligations propres à chaque contractant que la cohérence interne du contrat pour évaluer la cause des engagements respectifs. M. L. Aynès favorise une conception de la cause retenue sur la globalité du contrat. Dans sa thèse relative à la cause¹²⁵⁹, il considère que la théorie de la cause fonde celle de la cession de contrat. Selon lui, il ne faut donc pas retenir la cause particulière de chaque obligation mais bien la cause globale du contrat qu'il est encore possible de dénommer cause structurelle. Cette appréciation de la cause est obtenue, selon les auteurs favorables à ce courant et dans lequel nous nous inscrivons, par une référence à l'économie du contrat. Le contrat doit dès lors être appréhendé comme « *une structure globale, un ensemble cohérent, organisé et ordonné, considéré comme un tout, en ce qu'il regroupe un ensemble de normes ou règles articulées entre elles, dont la finalité est l'opération juridique poursuivie par les parties*¹²⁶⁰ ». Dans sa thèse, Houssard précise, quant à lui, que « *la cause objective peut donc exister... dans la globalité de l'opération que permet de réaliser le contrat*¹²⁶¹ ». Le juge se doit donc de sonder l'économie du contrat afin de vérifier si les obligations de l'un, accompagnées des clauses la précisant, ne sont pas disproportionnées ou excessives vis-à-vis des obligations et des aménagements contractuels assumés par l'autre. Guide d'analyse de la cause, l'économie du contrat permet non seulement d'apprécier l'opération contractuelle dans son ensemble mais peut également servir à déterminer le périmètre dans lequel il convient de se placer afin d'apprécier si l'obligation contestée a ou non une contrepartie réelle, ou si la mise en œuvre des effets de la clause litigieuse ne prive pas de cause l'engagement du cocontractant. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que l'économie du contrat permette d'identifier la cause dans un périmètre¹²⁶² plus large que celui du contrat, tout spécialement lorsque plusieurs contrats sont indivisiblement liés. Bien que l'importance de l'économie du contrat prenne ici tout son sens, elle ne doit pas être confondue avec la notion de cause. Sans faire de l'économie du contrat l'instrument d'une reconstruction complète du droit des contrats, allant jusqu'à la substituer à la notion de

¹²⁵⁹ L. Aynès, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, Thèse Paris II, Economica 1983.

¹²⁶⁰ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.* n°1233 p.797.

¹²⁶¹ E. Houssard, *Des obligations du vendeur en droit romain*, Thèse Paris, A. Derenne 1875 ;V° également Ph. Reigné, De l'absence de cause à la cause impossible, *D.* 6 novembre 1997, p.500 : « Dans un contrat synallagmatique, l'économie du contrat ne se réduit certainement pas à la connexité des obligations réciproques, mais peut comprendre l'insertion du contrat au sein d'un groupe ou quelque avantage extérieur procuré à l'une des parties par la conclusion du contrat ».

¹²⁶² J. Ghestin, *op. cit.* n°373 et s. p.243 et s.

cause¹²⁶³ comme le préconisent M. S. Pimont et M. S. Pellé, l'économie du contrat doit au contraire rester un instrument au service de la cause.

Farouchement défavorable à la reconnaissance d'une cause spécifique à chaque clause du contrat, notre position se doit désormais d'être vérifiée par l'analyse de clauses particulières. Dès lors, il peut se révéler intéressant de reprendre les exemples utilisés par les défenseurs du postulat opposé afin de contrer leur position et de démontrer qu'une appréciation différente de la jurisprudence peut être proposée.

2) L'absence de cause des clauses contractuelles

564. Une fausse analyse de l'arrêt Chronopost. Certains auteurs ont vu dans la célèbre décision du 3 juillet 1996, initiatrice de la saga Chronopost, une analyse juridique de la Cour de cassation fondée sur l'existence d'une cause spécifique à chaque clause du contrat¹²⁶⁴. La notion d'absence de cause a ainsi été avancée pour écarter les clauses limitatives de responsabilité, ayant pour effet de vider l'obligation principale de sa substance, ou lorsqu'elles n'étaient pas compensées par une diminution corrélative du prix¹²⁶⁵. Eu égard aux effets produits par cette clause, visant à décharger Chronopost de son obligation de rapidité et de fiabilité essentielle pour son cocontractant, ces auteurs en ont conclu que l'article 1131 du Code civil invoqué par la Cour venait sanctionner l'absence de cause de la clause pour ainsi prononcer son anéantissement¹²⁶⁶.

A notre sens, il est erroné de souscrire à l'affirmation selon laquelle la clause limitative de responsabilité doit avoir une cause qui lui est propre. En effet, lorsque le débiteur s'octroie, dès la formation du contrat, la possibilité de ne pas exécuter son obligation principale par l'insertion d'une telle clause, ce n'est pas la clause elle-même qui est dépourvue de contrepartie réelle mais bien les engagements corrélatifs du cocontractant.

Dans une logique d'appréhension générale de la cause, la clause limitative ou exclusive de responsabilité ne peut disposer d'une cause propre, en revanche son application peut conduire

¹²⁶³ S. Pimont, *L'économie du contrat*, Thèse Poitiers, PUF 2004 n°256 et s. p.237 et s. ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrat, th. préc.* n°272 p.255.

¹²⁶⁴ Certains ayant également admis l'annulation d'une clause pour absence d'une cause qui lui soit propre dans : cass. civ. 1^{ère} 15 février 1972 n°70-12756, *Gaz. Pal.* 1973, n°2 p.689 note Ph. Malaurie ; pas plus pertinents, peuvent également être recensés : cass. civ. 3^{ème} 30 novembre 1988 n°87-12466 et Cass. com. 28 avril 1988 n°95-12914.

¹²⁶⁵ R. Rodière, La validité des clauses limitatives de responsabilité, *D.* 1954 chron. p.123.

¹²⁶⁶ G. Arbant-Michel, *th. préc.* n°332 p.135, n°534 p.222.

à priver de cause les obligations de l'autre partie. En effet, la nullité partielle du contrat portant sur une clause n'est aucunement fondée sur l'absence de cause de celle-ci. Elle repose sur la constatation que cette clause, à défaut d'être éliminée, aurait pour effet de priver d'objet l'engagement du transporteur, privant ainsi de cause l'obligation du client de payer le prix spécialement convenu en raison de la fiabilité et de la célérité du service offert¹²⁶⁷.

565. L'appréciation d'une cause globale. Dans ce sens, la diminution du prix, considérée par ces auteurs comme la contrepartie spécifique de la clause de responsabilité, n'est en réalité qu'un des éléments de la contrepartie à l'obligation de livraison prévue dans le délai fixé, à laquelle se rapporte la clause limitative de responsabilité. En d'autres termes, la cause des engagements d'un contractant doit être évaluée au regard non seulement des obligations assumées par l'autre mais également des clauses aménageant son exécution et sa responsabilité. Ainsi, les obligations de l'un, et les « clauses satellites » qui les précisent et les accompagnent, font partie d'un même ensemble et ne peuvent être appréciées séparément. Dès lors, lorsque le juge procède à la recherche de la cause, il se doit d'apprécier non pas la correspondance parfaite entre les clauses consenties par l'un et l'autre des cocontractants mais bien de procéder à une confrontation et une évaluation de ces deux ensembles, porteurs des engagements réciproques des parties¹²⁶⁸. Il serait plus révélateur, comme il a pu être démontré dans la première partie, de mesurer l'objet de l'obligation du débiteur et la cause de l'obligation du créancier seulement lors de la mise en œuvre de la clause de responsabilité. En effet, selon notre analyse précédente¹²⁶⁹, la nature de l'inexécution est prépondérante dans l'évaluation du maintien de la cause et commande ainsi le sort réservé à la clause. L'influence de la clause limitative ou exclusive de responsabilité ne peut véritablement être appréciée qu'au jour de sa mise en œuvre¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ J. Ghestin, *op. cit.* n°429 et s. p.284 et s.

¹²⁶⁸ Cass. soc. 10 avril 2013 n°11-25841, *Rev. dr. trav.* juin 2013, n°6 p.401 S. Tournaux ; *RTD civ.* juillet 2013, n°3 p.601 note H. Barbier ; *RDC* octobre 2013, n°4 p.1321 note Th. Génicon.

¹²⁶⁹ V° *supra* n°176 et s. p.151 et s.

¹²⁷⁰ Outre l'apport essentiel des travaux de Capitant en la matière, l'appréciation de la cause au stade de l'exécution du contrat est partagée par une partie significative de la doctrine. Cass. civ. 14 avril 1891, *DP* 1891, I p.329 Note M. Planiol ; Cass. civ. 5 mai 1920, *S.* 1921, I, p.298 ; Cass. civ. 22 novembre 1921, *S.* 1923, I, p.81 ; Cass. civ. 30 décembre 1941, *DA* 1942 p.98 ; A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, PUAM 2001 : L'idée générale défendue par ces auteurs, et à laquelle nous sommes favorables, étant que l'interdépendance des obligations qu'exprime le concept de cause postule que si l'une des obligations n'est pas, pour une raison quelconque et notamment par la mise en œuvre d'une clause la privant d'objet, exécutée ou ne peut plus l'être, l'autre obligation n'a plus de cause, de sorte que son débiteur peut se dispenser de l'exécuter. La cause constituerait ainsi le fondement des trois mécanismes classiques du droit des contrats synallagmatiques que sont : l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution, la théorie des risques ; B. Starck, H. Roland et

Dès lors, si l'arrêt Chronopost de 1996, utilisé par une partie minoritaire de la doctrine pour démontrer l'existence d'une cause propre à chaque clause, n'a pas la portée qui a pu lui être assignée, les autres arrêts censés confirmer ce principe ne sont pas plus pertinents. Il convient dès lors de les reprendre rapidement afin d'asseoir notre position.

566. L'absence de cause spécifique des clauses de confidentialité. Considérée par une partie de la doctrine comme une clause autonome, la clause de confidentialité¹²⁷¹, connue également sous la dénomination¹²⁷² de clause de « *secret* », de « *non-divulgaration* » ou de « *know how* », ne dispose pas pour autant d'une contrepartie spécifique. Refusant de lui appliquer le régime des clauses de non-concurrence eu égard à sa portée restreinte, la jurisprudence ne lui octroie aucune contrepartie particulière. En effet, la clause de confidentialité ne place pas le salarié dans l'impossibilité d'utiliser sa qualification professionnelle. Elle lui interdit uniquement de reprendre le savoir-faire singulier de l'entreprise sans empêcher le débiteur d'exercer ses propres compétences. Employée dans le seul dessein d'aménager les modalités d'exécution de l'obligation à laquelle elle se rattache, et considérée à ce titre comme « *une clause directive*¹²⁷³ », elle ne saurait être considérée comme une clause autonome du contrat, sauf à étendre ses effets après l'exécution du contrat. Dans le chapitre suivant, les effets des clauses autonomes seront étudiés afin de déterminer l'influence du critère temporel sur l'autonomie des clauses.

567. L'absence de cause spécifique des clauses de réclamation. Le même raisonnement a été suivi par ces auteurs relativement aux clauses dites « *de réclamation* » en matière d'assurance¹²⁷⁴. Créatrices d'un avantage illicite, car subordonnant toute indemnisation à la

L. Boyer, *Les obligations*, 2. Contrat, Litec 6^{ème} éd. 1998, n°854 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF coll. Droit fondamental 2^{ème} éd. 1998 n°56 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t.4 PUF 22^{ème} éd 2000 n°59 ; Ch. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, t.3 Economica 6^{ème} éd. 2007 n°469 et 472.

¹²⁷¹ V° *supra* n°90 p.82.

¹²⁷² En français, elle peut également être insérée dans le contrat sous l'appellation de clause de « savoir-faire » et en anglais par le terme de « non-disclosure agreement ».

¹²⁷³ V° *supra* n°79 et s. p.74 et s.

¹²⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1990, 3 arrêts n°87-11717, n°87-17586 et n°88-12863, *JCP G* 1991, II, 21656 note J. Bigot ; *RTD civ.* 1991 p.325 note J. Mestre ; Cass. civ. 1^{ère} 3 février 1993 n°90-13141, *JCP G* 1993, II, 22548 note J. Bigot ; P. Level, Assurance et responsabilité ; nullité de la clause exigeant que la réclamation du tiers lésé soit formulée avant l'expiration de la police, *JCP E* 27 juin 1991, I, n°26. 62 ; Y. Lambert-Faivre, La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime », *D.* 1992 chron. P.113 ; G. Viney, La clause dite « de réclamation de la victime » en assurance de responsabilité, *JCP G* 13 juillet 1994, I, n°28 ; 3778 ; Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 1996 n°93-18631,

présentation effective d'une réclamation par la victime avant la résiliation du contrat par l'assureur, elles avaient donc pour effet de priver l'assuré du bénéfice de son contrat, au titre d'événements survenus pendant sa durée d'efficacité, bien qu'une prime ait été versée afin de couvrir le risque encouru pendant la totalité de cette période. Ecartés par la jurisprudence sur le fondement de l'absence de cause, les auteurs ont alors conclu à l'absence de cause de la clause de réclamation de la victime. Mais ici encore, la clause n'est aucunement pourvue d'une contrepartie propre et doit trouver sa justification dans l'ensemble des éléments composé par les obligations incombant au cocontractant et les clauses la complétant. Dès lors, la sanction du réputé non écrit prononcée à l'encontre de la clause trouve son fondement, non pas dans le défaut de cause de cette dernière, mais dans l'absence de contrepartie des obligations incombant à l'assuré, à savoir le versement des primes d'assurance. On peut encore rattacher à la même idée la nullité pour absence de cause des pratiques bancaires des « *dates de valeur* » pour les remises et retraits d'espèces¹²⁷⁵. La Cour de cassation applique une solution similaire et considère qu'une telle clause est écartée car elle a pour effet de priver d'objet l'obligation du cocontractant et corrélativement de dénuer de cause l'obligation du demandeur en annulation. Puisant leur contrepartie dans l'ensemble des engagements souscrits par le cocontractant, l'autonomie des clauses ne semble pas évidente à caractériser si ce n'est à considérer que certaines d'entre elles produisent leurs effets après l'extinction du contrat. Totalement dépendante de l'obligation principale, l'absence d'une contrepartie propre à ces clauses pourrait ainsi constituer un révélateur de leur défaut d'autonomie mais cette solution se trouve contredite par les clauses relatives aux litiges.

568. L'autonomie des clauses de résolution du litige. En effet, les clauses résolutoires, les clauses de compétences, de règlement des litiges et plus particulièrement la clause compromissoire, se différencient par leurs objets de l'obligation principale mais ne

Defrénois 1997 art. 36526 p.406 obs A. Bénabent ; Cass. civ. 1^{ère} 2 juin 2004 n°01-00574, *RDC* octobre 2004, n°4 p.927 obs D. Mazeaud ; V. aussi G. Viney, La clause dite « de réclamation de la victime » en assurance responsabilité, *JCP G* 1994, I, 3778 ; B. Beignier, La validité des clauses de réclamation dans les contrats d'assurances de responsabilité en droit français, *RLDC* juillet-août 2003 p.57.

¹²⁷⁵ Cass. com. 6 avril 1993 n°90-21198, *RTD com* 1993 p.549 obs. R. Cabrillac ; *JCP G* 1993, II, 22062 note J. Stoufflet ; *D.* 1993 p.310 note Ch. Gavalda ; J-P. D. Le problème des dates de valeur en matière bancaire, *LPA* 14 avril 1993 p.12 ; Cass. com. 21 mai 1996 n°94-16917 ; Cass. com. 18 novembre 1997 n°95-20499 ; Cass. com. 24 septembre 2002 n°00-21162 ; La portée de cette jurisprudence se trouve réduite par les dispositions nouvelles, retraignant la pratique des dates de valeur, issues de l'ordonnance du 15 juillet 2009 (Ord. n°2009-866, JO 25 juillet 2009 p.12422) et de la loi du 19 octobre 2009 (L. n°2009-1255, JO 20 octobre 2009).

comportent aucune contrepartie spécifique¹²⁷⁶. Très souvent considérées comme déterminantes par l'une des parties, ou insérées d'un commun accord, leur existence ne trouve que rarement de justification à travers les autres éléments du contrat. Ces clauses à vocation procédurale constituent un véritable accessoire des clauses substantielles du contrat. Néanmoins, leur autonomie, admise depuis plusieurs années par la doctrine et la jurisprudence, ne fait aujourd'hui plus aucun doute. Dès 1963, le célèbre arrêt Gosset affirmait que « *l'autonomie de la clause compromissoire permettait de retenir la compétence des arbitres indépendamment de l'annulation ou de la résolution du contrat qui l'accueille*¹²⁷⁷ ». Puis, sous l'impulsion de la doctrine, la Cour d'appel de Paris¹²⁷⁸ appliqua à la clause d'arbitrage interne la solution internationale et admit l'autonomie d'une telle clause¹²⁷⁹. La solution selon laquelle l'inefficacité de la convention principale ne peut affecter la validité de la clause compromissoire fût dès lors réaffirmée par la Cour de cassation à de nombreuses reprises¹²⁸⁰. Plus récemment, le décret du 13 janvier 2011 est venu préciser que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte [...] et n'est donc pas affectée par l'inefficacité de celui-ci*¹²⁸¹ ». Dès lors, si l'absence de cause des

¹²⁷⁶ V° *infra* n°617 et s. p.494 et s. ; Peut également être ajoutée à cette énumération non exhaustive la clause de loi applicable étudiée.

¹²⁷⁷ Cass. com. 17 juillet 1951, *JCP G* 1952, II, 7150 ; Cass. civ 1ère 7 mai 1963, *D.* 1963 p.545 note J. Robert ; *JCP G* 1963, II, 13405 note B. Goldman ; Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire, *Rev. arb.* 1974 p.67 ; V° le célèbre arrêt « *Dalico* » : Cass. civ. 1^{ère} 20 décembre 1993 n°91-16828, *JDI* 1994 p.432 note E. Gaillard ; *Rev. arb.* 1994 p.116 note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994 p.663 note P. Mayer.

¹²⁷⁸ CA Paris 8 octobre 1998, *Rev. arb.* 1999 p.351 note P. Ancel et N. Gout mais aucun arrêt de la Cour de cassation ne l'a admise. Plus ennuyeux, il existe des décisions, considérées comme trop anciennes, car rendues avant l'arrêt Gosset, pour faire encore jurisprudence, qui avaient lié le sort de la clause à celui du contrat.

¹²⁷⁹ Ch. Jarronson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis*, Etudes A. Plantey, Paris 1995 p.223 ; V° également Cass. civ. 1^{ère} 11 juillet 2006 n°04-14950, *JCP G* 15 novembre 2006, II, 10182 n°46 p.2117 obs P. Calle.

¹²⁸⁰ Cass. Civ 2^{ème} 4 avril 2002 n°00-18009, *Procédures* juin 2002 comm. n°12, n°6 p.8 note R. Perrot ; Cass. com. 9 avril 2002 n°98-16829, *Bull. civ. IV* 2002, n°69 p.72 ; Cass. civ. 2^{ème} 20 mars 2003 n°01-02253, *Bull. civ. II*, 2003 n° 68 p.60 « La clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte » ; Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 2010 n°07-17788, *JCP G* 7 février 2001, n°6 note J. Béguin, M. Menjuq et C. Nourissat ; *D.* 14 octobre 2010, n°35 p.2323 obs. L. D'avout et S. Bollée ; *RTD civ.* octobre 2010, n°4 p.780 note B. Fages ; *Gaz. Pal.* 12 janvier 2011, n°12-13 p.22 note D. Houtcieff ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.223 note J-B. Racine : Si le principe de l'autonomie de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal est confirmé, une nuance doit tout même être signalée quant à sa portée. En effet, le contrat litigieux présentait un élément d'extranéité, ce qui ne permet pas d'affirmer avec certitude que la solution soit transposable aux contrats internes. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas insisté sur le caractère international du contrat au moment d'énoncer l'autonomie de la clause, ce qui laisse donc fortement à penser que le principe soit applicable aux contrats internes ; Cass. civ. 1^{ère} 2 avril 2014 n°11-14692, *RLDC* juin 2014, n°116 p.19 obs. C. Le Gallou ; *JCP E* 26 juin 2014, n°26, 1351 note P. Mousseron ; *JCP E* 28 août 2014, n°35, 1430 note obs. Ch. Seraglini.

¹²⁸¹ Décret. n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n°0011 du 14 janvier 2011 p.777.

clauses contractuelles étudiées ne peut permettre de révéler leur autonomie par rapport au contrat, et plus particulièrement à l'obligation à laquelle elle se rattache, certaines clauses, non dotées d'une cause propre, n'en sont pas moins considérées comme autonomes. L'absence de cause des clauses n'apparaît donc pas comme un révélateur de leur autonomie, ni même de leur inséparabilité vis-à-vis du contrat.

L'examen de la contrepartie spécifique dont sont pourvues certaines clauses doit alors être réalisé afin de compléter notre démonstration et de découvrir, à travers cette réciprocité directe de la cause, un indice de l'autonomie des clauses.

B) Les exceptions au principe de non-réciprocité des clauses

569. Le refus de considérer l'existence d'une cause propre aux diverses clauses d'un contrat n'interdit nullement aux parties d'établir un lien entre des engagements particuliers inclus dans le contrat. Il n'interdit pas davantage au juge de découvrir de telles corrélations par une interprétation de la volonté des parties. Certaines corrélations s'imposent même naturellement, dès lors que la clause renferme une obligation secondaire dotée d'une contrepartie directe. Il en va ainsi de la clause de non-concurrence exprimée en droit du travail ou encore de la clause d'approvisionnement exclusif. Fidèle à notre vision de la cause, il ne s'agit pas ici de généraliser la recherche de la cause de chaque clause. Une telle analyse, déjà fortement rejetée par la doctrine, serait impossible à élaborer sans recourir à des extrapolations aberrantes. Néanmoins, certaines exceptions peuvent être décelées, apportant ainsi quelques nuances à la conception défendue par M. J. Ghestin. À l'instar des clauses de non-concurrence, certaines obligations se font face au sein du contrat (1). Véritable terrain de prédilection pour la recherche de la cause, ces exceptions permettront de rechercher si cette appréciation particulière de leur cause peut constituer une condition de reconnaissance de leur autonomie par rapport au contrat (2).

1) La contrepartie spécifique à certaines clauses

570. Position jurisprudentielle. Si la jurisprudence n'exige pas pour chaque obligation particulière, née d'une clause du contrat, une contrepartie propre qui en soit la cause au sens de l'article 1131 du Code civil, force est de constater que certaines exceptions à cette règle existent. La Cour de cassation pouvait sembler l'exiger en présence d'une clause de non-

concurrence contenue dans un contrat de travail. Or, au lieu de consacrer la compensation pécuniaire en véritable cause de l'engagement de non-concurrence du salarié, la Cour justifie l'exigence de la contrepartie financière sur le fondement de la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle¹²⁸². Dans les arrêts de principe rendus le 10 juillet 2002, ainsi que dans ses décisions ultérieures, la chambre sociale s'est toujours efforcée de se placer sur le terrain de la licéité de la clause et non sur celui de l'existence d'une cause¹²⁸³, condition de validité du contrat. Ainsi, tout en imposant une contrepartie financière, la Cour s'est alors gardée de mentionner l'article 1131 du Code civil dans ses visas de textes et n'a pas

¹²⁸² Dès la fin du XVIIIème siècle, le principe de la liberté du travail, tout comme celui de la liberté du commerce, de l'industrie et de la libre concurrence furent affirmés dans le célèbre décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 précisant « qu'il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon ». La loi Le Chapelier promulguée en France le 17 juin 1791 renforça ce mouvement en proscrivant les coalitions, les corporations et également les rassemblements paysans et ouvriers ainsi que les compagnonnages. Son préambule affirmait qu'il « n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de coopération ». Cette loi visait à favoriser la libre entreprise, conçue comme le moyen d'assurer l'enrichissement de la nation et le progrès social. Cependant la portée de ces textes, contraires à l'insertion contractuelle des clauses de non-concurrence, fut progressivement déclassée au profit du principe de la liberté contractuelle. C'est au visa de ce dernier, qu'au cours du XIX ème siècle la Cour de cassation reconnut la validité des clauses de non-concurrence à condition toutefois que cette interdiction ne soit pas générale et absolue. La liberté contractuelle l'emportait sur la liberté du commerce et de l'industrie¹²⁸² ; La liberté du travail a de nouveau été réaffirmée par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation le 19 novembre 1996 n°94-19404 rendu également au visa de l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 comme étant un principe constitutionnel, Cass. civ. 24 janvier 1866, *DP* 1866 I p.81 ; CC 28 mai 1983, *AJDA* 1983 p.619 note R-F. Le Bris ; Cass. soc. 19 novembre 1996, *Dr. Soc.* 1997 p.95 obs. G. Couturier ; De Leysac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF 2002 p.502.

Aujourd'hui la Cour de cassation a revu sa position et modifie une nouvelle fois le rapport entre la liberté contractuelle et la liberté du commerce depuis trois arrêts rendus par la chambre sociale le 10 juillet 2002. La Cour se fonde désormais tant sur la liberté du commerce, qu'elle rebaptise « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » que sur la liberté contractuelle pour justifier la validité des clauses de non-concurrence. En durcissant les conditions de validité de la clause en faveur de son débiteur, la Cour rétablit ainsi un équilibre entre les obligations respectives des contractants. Rép. Min. n°16667 JOAN 12 octobre 1998 p.5586. Le ministère remarquait « que la concurrence très forte à laquelle sont confrontées les entreprises dans de très nombreux secteurs justifie de la part de ces dernières certaines mesures de protection, dont font partie les clauses de non-concurrence. Cependant le ministre de l'emploi et de la solidarité restait très sensible à la nécessité de ne pas limiter excessivement les possibilités de retour à une activité professionnelle pour les salariés dont le contrat a été rompu et de favoriser l'accès des salariés à temps partiel à une activité à temps complet. Elle estimait néanmoins que toute proposition dans le domaine des clauses de non-concurrence devait faire l'objet d'une étude approfondie, afin de concilier aux mieux les intérêts des entreprises et la nécessité de préserver pour tous les salariés privés d'emploi un véritable accès au marché du travail ».

V° également Cass. soc. 19 novembre 1996 n°94-19404, *Bull. civ. V* n°392 ; R. Vatinet, Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, *Dr. Soc.* 1998 p.534.

¹²⁸³ Cass. soc. 10 juillet 2002 (3 arrêts) n°00-45135, n°00-45387, n°99-43334, *JCP G* 16 octobre 2002, II 10162, n°42 comm. Fr. Petit ; *JCP E* 17 octobre 2002, 1511 n° 42 comm. D. Corrignan-Carsin ; *Gaz. Pal.* 6 décembre 2002, n°340 p.9 note M. Kehrig ; *LPA* 31 janvier 2003, n°23 p.16 note N. Damas ; *JCP E* 20 mars 2003, n°12 note P. Morvan ; *JCP E* 10 avril 2004, n°15 note C. Masquefa ; *Option Finance* 4 avril 2005, n°828 p.37, note J-M. Lavallart ; *JCP E* 3 janvier 2008, n°1 note G. Damy ; Désireuse d'établir les conditions de validité d'une clause de non-concurrence, la chambre sociale le fait en ces termes : « Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L.120-2 du Code du travail ; Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

davantage fait état d'une quelconque absence de cause. Néanmoins certains auteurs dont nous partageons le point de vue avancent que la Cour aurait tout de même été implicitement inspirée par la notion de cause. Dans ses divers commentaires relatifs au régime des clauses de non-concurrence, M. D. Mazeaud remet en cause le fondement de la contrepartie financière exigée par la Cour et précise que « *certes, dans ces derniers arrêts, inspirés par l'idée de proportionnalité, la notion de cause n'est pas explicitement évoquée par la Cour, mais il ne nous paraît pas interdit de penser que celle-ci n'est pas complètement étrangère à ce spectaculaire revirement de jurisprudence, par lequel la Cour soumet dorénavant la validité de la clause emportant une obligation de ne pas faire à la charge du salarié à l'existence d'une juste contrepartie¹²⁸⁴* ».

571. Le fondement attendu. En réaction à l'exigence de la Cour d'imposer une contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence, il existait de bonnes raisons de justifier celle-ci sur le terrain du contrôle de l'existence de la cause ou, selon le vocabulaire utilisé par la doctrine dominante contemporaine et par M. D. Mazeaud, par application de la cause de l'obligation. Alors qu'il avait été observé avant 2002 que la cause de cette clause résidait dans l'ensemble des obligations de l'employeur résultant de la conclusion du contrat de travail, on s'attendait naturellement à ce que la Cour fonde l'exigence de la contrepartie financière comme étant la cause de l'obligation de non-concurrence. Mais, la Cour prit à contrepied les prévisions des auteurs et fonda cette dernière sur la liberté reconnue à tous d'exercer une activité professionnelle. Le recours à la notion de cause semblait pourtant s'imposer avec plus de cohérence. En effet, il est possible de considérer que la clause est alors constituée de deux obligations dont la réciprocité est patente. La contrepartie financière mise à la charge de l'employeur constitue la cause de l'engagement du salarié de ne pas exercer d'activité concurrente à celle de son employeur. Inversement, l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière au salarié trouve sa cause dans l'atteinte temporaire portée à sa liberté de travailler. Les deux obligations se répondent ici de façon symétrique. La cause de l'obligation de l'un correspond bien à l'objet de l'obligation de l'autre.

¹²⁸⁴ D. Mazeaud, *La cause in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz. 2004 n°19 p.460 ; Cass. civ. 1^{ère} 11 mai 1999 n°97-14493, *Rèp Not. Defrénois* 30 septembre 1999, n°18 p.992 obs. D. Mazeaud ; *D.* mars 2003, n°91 p.33 note Y. Auguet.

572. Le fondement retenu. Par ailleurs, il est à remarquer que le fondement de la liberté professionnelle du salarié n'a été invoqué par la Cour qu'en matière de contrat de travail. Comme il a pu l'être démontré précédemment¹²⁸⁵, elle n'a pas jugé nécessaire de généraliser ce fondement et d'exiger l'existence d'une telle contrepartie en droit de la distribution, en matière de cession de parts sociales¹²⁸⁶, ou encore de contrat de mandat¹²⁸⁷. Actuellement, la clause de non-concurrence ne contient en ces domaines qu'une obligation de non-concurrence à la charge du débiteur et aucune obligation particulière à la charge du créancier. La Cour continue de différencier le salariat du non-salariat¹²⁸⁸, conformément à sa politique jurisprudentielle d'encadrement et de limitation des clauses de non-concurrence. L'engagement du franchisé, du mandataire, du cessionnaire trouve donc sa cause dans l'ensemble des avantages tirés du contrat. L'exigence d'une réciprocité des obligations contenues dans la clause permettrait, en parallèle, d'exiger du créancier un avantage bien identifié, différent de ceux contenus dans les engagements et les clauses consenties par le débiteur. L'atteinte portée à la liberté du travail n'est pas plus tolérable lorsqu'elle est exercée hors du droit du travail. Pourtant la Cour de cassation maintient sa position et rejette systématiquement ce fondement¹²⁸⁹ pour généraliser l'exigence d'une contrepartie financière. Ainsi, le recours à ce fondement n'a, à titre d'exemple, aucune incidence sur les clauses de non-concurrence stipulées dans les baux d'un même immeuble. En matière de baux commerciaux conclus dans un même espace, la protection de la liberté de chaque preneur ne semble pas permettre aux preneurs d'obtenir du bailleur une compensation pécuniaire de leurs engagements.

573. Contrepartie de la clause de non-concurrence dans les baux commerciaux. Aux antipodes de son application traditionnelle, la clause de non-concurrence contenue dans les

¹²⁸⁵ Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007 n°06-11591 ; V° *infra* n°82 et s.

¹²⁸⁶ Cass. soc. 27 février 2013 n°11-27625, *RTD civ.* avril 2013, n°2 p.371 obs. B. Fages ; *Dr. soc.* octobre 2013, n°10 p.859 note J. Mouly ; *D.* 13 mars 2014, n°10 p.630 note S. Amrani-Mekki.

¹²⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère} 2 octobre 2013 n°12-22846 *infra* n°576.

¹²⁸⁸ Cass. com 15 mars 2011 n°10-13824, *Bull. civ.* IV n°39, *D.* 7 avril 2011, n°14 p.943 obs. B. Ines, p.1261 note Y. Picod, p.2758 spéc. p.2760 obs. E. Lamazerolles, p.2961 spéc. p.2962 obs. M. Gomy ; *RTD com.* avril 2011, n°2 p.361 obs. A. Constantin ; *JCP G* 9 mai 2011, n°19, 953 note J. Ghestin ; *Dr. soc.* juin 2011, n°6 p.717 obs. J. Mouly ; *Rev. soc.* novembre 2011, n°11 p.620 note L. Godon ; *D.* 5 avril 2012, n°14 p.901 spéc. 907 obs. J. Porta.

¹²⁸⁹ Or, rien n'interdit aux parties de prévoir une contrepartie propre des clauses pour lesquelles la jurisprudence et le législateur n'en prévoient pas. La contrepartie financière contractuellement prévue ne pourrait alors être fondée sur la liberté du travail puisque la jurisprudence dénie jusqu'ici toute compensation en ce sens mais bien sur la cause contrepartie. Ici encore, la jurisprudence de la chambre sociale pourrait être un précurseur en matière de clause de non-concurrence.

baux commerciaux d'un même immeuble ne constitue pas une contrainte pour le preneur, à condition, toutefois, que cette clause soit respectée par tous les autres locataires¹²⁹⁰. Le respect par chaque preneur de son obligation de ne pas exercer d'activité concurrente à celles déjà existantes entraîne la création d'une zone de non-concurrence favorable à chacun.

Dès lors, l'engagement de non-concurrence de chaque preneur trouve sa cause dans l'obligation des autres de respecter leur propre engagement. La contrepartie n'est pas ici pécuniaire et n'émane pas du cocontractant, à savoir le bailleur. En l'espèce, les différentes clauses de non-concurrence transcendent les frontières contractuelles pour rayonner à l'échelle de la collectivité et interfèrent ainsi dans le champ contractuel des différents contrats, quand bien même les parties ne sont pas contractuellement liées entre elles. Elle établit un lien de réciprocité entre des clauses pourtant contenues dans des contrats distincts. Toutefois, le bailleur n'est pas étranger aux effets produits par la clause car c'est par son intervention qu'elle peut être insérée dans chaque contrat de bail, et ainsi respectée par l'ensemble des preneurs. Contrairement à la position de certains auteurs en la matière, il ne semble pas souhaitable de considérer que l'interdiction de non-concurrence mise à la charge de chaque preneur trouve sa contrepartie dans l'obligation pour le bailleur d'insérer ces clauses dans tous les contrats, accordant ainsi à chacun, une véritable zone d'exclusivité. Cette compensation résulte directement de l'opération effectuée. Le preneur restreint certes, sa liberté d'entreprendre, mais l'engagement réciproque de tous les autres preneurs lui permet de bénéficier de la zone de non-concurrence ainsi créée. « *La clause de non-concurrence assure alors une protection de chacun et de tous, l'obligation de l'un ayant pour contrepartie l'engagement de tous de ne pas le concurrencer*¹²⁹¹ ». Le recours à la cause permettrait ainsi d'empêcher le bailleur de stipuler une clause de non-concurrence seulement dans certains baux. Dans cette configuration, l'insertion d'une clause de non-concurrence dans l'un des baux implique nécessairement sa réciprocité dans tous les autres. L'engagement de ces derniers devrait alors être anéanti en l'absence d'engagement réciproque de tous les preneurs.

¹²⁹⁰ Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 2006 n°04-10051, *JCP G* 12 juillet 2006, II, 10119 note O. Deshayes ; *JCP E* 19 octobre 2006, n°42, 2504 comm. J. Raynard ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1154 obs. J-B. Seube ; *RDC* juin 2007, n°2 p.267 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006 p.554 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* juin 2007, n°2 p.419 obs. M. Béhar-Touchais ; *D.* 5 juillet 2007, n°26 p.1831 obs. L. Rozès ; Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007 n° 06-11591, *infra* n°84 p.78.

¹²⁹¹ CA Montpellier 23 novembre 2005.

Le preneur, contraint par une telle clause, serait en droit de demander la résolution automatique de l'obligation de non-concurrence mise à sa charge sur le fondement de l'absence de cause ou encore le respect d'une telle clause par les autres preneurs.

574. Les exceptions au principe. Il ne s'agit pas ici de remettre en question notre conception précédemment exposée, rejetant l'exigence d'une cause spécifique à chaque clause du contrat¹²⁹². Retenir le fondement de la cause pour justifier l'exigence de la contrepartie financière permettrait seulement de souligner certaines nuances à la thèse selon laquelle la cause des obligations doit être recherchée dans l'économie générale du contrat, et plus précisément dans l'ensemble des clauses et obligations concédées par le cocontractant. Porteuse d'une obligation accessoire, la clause de non-concurrence constitue une véritable exception. La cause doit dès lors être appréciée à travers la symétrie qu'elle génère entre les obligations des contractants. Il convient alors de confirmer cette exception, en discutant du fondement actuellement utilisée par la Cour de cassation, mais également par l'analyse de clauses présentant les mêmes aspérités relativement à leurs capacités à disposer d'une contrepartie propre au sein du contrat.

2) Autres hypothèses de réciprocité

575. Exceptions de non-réciprocité. L'existence d'une contrepartie spécifique à l'obligation accessoire que renferme la clause de non-concurrence n'est cependant pas un cas isolé. D'autres clauses se voient directement causées par la réciprocité des obligations qu'elles génèrent. Ainsi, la clause d'exclusivité d'approvisionnement et, plus spécifiquement, la clause de bière forment des exemples de clauses dotées d'une contrepartie propre. Présentes dans les contrats de franchise, de concession, les clauses d'approvisionnement exclusif s'inscrivent fréquemment dans un ensemble associant une exclusivité d'approvisionnement et une assistance qui constitue la contrepartie de l'exclusivité consentie¹²⁹³. Réciproquement, la contribution du fournisseur trouve sa contrepartie dans l'objet de la clause

¹²⁹² V° J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit. p.311 et s.

¹²⁹³ Le contrat devient alors véritablement un accord de coopération. Le distributeur s'engage exclusivement à s'approvisionner et en échange le fournisseur lui met à disposition son fonds de commerce par un contrat de location-gérance. En pratique, le contrat de location-gérance est souvent, parce qu'associé à un contrat d'approvisionnement exclusif, conclu pour un loyer très faible voire une absence de loyer. Or, le droit des affaires se méfiant tout particulièrement de la gratuité, une telle absence de loyer a pu poser des difficultés. Néanmoins, le contrat est considéré comme valable dès lors que la cause objective du contrat, sa contrepartie, peut être identifiée dans un « intérêt économique commun ».

d'approvisionnement exclusif. Ce type de clause se rencontre très fréquemment en matière de distribution de produits de grande consommation tels que les produits pétroliers¹²⁹⁴ ou encore les boissons. En effet, les brasseurs, ou autres fournisseurs de boissons, apportent très souvent une aide matérielle au débitant de boissons qui décide de s'installer ou de moderniser son fonds de commerce. En contrepartie, le débitant de boissons s'engage à se fournir exclusivement auprès du brasseur qui l'aura aidé. On parle alors de clause de bière ou de contrat de bière. L'assistance ainsi consentie constitue la contrepartie, entendons la cause, de l'engagement d'exclusivité¹²⁹⁵. Cette appréhension de la clause d'approvisionnement exclusif doit alors être assimilée à la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail et offrant également une réciprocité des obligations qu'elle met en œuvre. Le débiteur de non-concurrence s'engage, parce qu'il attend en retour de son créancier une contrepartie financière. La clause présente alors un caractère synallagmatique indéniable et donne naissance à un véritable rapport d'obligations. L'avantage alors concédé par l'employeur au salarié n'est pas à rechercher dans les autres clauses du contrat. La clause possède sa propre cause, différente de celle du contrat de travail. La Cour de cassation semble d'ailleurs assouplir sa position pour peut-être revenir, dans un avenir proche, à une considération de la cause comme fondement de l'exigence d'une contrepartie financière.

576. Les mouvements jurisprudentiels. Dans un arrêt en date du 16 mai 2012, publié au bulletin, la chambre sociale procède au contrôle de l'existence d'une cause à l'engagement de non-concurrence¹²⁹⁶. Si dans sa décision, la Cour réaffirme avec rigueur l'absence de pouvoir de révision du juge, elle ressuscite au préalable le fondement de la cause en précisant qu'« *une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle* ». Rendue au visa classique de l'article L.1121-1 du Code du travail, mais plus remarquablement sur celui de l'article 1131 du Code civil, la Cour fonde alors clairement la nullité de la clause sur son absence de contrepartie

¹²⁹⁴ Cass. com. 18 février 1992 n°87-12844, *D.* 1993 jurip. p.58 note C. Hannoun ; *RTD civ.* 1992 p.759 obs. J. Mestre ; F. Perrochon, *L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence relative aux clauses de restitution des cuves*, *JCP E* 1987.

¹²⁹⁵ Cass. com. 8 février 2005 n°03-10749, *RTD com* 2005 p.825 obs. B. Bouloc ; *RDC* juillet 2005, n°3 p.684 obs. D. Mazeaud et p.771 note M. Béhar-Touchais ; *JCP G* 25 janvier 2006, II, n°4, 10011 note A-M. Luciani ; Cass. com. 14 octobre 1997 n°95-14285, *D.* 1998 somm. p.333 2^{ème} esp. obs. D. Ferrier ; *Deffrénois* 1998, art. 36860 p.1040 obs. D. Mazeaud ; J-M. Mousseron et A. Seube, Le contrat d'assistance et de fourniture, *D.* 1973 chron. p.197 ; c'est dans le même esprit qu'est posée la question de la validité du pacte de préférence au profit du franchiseur inscrit dans certains contrats de franchise : A. Van de Wynckele-Bazela, Pacte de préférence et contrat de franchise, *D.* 30 septembre 2004, n°34 p.2487.

¹²⁹⁶ Cass. soc. 16 mai 2012 n°11-10760, *Gaz. Pal.* 19 juillet 2012, n°201 p.14 note S. Le Gac-Pech.

qu'elle considère en l'espèce comme dérisoire. Certes inattendue, cette décision est peut être annonciatrice d'un revirement apportant alors à la Cour le moyen de généraliser le fondement de la cause à toutes les clauses de non-concurrence. En effet, le recours à la notion de cause aurait l'avantage d'imposer une réciprocité des engagements, et donc de favoriser son autonomie, ou du moins une autonomie relativement à sa cause¹²⁹⁷. Plus récemment, la première chambre civile et la chambre commerciale ont réaffirmé leur refus d'exiger une contrepartie financière dès lors que le débiteur de la clause ne pouvait justifier du statut de salarié. Les juges d'appel avaient pourtant très clairement retenu qu'à défaut de contrepartie financière, l'obligation de non-concurrence instituée par la clause de non-concurrence ne pouvait avoir aucun effet en application de l'article 1131 du Code civil, lequel implique qu'une telle obligation, compte tenu du caractère synallagmatique du contrat qui liait les parties, trouve sa cause dans une indemnité ou contrepartie financière, peu important à ce sujet que le débiteur n'ait pas été salarié¹²⁹⁸. Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation vient casser et annuler l'arrêt d'appel sans jamais se prononcer sur le recours au fondement de la cause, se contentant de réaffirmer qu'au regard de l'activité non salariée de l'intéressé la validité de la clause n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière. Invoquant invariablement une contrepartie financière aux seuls débiteurs salariés, la Cour ne prend plus le soin de réfuter le recours à la cause laissant ainsi présager soit un abandon total de ce fondement, soit une certaine hésitation annonciatrice d'un revirement futur. Les autres chambres ne pourraient-elles pas à leur tour influencer la chambre sociale au sujet d'une clause dont le domaine d'application transcende les branches du droit ? Une telle harmonisation dans l'application des clauses de non-concurrence ne pourrait que contribuer à l'établissement d'un régime juridique commun à toutes les clauses renfermant une même fonction.

¹²⁹⁷ M. Gomy, *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail*, in Mélanges Yves Serra, Dalloz 2006 p.199 ; F. Pignarre, *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations ; jeux d'influence*, *RDT* mars 2009, n°3, 151.

¹²⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère} 2 octobre 2013 n°12-22846, *D.* 14 novembre 2013, n°39 p.2622 note Ch. Bahurel ; *Gaz. Pal.* 4 décembre 2013, n°338-339 p.6 note J-M. Garinot ; *LPA* janvier 2014, n°1 p.7 note M. Macé ; *Gaz. Pal.* 15 janvier 2014, n°15-16 p.18 note D. Houtcieff ; *JCP G* 10 février 2014, n°6 doct. 183 note F. Deboissy et G. Wicker ; *JCP E* 13 février 2014, n°7. 1074 note J-B. Seube ; Cass. com. 8 octobre 2013 n°12-25984, *D.* 28 novembre 2013, n°41 p.2741 note Th. Favario ; *JCP E* 19 décembre 2013, n°51. 1702 obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. soc.* janvier 2014, n°2 p.102 note J-F. Barbiéri ; *JCP E* 9 janvier 2014, n°1. 1000 note A. Couret et B. Dondero.

577. Une autonomie relative. Quand bien même, la jurisprudence reconnaît enfin l'exigence d'une contrepartie financière sur le fondement de la cause, il n'est pas certain qu'elle confère à ces clauses une autonomie d'application. Ces deux questions doivent être traitées séparément ou du moins successivement. La clause de non-concurrence ne se justifie que parce qu'elle permet d'aménager la relation entre les contractants, renforçant ainsi l'obligation principale du contrat. Prise isolément, la clause de non-concurrence reste totalement vide de sens. Le contrat remplit à cet égard une fonction « *heuristique* » car il sert de « *figure de référence*¹²⁹⁹ ».

En matière de baux commerciaux, le caractère autonome de la clause de non-concurrence s'affirme d'autant plus qu'elle s'applique au-delà des contrats. Cependant, les liens juridiques établis entre les preneurs d'un même lieu ont été tissés par l'intermédiaire d'un cocontractant commun, contractuellement lié à tous : le bailleur. Là encore la clause ne peut exister en l'absence de baux conclus dans un même immeuble. Le constat se révèle nettement différent en présence d'une clause d'approvisionnement exclusif ou clause de bière. En effet, insérée dans un contrat de bail, elle n'est pas une simple clause accessoire mais une condition essentielle sans laquelle le bailleur n'aurait pas consenti le bail. Le montant du loyer renouvelé dépend pleinement de l'existence de la clause de bière, surtout si le bailleur profite de cette clause pour vendre des boissons à son locataire à un prix supérieur à celui pratiqué par ses concurrents. Dès lors, si le propriétaire de l'immeuble cesse son activité de brasseur, la clause de bière est alors privée d'objet, et doit être supprimée. Son autonomie ne fait en revanche aucun doute lorsqu'elle est indépendante de tout contrat de bail et figure dans une convention d'exclusivité de fourniture conclue entre un débitant de boissons et un brasseur non propriétaire de l'immeuble. Généralement conclue en contrepartie d'un prêt d'installation, la clause se suffit alors à elle-même et constitue dans cette hypothèse un véritable contrat.

Détachée de l'objet de l'obligation principale, la stipulation porteuse d'une obligation dotée d'une contrepartie réciproque perd alors sa qualification de clause pour revêtir celle de contrat à part entière. Poussée à son paroxysme, l'autonomie d'une clause donne donc naissance à un véritable contrat si et seulement si la clause en question renferme un objet

¹²⁹⁹ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen Dalloz 1989 p.299 et s. spéc. p.301 ; G. Blanc-Jouvan, *L'après contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y Gautier, PUAM 2003 n°99.

distinct de l'obligation principale et une cause qui lui est propre. Il ne convient donc plus, à notre sens, de parler de clauses contractuelles mais bien de l'existence d'un contrat indépendant. Or, les clauses autonomes présentent quant à elles la singularité d'être liées au contrat lors de leur formation pour devenir autonomes lors de leur exécution. Ainsi, seule l'analyse des effets résultant de ces clauses semble permettre d'appréhender leurs conditions de validité et de justifier de leur singularité.

Conclusion du Chapitre I

578. Des indicateurs non révélateurs de l'autonomie des clauses. Procédant désormais au contrôle de l'abus et de la proportionnalité de certaines clauses du contrat avec assiduité, la jurisprudence ne se contente plus d'apprécier les effets du contrat mais transpose désormais son contrôle sur les clauses contractuelles. Si de nombreux auteurs ont justifié l'existence de ces contrôles par le caractère autonome des clauses visées et la possibilité alors offerte à la jurisprudence de les supprimer sans altérer la survie du contrat, il semblerait que l'étude de ces clauses révèle une tout autre occurrence. En effet, il serait plus juste d'affirmer que la jurisprudence procède au contrôle de légalité des clauses qu'elle juge particulièrement susceptibles d'abus. L'examen de ces clauses suffit alors à le démontrer. Par référence directe à la classification fonctionnelle établie précédemment, il est possible d'identifier les clauses concernées par ces contrôles. Objet de ces contrôles, les clauses d'aménagement des obligations sont les plus directement porteuses d'excès. En effet, par prudence, les contractants ne se risquent généralement pas à prévoir d'importants voire grossiers déséquilibres sous peine de s'attirer les foudres du juge dont la vigilance commande d'analyser leur contenu en tout premier lieu. Les contractants préfèrent dès lors se concentrer sur les clauses aménageant les modalités d'exécution des obligations, et particulièrement sur les clauses d'aménagement relationnel de l'opération contractuelle, encore appelées clauses « *directives* », et souvent considérées à tort comme des clauses de nature secondaire. En effet, si les clauses sanctionnées peuvent être considérées comme non objectivement essentielles à l'existence du contrat, elles ne sont pas moins déterminantes de la volonté des parties. L'appréciation de l'intention des parties reste trop souvent hypothétique pour servir de fondement, ou du moins de guide de référence, à l'anéantissement de ces clauses.

La finalité recherchée par la jurisprudence à travers les deux déclinaisons du contrôle de légalité et des sanctions particulières en résultant, telles que la nullité partielle, le réputé non écrit ou encore le réputé partiellement non écrit, n'est aucunement d'en faire des indicateurs privilégiés des clauses autonomes.

579. La diversité des clauses. L'identification fonctionnelle des clauses, objet de ces contrôles, et des sanctions en résultant ont alors permis de percevoir comment ces deux phases successives tendent à rétablir une cohérence au sein du contrat par l'éviction de toute forme d'abus et de toute atteinte aux droits et libertés des contractants. L'extrême diversité

des clauses concernées ne permet aucunement d'identifier leur caractère autonome. L'évolution jurisprudentielle et législative tend à favoriser le maintien du contrat par la seule éradication des clauses contraires à la cohérence contractuelle, mais ne permet en aucun cas de caractériser leur autonomie. Loin de constituer des révélateurs des clauses autonomes, ces mécanismes permettent seulement d'apprécier l'effet des clauses, et plus particulièrement leurs effets excessifs et disproportionnés dus à un dépassement de leur fonction. Dès lors, l'éviction des clauses litigieuses résulte donc moins de leur caractère autonome que du régime propre de ces contrôles et des sanctions qu'ils entraînent.

580. Inapplicabilité de la cause. Peaufinant les modes d'éviction d'une clause particulière du contrat, il était alors légitime de se pencher sur la notion de cause. Non seulement pour analyser la position de certains auteurs faisant de la suppression d'une clause une conséquence de son absence de cause, mais également pour démontrer que, contrairement aux obligations ou aux contrats, les clauses ne sont pas par principe dotées d'une contrepartie spécifique, autrement dit d'une cause. Considérées comme autonomes par une partie de la doctrine, les clauses pouvant être évincées, sans porter atteinte à la survie du contrat, doivent l'être parce qu'elles sont dépourvues de cause. En ce sens, ces auteurs en concluent qu'une clause doit être considérée comme autonome parce qu'elle peut être écartée sans conséquence sur le contrat, suite au constat de son absence de cause. L'étude de la cause des clauses s'imposait donc pour rechercher, par un cheminement inverse, si cette dernière pouvait avoir une influence sur leur suppression et donc sur leur autonomie. Il convenait dans un premier temps de prendre position dans le tumulte des différentes conceptions de la cause proposées depuis plus de deux siècles. Une dualité d'acceptions s'affronte principalement, que l'on se livre à une analyse objective ou subjective, économique ou psychologique, que l'on cherche à vérifier l'existence d'une cause ou sa conformité à l'ordre juridique, ou enfin que l'on s'attache à chaque obligation contractuelle considérée isolément ou au projet contractuel commun aux deux parties. Favorable à cette dernière occurrence, consistant à rechercher la cause dans l'ensemble des engagements du cocontractant grâce à l'analyse de l'économie générale du contrat, il était dès lors difficile, pour ne pas dire antithétique, d'admettre l'existence d'une cause à chaque clause contractuelle. L'examen de la jurisprudence, et des hypothèses principalement visées par ces mêmes auteurs, a alors permis de confirmer notre position et de démontrer que l'absence de cause n'a pas été utilisée par les juges pour annuler une clause en raison de son absence de cause, mais parce qu'elle privait d'objet l'obligation

fondamentale de l'une des parties, privant du même coup de cause l'obligation corrélative de l'autre partie.

581. Des exceptions illusives. Affirmant ainsi que les clauses contractuelles ne sont pas dotées d'une cause propre, la cause ne pouvait alors s'imposer comme un indice de leur autonomie. En effet, l'absence de cause d'une clause ne peut dès lors être avancée pour justifier de sa suppression et ainsi de son autonomie. De plus, reconnaître que l'absence de cause d'une clause engendre sa suppression, faisant ainsi apparaître son autonomie, reviendrait *a fortiori* à admettre que toutes les clauses du contrat sont autonomes.

Or, non dotées d'une cause propre, certaines clauses n'en sont pas moins autonomes. Les clauses à finalité procédurale, relatives à la résolution judiciaire ou extra-judiciaire du litige, sont néanmoins reconnues autonomes tant par le législateur que par la jurisprudence. Il n'existe donc aucune corrélation entre l'existence ou non d'une cause et la révélation de son caractère autonome. Ce principe, permettant par ailleurs de préciser le régime juridique des clauses contractuelles, comporte toutefois quelques exceptions qu'il était indispensable de passer au révélateur de leur autonomie insérée dans un contrat de travail. En effet, il est possible d'avancer que certaines clauses, telles que la clause de non-concurrence, sont pourvues d'une contrepartie propre, en l'espèce une contrepartie financière. L'existence d'une cause spécifique à l'obligation de non-concurrence, non encore admise par la jurisprudence, ne saurait toutefois permettre de conclure à l'autonomie de la clause. En effet, bien que l'absence de contrepartie financière, que la Cour de cassation érige toujours en condition de validité de la clause, puisse donner lieu à la suppression de la cause, elle n'est en rien révélatrice de son autonomie par rapport au contrat. Porteuse d'une obligation de non-concurrence nécessairement accessoire à une obligation principale, la clause ne peut se suffire à elle-même et disparaît du fait de son invalidité, de sa disproportion ou peut-être dans un futur proche de son absence de cause.

Le cercle de raisonnement de la cause se referme sans qu'il soit donc possible d'affirmer qu'elle constitue un indice de l'autonomie des clauses concernées. En revanche, cette recherche de l'existence de la cause des stipulations a permis de préciser les conditions de validité des clauses et d'affiner ce qu'il est désormais convenu d'attendre de la notion d'autonomie. Appréhendées sous la dénomination de « *clauses satellites* » et porteuses ou non d'une obligation accessoire, ces clauses se rattachent nécessairement à l'obligation principale

qu'elles entourent et qu'elles précisent. L'identification des clauses considérées comme autonomes nécessite dès lors d'examiner leurs effets et plus généralement l'intensité de leur rayonnement au sein et en dehors du contrat.

Chapitre II : Le régime des clauses autonomes

582. Le contrôle de légalité pesant sur les clauses autonomes, les sanctions particulières appliquées par la jurisprudence à ces clauses, ou encore l'identification de la cause dont elles sont censées être pourvues, n'ont pas permis de déceler leurs caractéristiques propres. En revanche, la confrontation de ces indicateurs aux clauses considérées comme des stricts éléments du contrat permet de mettre en exergue les règles communes applicables à toutes les clauses contractuelles et d'envisager un régime qui leur soit commun.

Il convient dès lors de procéder par cheminement inverse et de s'intéresser aux effets produits par les clauses autonomes. Leur analyse rétrospective doit ainsi permettre d'identifier leurs caractéristiques et par suite de déterminer les règles et conditions essentielles de leur validité. Cette démonstration conduit alors à une comparaison de leurs conditions de fond et de formes avec celles applicables aux autres clauses du contrat telles qu'exposées dans les chapitres précédents. En d'autres termes, il convient de rechercher si les clauses autonomes sont avant tout, et peut-être en premier lieu, des clauses contractuelles au même titre que les autres clauses du contrat. Terme séduisant mais à la fois extensible dans son interprétation, l'autonomie alimente les commentaires doctrinaux par la diversité des perceptions que peuvent en avoir les auteurs. L'examen des différents courants de pensée, et principalement de ceux exploitant la notion d'autonomie jusqu'à son paroxysme, voire au-delà, offre une vision de ces clauses que nous réfutons, mais qui permet néanmoins de les appréhender et de les comprendre en profondeur. Non destinées à devenir indépendantes du contrat qui leur a donné naissance, comme revendiqué par une partie de la doctrine, le maintien de leur ambivalence, portée par l'association de leur caractère accessoire et autonome, sera ici défendu. L'argumentation avancée doit dès lors conduire à s'arrêter sur les effets de l'autonomie des clauses (Section I) afin de conclure à l'existence non pas d'un régime spécifique des clauses autonomes, mais d'un régime commun adapté aux clauses contractuelles. Le prolongement du contrat à travers les clauses autonomes peut alors s'expliquer par la spécificité de leur fonction (Section II).

Section I : Les effets de l'autonomie des clauses

583. La recherche de l'autonomie présumée de certaines clauses contractuelles doit être vérifiée dans les effets qu'elles produisent dans et en dehors du contrat. La première clause à

avoir été reconnue officiellement comme autonome par la jurisprudence fut la clause compromissoire, suivie par la clause attributive de juridiction et plus récemment la clause de médiation. La clause de non-concurrence, à l'image des clauses d'aménagement relationnel, autrement dénommées clauses de comportement, constitue également un modèle dont les effets méritent d'être étudiés. Dès lors, la mise en œuvre de ces clauses détachables du contrat (§1) doit permettre une mise en évidence des effets résultant de l'autonomie que la majorité des auteurs s'accordent à leur reconnaître, et de démontrer ainsi que d'autres justifications peuvent être avancées pour l'expliquer. Dans ce sens, s'il a pu être démontré dans les chapitres précédents que le contrat pouvait valablement survivre à l'amputation d'une de ses clauses, il reste à savoir si la réciproque peut se vérifier. Le maintien des clauses malgré l'anéantissement du contrat doit dès lors être approfondi, toujours sous l'angle d'une approche fonctionnaliste (§2).

§1 : Mise en œuvre des clauses détachables du contrat

584. Manifestations du caractère autonome reconnu par certains auteurs aux clauses contractuelles, la transmission et l'opposabilité doivent être isolées afin d'étudier les effets qu'elles produisent en ces circonstances. Les commentaires doctrinaux, légion en la matière, visent les clauses compromissoires, attributives de juridiction, ou encore les clauses pénales et de non-concurrence. Par référence à la classification fonctionnelle des clauses exposées dans la première partie, il est alors possible de distinguer deux types de clauses renfermant une telle autonomie. Les clauses dont l'objet et la fonction se différencient des obligations principales portées par le contrat et celles dont l'objet et la fonction y sont au contraire rattachés. Ainsi, prises en tant que modèle¹³⁰⁰, la clause compromissoire mais également la clause de non-concurrence renferment de nombreux paradoxes dont il est possible de se servir pour confirmer la généralisation de leur régime aux clauses renfermant des effets et une fonction semblables. Or, si la transmission de ces clauses ne laisse poindre l'existence de règles propres à leur autonomie (A), force est de constater que leur opposabilité aux tiers n'est pas plus révélatrice (B).

¹³⁰⁰ C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LDGJ 1995.

A) La transmission des clauses contractuelles

585. La clause compromissoire et plus généralement les clauses de règlement des litiges sont intéressantes à plus d'un titre. Ce type de clause réussit le tour de force d'être à la fois autonome par rapport au contrat qui la contient et « viscéralement » accessoire¹³⁰¹ à celui-ci lorsqu'il est transmis à des tiers. Dès lors, soit la clause est autonome et elle ne se transmet pas avec le contrat principal, soit elle se transmet avec le contrat et ne saurait alors être considérée comme autonome. Sa fonction détachable du contrat et son caractère accessoire à celui-ci lors de sa transmission (1) conduisent à s'interroger sur son autonomie et particulièrement sur sa singularité (2).

1) Une transmission de plein droit

586. Transmission dans une chaîne homogène de contrats. La transmission de la clause compromissoire constitue un mouvement jurisprudentiel tendant à se généraliser au fil des années et des décisions. En contradiction avec sa position antérieure¹³⁰², la Cour de cassation précise, dès le début des années 2000 que « *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause*¹³⁰³ ». Elle consacre ainsi une transmission par *intuitu rei* de la clause et par conséquent, une transmission de plein droit. Reprise quelques années plus tard en matière interne¹³⁰⁴, la reconnaissance d'une transmission de la clause compromissoire, dans une chaîne homogène de contrats translatifs, s'aligne donc sur la solution de la clause compromissoire internationale posée par le célèbre arrêt Peavey. La Cour accrédite l'idée d'un rattachement de la clause au contrat en tant que partie intégrante de ce dernier. La précision selon laquelle « *l'ignorance légitime* » peut faire échec à la transmission de la clause se révèle alors inutile, tant la preuve semble difficile à rapporter. Or, dans une telle hypothèse, le cessionnaire est censé avoir pris connaissance de l'ensemble des

¹³⁰¹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec 4^{ème} éd. 1999 p.1 *accessorium sequitur principale*.

¹³⁰² Cass. Civ 1^{ère} 6 novembre 1990 n°88-12247, *Rev. arb.* 1991 p.19 obs Ph. Delebecque.

¹³⁰³ Cass. Civ 1^{ère} 6 février 2001 n°98-20776, *Bull. civ.* I n°22 ; *RTD com* avril-juin 2001, n°2 p.413 obs. E. Loquin, *JCP G* 11 juillet 2001, II, n°28 p.1390 note C. Legros. *JCP E* 19 juillet 2001 n°29, 1238 note D. Mainguy et J-B. Seube ; *Rev. arb.* oct.-déc 2001, n°4 p.765 note D. Cohen ; *Cah. arb.* 2001 p.6 obs C. Seraglini ; *Contrats-conc. consom.* juin 2001 p.82 obs. L. Leveneur ; *Rép. Not. Deffrénois* 15 juin 2001, n°42 p.708 obs. R. Libchaber ; *Dr. & Pat.* juillet 2001, n°95 p.120 obs. P. Mousseron ; *D.* 2001 p.1135 obs. Ph. Delebecque.

¹³⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère} 6 mars 2007 n°04-16204, *Bull. civ.* I n°91 ; *D.* 31 juin 2007, n°21 p.1460 note Fr. Granet-Lambrechts ; *Rev. arb.* janvier 2008, n°1 p.145 note J-Ph. Tricoit ; *D.* 17 janvier 2008, n°3 p.180 note Th. Clay.

stipulations figurant dans le contrat. Il reçoit le contrat dans son intégralité sans pouvoir opérer de modification, à défaut d'accord de ses cocontractants.

587. Extension aux chaînes hétérogènes de contrats. Cette reconnaissance de la transmission de la clause s'est alors très vite propagée. Un mouvement jurisprudentiel récent tend à admettre la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne hétérogène de contrats. En effet, cette dernière se distingue de la chaîne homogène en ce qu'elle comporte des contrats de nature distincte, n'opérant pas transmission successive d'un même bien. Ce point pouvait expliquer la non transmission de la clause dans la mesure où la chaîne hétérogène est certes acquisitive mais non translatrice de propriété¹³⁰⁵. De plus, il est à remarquer que la formule utilisée dans la décision ne s'applique pas à toutes les chaînes homogènes mais seulement à celles portant sur des marchandises. Malgré ce rapprochement avec les dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹³⁰⁶, aucune justification valable permettant d'évincer les contrats d'entreprise avec fourniture de matière n'a pu être avancée. On pouvait se demander en quoi les contrats d'entreprise intéresseraient moins le droit du commerce international que les contrats de vente. La Cour ne tarda pas à venir combler ce manque en admettant de manière non équivoque la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne hétérogène de contrats contenant un contrat d'entreprise. Ainsi qu'elle le précise dans son arrêt de principe en date du 27 mars 2007, « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne*¹³⁰⁷ ». Contrairement à la position adoptée par la Cour en matière

¹³⁰⁵ Si le maître de l'ouvrage se retrouve propriétaire, cela s'explique plus par l'effet de la règle de l'accession que par un quelconque transfert.

¹³⁰⁶ Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises n°0.221.211.1, du 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1er mars 1991.

¹³⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère} 27 mars 2007 n°04-20842, *RLDC* mai 2007 p.13 note G. Loiseau ; *D.* 2007 p.1086 obs. X Delpech ; *RTD com* octobre 2007, n°4 p.677 obs. E. Loquin ; *JCP E* 2007, II, 10118 note G. Golhen, I, 168 §11 obs. C. Seraglini et I, 200 §11 obs. Y-M. Serinet ; *RTD civ.* juillet 2008 p.541 obs. P. Thery ; Cass. civ. 1^{ère} 6 octobre 2010 n°09-68731, *D.* 23 décembre 2010, n°44 p.2933 obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* janvier 2011, n°1 p.191 note Y. Strickler ; cette interprétation a ensuite été confortée par une décision plus récente qui réaffirme la transmission automatique de la clause compromissoire dans une chaîne translatrice de propriété : Cass. civ. 1^{ère} 17 novembre 2010 n°09-12442, *Gaz. Pal.* 12 janvier 2011, n°12-13 p.22 note D. Houtcieff ; *Contrats-conc. consom.* février 2011, n°2 p.13 note L. Leveueur ; *JCP G* 30 mai 2011, 22 doct. 666 obs. L. Cadet ; D'autre part cette décision prend le contre-pied de l'arrêt Besse (Ass. Plén. 12 juillet 1991 n°90-13602, *Bull. civ.* I n°5, *JCP G* 1991, II, chron. 21747 note G. Viney, *RTD civ.* 1991 p.750 obs P. Jourdain rendu en 1991 par l'assemblée plénière. Désireuse de limiter la contractualisation des actions, dans les chaînes de contrats non

de clause attributive de juridiction¹³⁰⁸ et son refus de reconnaître dans une chaîne européenne de contrats translatifs de propriété la transmission d'une telle clause au sous-acquéreur sans son acceptation, elle affirme ici avec clarté que l'homogénéité de la chaîne n'est pas nécessaire pour admettre la transmission d'une clause compromissaire. Seul compte son caractère translatif.

588. Extension aux ensembles contractuels. Une autre remarque concerne les ensembles de contrats. Contrairement aux chaînes homogènes de contrats, les ensembles contractuels ne permettent pas la circulation d'un bien commun mais s'agencent autour de la réalisation d'un objectif commun. C'est notamment pourquoi cette notion est considérée comme trop vaste et imprécise pour servir de critère à l'application de la responsabilité contractuelle. La variabilité des liens créés entre les conventions et le caractère distinct des obligations pouvant être visées par les contrats rendent également artificielle l'extension de l'effet obligatoire. Cependant, certains assouplissements à l'effet relatif des contrats, prévu à l'article 1165 du Code civil, peuvent être envisagés en présence d'ensembles contractuels structurés, portant sur une opération unique, créant ainsi un lien d'indivisibilité entre ces derniers¹³⁰⁹.

589. Un accessoire du droit d'action. La Cour de cassation établit ici un lien étroit entre le droit d'action et le droit substantiel. Elle considère que la clause est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne. Ce raisonnement d'une grande cohérence s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence constante de la Cour en faveur de l'arbitrage. Les commentateurs favorables à cette analyse déduisent ainsi le caractère autonome de la clause par rapport au contrat, en la considérant moins attachée à ce dernier qu'au droit transmis. Par ces décisions, la Cour rappelle également aux entreprises qu'elles peuvent se retrouver soumises à un arbitrage alors même qu'elles l'ignoraient. Ce faisant, elle abandonne donc le critère de « *l'ignorance légitime* » de l'existence de la clause

translatifs de propriété, la Cour avait alors considéré « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » et que « le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage ». Or dans son arrêt précité de 2007 la première chambre civile revient à sa position antérieure (Notamment dans deux arrêts du 8 mars et du 21 juin 1988, *JCP G* 1988, II, chron. 21070 note P. Jourdain ; *D.* 1989 p.5 note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1988 p.762 obs P. Jourdain) et considère que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ».

¹³⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère} 11 septembre 2013 n°09-12442, *D.* 16 janvier 2014, n°2 p.121 note D. Mazeaud ; *JCP E* 13 février 2014, n°7 note P. Mousseron ; V° *supra* n°267

¹³⁰⁹ J-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, *op. cit.* n°319 ; J. Mestre, *RTD civ.* 1995 p.364.

par le destinataire final des marchandises. Ainsi, la clause compromissoire circule sans que rien ne semble pouvoir l'arrêter¹³¹⁰. Il en est ainsi de l'action résolutoire résultant d'un même défaut de conformité de la chose livrée. La transmissibilité de l'action résolutoire dans les chaînes translatives de propriété permet alors au sous-acquéreur d'agir contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire¹³¹¹. Un parallèle peut encore être effectué avec la clause de non-garantie. Dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, les garanties dues par le vendeur d'un immeuble à construire bénéficient à ses propriétaires successifs¹³¹². Ainsi, une clause de non-garantie ou de non-responsabilité opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne peut pas faire obstacle à l'action directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire¹³¹³. L'action du sous-acquéreur contre le vendeur originaire ne peut être empêchée par une clause de non-garantie que dans l'hypothèse où une telle clause est stipulée dans les différentes ventes successives. Le vendeur originaire ne peut donc pas se prévaloir de la clause insérée dans la seconde vente à laquelle il n'était pas partie¹³¹⁴. Le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur. Bien que l'action exercée par le sous-acquéreur contre le vendeur originaire soit de nature contractuelle, elle n'a pas pour assise un lien d'obligation contractuelle. Il ne s'agit pas d'un droit propre mais de l'exercice d'une action transmise. Ici encore le fondement qui doit être appliqué se situe dans la relation d'accessoire à principal¹³¹⁵.

Par ailleurs, si la Cour admet très largement la transmission de la clause compromissoire dans pratiquement tous les mécanismes juridiques réalisés à trois

¹³¹⁰ Cass. civ. 9 juillet 2014 n°13-17495, *D. actu.* 8 septembre 2014 obs. X Delpech.

¹³¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 20 mai 2010 n°09-10086, *D.* 17 juin 2010, n°23 p.1416 note X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 4 août 2010, n°216-217 p.25 obs. D. Houtcieff ; *RDC* octobre 2010, n°4 p.1317 note Ph. Brun.

¹³¹² C'est ainsi que peuvent s'exercer les actions en garantie d'éviction, en garantie des vices cachés et en responsabilité fondée sur le défaut de conformité. Liées à la propriété de la chose, la créance de garantie ou de responsabilité, et l'action qui en est le corollaire passent au sous-acquéreur ou au maître de l'ouvrage.

¹³¹³ Cass. civ. 3^{ème} 16 novembre 2005 n°04-10824, *RLDC* janvier 2006, n°23 p.10 note C. Le Gallou ; *RDC* avril 2006, n°2 p.330 note D. Mazeaud ; *D.* 6 avril 2006, n°14 p.971 note R. Cabrillac ; Cass. civ. 3^{ème} 22 juin 2011 n°08-21804, *RDC* octobre 2011, n°4 p.1197 note D. Mazeaud ; *Banque et Droit* octobre 2011, n°139 p.18 note Th. Bonneau.

¹³¹⁴ Il est donc indispensable, à titre de protection, pour le vendeur originaire d'insérer une telle clause de non-garantie dans le contrat de vente afin de se prémunir contre l'action de son propre acquéreur, mais également contre les actions des acquéreurs suivants.

¹³¹⁵ C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français* t.2, 7^{ème} éd. par Esmein §176 n°69 p.104 : Conformément à la théorie d'Aubry et Rau selon laquelle le successeur particulier doit jouir de tous les droits et actions « que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires ».

personnes¹³¹⁶, excepté dans les hypothèses d'*intuitu personae*, sa circulation est également admise en matière de cession, de subrogation ou de novation.

2) La transmission d'un droit contractuel particulier

590. Unification du régime de transmission. La transmission de la clause compromissoire se vérifie également lorsque le contrat ou l'un des droits qui l'a fait naître est transmis à un tiers. Ainsi, en matière de cession de créance, la première chambre civile avait déjà admis dans deux arrêts¹³¹⁷ du 5 et 19 octobre 1999, qu'en arbitrage international, la cession de créance avait pour effet de transmettre au cessionnaire la convention d'arbitrage. La solution était alors justifiée par les nécessités du commerce international. Cependant la deuxième chambre civile a adopté la même position en arbitrage interne, dans un arrêt¹³¹⁸ du 20 décembre 2001. C'est la première fois que la Cour de cassation statue en ce sens pour l'arbitrage interne. Elle opère une double unification du régime de transmission de la clause compromissoire en cas de cession : qu'il s'agisse de cession de contrat ou de créance, d'arbitrage interne ou international, la clause suit désormais toujours le sort de la cession. La première justification pouvant être avancée résulte de l'unité constituée par les clauses du contrat et de la cohérence contractuelle qu'elles manifestent en son sein. La clause compromissoire constitue un des éléments de l'économie générale du contrat et doit, à ce titre,

¹³¹⁶ En effet, la jurisprudence admet que la clause compromissoire soit valablement transmise dans une stipulation pour autrui : Cass. com. 4 juin 1985 n°84-10344, *Bull. civ.* IV n°178, *RTD civ.* 1986 p.593 obs J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987 p.139 note J-L. Goutal ; en cas de subrogation personnelle d'un assuré par son assureur : Cass. com. 3 mars 1992 n°90-17249, *Bull. civ.* IV n°232, *Rev. arb.* 1992 p.56 note Ph. Delebecque ; CA Paris 13 novembre 1992, *Rev. arb.* 1993 p.637 note J-L. Goutal ; dans une promesse de porte-fort : Cass. civ. 1^{ère} 16 juillet 1992 n°89-14254, *Bull. civ.* 1992, I, n°232 p.153, *Rev. arb.* 1993 p.611 note Ph. Delebecque ; dans une substitution de bénéficiaire de promesse de vente : CA Lyon 15 mai 1997, *Rev. arb.* 1997 p.402 note P. Ancel ; la jurisprudence a admis la transmission de la clause compromissoire par cession Dailly : Cass. civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 n°96-20202, *Bull. civ.* I n°1, *Rev. crit. DIP* 1999 p.536 note E. Pataut ; *D. aff.* 1999 p.291 note X. Delpech ; *Dr. & Pat* février 2000, n°79 p.110 obs. D. Mainguy et P. Mousseron ; *Rev. arb.* 2000 p.85 note D. Cohen ; en cas de substitution de personne : Cass. civ. 2^{ème} 7 janvier 1999 n°96-14004, *Rev. arb.* octobre 2003, n°4 p.1341 note C. Legros ; et enfin pour le cas particulier de la substitution de mandataire : Cass. civ. 1^{ère} 8 février 2000 n°95-14330, *Bull. civ.* I n°36, *Rev. arb.* avril 2000, n°2 p.281 note P-Y. Gautier, *Défrénois* 15 juin 2000, n°11 p.716 obs Ph. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* octobre 2000, n°4 p.763 note N. Coipel-Cordonnier ; *Dr. & Pat* avril 2001, n°92 p.120 obs P. Mousseron.

¹³¹⁷ Cass. civ. 1^{ère} 5 octobre 1999 n°97-15990, *Bull. civ.* IV 1999, n°156 p.131 ; *Rev. arb.* juillet 2003, n°3 p.397 note Ph. Fouchard et Cass. civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 n°97-13253 ; V° plus récemment en ce sens Cass. civ. 1^{ère} 28 mai 2002 n°99-10741, *Bull. civ.* I 2002, n°146 p.112 ; *JCP G* 6 juin 2003, I, n°10 obs. C. Seraglini, *Rev. arb.* avril-juin 2003, n° 2 jurisprudence française, p.397 note Daniel Cohen.

¹³¹⁸ Cass. civ. 1^{ère} 20 décembre 2001 n°00-10806, *Bull. civ.* II 2001 n°198 p.139 ; *RTD com* avril 2002, n°2 p.279 obs. E. Loquin ; X. Pradel, Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, *D.* 27 février 2002, n°9 p.569 ; E. Loquin, De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un « grand arrêt » de la première chambre civile de la Cour de cassation, *D.* octobre 2007, n°4 p.677.

être transmise avec lui. Cette justification doit néanmoins être creusée car elle devient inopérante chaque fois que ce n'est pas l'ensemble du contrat qui est transféré à un tiers mais seulement un droit contractuel particulier.

591. Un accessoire du droit d'action. L'analyse de la cession de contrat et de la cession de créance, auxquelles pourrait être ajoutée la subrogation¹³¹⁹, permet alors de favoriser une démonstration tenant davantage au caractère accessoire de la clause vis-à-vis du contrat ou de la créance cédée. La clause compromissoire a vocation à s'appliquer à l'ensemble des droits et obligations contenus dans le contrat et n'est aucunement affectée au service exclusif de la créance¹³²⁰. Il serait alors plus juste de soutenir que la clause d'arbitrage est une modalité de l'accessoire que constitue le droit d'action de la créance cédée. C'est notamment la raison pour laquelle cette clause continue à s'appliquer aux litiges relatifs au contrat qui lie toujours les parties originelles, ou aux créances issues de ce contrat mais qui n'ont pas été comprises dans l'acte de cession. En effet, la configuration objective qu'une telle clause confère au rapport juridique n'a pas vocation à disparaître si tout ou partie de ce rapport est transmis à un tiers. Ainsi, la clause compromissoire est transmise avec la créance cédée, non pas parce que son caractère autonome trouve à s'exprimer, mais bien parce qu'elle participe de la configuration de cette dernière. La créance est donc transmise dans son « état originel » et reste alors soumise à l'effet de la clause compromissoire.

592. La novation. L'illustration la plus seyante de cette justification peut encore être prise à travers la novation. Ayant pour effet d'éteindre une obligation ancienne en la remplaçant par une obligation nouvelle, ce processus conventionnel s'opère, comme il a pu être présenté dans la première partie, soit par changement de personne, soit d'objet. Le changement de créancier ou de débiteur n'entraîne alors aucune reprise de la clause compromissoire dans la mesure où le nouveau rapport d'obligation ne peut puiser sa configuration dans le contrat initial. En revanche, la novation d'une obligation laisse subsister le cadre contractuel initial. En effet, le changement d'un élément du contrat n'affecte pas l'ensemble des clauses voulues par les

¹³¹⁹ La subrogation emporte, en principe, un effet translatif justifiant l'application du principe de l'opposabilité des exceptions : la créance est transmise au subrogé avec ses qualités et ses défauts, dont le caractère d'une clause ou les actions en justice et ses accessoires, clauses attributives de compétence notamment. Cass. civ. 1^{ère} 25 novembre 1986 n°84-17745, *Bull. civ.* I n°277, *RTD civ.* 1987 p.547 obs. J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987 p.386 note H. Gaudemet-Tallon.

¹³²⁰ M. Cabrillac, *Les accessoires de la créance*, Etudes dédiées à A. Weill, Dalloz 1983 n°107.

parties. La nouvelle obligation prend alors place dans le cadre contractuel préexistant. Une nuance doit toutefois être apportée dans la mesure où les clauses ayant pour fonction d'aménager les modalités d'exécution de l'obligation supprimée connaissent inévitablement le même sort. Ainsi, les clauses relatives à la qualité, à la quantité de la chose, aux délais d'exécution ou de paiement, ou limitant le rayonnement de l'obligation concernée..., mais encore les clauses pénales, sont par conséquent anéanties.

593. Le maintien des clauses détachables de l'obligation visée. Constitutives de la « *carte génétique*¹³²¹ » du contrat et participant pleinement à son économie générale, les clauses dont la fonction est détachée de l'objet de l'obligation remplacée sont, quant à elles, naturellement maintenues, et se transmettent à l'obligation nouvelle. La transmission de la clause compromissoire ne permet donc pas de la considérer comme porteuse d'une règle spéciale, différente du régime commun des clauses contractuelles, et caractérisant son autonomie. Sa non-transmission serait, au contraire, plus révélatrice d'une certaine autonomie. Des auteurs¹³²² avaient néanmoins défendu l'idée selon laquelle, en raison de son autonomie, la transmission de la clause avec le contrat ou de la créance s'expliquait uniquement par la constatation d'une volonté expresse des parties. Or, il est juridiquement impossible de transmettre un droit différent de celui que l'on a soi-même, et c'est bien en l'occurrence un droit différent qui serait transmis si l'effet de la clause compromissoire devait s'éteindre¹³²³. En tant que clause de procédure, la clause compromissoire participe au droit d'action des contractants et détermine le mode de résolution de tous les litiges pouvant naître du contrat dans son ensemble¹³²⁴. Comme tous les autres éléments du contrat, la créance est donc soumise à l'arbitrage en cas de litige et doit être transmise avec celle-ci. La jurisprudence est sans équivoque à cet égard.

De plus, en référence à la classification fonctionnelle des clauses, il serait possible de généraliser la transmission de la clause compromissoire à toutes les clauses de résolution du litige. En effet, bien qu'elles ne répondent pas toutes à un même régime juridique, elles répondent néanmoins à une même finalité au sein du contrat permettant de les classer dans

¹³²¹ S. Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions, *Rev. arb.* octobre 2005, n°4 p.917.

¹³²² V° les hésitations formulées à ce sujet par Ph. Fouchard et E. Loquin lors de la discussion sur l'arbitrage et les tiers, *Rev. arb.* 1998, p.469 et 472.

¹³²³ S. Bollée, *art. préc.* p.923.

¹³²⁴ En revanche, le maintien de la clause compromissoire est exclu si le contrat était remplacé dans sa totalité par un autre contrat : CA Paris 11 juin 1998, *Rev. arb.* 2002 p.147 ; P. Ancel, Arbitrage et novation, *Rev. arb.* janvier 2002, n°1 p.3.

une même grande catégorie fonctionnelle de clauses¹³²⁵. Il n'est donc pas interdit de penser que toutes les clauses offrant ainsi aux contractants une emprise sur la résolution du litiges, telle la clause résolutoire ou de nullité conventionnelle, devraient être considérées comme des accessoires du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel.

Dès lors, si la transmission de la clause compromissaire n'implique pas le recours à des règles propres aux clauses autonomes mais peut s'expliquer par la fonction qui lui est attribuée et par l'application du droit commun des contrats, l'opposabilité des clauses peut en revanche être étudiée pour, peut-être, identifier une manifestation plus révélatrice de l'autonomie des clauses contractuelles.

B) L'opposabilité des clauses autonomes

594. La transmission de la clause compromissaire ne permettant pas de percevoir pleinement son caractère autonome, le rayonnement de ses effets au-delà du cadre contractuel met davantage en lumière les particularités dont elle est porteuse. La tendance jurisprudentielle à étendre le rayonnement de certaines clauses au-delà du cercle de ses signataires nécessite toutefois d'être nuancée au regard des circonstances de faits mais également des grands principes civilistes. C'est alors avec un éclat particulier que la question du transfert et de l'opposabilité d'une clause de compétence à un tiers s'est posée dans le contentieux des transports maritimes. En effet, s'il n'y a pas de difficulté à admettre que l'ayant droit devient partie au contrat lors de la cession de créance ou de contrat, la position du destinataire du contrat de transport maritime se révèle plus délicate et permet de mesurer les limites de l'opposabilité des clauses sur la pratique (1). Il en est de même des clauses dont les effets s'étendent à des tiers au contrat. La situation se révèle encore plus complexe car non directement opposables à un tiers, ces clauses ne peuvent être efficaces qu'à travers le respect de leur mise en œuvre par les parties auxquelles elles sont contractuellement liées. Ainsi, le respect de l'engagement de non-concurrence pris par le preneur dépend parfois du respect de l'engagement de non-concurrence mis à la charge de tiers, dépassant ainsi le cadre contractuel (2).

¹³²⁵ V° *supra* n°319 et s. p.258 et s.

1) Les limites de l'opposabilité des clauses autonomes

595. Opposabilité de la clause compromissoire. L'opposabilité au destinataire de la clause insérée dans un connaissement, émis à l'occasion d'un transport maritime international de marchandises¹³²⁶, est une question essentielle dans la recherche des manifestations de l'autonomie des clauses et la caractérisation de leurs effets. L'opposabilité de la clause compromissoire ou de la clause attributive de juridiction au chargeur de la marchandise sera ici écartée dans la mesure où, bien que rédigé par le transporteur, le connaissement est généralement porté à la connaissance du chargeur en tant que partie initiale au contrat. En revanche, l'opposabilité de la clause au destinataire de la marchandise ou à son assureur subrogé, véritable tiers au contrat, est pour sa part bien plus complexe et discutée. Devenu partie au contrat au seul moment de la livraison de la marchandise, il est plus difficile d'en déduire que le destinataire, souhaitant engager la responsabilité du transporteur pour les détériorations des marchandises acheminées, ait eu connaissance des termes du connaissement et en particulier de la clause de compétence. En d'autres termes, il convient de déterminer si la clause conclue entre le chargeur et le transporteur peut être invoquée par le destinataire, tiers à l'opération contractuelle, et attester ainsi de l'autonomie de la clause en déviance envers l'effet relatif des contrats.

596. Divergence doctrinale. Longtemps source de controverses quant à l'opposabilité¹³²⁷ de la clause au tiers destinataire, la divergence de position de la chambre commerciale et de la première chambre civile suscitait une certaine insécurité juridique pour les plaideurs. L'implication du destinataire dans l'exécution du contrat, et sa connaissance des termes du connaissement à travers les actes matériels accomplis lors de la réception des marchandises ou de l'existence d'un usage, explique que la première chambre civile se contentait d'une

¹³²⁶ Dans certaines hypothèses, la clause est insérée dans la charte-partie au voyage et non dans le connaissement lui-même. Or, cette circonstance ne doit pas conduire à un traitement différent de la problématique posée dans la mesure où la Cour de cassation, conformément au régime commun des clauses contractuelles vu dans les chapitres précédents, exige qu'il soit vérifié que la référence au document contenant la clause apparaisse clairement, et d'autre part que le tiers ne l'ait pas dénoncée. Cass. com. 29 novembre 1994 n°92-21021, *DMF* 1995, p. 218 ; Cass. civ. 1^{ère} 3 juin 1997 n°95-17603, *Rev. arb.* 1998, p. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92, note P. Mayer.

¹³²⁷ Certains auteurs ont contesté ce terme « d'opposabilité » utilisé par la jurisprudence aussi bien à propos de la clause compromissoire que de la clause attributive de juridiction. Sur ce débat, V° O. Cachard, *La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulée dans les connaissements*, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon 2008 p.1989 spéc. n°4 préférant employer le terme de « force obligatoire ».

acceptation tacite de la clause par le destinataire. La chambre commerciale exigeait pour sa part une manifestation expresse de volonté du destinataire. Ainsi, la chambre commerciale considérait implicitement ce type de clause comme exorbitante de droit commun, contrairement à la première chambre civile qui la considérait comme une clause ordinaire du contrat, faisant partie intégrante de son économie générale. L'orthodoxie commandée par la chambre commerciale, allant parfois jusqu'à exiger la signature du destinataire en marge de la clause¹³²⁸, témoignait alors d'une approche essentiellement fondée sur le consensualisme et l'effet relatif des contrats, affirmant ainsi l'autonomie de la clause. En effet, à travers l'exigence d'une prise de connaissance propre à la clause, la chambre commerciale, farouchement opposée à la transmission automatique de la clause, reconnaissait alors pleinement son autonomie vis-à-vis du contrat de transport, sans pouvoir le justifier par sa seule fonction procédurale.

597. Une autonomie contrariée. Cette divergence fut finalement tranchée le 16 octobre 2008 par l'adoption simultanée d'une position commune des deux chambres. Saisie de cette question, la Cour de justice des communautés européennes a alors choisi de s'en remettre au droit national désigné par les règles de conflit de lois du for. Dans son arrêt Coreck¹³²⁹ du 9 novembre 2000, elle décide ainsi qu'une « *clause attributive de juridiction, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable* ». Précisant également qu'à défaut « *la clause de juridiction prévue au connaissement doit être soumise au régime ordinaire de ces clauses*¹³³⁰ ». La solution prônée par la CJCE ne reprend, de prime abord, aucune des solutions retenues par la chambre commerciale et la première chambre civile. La juridiction communautaire invite, dans un premier temps, les juridictions nationales à trancher le litige en application de leurs propres

¹³²⁸ Néanmoins, s'agissant des clauses attributives de juridiction, comprises dans le champ d'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles sur la compétence, la chambre commerciale a quelques années plus tard renoncé à exiger une acceptation spéciale. Cass. com. 4 mars 2003 n°99-17316, *Rev. crit. DIP* 2003 p.286 note P. Lagarde.

¹³²⁹ CJCE 9 novembre 2000 affaire C-387/9,8, *Gaz. Pal.* 12 décembre 2001, n°346 p.26 note M-L. Niboyet ; *JCP E* 15 octobre 2009, n°42 note C. Legros ; *Rev. crit. DIP* juillet 2009, n°3 p.524 note F. Jault-Seseke.

¹³³⁰ En présence d'une loi nationale ne reconnaissant pas la succession du destinataire aux droits du chargeur, la juridiction précise alors qu'il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17 de la convention de Lugano applicable à l'affaire Coreck, et donc, d'une manière plus générale, aux exigences de l'article 23 du Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000.

règles de droit international privé. Or, en droit français, le destinataire ne remplace pas à proprement parlé le chargeur, dans la mesure où il est considéré comme partie au contrat de transport. Dès lors, il est nécessaire, en second lieu, de s'assurer du consentement du destinataire à la clause, à l'aune des critères posés par le droit communautaire. Ce renvoi au droit français, exigeant le consentement du destinataire pour lui appliquer la clause dérogatoire de compétence, et reconnaissant ainsi implicitement l'autonomie d'une telle clause, peut être nuancé. En effet, le juge communautaire laisse par ailleurs une large place aux usages et aux pratiques de la profession. Il considère ainsi que « *le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles sont ou sont censées avoir connaissance*¹³³¹ ». Cette prise en compte des usages, mais aussi de la qualité de professionnel rompu aux pratiques de la matière, tant dans les litiges de nature nationale qu'internationale, permet de réviser cette approche pour la considérer plus en phase avec la position antérieure de la première chambre civile. En matière de clause compromissoire et de clause attributive de juridiction, la référence aux usages permet de justifier de l'opposabilité de la clause au destinataire, ils permettent alors de faire l'économie de l'exigence d'un consentement de ce dernier¹³³². Les juges affirment l'existence d'une présomption de connaissance de la clause d'arbitrage, dans le cadre des relations d'affaires¹³³³.

598. Influence des usages professionnels. Dès lors, si le droit national, en reconnaissant que le destinataire ne succède pas au transporteur, retient une conception autonome de ces clauses, en pratique, l'influence des usages comme substitut au consentement plaide en faveur d'une dépendance des clauses dérogatoires de compétence vis-à-vis du contrat. Or, il est légitimement envisageable que l'influence de la pratique professionnelle, à travers laquelle les juridictions nationales admettent déjà l'existence tacite du consentement donné, conduite dans un avenir proche à une harmonisation des règles d'opposabilité, à l'image de la transmission de plein droit reconnue à ces clauses. Bien qu'elle reste encore fortement sous-jacente, l'autonomie des clauses relatives aux litiges est atténuée par la prise en considération

¹³³¹ CJCE 16 mars 1999, *Rev. crit. DIP* 1999 note H. Gaudemet-tallon, *DMF* 2000 p.11 note Ph. Delebecque.

¹³³² Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005 n°03-10087, *LPA* 23 août 2006, n°168 p.4 note A. Malan ; *D.* 21 décembre 2006, n°44 p.3026 note Th. Clay ; *D.* 11 janvier 2007 pan. 111 obs. H. Kenfack.

¹³³³ CA Paris 17 décembre 1997, *RJDA* 1998, n°539; CA Paris 5 octobre 2000, *RJDA* 2001, n°390.

des usages professionnels, ouvrant ainsi la voie à une véritable justification de l'opposabilité de plein droit de ces clauses et de leur rattachement au contrat¹³³⁴.

Hors du droit communautaire et international, il existe cependant d'autres hypothèses témoignant de l'autonomie des clauses par leur opposabilité à des tiers au contrat. L'examen de leurs effets s'avère alors nécessaire afin de mesurer leur degré d'autonomie vis-à-vis du contrat qui les a fait naître.

2) Le dépassement du cadre contractuel

599. Les effets traditionnels de la clause de non-concurrence. Classiquement, la clause de non-concurrence produit ses effets entre les parties signataires du contrat dans lequel elle est contenue. Bien qu'elle ait plus fréquemment vocation à s'appliquer après l'exécution du contrat, l'interdiction de concurrence qu'elle représente a vocation à s'appliquer entre les contractants. Ainsi, l'engagement de l'un profite à l'autre.

Certes, en droit du travail la Cour ne cesse de répéter que la clause est stipulée aussi bien en faveur de l'employeur que du salarié, en raison de sa contrepartie financière. Néanmoins, elle profite tout de même au contractant qui a pris l'initiative de son insertion dans le contrat. La clause ne subit aucune influence extérieure et ne produit ses effets qu'à l'égard de son créancier et de son débiteur, assurant ainsi le respect du principe de l'effet relatif des contrats. Il s'agit ici d'un lien de droit personnel strictement bilatéral qui unit le créancier et le débiteur. Naturellement, elle profite indirectement à toute personne désireuse d'exercer une activité similaire dans la zone géographique visée, toutefois cet avantage n'est pas attribué nominativement et reste de l'ordre des conséquences secondaires produites par l'interdiction de concurrence.

600. Les effets extracontractuels de la clause de non-concurrence. De manière plus surprenante, la mise en œuvre des clauses de non-concurrence entraîne, dans certaines circonstances, l'intervention de tiers au contrat. Ainsi, il nous faut revenir sur une de ses applications vue précédemment. Dans les règlements de copropriété, ou les baux commerciaux issus d'un même immeuble, les effets de l'engagement de non-concurrence présentent une certaine originalité. En effet, l'interdiction de non-concurrence ne profite pas

¹³³⁴ CA Rouen 10 septembre 2009, *DMF* 2010 p.35 note S. Sana Chaillé de Neré.

ici à son initiateur, à savoir le propriétaire - si ce n'est dans la pérennisation de la zone d'activité qu'il contrôle - mais aux débiteurs de l'obligation de non-concurrence, c'est-à-dire les commerçants de la copropriété ou les autres preneurs à bail. Que la clause soit stipulée à la charge du bailleur et lui impose de ne pas louer à un commerce concurrent, ou qu'elle soit à la charge du preneur, lui interdisant d'exploiter des commerces déjà exercés par les autres locataires de l'immeuble, elle permet au preneur de protéger sa position commerciale. Dans la seconde hypothèse, une telle interdiction doit être imposée par le bailleur à tous ses locataires. Dès lors, le preneur à bail est contractuellement débiteur de l'obligation de non-concurrence qui lui est imposée par son créancier, le bailleur. Il s'avère également être débiteur de cette obligation envers tous les autres preneurs, puisque le respect de cette interdiction par chaque preneur a pour effet d'anéantir toute concurrence au sein de l'immeuble.

Les effets produits par la clause de non-concurrence dépassent alors le champ d'application de chaque contrat de bail pour s'étendre à l'ensemble des preneurs de l'immeuble.

601. Arrêt de référence. Les effets particuliers créés par une clause de non-concurrence sont parfaitement illustrés par l'arrêt¹³³⁵ commenté du 3 mai 2007. Le rappel des faits est ici nécessaire afin de mieux rendre compte de l'opposabilité de la clause dans une telle occurrence. Classiquement, le propriétaire d'un ensemble immobilier avait, en concertation avec les preneurs initiaux, inséré dans tous les baux commerciaux qu'il concluait une clause selon laquelle « *le preneur ne pourra en aucun cas exploiter les commerces actuellement exercés par les autres locataires de l'immeuble* ». L'immeuble vendu, le nouveau bailleur n'exigea plus cet engagement des nouveaux preneurs alors qu'une ancienne locataire avait vu, pendant cette même période, son contrat renouvelé aux conditions initiales. Invoquant le non-respect de ladite clause par les nouveaux preneurs, elle invoqua la suppression de la clause insérée dans son bail. La Cour lui accorda gain de cause et considéra que le bailleur s'étant « *exonéré de l'obligation qui pesait sur lui, d'insérer cette clause dans les baux concernés par la zone de non-concurrence, avait commis une faute dans l'exécution du bail, rendant de fait impossible le respect de ladite clause [...] ce qui justifiait qu'en fût prononcée la*

¹³³⁵ Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007 n°06-11591, D. 24 mai 2007, n°20 p.1335 note Y. Rouquette ; *RLDC* 1^{er} juin 2007, n°39 p.12 note S. Doireau ; D. 19 juin 2008, n°24 p.1645 note L. Rozès ; *Contrats-conc. consom.* juillet 2007, n°7 comm. 181 note M.Malaurie-Vignal ; *Rev. loyers et fermages* 1^{er} juillet 2007, n°879 p.336 note Ch. Quément ; D. 26 juillet 2007, n°29 p.2068 note J. Rochfeld ; *Gaz. Pal.* 29 juillet 2007, n°210 p.8 note F. Guerchoun ; *RLDA* 1^{er} septembre 2007, n°19 p.23 note G. François ; *LPA* 2 octobre 2007, n°97 p.10 note C. Humman ; *JCP G* 31 octobre 2007, 10179 comm. M. Rousille.

résolution ». Certes, le bailleur reste libre d'insérer dans certains contrats de bail, une clause de non-concurrence, une clause d'exclusivité ou toute autre clause qu'il juge nécessaire. Cette régulation de la concurrence est purement volontaire. Or, si elle ne s'impose pas au bailleur sur le fondement de l'article 1719 du Code civil, la volonté des preneurs trouve en revanche un intérêt collectif dans la généralisation de l'interdiction. En effet, chaque preneur s'engage parce que les autres s'engagent. À défaut de réciprocité, le preneur respectant seul une telle clause se trouverait dans une situation précaire de déséquilibre total vis-à-vis des autres locataires et serait amené à rompre son bail¹³³⁶, ce qui n'est pas non plus de bon augure pour le bailleur. Cela conduirait à créer un « *déséquilibre entre les obligations et les droits de chacune des parties*¹³³⁷ ».

Il s'agit donc bien d'un engagement en faveur d'un tiers, pouvant être qualifié de stipulation pour autrui, conformément à l'article 1121 du Code civil. Le bailleur, stipulant, obtient de chaque preneur, promettant, qu'il s'engage à l'égard des autres preneurs.

602. Transversalité de la clause. Malgré les effets transversaux¹³³⁸ des différentes clauses de non-concurrence, ayant pour effet de créer des liens juridiques entre contractants non parties au même contrat, il n'ait pas pour autant porter atteinte au principe fondamental de l'effet relatif des contrats. En effet, les preneurs restent contractuellement liés au bailleur qui demeure leur interlocuteur commun. L'obligation mise à sa charge d'insérer cette clause dans chaque contrat de bail s'impose au regard de la simple logique de l'opération. Ainsi, bien que l'association de ces clauses insérées dans des contrats différents nécessite l'engagement de parties non liées par un même contrat, il est indispensable de retenir la position du bailleur. Ce dernier peut donc être considéré comme porteur du lien de non-concurrence entre tous les preneurs, garantissant ainsi le respect du principe de l'effet relatif des contrats.

La classification fonctionnelle propose ainsi d'articuler les sanctions éventuelles autour de sa position¹³³⁹. En cas de non-respect de ses engagements tant par le bailleur que par les preneurs, la demande de résolution ou de résiliation de la clause ne peut être satisfaisante pour le preneur victime. Permettre aux preneurs de demander l'exécution forcée¹³⁴⁰ de la clause de

¹³³⁶ Le preneur n'hésiterait pas alors à mettre en œuvre sa faculté triennale de sortie.

¹³³⁷ Cass. 3^{ème} civ. 3 mai 2007 n°06-11591. *arrêt préc.*

¹³³⁸ J. Rochfeld, L'obligation transversale ? *D.* 27 juillet 2007, n°29 p.2068.

¹³³⁹ V° *infra* n°601 et s. p.481 et s.

¹³⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 2006 n°04-10051, *JCP G* 12 juillet 2006, II, 10119 note O. Deshayes ; *RTD civ.* 2006 p.553 obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 19 octobre 2006, n°42, 2504 comm. J. Raynard ; *RDC* octobre 2006,

non-concurrence non respectée par l'un d'entre eux ne semble alors pas insurmontable, s'il est tenu compte de la position du bailleur comme contractant commun à tous les preneurs.

603. Une autonomie contestable. Dès lors, bien que devant être respectée par l'ensemble des preneurs pour assurer l'effectivité de ses effets, il ne semble pas possible d'affirmer, ici encore, que la clause est opposable à des tiers au contrat. Certes, l'insertion d'une telle clause dans chaque contrat de bail commercial produit des effets transversaux se répercutant sur chaque relation contractuelle, mais la clause n'est pas en elle-même opposable aux preneurs. Seuls ses effets permettent d'impliquer des tiers au contrat. A l'image de la clause compromissaire, la clause de non-concurrence, même destinée à la création d'une zone de non-concurrence, ne peut être considérée comme indépendante. Alors que les effets qu'elle génère sur des relations contractuelles tierces témoignent de leurs particularités, il est préférable de considérer que ces dernières tiennent plus du régime de la clause quant à sa fonction et ses effets, que de l'existence d'un régime propre aux clauses autonomes.

L'autonomie prônée par certains auteurs peut encore être perçue à travers les hypothèses de survie des clauses après la cessation du contrat. Ces hypothèses diffèrent sensiblement de la transmission de la clause, ou encore du rayonnement de la clause de non-concurrence dans un ensemble commercial, pour ne concerner que les clauses aux effets post-contractuels.

§2 : Le maintien des clauses malgré l'anéantissement du contrat

604. Effet le plus révélateur reconnu par les auteurs, l'exécution des clauses malgré l'anéantissement du contrat se présente comme la manifestation la plus typique de leur caractère autonome. Les causes d'extinction sont nombreuses : réalisation de l'objet contractuel, arrivée du terme, résiliation, caducité, inexistance, nullité ou résolution. Or, le sort des clauses ne soulevant de réelles difficultés qu'en présence d'une extinction rétroactive, seules ces hypothèses seront appréhendées. L'étude sera établie sur les mêmes clauses que précédemment. En effet, considérées comme les clauses les plus disséquées par la doctrine et les plus évocatrices de leur catégorie fonctionnelle, leur exemple sera ici repris pour renforcer

n°4 p.1154 obs. J-B. Seube ; *RDC* juin 2007, n°2 p.267 note D. Mazeaud ; *RDC* juin 2007, n°2 p.419 obs. M. Béhar-Touchais.

la démonstration. Les clauses compromissoires et attributives de juridiction, applicables postérieurement à l'extinction du contrat, seront examinées au titre des clauses relatives aux litiges pour conclure à une harmonisation de leurs effets (A), alors que les clauses de non-concurrence permettront de mettre en évidence la diversité des effets des clauses d'aménagement contractuel (B).

A) Une harmonisation des effets autonomes des clauses relatives aux litiges

605. Évolution jurisprudentielle. Reconnue en matière d'arbitrage international, puis national¹³⁴¹, l'autonomie de la clause compromissoire, par rapport au contrat principal, a constitué un modèle pour toutes les clauses de résolution des litiges. La solution selon laquelle l'inefficacité de la convention principale ne peut affecter la validité de la clause compromissoire fût, dès lors, réaffirmée par la Cour de cassation à de nombreuses reprises¹³⁴². Cette position jurisprudentielle se justifie par l'objet et plus particulièrement par la fonction exercée par la clause. En effet, elle n'a aucunement pour fonction d'organiser le rapport d'obligation¹³⁴³ que les parties conviennent de créer entre elles, mais bien de prévoir la manière de régler un éventuel litige pouvant en résulter. Elle a donc vocation à s'appliquer aux différends survenant tant en cours d'exécution du contrat, qu'aux conséquences de son extinction, justifiant son application détachée du contrat. Cette reconnaissance de l'autonomie a progressivement été étendue à la clause attributive de juridiction en raison de sa

¹³⁴¹ Cass. civ. 1^{ère} 7 mai 1963, *arrêt préc.* : « Dès 1963, la Cour de cassation déclarait dans son très célèbre arrêt Gosset qu' « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte », ajoutant que « l'autonomie de la clause compromissoire permettait de retenir la compétence des arbitres indépendamment de l'annulation ou de la résolution du contrat qui l'accueille » ; Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire, *Rev. arb.* 1974 p.67 ; CA Paris 8 octobre 1998, *Rev. arb.* 1999 p.351 note P. Ancel et N. Gout mais aucun arrêt de la Cour de cassation ne l'a admis. Plus ennuyeux, il existe des décisions, considérées comme trop anciennes, car rendues avant l'arrêt Gosset pour faire encore jurisprudence qui avaient lié le sort de la clause à celui du contrat, Cass. com. 17 juillet 1951, *JCP G* 1952, II, 7150 ; Ch. Jarronson, *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis*, *op. cit.* p.223.

¹³⁴² Cass. civ. 2^{ème} 20 mars 2003 n° 01-02253, *Bull. civ.* II, 2003 n°68 p.60 « La clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte » ; Cass. civ. 2^{ème} 4 avril 2002 n°00-18009, *D.* 24 avril 2003, n°17 p.1117 ; *JCP E* 8 mai 2003, n°4. 1072 note Ch. Séraglino ; Cass. com. 9 avril 2002 n° 98-16829, *Bull. civ.* IV 2002, n°69 p.72 ; *Rev. arb.* janvier 2003, n°1 p.103 note P. Didier ; *D.* 24 avril 2003, n°17 p.1117 note L. Legros ; et V° également Cass. civ. 1^{ère} 11 juillet 2006 n°04-14950, *JCP G* 15 novembre 2006, II, n°46, 10182 p.2117 obs. P. Calle.

¹³⁴³ P. Ancel, *art. préc.* note 73 p.785.

proximité¹³⁴⁴ de nature et de fonction avec la clause d'arbitrage. Si certaines Cours d'appel¹³⁴⁵ avaient, dès le XIX^{ème} siècle, reconnu ce caractère aux clauses de compétence, plus récemment, la Cour de cassation a affirmé l'autonomie de la clause d'élection de for considérant que « *la résolution du contrat, pour inexécution des obligations de l'acquéreur n'était pas de nature à faire obstacle à la clause attributive de compétence*¹³⁴⁶ ». La justification de cette position à l'égard de la survie de la clause a ensuite été clairement posée par la CJCE, qui, au regard de la Convention de Bruxelles¹³⁴⁷ du 27 septembre 1968, considéra que « *la sécurité juridique voulue par cette disposition (art. 17) pourrait être aisément comprise s'il était reconnu à une partie contractante la faculté de déjouer cette règle de la convention par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable*¹³⁴⁸ ». Dans un arrêt important, en date du 8 juillet 2010, la première chambre civile étend le champ d'autonomie de la clause et retient pour la première fois « *qu'une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte*¹³⁴⁹ ». Cet arrêt largement commenté et parfois critiqué au regard de l'élément d'extranéité qu'il présentait, reste néanmoins révélateur dans la mesure où à aucun moment la Cour n'a insisté sur le caractère international du contrat. La question se poserait ainsi de manière strictement identique en matière interne. La clause ne change pas de fonction selon sa nature interne ou internationale, ni même en considération des causes d'extinction du contrat.

606. Indifférence des causes d'extinction. Par ailleurs, la formulation de la décision permet de l'appliquer à toutes les formes d'inefficacité que sont la nullité, la résolution, la caducité ou encore la résiliation.

¹³⁴⁴ *Loc. cit.*

¹³⁴⁵ CA Montpellier, 4 janvier 1841, *S.* 1841, 2, p.178 ; CA Rouen 30 avril 1870, *S.* 1871, 2, p.75 note J-E. Labbé cités par H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 1993 p.54.

¹³⁴⁶ Cass. civ. 2^{ème} 11 janvier 1978 n°76-11237, *RTD civ* 1978 p.921 note J. Normand.

¹³⁴⁷ Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Bruxelles le 27 septembre 1968 *JO C* 189, 28 juillet 1990.

¹³⁴⁸ CJCE 3 juillet 1997 n°C-269/95, *JDI* 1998 p.581 obs. J-M. B.

¹³⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 2010 n°07-17788, *RDC* octobre 2010 n°9 p.4 note G. Pillet ; *RTD civ.* octobre 2010, n°4 p.780 note B. Fages ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.223 note J-B. Racine ; *JCP G* 7 février 2011, n°6 note M. Menjucq.

L'hypothèse d'inexistence¹³⁵⁰ du contrat soulevée par M. P. Mayer a finalement été résolue par la Cour de cassation en 2005. En effet, elle relève qu' « *en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent*¹³⁵¹ ». Quelle que soit la cause de nullité du contrat, la jurisprudence n'opère ici aucune distinction. Certains auteurs comme M. P. Mayer avançaient l'hypothèse de « *l'erreur-obstacle* » pour démontrer que la nullité du contrat devrait entraîner la nullité de la clause compromissoire. Le vice de violence pourrait ainsi conduire à l'annulation conjointe de la clause et du contrat, dès lors que dans cette hypothèse, tant le contrat que la clause n'étaient voulus par la victime de l'erreur. Considéré non comme un vice du consentement mais davantage comme une absence totale de consentement, ce cas d'inexistence du contrat est alors perçu comme un défaut d'accord des parties sur la clause compromissoire et sur le contrat. Dès lors, l'annulation de l'ensemble est prônée. Toutefois, il est nécessaire de relever que dans les faits, l'annulation en bloc de la convention d'arbitrage et du contrat principal en cas d'inexistence *ab initio* de ce dernier n'est jamais retenue, ni par la jurisprudence française ni même par les textes internationaux.

Plus largement, toutes les clauses relatives aux règlements des litiges¹³⁵² devraient connaître le même sort. Si la jurisprudence confère depuis plus de dix ans un plein effet juridique à la clause de médiation, et reconnaît ainsi son autonomie vis-à-vis du contrat la renfermant¹³⁵³, ce principe peut et doit s'étendre à la clause de conciliation. Enfin, il ressort de cette analyse que l'autonomie reconnue par les auteurs à ces clauses, et la généralisation qui peut en être faite grâce à la classification fonctionnelle, ne permet pas pour autant de dégager, à travers ces illustrations, des règles propres à l'autonomie des clauses contractuelles. Cette affirmation doit dès lors être vérifiée en présence de clauses, toujours d'application post-

¹³⁵⁰ P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. arb.* 1998, n°2 p.359 et s.

¹³⁵¹ Cass. civ. 1^{ère} 25 novembre 2005 n°02-13252, *D.* 15 décembre 2005 p.3050 obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* janvier 2006, n°1 p.103 note J-B. Racine ; la Cour de cassation abandonne donc son ancienne jurisprudence selon laquelle « l'autonomie de la clause compromissoire trouvait sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale » Cass. civ. 1^{ère} 10 juillet 1990 n°88-13877, *Rev. arb.* 1990 p.851 obs. J-H. Moitry et C. Vergne.

¹³⁵² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, 11^{ème} éd. n°633 : « Les clauses relatives à la cessation du contrat sont toutefois maintenues pour l'avenir ». Dans le même sens mais plus nuancés J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billau, *Les effets du contrat*, LGDJ 2001, 3^{ème} éd. n°465 : ces auteurs se fondent sur la validité originelle de l'acte. S'ils se prononcent favorablement à l'éradication des clauses touchées par une nullité, en revanche les clauses d'avenir doivent être maintenues si elles s'insèrent dans un contrat valable. La résolution étant l'hypothèse même de l'application de telles clauses.

¹³⁵³ Cass. civ. 2^{ème} 6 juillet 2000 n°98-17827, *Rev. arb.* octobre 2001, n°4 p.749 note Ch. Jarroson ; *Dr. & Pat.* juillet 2004, n°128 p.75 note M-H. Monsérié-Bon ; *Gaz. Pal.* 14 mars 2010 n°64-65 p.9 obs. B. Moreau.

contractuelle, mais dont la fonction est cette fois directement liée à l'exécution des obligations contractuelles principales.

B) La disparité des effets autonomes des clauses d'aménagement contractuel

607. Cas de résolution du contrat. Comme précisé à de nombreuses reprises par M. J-P. Chazal, la clause de non-concurrence constitue le point névralgique des conséquences de l'inexécution du contrat. Une partie de la doctrine considère que l'autonomie de la clause de non-concurrence justifie son exécution en cas de résolution du contrat principal. À l'inverse, il nous semble plus juste d'affirmer que la continuation du contrat au-delà de l'exécution de l'obligation à laquelle elle est affectée, confère à la clause de non-concurrence sa pleine existence et justifie sa survie en cas de résolution du contrat. Prononcée suite à l'inexécution d'une obligation contractuelle, la résolution ne peut entraîner la disparition de la clause de non-concurrence dans la mesure où l'obligation principale à laquelle elle est accessoire a existé. Certes, ce problème a perdu de son intérêt depuis une décision de la chambre sociale¹³⁵⁴ interdisant à l'employeur de demander la résolution du contrat de travail sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Cependant la question continue de se poser à propos des contrats de franchise, de concession commerciale, et plus généralement tous les autres contrats contenant une telle clause. Ainsi, à l'image de la clause compromissoire, la clause exclusive ou limitative de responsabilité destinée à produire ses effets après la réalisation du risque¹³⁵⁵, ou encore la clause de non-concurrence, est validée dès la conclusion du contrat quand bien même elle produira ses effets après l'extinction de ce dernier. Dès lors, l'application de la clause de non-concurrence prévue pour l'après-contrat doit être maintenue malgré le caractère rétroactif d'une telle extinction car elle remplit pleinement sa fonction de protection de la relation contractuelle passée. Alors même que le contrat est censé ne jamais avoir existé, les conséquences de son exécution ne peuvent être, par magie, effacées des consciences. En accord avec M. B. Savelli une distinction doit être opérée entre les clauses de non-concurrence prenant effet pendant l'exécution du contrat et celles produisant leurs effets après la cessation de ce dernier. Si les premières ne peuvent être exécutées en cas de

¹³⁵⁴ Cass. soc 4 juillet 2001 n°99-44401, *JCP S* 2002, II, 10562 note J. Mouly.

¹³⁵⁵ « A la condition particulière qu'elle ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle » : Cass. com. 29 juin 2010 n°09-11841 Faurecia *arrêt préc.*

résolution du contrat¹³⁵⁶, les secondes doivent recevoir application malgré le prononcé de la résolution du contrat dans lequel elles sont insérées¹³⁵⁷.

608. Cas de nullité du contrat. La question se pose également en des termes identiques pour la nullité et son effet rétroactif. Prononcée pour une cause d'invalidité du contrat, la nullité ne doit avoir aucun effet sur la survie de la clause pendant la période de l'après-contrat¹³⁵⁸ dans la mesure où elle puise sa justification dans l'existence des obligations renfermées par ce dernier. Contrairement à la majorité des auteurs, nous ne considérons pas, ici encore, que la clause s'applique malgré la nullité du contrat parce qu'elle est autonome, mais parce que sa fonction lui permet de survivre à l'anéantissement du contrat. C'est donc parce que sa fonction lui attribue plein effet à la cessation du contrat qu'il est possible de lui attribuer un caractère autonome. L'annulation du contrat ne peut effacer la transmission d'un savoir-faire, la connaissance d'informations confidentielles ou les relations privilégiées entretenues par le cocontractant avec la clientèle. Il sera donc nécessaire d'évaluer si la durée de l'obligation à laquelle la clause est associée permet de fonder la légitimité de cette dernière. Les clauses visées sont alors les clauses qui, à l'instar de celle de non-concurrence, peuvent être classées parmi les clauses d'aménagement relationnel encore désignées dans notre classification fonctionnelle sous la dénomination de clauses ou de normes de comportement. Ainsi, la clause de confidentialité, ou de secret, doit également survivre à l'extinction du contrat si les parties ont convenu de son application post-contractuelle. La fin précipitée du contrat ne pouvant provoquer l'amnésie des cocontractants, la clause doit continuer à s'imposer quel que soit le mode d'extinction du contrat.

¹³⁵⁶ B. Savelli, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle*, Thèse Aix-Marseille III, 1994 p.123 : « Par nature celle-ci n'a vocation à s'appliquer qu'au cours de la période d'exécution du contrat, et à la rupture, rétroactive ou non, en libère le débiteur pour l'avenir ».

¹³⁵⁷ *Loc. cit.* « dès lors que les parties prévoient une obligation de non-concurrence pour « l'après-contrat », il y aura lieu, parce que telle était leur intention, d'en faire application quelle que soit la cause de leur rupture ». Dans ce sens, Cass. civ. 1^{ère} 29 novembre 1989 n°87-11473, *Bull. civ.* I n°365, *RTD civ.* 1990 p.474 obs. Y Serra « [...] pour les clauses de non-concurrence prévues par les parties contractantes pour le temps suivant l'expiration de la relation contractuelle [...], il serait souhaitable que ces clauses reçoivent application nonobstant le prononcé de la résolution de la convention dans laquelle elles sont insérées ».

¹³⁵⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'après-contrat*, in *Durées et contrats*, *RDC* janvier 2004, n°1 p.159 : « L'après contrat revient à étudier ce qui survit juridiquement du contrat qui s'est achevé... mais ce qui lui survit indépendamment du bon ou du mauvais achèvement de l'opération économique qu'on entend réaliser les parties à titre principal ».

609. La singularité de la clause pénale. En revanche, bien que directement rattachée à une obligation du contrat, tant quant à son objet que par sa fonction, la clause pénale ne présente pas une autonomie aussi radicale que la clause de non-concurrence¹³⁵⁹. En effet, la jurisprudence se prononce différemment selon que le contrat soit résolu ou annulé.

La distinction effectuée par Demogue, relativement à l'objet de la clause pénale et reprise par la plupart des auteurs contemporains, conduit alors à traiter de façon différente la clause pénale destinée à sanctionner un retard dans l'exécution et celle prévue pour réparer une inexécution fautive. Dès lors, si la résolution du contrat rendrait la première sans objet, la seconde resterait pleinement applicable. Dans notre analyse fonctionnelle des clauses il est préférable de justifier le maintien de la clause pénale en considération de sa fonction et non de son objet, et ce, malgré la disparition rétroactive de son support juridique. En effet, considérée sous l'angle de sa fonction, la clause pénale est destinée à la réparation du préjudice subi et est ainsi légitimement applicable malgré la résolution du contrat¹³⁶⁰. C'est d'ailleurs cette position que retient la jurisprudence dans sa reconnaissance de l'autonomie de la clause pénale¹³⁶¹. En revanche, elle pose le principe selon lequel la nullité ne laisse pas subsister les clauses destinées à sanctionner l'inexécution du contrat. L'annulation du contrat¹³⁶² entraîne dès lors l'anéantissement de la clause pénale. Sa raison d'être résidant dans l'inexécution du contrat, elle ne peut donc trouver à s'appliquer si cette inexécution est justifiée. Il serait ainsi dépourvu de toute cohérence de sanctionner un défaut d'exécution dès lors que l'obligation à exécuter n'existe pas. Cette solution parfaitement conforme aux dispositions de l'article 1226 du Code civil qui précisent que « *la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale* » se justifie encore par l'importance devant être accordée à sa fonction.

610. Une justification fonctionnelle. Le caractère accessoire des clauses post-contractuelles, parmi lesquelles peut être dénombrée la clause pénale, est l'un des arguments

¹³⁵⁹ Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16660, *RLDC* mai 2011, n°82 p.13 note A. Paulin ; *JCP E* 26 mai 2011, n°21-22 p.29 note R. Mortier ; *RDC* juillet 2011, n°2011-3 p.826 note E. Savaux ; « la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties » ; Cass. civ. 3^{ème} 20 juin 2012 n°11-16197, *D.* 14 février 2013, n°6 p.391 note S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

¹³⁶⁰ D. Houtcieff, *Principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc.* n°1390 et s. p.998 et s. spéc. n°1393 p.1002. V° en cas de caducité Cass. civ. 2^{ème} 6 juin 2013 n°12-20352, *AJDI* janvier 2014, n°1 p.62 note N. Le Rudulier.

¹³⁶¹ Une partie aussi large qu'éminente de la doctrine opte également pour la survie de la clause pénale en cas de résolution du contrat.

¹³⁶² V° *supra* n°176 p.151, comme il a pu être démontré précédemment en matière de novation, la disparition de l'obligation entraîne par ricochet disparition de la clause pénale.

avancés par les auteurs pour justifier de leur anéantissement au même titre que le contrat dans lequel elles s'insèrent. Au service du principal, l'accessoire se trouve dépourvu d'utilité lorsque le principal disparaît. Toutefois, à l'image des clauses de règlements des litiges, il n'est aucunement tenu compte dans cette analyse de la fonction exercée par les clauses. Or, c'est justement en tant qu'accessoires que ces clauses constituent le prolongement du contrat et doivent à ce titre être maintenues. Dépendantes du contrat, et particulièrement d'une obligation contractuelle, ces clauses ne peuvent être appréhendées de façon identique face à l'annulation et la résolution du contrat. Si les clauses de compétence et d'aménagement relationnel restent applicables quel que soit le mode d'extinction du contrat, la clause pénale à laquelle pourraient être ajoutées les clauses d'aménagement du rapport obligationnel ne peut quant à elle survivre à la nullité du contrat et ainsi à l'absence d'exécution du contrat. Leur caractère post-contractuel commun ne permet pas non plus de leur reconnaître les mêmes effets face à l'extinction du contrat.

Il est ainsi difficilement envisageable de leur appliquer des règles particulières propres à régir de manière commune toutes les clauses considérées comme autonomes. Seule leur fonction permet en définitive d'anticiper et d'organiser les effets de leur autonomie. Seule l'étude de leur régime juridique apprécié par catégorie fonctionnelle rend possible l'encadrement de leur autonomie, et non la création d'un régime propre à l'autonomie des clauses contractuelles.

Section II : Les conditions d'efficacité des clauses autonomes

611. L'étude de la diversité des effets résultant de l'autonomie des clauses a permis de préciser les limites de leur rayonnement, et principalement d'identifier les principes juridiques au service de leurs manifestations. Essentiellement issus du droit commun des contrats, ces principes ont alors permis de justifier de l'existence d'un lien de droit incontestable entre la clause autonome et le contrat. Bien que reconnues par la jurisprudence et une partie importante de la doctrine comme un accessoire du contrat ou de la créance cédée, ces clauses sont paradoxalement considérées comme autonomes ou indépendantes en cas de disparition du contrat. La singularité de ces clauses a alors donné naissance à de nombreuses controverses au sein de la doctrine, selon l'acception défendue par les différents auteurs. Avant toute recherche d'explication et proposition d'analyse, il conviendra de détailler leurs

pensées. En effet, si certains s'opposent à la reconnaissance d'une quelconque autonomie des clauses, d'autres adoptent une position plus nuancée conciliant leur application détachable du contrat et leur dépendance originelle à l'encontre de ce dernier. Enfin, certains auteurs préconisent une vision plus excessive de l'autonomie allant jusqu'à l'assimiler à une indépendance absolue des clauses visées par rapport au contrat. L'opposition entre les termes d'accessoire et d'autonomie peut, à notre sens, être combattue pour *a contrario* démontrer la complémentarité de ces deux caractères propres aux clauses autonomes. En effet, l'examen approfondi des différentes acceptions de l'autonomie (§1), et plus précisément la réfutation de leur indépendance, permettra de contribuer à l'établissement d'un régime des clauses contractuelles à travers leurs conditions de validité et de mettre ainsi en lumière le réel fondement de l'autonomie des clauses (§2).

§1 : L'appréciation d'un concept incertain

612. Erigée en concept novateur, l'autonomie des clauses suscite depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle des interrogations et stimule l'imagination fertile des commentateurs. Epris de cette notion, certains n'ont pas hésité à étendre leur raisonnement jusqu'à l'extrême limite de la définition usuelle de l'autonomie pour reconnaître à ces clauses une véritable indépendance juridique vis-à-vis du contrat qui leur a donné naissance. Il existerait ainsi une convention de fond et une seconde convention entrant en vigueur à l'occasion de l'exécution de la première. La contestation de cette position, tendant à ériger les clauses autonomes en véritable contrat, commande donc de procéder à un approfondissement du terme d'autonomie afin d'en percevoir les nuances et les subtilités. Plus complexe qu'en apparence, la souplesse de la définition de l'autonomie explique en partie la disparité des positions doctrinales à son égard (A). Toutefois, l'analyse de la conception défendue par ces auteurs constitue une base de travail permettant d'identifier les règles dont relèvent ces clauses et de démontrer ainsi qu'elles n'ont pas vocation à devenir des contrats à part entière (B).

A) Les perceptions doctrinales de l'autonomie

613. Une notion emphatique. La plurivocité de la notion d'autonomie a inévitablement entraîné, de la part des auteurs, une reconnaissance différenciée des effets des clauses considérées comme autonomes. L'idée fondatrice et à la base de la consécration du concept d'autonomie des clauses étudiées, consistant à reconnaître que la nullité du contrat ne doit pas

rejaillir sur la clause, ne peut être critiquée. En effet, admettre la survie de certaines clauses à l'extinction du contrat est nécessaire à la reconnaissance de leurs objets et de leurs effets. Cependant, l'amplitude prise par cette notion et l'engouement, peut-être excessif, des auteurs à son égard ont progressivement conduit à lui reconnaître des vertus illusoire. Certains auteurs ont alors d'emblée affiché une aversion notionnelle à l'égard des dérives pouvant naître de l'imagination de certains face à la diversité des interprétations qu'une telle notion pouvait susciter. M. S. Bollé retrace ainsi l'évolution de ce concept à travers l'exemple de la clause compromissaire et précise qu'à l'origine, « *on voulait éviter à l'arbitre de scier la branche sur laquelle il est assis, lorsqu'il est amené à prononcer l'annulation du contrat contenant la clause. Seulement, une fois le principe affirmé, la machine s'est progressivement emballée. L'autonomie de la clause a été présentée comme une donnée irréductible, commandant sans cesse de nouvelles dérogations au droit commun, et dispensant surtout de s'interroger sur l'opportunité de ces dérogations*¹³⁶³ ». Il considère ainsi l'autonomie comme une fiction et se fonde sur le droit commun pour reconnaître que ce résultat aurait pu être atteint sans déformer la réalité. Une clause peut survivre à la disparition du contrat, si telle est simplement la volonté des parties. Il pourrait alors être ajouté à cela, la fonction exercée par la clause au sein du contrat.

614. Une position modérée. Cette position hostile à l'autonomie des clauses contractuelles peut être nuancée par la reconnaissance d'une singularité propre à certaines clauses qui, bien que dépendantes du contrat lors de sa formation, trouvent à s'appliquer et à produire leurs effets après l'exécution de celui-ci. L'autonomie des clauses est ici défendue mais à travers une vision mesurée de la définition de l'autonomie. Les auteurs favorables à cette position reconnaissent néanmoins l'existence d'un lien indispensable entre la clause et son support.

Ainsi, M. M. Mekki défend l'idée selon laquelle ces clauses traduisent l'émergence d'un nouvel essor du concept de clauses contractuelles¹³⁶⁴. Il démontre que cette nouvelle perception des clauses suppose de mettre l'accent sur la prolifération de certaines clauses contractuelles qui ne se réduisent pas à être uniquement un élément du contrat. Il précise ainsi, dans une formule ciselée et significative que « *non seulement le tout est plus que la*

¹³⁶³ S. Bollé, *art. préc. spéc.* p.926.

¹³⁶⁴ V° également, M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD civ.* 1964 p.5 et s.

*somme des parties, mais aussi chaque partie est plus qu'un élément du tout*¹³⁶⁵ ». Si la somme des clauses est constitutive d'une unité contractuelle, le contrat, inversement, la clause peut aujourd'hui être plus que la distinction syntaxique du contrat¹³⁶⁶.

Afin de justifier du caractère ambivalent des clauses considérées comme autonomes, son analyse est alors renforcée par une référence aux travaux du célèbre Professeur Santi Romano. Grand homme de loi, son appréhension du phénomène juridique, contrastant avec le normativisme qui s'imposait à son époque, l'a progressivement amené à développer la notion de « *relevance* » juridique parfaitement transposable ici aux effets des clauses étudiées. La *relevance* suppose ainsi « *que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions émises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre qu'à un titre défini par ce dernier*¹³⁶⁷ ». Adaptée à notre étude, la *relevance* signifie qu'il existe un lien de cohérence inextricable entre la clause autonome et le contrat dans sa globalité qui demeure le référent. « *La clause continue d'être, plus ou moins intensément liée au soleil du contrat dont elle demeure un satellite*¹³⁶⁸ ». Le lien entre la clause et le contrat se manifeste non seulement lors de son interprétation, mais surtout conditionne son efficacité. C'est cette dernière manifestation de la *relevance* qui importe ici. C'est donc la fonction « *heuristique* » du contrat, d'une certaine manière, qui est ici sollicitée¹³⁶⁹. La clause est certes de plus en plus autonome mais elle demeure par essence « *relevante* » à l'égard du contrat.

Cette position dont nous partageons la mesure est propre à rendre compte du paradoxe qui anime les clauses considérées comme autonomes.

615. Une autonomie absolue. M. M. Gomy adopte, quant à lui, une position plus ambiguë. Tout en affirmant qu'il faut donner à l'autonomie le sens d'une indépendance relative et que les clauses concernées tirent leur justification du contrat, il soutient par ailleurs que la clause de non-concurrence, qu'il considère également comme une clause autonome, constitue un

¹³⁶⁵ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} Partie), *RDC* octobre 2006, n°4 p.1051.

¹³⁶⁶ M-A. Frison-Roche, Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique, *RTD civ.* 1998, p.43 et s., spéc. n°16, p.49.

¹³⁶⁷ S. Romano, *L'ordre juridique*, traduction de la 2^{ème} éd. de « *l'Ordinamento giuridico* », par L. François et P. Gothot Dalloz coll. Philosophie du droit 1975, rééd. de mars 2002 p.106.

¹³⁶⁸ M. Mekki, *art. préc.* spéc. p.1056.

¹³⁶⁹ A. Jeammaud, *Les polyvalences du contrat de travail*, in *Les transformations du droit du travail*, Mélanges G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p.299 et s., spéc. p.301.

véritable contrat de non-concurrence relevant des contrats spéciaux¹³⁷⁰. Autonome, « *le contrat de non-concurrence* » est selon lui, un contrat accessoire qu'il faudrait considérer comme autonome au moment de sa mise en œuvre, lors de l'extinction du contrat de travail. À notre sens, la clause de non-concurrence est bien un accessoire au contrat de travail et présente la singularité de survivre à l'anéantissement du contrat mais en aucun cas il n'est possible de la qualifier de contrat de non-concurrence. Reconnaître l'existence d'un véritable contrat, distinct du contrat de travail, conduit inévitablement à une confusion entre les termes d'autonomie et d'indépendance. Sa vision de la clause de non-concurrence inscrit cet auteur dans un autre courant de pensée reconnaissant à ces clauses une pleine et entière indépendance vis-à-vis de leur support.

Pousser l'analyse aux frontières de la définition de l'autonomie, reviendrait à considérer ces clauses comme de véritables contrats qui ne présentent aucun lien avec le contrat dans lequel ils sont insérés. Relativement à la clause pénale, MM. D. Mazeaud et G. Paisant soutiennent que celle-ci doit être considérée comme une véritable convention, comme « *un contrat de clause pénale* », « *un contrat dans le contrat*¹³⁷¹ ». Dans sa thèse relative aux conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Mme N. Coipel-Cordonnier qualifie les clauses d'arbitrage et de juridiction de contrats à part entière. L'indépendance qui leur est reconnue par rapport au contrat dans lequel elles sont insérées doit être considérée comme des manifestations de leur dimension contractuelle¹³⁷².

Non exhaustive, notre liste des auteurs favorables à la reconnaissance d'un contrat dans le contrat pourrait être étendue. Cette vision moderne des clauses autonomes est largement partagée. Nous nous limiterons volontairement à ces auteurs pour désormais exposer les critiques pouvant être formulées à l'égard de cette position. En effet, si le concept d'autonomie doit favoriser l'efficacité des clauses malgré les vicissitudes du contrat principal, le caractère autonome des clauses ne peut, à notre sens, consacrer une autonomie radicale, voire une indépendance absolue, instaurant une séparation stricte entre la clause et le contrat.

¹³⁷⁰ M. Gomy, *L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail* in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz 2006 p.199 spéc. p.215 En ce sens V° G. Arbant-Michel, *th. préc.* spéc. n°541 et s. p.222 et s.

¹³⁷¹ G. Paisant, *Clause pénale*, *Rep civ. Dalloz* 2003, n°9 p.2.

¹³⁷² N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Thèse Paris, LGDJ 1999, n°296 p.299 et s. ; E. Loquin, *L'extension à l'arbitrage interne des règles applicables à l'arbitrage international*, *RTD com.* 1999 p.844 : il voit également dans ces clauses des conventions distinctes de la convention principale.

B) Un contrat dans le contrat

616. Poussée à son paradoxisme par certains auteurs, la notion d'autonomie des clauses contractuelles permettrait de métamorphoser ces dernières pour leur attribuer la qualification de contrat ou de convention¹³⁷³. Considérées comme de véritables contrats, il était dès lors indispensable de vérifier l'existence des conditions de validité que requiert pour toute convention l'article 1108 du Code civil : « *le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation*¹³⁷⁴ ». Outre le consentement et la capacité de son auteur que nous considérerons comme acquis, admettre la qualification de contrat des clauses autonomes nécessite que chacune soit dotée d'une cause propre (1) et d'un objet distinct de celui du contrat (2).

1) La cause des clauses autonomes

617. Contrat et convention. Défendeurs d'une indépendance des clauses vis-à-vis du contrat principal, les auteurs emploient indifféremment les termes de contrat ou de convention pour qualifier les clauses dont l'exécution est postérieure à celle du contrat principal. En effet, le genre est la convention et l'espèce est le contrat. Si la convention est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, le contrat est une convention particulière dont le but est de faire naître des obligations. Bien que leurs définitions diffèrent¹³⁷⁵, nous ne ferons référence, pour les besoins de notre étude, qu'à la typologie reprise par le Code civil et dressée par Pothier selon lequel la convention qui crée des obligations est le contrat¹³⁷⁶. Examinées sous l'angle de la cause prise en tant que conditions de validité du contrat, il n'est donc nul besoin ici d'opérer une distinction entre ces notions.

¹³⁷³ La convention est une catégorie particulière d'actes juridiques. Selon Aubry et Rau il s'agit « d'un accord de deux ou plusieurs volontés sur un objet d'intérêts juridique », c'est-à-dire un accord ayant pour but de modifier une situation juridique : de créer, d'éteindre ou de modifier un contrat. Le contrat est quant à lui défini comme une convention génératrice de droit. G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965 ; J. Ghestin, La notion de contrat, *D.* 1990 chron. 147 ; E. Savaux, *La théorie du contrat, mythe ou réalité*, Thèse Paris, LGDJ 1997 p.16 et s..

¹³⁷⁴ Art. 1108 C. civ.

¹³⁷⁵ La définition du contrat est donnée à l'article 1101 du Code civil et empruntée à Pothier : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Alors que tout contrat est une convention, bien que toute convention ne soit pas un contrat, ces termes sont ici employés comme synonymes.

¹³⁷⁶ R-J. Pothier, *Traité des obligations*, t.1 éd. 1813 par M. Bernardi n°85 et s. p.65 et s. Ch. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris 1868, t.1 n°384 p.364 et s.

618. Des clauses devenues contrats. Qualifier la clause compromissoire de convention d'arbitrage ou de contrat d'arbitrage peut être contesté à plusieurs titres. En effet, les règles dégagées par la jurisprudence et appliquées à la clause compromissoire ne sont pas en adéquation avec les règles qui constituent le droit commun des conventions, et qui sont pour l'essentiel celles du droit civil des contrats. M. Ch. Jamin rappelait sur ce point¹³⁷⁷ que le modèle conceptuel du droit des contrats, dans le Code civil, est le contrat de vente. Or, la clause compromissoire ne réalise aucun échange, elle ne crée aucune obligation. Son contenu obligationnel se résume à une obligation de collaborer de bonne foi pendant la phase d'arbitrage. L'attribution de compétence qu'elle génère à destination d'un arbitre, ou l'éviction de la compétence du juge étatique ne peuvent être assimilées à l'exécution d'une obligation¹³⁷⁸ à la charge de l'une ou l'autre des parties. De plus, comme il a pu être démontré dans le chapitre précédent, cette clause ne renferme pas de cause propre. En effet, qualifier cette clause de « *contrat dans le contrat* », ou plus simplement de « *convention d'arbitrage* », nécessite non seulement d'admettre son autonomie vis-à-vis des autres clauses du contrat mais surtout de lui reconnaître une cause propre. Tous les auteurs¹³⁷⁹ s'inscrivant dans ce courant de pensée reconnaissent l'existence d'une cause propre aux clauses contractuelles, et plus généralement à toutes les clauses quelle que soit leur nature. La justification de l'autonomie des clauses peut alors être résumée par les écrits de M. E. Loquin qui précise que « *s'il est exact qu'au regard de l'instrumentum, la clause compromissoire est inséparable le plus souvent de la convention principale, lorsqu'elle est stipulée dans l'acte formel qui extériorise la volonté des parties quant à la convention principale, son objet mais aussi sa cause sont différents de ceux du contrat principal*¹³⁸⁰ ».

619. Rejet d'une généralisation de l'autonomie. Cette appréhension de la clause compromissoire, pour ne reprendre que cet exemple, est en totale contradiction avec nos développements précédents relatifs à la cause des clauses contractuelles¹³⁸¹. Considérant que la cause de la clause compromissoire doit être recherchée dans les engagements du

¹³⁷⁷ Ch. Jamin, Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés, *D.* 29 septembre 2005, n°34 p.2342 spéc. p.2343.

¹³⁷⁸ P. Ancel, *art ; préc.* p.785.

¹³⁷⁹ G. Arbant-Michel, *th. préc.* n°528 et s. et p.219 et s ; N. Coipel-Cordonnier, *th. préc.* p.300 et s. ; S. Le Gac-Pech, *th. préc.* n°526 et s. p.203 et s. ; G. Paisant, *op. cit.* p.2 et s. ; M. Gomy, *op. cit.* p.199.

¹³⁸⁰ E. Loquin, *art. préc.*

¹³⁸¹ V° *supra* n°253 et s. p.209 et s.

cocontractant et dans les autres clauses de l'ensemble cohérent que constitue le contrat, nous ne pouvons souscrire à cette vision des clauses et admettre qu'elles peuvent revêtir la qualification de contrat lors de leur exécution. Si la clause compromissoire doit être qualifiée de convention d'arbitrage, voire de contrat de procédure, dans la mesure où elle revêt une nature, un objet et une cause spécifique, pousser ce raisonnement à l'extrême conduirait alors à reconnaître un caractère autonome à toutes les clauses du contrat. En effet, admettre l'existence d'une cause propre à chacune d'elles, comme le soutienne la majorité des auteurs appartenant à ce mouvement, milite dans le sens d'une reconnaissance de leur autonomie commune. Toute tentative d'élaboration d'une théorie générale des clauses devrait alors tenir compte de l'autonomie des clauses, au même titre qu'il lui appartient de déterminer les moyens d'appréciation de leur nature contractuelle¹³⁸². Or, il a précédemment été démontré que le régime commun des clauses contractuelles doit, à notre sens, s'appuyer sur la cohérence devant exister entre toutes les clauses du contrat. Fondée sur l'existence d'une cause propre à toutes les clauses, la justification de leur autonomie rendrait instable la recherche d'un régime commun, tiraillé entre leur rattachement au contrat et leur indépendance naissant de l'exécution des unes et de l'inexécution des autres.

Toutefois, ce refus de reconnaître à chaque clause une cause a permis de mettre en lumière certaines exceptions telles que la clause de non-concurrence. En effet, tant dans la classification fonctionnelle des clauses que dans la recherche de règles communes aux clauses, il a été démontré qu'il était permis de concevoir la clause de non-concurrence comme dotée d'une cause propre, justifiée par la réciprocité des obligations dont elle est porteuse. Ce contrat dans le contrat, encore dénommé sous-ensemble autonome, est qualifié d'unité fonctionnelle¹³⁸³ par Mme J. Rochfeld. C'est précisément la fonction spécifique de la clause de non-concurrence, sa cause fonction¹³⁸⁴, qui est avancée pour affirmer son autonomie et sa qualité de contrat. L'existence d'une cause propre à ce type de clause ne justifie pas de son indépendance par rapport au contrat principal, eu égard cette fois à son objet.

¹³⁸² V° *supra* n°24 et s. p.26 et s.

¹³⁸³ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat, th. préc.* n°526 et s.

¹³⁸⁴ J. Rochfeld, *th. préc.* n°517 et s. p.467 et s.

2) L'objet des clauses autonomes

620. Un caractère accessoire. Considérée par ces auteurs comme un véritable contrat synallagmatique à exécution successive, l'obligation de non-concurrence renfermée par la clause constituerait alors l'obligation fondamentale d'un tel contrat. Or, si sur un plan théorique, la qualification de contrat de non-concurrence de la clause semble envisageable, sur un plan plus pragmatique, il serait impossible de justifier l'existence d'un tel contrat indépendamment d'une obligation à protéger. Seule la prestation de travail, obligation fondamentale du contrat de travail, de franchise ou de concession, et plus généralement de toute activité concurrentielle, est accompagnée d'une clause de non-concurrence. La mise en œuvre de ses effets est censée assurer, après l'extinction du contrat, la protection de l'activité du cocontractant. Autonome par la volonté des parties de lui faire produire ses effets après l'extinction du contrat, la clause de non-concurrence n'en est pas moins dépendante du contrat qui lui sert de support juridique et la légitime. La clause de non-concurrence est donc un accessoire de l'obligation principale du contrat et revêt un caractère autonome seulement au moment de sa mise en œuvre. La clause ne pouvant exister sans lien avec une obligation dont elle n'est qu'un accessoire, sa fonction et son application postérieure au contrat peuvent en revanche justifier de son autonomie mais non de sa qualification de contrat dans le contrat. Certes, les parties associent fréquemment une clause pénale à la clause de non-concurrence ou encore précisent les modalités de renonciation ou d'inefficacité de l'obligation de non-concurrence, mais ces aménagements ne peuvent en aucun cas modifier le caractère attribué à l'obligation de non-concurrence. Ils se contentent d'aménager son exécution. La clause de non-concurrence est porteuse d'une obligation accessoire, directement liée à l'obligation fondamentale du contrat dans lequel elle est contenue, et reste une obligation accessoire malgré les aménagements contractuels que les parties peuvent lui affecter.

621. Un objet distinct. Si, comme il a pu l'être démontré précédemment, l'absence de cause propre d'une clause compromissoire fait obstacle à sa reconnaissance en tant que contrat indépendant, son objet, distinct de l'objet des obligations principales et du contrat, permettrait quant à lui de satisfaire à l'une des conditions de validité de l'article 1108 du Code civil. Toutefois, l'objet distinct de la clause compromissoire, et plus largement des clauses de règlement des litiges ou attributives de juridiction, permet cependant d'écarter un autre

argument plaidant en faveur de l'indépendance de ces clauses. En effet, la jurisprudence internationale, ainsi que l'avait préconisé un auteur¹³⁸⁵, dissocie le droit substantiel du droit d'action et permet ainsi aux parties de choisir deux lois différentes pour la substance du contrat et pour la clause d'arbitrage. Or, il faut avouer que cette solution ne présente que peu d'intérêt, dans la mesure où les parties ne soumettent que très rarement la clause compromissoire à une loi distincte de la *lex contractus*. L'application d'une loi distincte à la clause compromissoire ou à la clause d'élection de for doit en revanche être abordée lorsque les parties n'ont pas pris le soin de spécifier la loi applicable à la clause. Ainsi, si le recours à la loi d'autonomie s'impose comme la solution valable pour tous les contrats, en l'absence de choix des parties, deux solutions sont alors envisagées. Il est préconisé de soumettre à la loi régissant le contrat principal, la formation de la convention de juridiction, ou de se référer à la loi du lieu de l'arbitrage pour la convention d'arbitrage, et à la loi du for prorogé, ou celle du for saisi et dérogé, pour la convention d'élection de for. Si la première solution permet de mettre en avant la cohérence entre le traitement du contrat principal et celui de la convention de juridiction, la seconde, plus conforme à l'idée d'autonomie, est préférée par de nombreux auteurs¹³⁸⁶. En effet, en l'absence de choix des parties, l'application des lois qui présentent « *les liens les plus étroits* » avec les conventions concernées, conformément aux dispositions des articles 3 et 4 de la convention de Rome du 19 juin 1980, reste le principe en vigueur. Ce serait dès lors le cas de « *la loi du siège arbitral* » pour la convention d'arbitrage et de « *la loi du for prorogé* » pour la convention d'élection de for. Or, admettre ainsi une séparation nette entre le droit d'action et le droit substantiel, comme le préconise la jurisprudence en matière internationale, n'est pas conforme à notre vision de l'autonomie des clauses contractuelles. En effet, ayant démontré que ces clauses ne bénéficient pas, sur le terrain de leur validité, d'une autonomie totale propre à tendre vers leur indépendance, il paraît inopportun de soumettre à deux lois différentes la validité de la clause et celle du reste du contrat¹³⁸⁷. Si au regard des

¹³⁸⁵ C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse dactyl. Rouen 1999 ; F. Gélinas, La jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale, *Gaz. Pal.* 9 janvier 2000, n°9 p.19 ; Th. Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D.* 26 décembre 2013, n°44 p.2936.

¹³⁸⁶ N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, op. cit.* n°307 p.308 et s. ; V° également H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Thèse Paris, Dalloz 1965, n°128 à 135 : Mme H. Gaudemet-Tallon propose ainsi de soumettre la convention d'élection de for à l'application cumulative de la loi du for désigné et de celle du for exclu.

¹³⁸⁷ P. Mayer, *art. préc.* n°13 p.367, précise néanmoins qu'il pourrait en être différemment pour les causes de nullité propres à la convention d'arbitrage, par exemple sa prohibition de principe en matière non commerciale, ou l'exigence d'un écrit : *le for validatis* pourrait conduire à appliquer la loi du siège, si elle valide, alors que la *lex contractus* conduit à la nullité.

effets produits par la clause, le droit d'action doit être considéré comme un accessoire du droit substantiel, cette dissociation opérée par le droit international privé peut se comprendre au regard de la distinction d'objet existant entre la clause et le contrat qui la fait naître. Encore une fois, seule la prise en compte de leur objet peut permettre de les qualifier de véritables contrats, au dépend des autres conditions de validité imposées par le droit français des contrats.

622. Inanité d'un régime spécifique des clauses autonomes. Aussi, généralisant une approche des clauses autonomes permettant de les qualifier de véritables contrats lors de leur mise en œuvre, les auteurs¹³⁸⁸ favorables à cette conception extrême de l'autonomie militent pour la construction d'une théorie générale des clauses autonomes. L'ambiguïté que susciterait la reconnaissance de clauses, à la fois dépendantes mais dans un même temps qualifiables de contrat autonome lors de leur exécution, nécessiterait une révision générale de notre droit des contrats. Une telle approche est excessive à l'égard d'un concept novateur surexploité et parfois étiré jusqu'à le faire rompre. En effet, la singularité des clauses étudiées, relativement à l'ambivalence de leurs effets, est tout à fait justifiable par les règles développées tout au long de cette étude et permettant d'établir un régime commun des clauses contractuelles. Considérées comme des accessoires de l'obligation principale contenue dans le contrat, les clauses contractuelles gravitent autour de ces dernières avec pour fil conducteur commun d'assurer la cohérence des éléments constitutifs du contrat. L'autonomie résultant des effets produits par certaines clauses du contrat peut dès lors être expliquée et légitimée par le régime juridique propre à ces clauses regroupées par catégories fonctionnelles dans la classification proposée dans la première partie.

L'autonomie des clauses contractuelles ne nécessite donc pas la création de règles spécifiques.

Les règles communes applicables aux clauses contractuelles ayant seulement vocation à organiser et régir les liens tissés entre elles au sein du contrat, la singularité de certaines clauses doit alors être appréhendée à travers la fonction qu'elles exercent.

¹³⁸⁸ G. Arbant-Michel, *th. préc.* ; N. Coipel-Cordonnier, *th. préc.* ; S. Le Gac-Pech, *th. préc.* ; G. Paisant, *op. cit.* ; M. Gomy, *op. cit.*

§2 : Le prolongement du contrat à travers les clauses autonomes

623. Si le caractère accessoire des clauses autonomes a permis de déterminer leurs conditions d'application, expliquant ainsi le lien inextricable entre ces clauses et le contrat, il convient désormais d'aborder les règles régissant le caractère autonome des clauses lors de leur exécution. En effet, la singularité de ces clauses tient principalement à la combinaison de leurs deux caractères accessoire et autonome, en apparence antinomiques. Autonomes dans leur exécution, le déclenchement de leur application n'en reste pas moins lié au contrat dans la mesure où seule l'extinction de l'obligation dont elles constituent l'accessoire, ou l'extinction du contrat dans sa globalité, commandent la mise en œuvre de ces clauses. Une fois leur exécution engagée, leur autonomie peut alors pleinement s'exprimer. Néanmoins, la conciliation de ces deux caractères se justifie par référence à la fonction exercée par ces clauses (A). Dans ce sens, la fonction et le régime juridique commun applicable aux clauses relevant d'une même catégorie fonctionnelle permettent également de justifier d'un encadrement suffisant, écartant ainsi tout recours à un régime spécifique des clauses autonomes (B).

A) La nature des clauses autonomes

624. N'ayant jamais vocation à devenir des contrats, il a pu être démontré que les clauses autonomes ne pouvaient en aucun cas répondre aux exigences posées par l'article 1108 du Code civil. Au regard des analyses précédentes sur l'identification et la mise en perspective des effets produits par les clauses autonomes, il s'avère désormais possible d'entériner les règles communes aux clauses autonomes pour démontrer que ces règles sont également celles applicables à toutes les clauses contractuelles. Ainsi, malgré la complexité de leurs effets, les clauses autonomes ne constituent pas des exceptions dissociables de la théorie générale des clauses. Tant les conditions de fond propres à caractériser la validité des clauses autonomes (1) que les conditions de formes auxquelles elles sont soumises ne permettent pas d'établir une distinction avec le régime commun des clauses contractuelles (2).

1) Les conditions de validité des clauses autonomes

625. Inefficacité d'un objet distinct du contrat. L'étude des effets produits par les clauses autonomes a permis de mettre en lumière les caractéristiques ainsi que les conditions de validité propres à ce type de clauses. Or, force est de constater que cet examen des clauses

autonomes a révélé qu'elles ne présentaient pas de caractéristiques différentes des autres clauses contractuelles. Ces clauses ne nécessitent donc pas la création d'un régime spéciale mais peuvent se fondre dans un régime juridique commun à l'ensemble des clauses. Si les auteurs favorables à une autonomie absolue des clauses instaurant une indépendance entre elles et le contrat considèrent que ces clauses sont animées d'un objet nécessairement distinct du contrat, il n'est pas certain que cette condition se vérifie en toute occurrence. Les clauses relatives aux litiges ont certes un objet propre, distinct de celui du contrat, mais ne peuvent néanmoins se concevoir en dehors de l'existence d'un rapport principal d'obligations, seul susceptible de provoquer la survenance d'un litige. Pour encadrer et résoudre le litige, ou du moins le soumettre à une autorité choisie par les contractants, de telles clauses doivent être rattachées à une relation contractuelle, véritable facteur déclencheur de leur exécution. À défaut, ces clauses perdraient inévitablement le sens de leur existence et ne pourraient jamais entrer en vigueur, faute de litige contractuel à appréhender.

626. Inefficacité d'un objet lié au contrat. Considérée par certains comme autonome, la clause de non-concurrence post-contractuelle renfermerait également un objet distinct du contrat dont elle est issue. Cette position peut être contestée. En effet, si les clauses relatives aux litiges ont pour vocation d'encadrer tous les litiges naissant de l'exécution des différentes clauses et obligations du contrat, les clauses de non-concurrence à l'image de toutes les clauses d'aménagement relationnel, et plus largement d'aménagement contractuel, sont affectées à l'aménagement d'une obligation particulière du contrat. Ainsi, la clause de non-concurrence, ou de confidentialité, s'attache à restreindre la liberté professionnelle d'un cocontractant, relativement à l'obligation essentielle de fournir une prestation de travail dont il était investi par le contrat. Sans être affectée à une obligation particulière, la clause pénale sanctionne, quant à elle, l'inexécution d'une obligation quelconque du contrat et reste à ce titre directement liée à l'exécution de ce dernier, sans jamais pouvoir être mise en œuvre de façon indépendante. L'objet de ces clauses est donc directement lié au contenu du contrat dont elles en constituent l'accessoire.

Ainsi, les clauses autonomes peuvent être porteuses d'un objet détaché ou non du contrat dont elles participent à préciser les modalités de son exécution ou de son extinction.

627. Inefficacité de la cause. Si l'objet de ces clauses ne peut être perçu comme un indicateur de l'autonomie, il est alors à remarquer que la notion de cause ne peut davantage

faciliter leur identification. En effet, reconnaître l'existence d'une cause propre à toutes les clauses autonomes, et plus généralement aux clauses contractuelles, ou au contraire rejeter ce postulat, comme nous avons pu le faire dans les développements précédents, ne permet en aucun cas de déceler des conditions d'existence propres aux clauses autonomes. La contradiction entre ces positions constitue dès lors un obstacle infranchissable à la caractérisation des clauses autonomes sous l'angle particulier de la cause.

Aucune condition de fond ne différencie les clauses autonomes du reste du contrat. La référence aux effets produits par ces clauses devrait à présent permettre d'identifier leur singularité.

628. Une exécution post-contractuelle. Il ressort des développements précédents que l'effet majeur de l'autonomie des clauses se manifeste par leur exécution postérieure à celle d'une obligation ou du contrat principal. La survie des clauses à l'inexécution d'une obligation dont elle en constitue l'accessoire, ou à la cessation du contrat dans sa globalité, constitue un indicateur commun des clauses autonomes. Dans ce sens, une distinction doit être effectuée entre les deux temps contractuels générés par le contrat¹³⁸⁹. Le contrat et l'après-contrat forment ainsi deux temps bien distincts, et permettent à toutes les clauses destinées à régir la phase post-contractuelle de trouver application. C'est à la rupture totale ou partielle du contrat que ces clauses prennent alors tout leur intérêt. Ces clauses libèrent tous leurs effets au moment même où le contrat cesse de produire la plupart des siens. La clause autonome présente donc la particularité qui est, selon la très juste expression de M. J-E Ray, « *de n'être efficace qu'à la mort du contrat qui l'a vu naître*¹³⁹⁰ ». Ainsi, la clause d'arbitrage, attributive de juridiction, et plus généralement toutes les clauses relatives aux litiges résultant de la formation ou de l'exécution du contrat ne peuvent être exécutées que suite à la survenance d'un différend. La clause de non-concurrence, renforçant la position concurrentielle de l'activité de l'un des contractants vis-à-vis des connaissances et du savoir-faire de l'autre, ne peut être qualifiée de clause autonome dans la mesure où son exécution est concomitante à l'exécution de l'obligation qu'elle aménage. Les effets de la clause disparaissent donc avec l'extinction de l'obligation ou du contrat. En revanche, la clause de

¹³⁸⁹ M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} Partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *art. préc.* p.239 spéc. p.247 ; M. Mekki, *Les clauses aménageant la phase post-contractuelle*, in *Remédier aux défaillances du contrat*, sous dir. S. Le Gac-Pech, Contrats & Patrimoine 2010 éd. Larcier p.147.

¹³⁹⁰ J-E. Ray, Droit du travail, droit vivant, *Liaisons soc.* sept. 2001, p.317.

non-concurrence prévue par les parties pour l'après-contrat connaît une période d'exécution nettement distincte de celle du contrat. Son exécution est alors totalement dépendante de l'exécution du contrat puisqu'elle est destinée, selon la volonté des parties, à prolonger les effets anticoncurrentiels du contrat après son extinction. Admettre le contraire reviendrait à désavouer son objet et à renier sa fonction. Dans ce sens, la clause pénale ne peut être légitimement appliquée avant l'inexécution des obligations contractuelles. Une nouvelle fois, le sens du débat peut être renversé. Ces clauses ne s'appliquent pas dans la période de l'après-contrat parce que leur autonomie leur confère cette possibilité, mais bien parce que leur objet, et *a fortiori* leur fonction et le régime juridique qui en émanent leur commandent de s'appliquer ainsi.

La singularité de la clause autonome n'étant pas visible à l'examen de ses conditions de fond, cette démarche devait donc, pour être complète, se poursuivre avec la recherche de ses conditions de formes.

2) Le formalisme des clauses autonomes

629. Identification formelle des clauses autonomes. À l'image des autres clauses du contrat, les clauses autonomes se doivent de respecter des règles de formes communes à toutes les clauses contractuelles¹³⁹¹. Ainsi, leur visualisation et leur localisation au sein du contrat doivent être évidentes dans le sens où elles nécessitent une lisibilité apparente et non dissimulée au milieu d'autres clauses. De plus, certaines législations peuvent, particulièrement en présence de contrat d'adhésion et lorsque l'un des contractants est un consommateur, exiger que ces clauses soient inscrites en caractères gras et apparents. Les parties ont également l'obligation, comme pour les autres clauses, de procéder à une rédaction intelligible de leur contenu.

Outre ces exigences communes, l'influence exercée par leur insertion au sein même du contrat, ou dans un document distinct de ce dernier, est une question fréquemment soulevée par la doctrine. Ce principe se trouve affirmé avec force dans l'arrêt Gosset puisque la Cour de cassation prend le soin de préciser que la solution est valable que la clause compromissaire « *soit conclue séparément ou incluse dans l'acte juridique auquel elle a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une*

¹³⁹¹ V° *supra* n°373 et s. p.298 et s.

*complète autonomie juridique, excluant qu'elle puisse être affectée par une éventuelle invalidité de cet acte*¹³⁹² ». Dans les commentaires de cette décision, Mutulsky admettait que la clause compromissoire était certes matériellement incluse dans le contrat principal, mais il ajoutait que « *l'unité matérielle de « l'acte-instrumentum » n'empêche pas la dualité intellectuelle des « actes-negotia*¹³⁹³ » ». Dès lors pour Mutulsky, « *il y a de toute nécessité, deux conventions ; car, selon sa rédaction habituelle, la clause compromissoire entend régler les différends auxquels le contrat pourra donner lieu : c'est assez dire que le contrat constitue l'objet de la clause et que celle-ci se place donc, logiquement à l'extérieur*¹³⁹⁴ ».

630. Deux *negotia* pour un *instrumentum*. Cette explication est alors transposable à la clause de juridiction car ce qui vaut pour la clause d'arbitrage vaut *mutatis mutandis* pour la clause attributive. Plus largement, son extension à toutes les clauses autonomes est par ailleurs envisagée par les auteurs favorables à l'indépendance de ces clauses. Mutulsky affirme que la clause d'arbitrage doit être considérée comme un accord distinct du contrat principal, même si elle y est formellement insérée. Il reconnaît ainsi que le contrat et les litiges en découlant sont l'objet même de la clause, tout en concluant qu'elle ne peut rationnellement suivre le sort du contrat. Certes, deux contrats distincts peuvent être réunis dans le même *instrumentum*, mais il est alors indispensable que chacun réponde aux conditions de validité imposées par le droit commun des contrats. Or, il a pu être démontré dans les développements précédents que la clause d'arbitrage, attributive de juridiction, de non-concurrence et toutes les clauses considérées comme autonomes ou autres, ne répondent pas à cette exigence, notamment en raison soit de l'inexistence d'une contrepartie propre¹³⁹⁵, soit de la différenciation de leur objet.

¹³⁹² Cass. civ. 1^{ère} 7 mai 1963 n°246, *D.* 1963 p.545 note J. Robert ; *JCP G* 1963, II, 13405 note B. Goldman ; Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire, *Rev. arb.* 1974 p.67.

¹³⁹³ Cass. civ. 1^{ère} 7 mai 1963 n°246, *Rev. crit. DIP* 1963 p.615 note H. Mutulsky.

¹³⁹⁴ *Art. préc.* p.617.

¹³⁹⁵ En effet, malgré le recours au fondement de l'absence de cause invoqué par la Cour de cassation dans des décisions relatives aux clauses, nous considérons sur ce point que l'absence de cause n'est pas utilisée par la jurisprudence pour annuler une clause en raison de son absence de cause, mais parce qu'elle privait d'objet l'obligation fondamentale de l'une des parties, privant alors de cause l'obligation corrélatrice du demandeur en annulation. Cette position est également contraire à celle défendue par M. D. Houtcieff pour qui « une clause contractuelle ne peut être invoquée en cas de résolution, à moins de justifier d'une autonomie complète par rapport à la convention résolue. En réalité, il semble que seules les clauses touchant à la compétence juridictionnelle aient pu manifester un tel degré d'autonomie, voire d'indépendance. Il en est ainsi des clauses compromissoires et des clauses attributives de juridiction » : D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, th. préc. spéc.* n°1407 p.1010.

631. Un lien manifeste au contrat principal. Considérant que les litiges issus du contrat établissent un lien immuable entre la clause compromissoire et le contrat, nous ne pouvons souscrire à cette analyse. Une rapide comparaison peut alors être effectuée avec les garanties autonomes et plus spécialement la garantie à première demande¹³⁹⁶. En effet, ce contrat présente en apparence la particularité d'être accessoire mais à la fois complètement autonome vis-à-vis du contrat de base. Tout comme la clause compromissoire, la garantie à première demande s'applique hors des frontières du contrat. Si sa mise en œuvre ne fait aucunement référence au contrat dans le sens où le garant ne peut opposer au bénéficiaire aucune exception tenant à l'obligation garantie ni contestation, la clause compromissoire est, elle aussi, mise en œuvre sans tenir compte de l'inefficacité du contrat et de ses causes. Toutefois, alors que cette dernière reste attachée au contrat principal, sans lequel son application serait dépourvue de sens puisque les litiges issus du contrat constituent l'élément déclencheur de l'exécution d'une telle clause, la garantie à première demande est exécutable indépendamment du contrat de base. Il n'existe pas de lien de dépendance entre l'obligation du garant et celle du débiteur principal. Le garant s'oblige à payer sa propre dette et non celle qui résulte du contrat de base. Les deux contrats sont donc indépendants. L'exécution de la garantie ne dépend pas d'éventuelles défaillances du débiteur et n'implique pas l'appréciation des modalités d'exécution de celui-ci pour l'évaluation des montants garantis ou la détermination des durées de validité. A l'inverse, et bien que d'exécution post-contractuelle, les clauses dites autonomes conservent un caractère accessoire fortement marqué. A l'image de la clause compromissoire, toutes les clauses considérées comme autonomes, et plus généralement toutes les clauses du contrat, trouvent leur cause dans les autres éléments du contrat constitutifs de son économie générale. La comparaison est alors patente pour distinguer la garantie autonome dont l'analyse des effets et du régime juridique témoigne

¹³⁹⁶ P. Mayer, *art. préc.* n°10 p.360 : M. P. Mayer reconnaît ainsi qu'en matière de contrat deux *negotia* peuvent être insérés dans le même instrumentum, réunissant par exemple une vente et un contrat d'entreprise. Il précise alors que « si les parties ont choisi de ne faire qu'un seul écrit, c'est précisément parce qu'elles voulaient unifier deux ensembles de clauses qui, s'ils avaient été séparés, auraient constitué deux contrats indépendants. Il faudrait donc que l'unité formelle soit démentie par une volonté manifeste de séparation intellectuelle » ; Ph. Simler, À propos des garanties autonomes en droit interne souscrites par des personnes physiques, *JCP E* 1991, I. 90 ; C. Mouly, *L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français*, in Mélanges en honneur à André Breton et Fernand Derrida 1991, Dalloz p.267 et s. ; D. Houtcieff, La garantie autonome souscrite par une personne physique, une sureté en quête d'identité, *RLDC* juil-août 2006 p.31 et s. ; F. Jacob, *L'avenir des garanties autonomes en droit interne*, in Etudes offertes au doyen Ph. Simler 2006, Litec-Dalloz p.361 et s. ; H. Le Dauphin, Critères de la garantie autonome, *D.* 1995 p.209 ; Fr. Rouvière, Le caractère subsidiaire du cautionnement, *RTD com.* octobre 2011, n°4 p.689 ; Cass. com. 12 mars 2013 n°11-22048, *RDC* octobre 2013, n°4 p.1461 obs. A-S. Barthez ; Ph Simler et Ph. Delebecque, Droit des suretés, *JCP G* 5 décembre 2013, n°49 chron. 1679.

d'une véritable indépendance vis à vis du contrat de base, et les clauses autonomes dont l'autonomie ne peut tendre vers une réelle indépendance. L'analyse pourrait également être appliquée à la clause de non-concurrence qui accompagne nécessairement une obligation sans laquelle la protection qu'elle renferme ne pourrait jamais être mise en œuvre¹³⁹⁷. L'extinction de l'obligation principale conditionne l'exécution de la clause de non-concurrence dont la fonction est d'assurer le prolongement de la loyauté contractuelle après la cessation du contrat. Bien que dotée d'une contrepartie financière en droit du travail, et donc d'une cause propre, son exécution reste néanmoins conditionnée à l'extinction du contrat principal. Il en est ainsi de la clause pénale, cette démonstration pouvant alors être effectuée pour toutes les clauses qualifiées d'autonomes. Les clauses considérées comme autonomes sont, à notre sens, accessoires tout en conservant une application détachable de ce dernier, dictée par la fonction qu'elles exercent.

Maintenir la clause malgré l'anéantissement du contrat revient, selon M. J-B. Racine « à revêtir la clause d'une carapace de telle façon qu'elle soit protégée des causes d'inefficacité tirées du contrat dans lequel elle s'insère¹³⁹⁸ ». Il y a alors une autonomie que l'on peut qualifier de naturelle, de fonctionnelle de la clause par rapport au contrat. Conférer à ces clauses une autonomie d'application leur permet simplement de produire leurs effets et plus largement d'exister.

B) Une autonomie-fonction des clauses autonomes

632. Les clauses autonomes présentent la particularité d'être porteuses de deux caractères en totale contradiction. En effet, alors que la formation de ces clauses reste dépendante d'un contrat dont elles constituent un élément, elles sont, dans un même temps, séparables de ce dernier lors de leur exécution. Si certains auteurs refusent de reconnaître ce dualisme, préférant ne voir dans ces clauses que leur seule indépendance vis-à-vis du contrat, il est néanmoins possible de concilier les effets antagonistes qu'elles génèrent. Il convient dès lors de démontrer que les caractères accessoire et autonome de ces clauses sont complémentaires (1) et se justifient par la fonction dont elles sont animées, prise comme fondement de leur

¹³⁹⁷ D. Houtcieff, *th. préc. spéc.* n°1387 p.996.

¹³⁹⁸ J-B. Racine, La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal, *RDC* janvier 2011, n°1 p.223.

autonomie, et évinçant ainsi toute hypothèse de création d'un régime juridique propre aux clauses autonomes. (2)

1) L'ambivalence des clauses autonomes

633. L'autonomie au service de l'accessoire. La clause compromissoire, ou clause d'arbitrage, dont les commentaires sur l'autonomie de ses effets inondent les revues doctrinales, doit inévitablement servir d'illustration à la démonstration de l'ambivalence des clauses autonomes. Clause aux effets les plus révélateurs de l'autonomie, elle permet de mettre parfaitement en perspective le paradoxe qui anime toutes les clauses autonomes.

Son caractère accessoire au contrat explique que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat. Elle ne peut ainsi être séparée des clauses qui régissent la créance en cas de cession¹³⁹⁹. Sa dimension juridictionnelle explique en revanche son autonomie pour ce qui concerne son exécution et sa force obligatoire. Or, ce dernier aspect de la clause, obligeant les parties conformément à leur volonté à déférer à l'arbitre tout litige susceptible de naître du contrat, n'est pas contradictoire avec le rattachement de la clause au contrat principal¹⁴⁰⁰. En d'autres termes, cela revient à considérer que la clause d'arbitrage présente à la fois une dimension contractuelle et processuelle. Bien que la jurisprudence prenne soin de distinguer les clauses qui, dans un même *instrumentum*, concernent le droit substantiel, de celles qui ressortent du droit processuel dont l'objet est précisément de régler les litiges des premières, ces clauses ne peuvent se réduire à cette seule considération. Ne reconnaître que la dimension processuelle de la clause d'arbitrage entrainerait son indépendance totale par rapport au contrat. Certes, la clause compromissoire a trait à la procédure, mais elle définit simplement une partie du régime juridique choisi par les contractants lors de la conclusion du contrat.

Elle constitue donc à notre sens un accessoire du droit d'action qui accompagne les droits substantiels nés du contrat principal. L'affirmation selon laquelle « *le caractère accessoire de la clause n'a de sens qu'au regard du droit d'action*¹⁴⁰¹ » doit être contredite car le droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel, crée inévitablement un lien juridique entre la clause et le contenu du contrat. Contrat sans lequel la clause serait dépourvue de tout intérêt dans la fonction qui anime ses effets.

¹³⁹⁹ V° *supra* n°585 et s. p.469 et s.

¹⁴⁰⁰ CA Paris 10 septembre 2003 *arrêt préc.*

¹⁴⁰¹ E. Loquin, *art. préc.* p.847.

634. L'accessoire au service de l'autonomie. Ainsi qu'il a pu être démontré dans la classification fonctionnelle de la partie I, la clause compromissoire intègre pleinement le contenu du contrat principal. Les éléments processuels établis par les parties entrent dans le champ contractuel, permettant ainsi leur contractualisation. Constituant un élément de l'économie générale du contrat, la clause participe de la cohérence contractuelle ressortant de l'organisation de l'ensemble des clauses du contrat et ne doit pas être considérée comme seulement autonome de son support.

La nature contractuelle de ces clauses participe de leur formation et de l'établissement de leurs conditions de validité indissociables de la création d'un contrat principal. Bien que qualifiées d'autonomes pour mettre en lumière la singularité de leurs effets, ces clauses doivent d'abord être considérées comme contractuelles avant que l'autonomie qui caractérise ses effets ne soit mise en œuvre. Si la notion d'accessoire justifie la non-séparation de la clause du reste du contrat, la reconnaissance de sa survie, malgré l'anéantissement de ce dernier, ne remet pas en cause cette justification. En effet, le caractère accessoire de ces clauses n'est pas contraire à leur application post-contractuelle du contrat, dès lors que leur fonction et la volonté des parties militent en ce sens. L'accessoire ne peut en cette hypothèse disparaître avec le principal et doit être entendu comme le prolongement du lien contractuel¹⁴⁰² souhaité par les parties et commandé par la fonction de la clause.

635. La séparabilité des clauses. Reprenant sur ce point la pensée de M. P. Mayer, favorable au caractère accessoire de telles clauses, il n'existe selon lui aucune contradiction avec le caractère autonome affiché dans la manifestation de leurs effets. Bien que porteuse d'une autonomie, que nous persistons à désigner de seulement « relative », la clause d'arbitrage fait pleinement partie de l'ensemble contractuel dans lequel elle s'insère et de l'économie générale qui en ressort. M. P. Mayer préfère alors utiliser le terme de « *séparabilité* » pour qualifier l'ambivalence des clauses autonomes. Parfois utilisé de façon caricaturale et grandiloquente, le terme d' « *autonomie* » semble en effet avoir une portée bien plus étendue que les effets réellement produits par de telles clauses. Le terme de séparabilité

¹⁴⁰² Selon Mme B. Behar-Touchais « il y a en quelque sorte une conversion par réduction du contrat plutôt qu'une extinction totale » : M. Behar-Touchais, Extinction du contrat, Effets, *J.-Cl. Contrats-Distribution*, Fasc. 176, 1995 p.14 n°42 ; Pour M. J. Mestre « L'après-contrat fait l'objet d'une sorte de « punctuation » qui en estompe très progressivement l'image par touches successives » : J. Mestre, Des relations post-contractuelles, *RTD civ.* 1997 n°44 et s. p.801 et s. Dans sa thèse relative aux obligations post-contractuelles, Mme Caseau-Roche démontre ainsi que le contrat s'éteint progressivement par l'extinction successive des obligations qui le composent : C. Caseau-Roche, *Les obligations post-contractuelles*, Thèse Paris I, 2001 n°249 et s. p.205 et s.

rend compte de façon plus juste et plus nuancée de la réalité des rapports entre ces clauses et le reste du contrat. M. P. Mayer considère ainsi que les termes de « *séparabilité* » et d' « *accessoire* », loin de s'opposer, se complètent. C'est ainsi parce qu'elle est séparable du rapport d'obligation, que la clause compromissoire peut en être l'accessoire. Admettre, d'une part, le caractère accessoire de la clause lors de sa transmission et la considérer, d'autre part, comme parfaitement autonome, entraînerait la consécration d'un paradoxe inextricable. Favoriser le concept de séparabilité permet ainsi de canaliser les dérives tout en rendant compte de la singularité de ces clauses accessoires au contrat mais néanmoins porteuses d'effets post-contractuels. La reconnaissance d'une autonomie totale de ces clauses lors de leur exécution conduirait, comme le souligne Mme M-E. Mathieu-Bouyssou, à ce que la clause « *change de nature suivant la question posée*¹⁴⁰³ ».

En accord avec la position de M. P. Mayer, la clause de non-concurrence post-contractuelle doit, à l'image de la clause compromissoire, et plus largement de toutes les clauses dites autonomes, être considérée comme une clause accessoire non moins séparable du contrat et appelée à jouer un rôle déterminant dans les conséquences de l'extinction de ce dernier.

Si l'excessivité des conséquences résultant d'une recherche toujours plus extrême de l'autonomie des clauses appelle actuellement l'élaboration de règles nouvelles adaptées à cette singularité, l'explication de leur autonomie repose sur une toute autre justification résidant dans la fonction exercée par ces clauses. À l'image de la clause compromissoire, les clauses autonomes doivent avant tout être traitées comme un accessoire du contrat principal sans lequel elles n'ont plus de sens. Leur existence nécessite incontestablement un rapport contractuel principal propre à justifier leur fonction. Leur caractère autonome peut dès lors être réduit à la mise en œuvre de leurs effets, directement commandée par la fonction qu'elle exerce au sein du contrat.

2) Le fondement de l'autonomie des clauses

636. Conséquence de leur autonomie. Applicable pendant ou après l'exécution du contrat, les clauses considérées, à tort, à travers leur seul caractère autonome restent néanmoins

¹⁴⁰³ M-E. Mathieu-Bouyssou, La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, *JCP G* 12 mars 2003, I, n°4. 116.

accessoires du contrat puisqu'elles ont pour fonction d'accompagner une ou plusieurs des obligations principales qu'il renferme. Ce n'est pas uniquement lorsque son application, voulue par les parties, est postérieure à l'extinction du contrat qu'il est possible de lui conférer un caractère autonome. Outre son application post-contractuelle, la fonction de la clause permet de justifier de son exécution et du maintien de ses effets hors des frontières du contrat principal. C'est précisément en ce sens que peut être reprise l'idée formulée par M. Ph. Stoffel-Munck selon laquelle « *ces prévisions (raisonnables) s'articulent globalement autour de l'objectif économique poursuivi. À titre particulier, les clauses du contrat sont pour la plupart des instruments censés servir médiatement ce but et, immédiatement, une fonction propre* ». Il faut donc « *limiter la puissance d'une clause à la fonction qu'elle sert*¹⁴⁰⁴ ». Les clauses autonomes puisent leur existence dans l'obligation du contrat à laquelle elles s'appliquent mais n'en sont pas moins guidées par leur fonction propre, leur imposant une exécution en marge de celle du contrat. Ce n'est donc pas parce que la clause est autonome qu'elle survit à une cause quelconque d'extinction du contrat mais bien parce qu'elle remplit, selon la volonté des parties, une fonction particulière justifiant la mise en œuvre de ses effets en dehors du contrat.

637. Applications. La fonction appliquée comme fondement de l'autonomie des clauses se vérifie par un examen des principales clauses étudiées. La clause de non-concurrence, et *a fortiori* lorsqu'elle est insérée dans un contrat de travail, reste accessoire au contrat principal. Bien que sa cause, et la réciprocité des obligations qu'elle contient, devrait conduire à dissocier la clause de non-concurrence de l'équilibre du contrat, il a précédemment été démontré que malgré cette apparence d'indépendance, elle ne pouvait constituer une convention distincte du contrat qui la contient. Son exécution postérieure à celle du contrat ne peut effacer l'emprise que ce dernier exerce sur les clauses contractuelles dont la fonction est précisément de servir les intérêts du contrat.

Concernant la clause de non-concurrence insérée dans tous les baux commerciaux d'un même immeuble et applicable cette fois pendant l'exécution de ces derniers, la justification ne se révèle pas différente. En effet, il a pu être démontré que le rayonnement de la clause, au-delà même des contrats la contenant, et son opposabilité à des tiers au contrat ne pouvaient suffire à fonder son autonomie. Si l'effet transversal de la clause donne un sentiment de totale

¹⁴⁰⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, op. cit. n°676 p.495.

indépendance vis-à-vis du contrat qui l'a vue naître, les liens juridiques établis entre les preneurs d'un même lieu sont tissés par l'intermédiaire d'un cocontractant commun, contractuellement lié à tous : le bailleur. Ici encore, la clause ne peut donc exister en l'absence de baux conclus au sein d'un même immeuble. Son autonomie reste donc limitée à sa fonction.

L'autonomie des clauses relatives au litige repose également sur le même fondement. En effet, la séparabilité, ou l'autonomie de la clause compromissoire lors de l'extinction du contrat, ne permet pas pour autant de mettre en cause son rattachement à ce dernier. Cet effet particulier de la clause compromissoire se traduit davantage comme le prolongement, à travers elle, des effets du contrat¹⁴⁰⁵. Ayant pour objet tout litige auquel sont susceptibles de donner naissance les autres clauses du contrat et pour fonction l'aménagement contractuel de leur résolution, les clauses d'arbitrage, desquelles peuvent être rapprochées les clauses attributives de juridiction, contribuent toutes à préciser le régime contractuel voulu par les parties. Dès lors, l'existence de ces clauses « *serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut prévoir le recours à l'arbitrage in vacuo [...] L'objet même de la clause est constitué par le reste du contrat*¹⁴⁰⁶ ». En l'absence de contrat à exécuter, il ne peut y avoir de différend à régler ! Il n'existerait aucun intérêt à appliquer de telles clauses si nul droit ni obligation n'étaient concernés¹⁴⁰⁷. Ainsi, ces clauses revêtent un caractère autonome parce que leur fonction leur commande de survivre à l'extinction du contrat.

638. Une nécessité pragmatique. Admettre le contraire aurait pour conséquences de dévoyer la fonction exercée par la clause et de faciliter la mauvaise foi de l'un des contractants. Pour ne reprendre que les exemples cités, il suffirait alors au défendeur d'alléguer la nullité du contrat pour soustraire le litige au tribunal arbitral et le remettre entre les mains du juge étatique, ou anéantir tout effet concurrentiel aux clauses de non-concurrence. Cela reviendrait à nier tout effet obligatoire aux clauses compromissoires et à les priver de tout intérêt. De plus, la nullité du contrat provoquerait corrélativement la nullité de la clause et retirerait rétroactivement toute légitimité aux effets volontairement recherchés par

¹⁴⁰⁵ Il en est ainsi de la clause de choix de la loi qui échappera à la cessation du contrat. L'objet d'une telle clause est précisément de définir la loi en application de laquelle le juge ou l'arbitre, décidera si le contrat est nul.

¹⁴⁰⁶ P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *art. préc.* p.364.

¹⁴⁰⁷ P. Mayer, *art. préc.* n°6 « Dès lors, qu'elle-même n'est pas directement affectée par la cause de nullité, la clause compromissoire doit être maintenue parce que la solution inverse aurait pour effet de soustraire à l'arbitrage des questions que les parties ont eu la volonté d'y soumettre ».

les parties. Privée de tout effet, la clause constatant la nullité du contrat provoquerait le maintien de la validité du contrat. Il relève donc, de la fonction même de la clause, de considérer que l'extinction du contrat principal doit rester sans effet sur la validité des clauses autonomes qu'il contient.

639. Critère temporel. La fonction des clauses post-contractuelles justifie d'autant plus leur autonomie ou leur séparabilité pour reprendre l'expression de M. P. Mayer. Par ailleurs, cette analyse corrobore avec la position de Mme C. Caseau-Roche selon laquelle « *les obligations post-contractuelles sont exigibles au moment précis du prononcé de l'anéantissement des obligations principales, c'est-à-dire plus précisément le jour où le juge prononce la nullité ou la résolution du contrat*¹⁴⁰⁸ ». Elle ajoute à ce titre qu' « *en raison de leur autonomie, les obligations post-contractuelles ne doivent pas être atteintes par l'anéantissement du contrat ; elles doivent lui survivre pour organiser la rupture des relations contractuelles qui ont effectivement existé malgré la rétroactivité*¹⁴⁰⁹ ». Enfin, elle entérine dans ses développements ultérieurs, l'interdépendance existant entre ces clauses et le contrat principal en précisant que « *les obligations post-contractuelles d'origine conventionnelle sont des obligations accessoires interdépendantes de faire ou de ne pas faire, ayant pour objet, devant l'insuffisance de la protection légale, de modeler rationnellement les effets de l'extinction des contrats de situation, en organisant et en gérant la liquidation du passé et l'aménagement de l'avenir*¹⁴¹⁰ ». La manifestation de l'autonomie de la clause dépend alors de l'extinction du contrat principal.

Transposables à toutes les clauses considérées comme autonomes par la doctrine, l'analyse de leur fonction permet de justifier de leur autonomie d'exécution vis-à-vis du contrat qui leur a donné naissance. La fonction de ces clauses participe ainsi à prolonger leurs effets et à préciser le régime juridique applicable à la période de l'après-contrat¹⁴¹¹. Dès lors, l'autonomie ou la séparabilité reconnue à ces clauses n'appelle pas la création d'un régime propre aux clauses autonomes. L'autonomie de leurs effets, et plus généralement leur ambivalence, peut être démontrée par la fonction qui les anime. Un renvoi à la classification

¹⁴⁰⁸ C. Caseau-Roche, *Les obligations post-contractuelles*, Thèse Paris I, 2001 n°303 p.241.

¹⁴⁰⁹ *Ibid* n°308 p.244.

¹⁴¹⁰ *Ibid* n°311 p.247.

¹⁴¹¹ J. Mestre, Des relations post-contractuelles, *RTD civ.* 1997, n°4 p.311 ; Ph. Stoffel-Munck, *art. préc.* p.159.

fonctionnelle des clauses contractuelles doit dès lors être effectué pour rendre compte, à travers la catégorie à laquelle elles appartiennent, de leur singularité et des règles dont elles dépendent.

Conclusion du chapitre II

640. Transmission de l'accessoire. L'analyse des différents indicateurs propres à déceler le caractère autonome de certaines clauses ne s'étant pas révélée propice à cette recherche, seul l'examen de leurs effets lors de leur mise en œuvre pouvait permettre d'identifier leur régime juridique.

Parmi les manifestations de l'autonomie, la transmission des clauses avec le contrat qui les contient, ou la créance qu'il renferme, constitue l'une des premières étudiées par la doctrine. Prise comme clause autonome de référence, la clause compromissoire est transmise de façon systématique quel que soit son support. Plus largement, toutes les clauses relatives aux litiges doivent être considérées comme des éléments constitutifs du contrat initial, au même titre que les autres clauses contractuelles. Indissociables de l'économie générale du contrat, ces clauses sont des accessoires du rapport contractuel principal. La circulation de ces clauses n'est dès lors que le reflet de leur caractère accessoire. Loin de présenter une singularité étonnante, la transmission de ces clauses a pour fondement le droit commun des contrats et pour justification une incontestable fonction processuelle.

641. Opposabilité de l'accessoire. La dimension accessoire de ces clauses peut également servir à expliquer leur opposabilité à des tiers au contrat initial. En effet, il ressort de cette étude que l'absence d'accord exprès manifesté par le tiers ou le non-respect des formes imposées pour la conclusion de certaines clauses autonomes ne peuvent justifier de leur non-opposabilité à ce dernier. Seul le mécanisme par lequel le rapport de droit principal est devenu pour le tiers obligatoire permet de justifier de l'opposabilité de ces clauses. Dès lors, si en matière de transport maritime la clause compromissoire est opposable au destinataire du connaissance grâce à la présomption de consentement que véhiculent les usages de la profession, l'opposabilité des clauses de non-concurrence aux autres tiers preneurs est rendue possible par le truchement de leur cocontractant commun. Comme le reste du contrat transmis, ces clauses sont opposables sans être nominativement approuvées par le tiers, alors partie au contrat, et ne peuvent à ce titre être qualifiées de clauses autonomes.

642. Survie de l'accessoire. L'étude des clauses post-contractuelles, et particulièrement de leur exécution malgré l'extinction du contrat principal, a permis de déceler le caractère autonome de ces clauses, tel que perçu par la doctrine. Toutefois, il a pu être démontré que

leur sort n'était pas identique face aux différentes causes d'extinction du contrat. La modulation de leur degré d'autonomie, en raison de la nullité ou de la résolution du contrat, a alors permis de mettre en lumière leur manque d'homogénéité face à des circonstances similaires. Cette analyse factuelle ne permet pas de dégager des règles communes spécialement adaptées aux seules clauses autonomes. Ce refus de reconnaître l'existence d'une catégorie propre aux clauses autonomes devait être approfondi et justifié par la recherche de leurs conditions essentielles de validité.

643. Conditions de validité des clauses contractuelles. L'identification de leurs effets principaux devait dès lors entraîner la confrontation des différentes conceptions doctrinales relatives à l'appréhension des effets de l'autonomie par les auteurs spécialisés. La disparité des courants de pensée, facilitée par une certaine souplesse de la définition de l'autonomie, a alors constitué une source abondante de réflexion permettant de déterminer avec plus de précision les conditions de validité et d'exécution de ces clauses. Conformément aux développements du chapitre précédent, il a alors pu être démontré qu'à l'image de l'ensemble des clauses contractuelles, les clauses autonomes n'étaient pas dotées d'une cause propre, à l'exception des clauses porteuses d'obligations réciproques. Leur objet ne nécessite pas davantage d'être distinct de celui du contrat pour caractériser l'autonomie d'une clause. Qualifiées d'accessoires pour justifier de leur transmissibilité avec le contrat principal et d'autonomes pour expliquer leur survie à l'extinction de ce dernier, ces clauses nourrissent un véritable paradoxe. Leur ambivalence ne peut néanmoins justifier l'existence d'un régime juridique à deux vitesses. En effet, ne pouvant jamais se concevoir indépendamment d'un contrat principal, la permanence de leur caractère accessoire permet de les considérer avant tout comme des clauses contractuelles. Elles n'ont donc de sens que dans la mesure où elles ont vocation à s'appliquer dans un rapport contractuel principal. En aucun cas elles ne peuvent se suffire à elles-mêmes.

Il n'est donc pas envisageable de conclure à l'existence d'un régime propre aux clauses autonomes mais bien de justifier leur singularité par la fonction et les effets particuliers qu'elles produisent. Soumises au régime commun des clauses contractuelles, la singularité de leur exécution en dehors du contrat doit dès lors être régie par le régime commun attaché à la catégorie fonctionnelle à laquelle elles appartiennent. Cette clé de lecture nous est alors offerte par renvoi à la classification fonctionnelle exposée dans la Partie I.

Conclusion de la Partie II

644. Un formalisme commun des clauses contractuelles. Les clauses constituent des entités distinctes destinées à être réunies pour former une unité cohérente que représente le contrat. Si la classification des clauses, fondée sur leur fonction et articulée autour de quatre grands thèmes voués à la satisfaction des parties dans leur recherche d'appropriation de la relation contractuelle, a pu être établie, il convenait alors dans cette seconde partie de les envisager dans leurs rapports au sein du contrat.

L'élaboration d'un contrat cohérent passe inévitablement par une rédaction des clauses dénuée d'ambiguïté, de confusion ou d'imprécision des termes qu'elles renferment. Toujours dans une perspective de construction du contrat, les clauses gravitant autour des obligations contractuelles, objet de cette étude, et individualisables par les contractants, à l'exception de certaines clauses légales, se devaient tout d'abord d'être encadrées par des règles communes propres à assurer leur cohérence. Ainsi, certaines conditions et règles de formes issues de l'examen des clauses tirées de la classification fonctionnelle ont pu être élaborées afin d'imposer un formalisme commun des clauses, garant de leur cohérence intrinsèque. Qu'il s'agisse de leur « physionomie » ou de leur « anatomie », les clauses doivent être parfaitement constituées afin d'assurer leur prise de connaissance et leur compréhension par le cocontractant non rédacteur du contrat. Le respect de ces règles formalistes témoigne de la réalité du consentement donné, non perverti par une quelconque dissimulation frauduleuse ou un inintelligible contenu. Néanmoins, une rédaction consciencieuse des clauses ne peut annihiler tout risque de contradiction entre elles, bien souvent découvert lors de l'exécution du contrat. Le consentement des contractants est alors remis en cause par leur volonté discordante quant au choix de la clause à appliquer. Des règles de résolutions devaient alors être proposées selon la nature des contradictions rencontrées. Ne pouvant se fonder sur la recherche de la volonté des parties, des solutions ont pu être présentées par référence à certaines règles de droit commun et par renvoi à la fonction et aux effets produits par ces clauses au sein du contrat. Faisant nécessairement intervenir des critères objectifs de résolution du « conflit de clauses », ces règles permettent ainsi de pallier à la volonté des parties, pour assurer le maintien du contrat. Aucune considération relative à l'objet des clauses ou à leur valeur contractuelle ne pouvait être avancée.

645. Le caractère contractuel des clauses. Partisan d'une unité contractuelle cohérente, nos propos sont sur ce point en contradiction avec la position de la Cour de cassation. En effet, le caractère contractuel n'est pas attribué par la Cour à toutes les clauses composant le contrat. Elle procède sur ce point de façon quelque peu arbitraire à une différenciation de régime entre les clauses qu'elle considère comme pleinement contractuelles et celles qui, à ses yeux, n'exercent qu'une fonction secondaire. Cette vision du contrat doit à notre sens être combattue pour reconnaître une valeur contractuelle aux clauses quel que soit leur objet. En effet, si leur fonction respective ne peut permettre d'établir une hiérarchie entre les clauses du contrat, leur objet ne peut *a fortiori* être déterminant sous peine d'entraîner certaines dérives injustifiées comme c'est actuellement le cas pour le contrat de travail.

Il convenait de démontrer que les clauses ont, quel que soit leur objet, une influence sur le sort du contrat dès lors qu'elles sont porteuses d'effets juridiques. Toutes les clauses du contrat sont susceptibles d'être considérées par le juge dans son travail de requalification ou dans la recherche de la loi applicable au contrat. Conforme à l'affirmation d'une cohérence générale des clauses au sein du contrat, la reconnaissance de leur valeur contractuelle commune a permis d'asseoir la recherche de conditions de validité et de règles propres à justifier de l'existence d'un régime commun des clauses contractuelles.

646. Inutilité d'un régime spécifique des clauses autonomes. Il convenait alors de s'intéresser plus longuement aux clauses dont une partie importante de la doctrine leur prête la particularité d'être autonomes vis-à-vis du rapport principal d'obligations. Fortes de leur autonomie, ces clauses sont alors perçues comme des entités distinctes du contrat répondant à un régime juridique spécifique. Cette distinction opérée entre les clauses autonomes et les autres clauses du contrat devait être vérifiée par l'identification des clauses concernées, préalable nécessaire à la recherche de leurs conditions de validité. Toutefois, l'analyse des contrôles jurisprudentiels et des sanctions particulières appliquées aux clauses autonomes a permis de démontrer, qu'impropres à identifier les clauses autonomes, ils étaient au contraire transposables à toutes les clauses contractuelles. L'investigation devait se prolonger par l'examen de la cause dont ces clauses sont prétendument dotées. Or, ici encore, il a pu être conclu à l'inexistence d'une cause propre à chaque clause du contrat. Seule l'étude des effets post-contractuels générés par ces clauses permet de les identifier et ainsi de conforter la similitude de leurs conditions de validité avec celles requises pour toutes les autres stipulations composant le contrat. Les clauses autonomes sont donc contractuelles malgré la

singularité de leur exécution. Applicables après l'extinction du rapport principal, ces clauses ne relèvent pas d'un régime juridique différent des autres clauses contractuelles. Le caractère autonome dont elles sont porteuses ne doit pas être érigé en facteur de différenciation, mais peut plus simplement s'expliquer par référence à la fonction qui anime ces clauses au sein du contrat.

La cohérence démontrée, tant au niveau des clauses prises isolément qu'au niveau de leur articulation commune au sein du contrat, et le nivellement de la valeur attribuée à chacune d'elles constituent les deux principes fondateurs d'une appréhension généralisée des clauses contractuelles. La reconnaissance de conditions de validité et de règles communes, dont certaines sont directement issues du droit commun des contrats, a alors permis de dresser les bases de l'existence d'un régime commun aux clauses contractuelles quels que soient leur objet, leurs effets ou la fonction qu'elles renferment.

Conclusion générale

647. Représentation du contrat. Le contrat peut être considéré comme un tout, chacune des clauses contribuant, à l'exemple des organes d'un corps vivant, au maintien du rapport contractuel dans son ensemble¹⁴¹². Toutefois, les clauses d'un contrat doivent faire l'objet d'une attention particulière en ce qu'elles s'insèrent dans une articulation commune sans pour autant s'appliquer de manière dépendante les unes des autres. Constitutives d'un ensemble cohérent et organisé, elles ne forment pas moins des entités dissociables. La comparaison anthropomorphique du contrat à un organisme humain confronté à la naissance, la vie et la mort n'est cependant pas tout à fait exacte, dans la mesure où certaines clauses peuvent être le prolongement des effets du contrat après son extinction¹⁴¹³. Non systématiquement condamné à une brusque mort, le contrat vit parfois une longue agonie¹⁴¹⁴. La mise en lumière de ce particularisme invitait dès lors à considérer les clauses, non comme la somme d'éléments individuels, mais comme des éléments individuels capables de se fondre au sein d'une même unité contractuelle, prise ici à l'aune des contrats de droit privé.

Outre l'originalité de l'analyse de leur organisation au sein du contrat, cette étude devait également prendre en considération l'importante hétérogénéité des clauses dont la diversité des objets et des effets pouvait décourager toute tentative de théorisation. En effet, source d'une véritable norme contractuelle, elles aménagent le contrat en s'adressant tant aux parties qu'aux juges, de manière plus ou moins directe. Rayonnant par leurs effets, avant, pendant, ou après le contrat, la diversité de leurs manifestations ne devait pas pour autant constituer un obstacle dirimant à l'unité de la notion. La délimitation des clauses visées pour les besoins de cette étude reste certes discrétionnaire, mais néanmoins admissible dès lors qu'elle répond à un critère de sélection objectif, à savoir la fonction exercée par les clauses au sein du contrat.

¹⁴¹² Adaptée de la définition du Dictionnaire des notions, Encyclopédie Universalis V° *Fonction sociale*. De façon générale le contrat est très souvent comparé à un corps vivant et particulièrement un être humain : J. Ghestin dans son *Traité de droit civil*, LGDJ, décrypte le contrat de sa formation, à ses effets pour finir sur son anéantissement ; B. Fages, *Lamy droit du contrat*, Lamy 2000 ; J.-J. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre 2010, 4^{ème} éd. n°1686 p.615 « Le contrat est un système nécessairement clos qui connaît naissance, vie... et mort ».

¹⁴¹³ M. Fontaine, *Fertilisations croisées du droit des contrats*, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001 p.355.

¹⁴¹⁴ Position défendue par V. Caseau-Roche, *Les obligations post-contractuelles*, *th. préc.* n°2 p.3.

648. Une classification fonctionnelle des clauses. A l'image des organes de la société ayant pour fonction d'assurer le lien social entre les individus, les clauses ont pour fonction générale d'instituer une certaine cohérence au sein du contrat¹⁴¹⁵. Les principales fonctions qu'elles exercent devaient ensuite être détaillées dans une classification composée de catégories ouvertes permettant d'accueillir des clauses innovantes, issues de l'imagination et des besoins de la pratique¹⁴¹⁶. Le principe de liberté contractuelle¹⁴¹⁷, corolaire direct de l'autonomie de la volonté tant malmenée depuis plusieurs décennies, devait néanmoins être exploité afin de ne pas écarter les clauses naissant des transformations économiques et de l'évolution sociale. En effet, à l'image du contrat dont elles restent le fondement¹⁴¹⁸, la volonté des parties se mue en indicateur d'un régime des clauses établi à partir de leurs conditions de validité, de leurs effets et de leurs sanctions.

Une organisation typologique des clauses offre ainsi au législateur et aux juges une vision d'ensemble en vue de la construction d'un droit plus cohérent. Un raisonnement par analogie a alors permis de rassembler au sein de chaque catégorie fonctionnelle les clauses renfermant des fonctions communes et des effets équivalents, ou du moins dont la proximité des conséquences permettait de les rapprocher. Le régime de chaque clause choisie pouvait dès lors être disséqué afin, non seulement d'offrir un outil d'informations aux praticiens du droit, mais également de tenter d'établir un régime juridique commun à chaque catégorie et sous-catégorie de clauses. Le régime des clauses les plus représentatives a alors pu être érigé en véritable modèle de référence ou être repensé, permettant de proposer un régime harmonisé aux clauses dotées d'une même fonction. Cette approche a permis de révéler l'existence de règles communes aux clauses de même espèce ne se réduisant pas uniquement à une transposition des règles issues du droit civil des contrats. En effet, au regard de leur rayonnement transdisciplinaire, les clauses nécessitent de puiser des règles dans les droits du

¹⁴¹⁵ Apparaissant avec Emile Durkheim (1858-1917 il est l'un des fondateurs de la sociologie moderne) et Herbert Spencer (1820-1903 Défenseur de la théorie de l'évolution au XIXème siècle, il soutient que les prémisses du fonctionnalisme font de la fonction un principe explicatif). V° *Fonction et Fonctionnalisme*, in Encyclopaedia Universalis Corpus 9 Paris.

¹⁴¹⁶ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF 1986 p.44 ; Ph. Delebecque, *Clausula, clausulae, clausularum...*, in *Perspectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz 1999 p.33 ; J. Brethe de la Gressaye, *De la connaissance de la pratique du Droit et de ses difficultés*, D. 1952 chron. p.89.

¹⁴¹⁷ J. Locke, *Les fondements de liberté moderne de J-F. Spitz*, Paris PUF 2001, compte rendu par B. Gagnon, *Politique et sociétés* vol.21, 2001 n°3.

¹⁴¹⁸ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Dactyl. Paris 1965 et *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Mélanges R. Rodière, Dalloz 1981 p.247.

travail, de la concurrence et de la distribution, et plus généralement dans toutes les branches du droit qu'elles traversent.

649. Clauses d'aménagement des prestations. Ces clauses constitutives de la première catégorie fonctionnelle renferment les clauses légales dont la mise en forme et l'harmonisation des sanctions en font un ensemble unitaire devant revêtir un caractère contractuel. Les limites communes aux clauses d'aménagement du rapport obligationnel et la généralisation réaliste d'une contrepartie financière aux clauses d'aménagement relationnel sont autant d'indicateurs de l'existence de règles communes applicables à cette catégorie.

650. Les clauses de gestion des risques. Ces clauses, qu'il était nécessaire pour plus de clarté de diviser selon la fonction particulière qui leur est assignée, peuvent également répondre à des règles communes inspirées par certaines clauses de référence. Le régime des clauses de prévention des risques pouvait dès lors être basé sur les clauses d'adaptation et de révision contractuelle, alors que les clauses de répartition des risques devaient se nourrir des règles applicables aux clauses de responsabilité. Des propositions d'adaptation du régime actuellement applicable à ces dernières se sont toutefois révélées nécessaires afin de l'étendre à l'ensemble des clauses répondant à cette même fonction.

651. Clauses relatives à l'appréciation judiciaire. La catégorie des clauses propres à influencer l'appréciation judiciaire offre, quant à elle, certaines techniques contractuelles destinées à orienter le juge tant dans sa mission de qualification que d'interprétation des clauses obscures. Dotées d'une fonction commune, les clauses relatives à la qualification sont particulièrement animées d'une recherche rédactionnelle¹⁴¹⁹ adaptée et porteuse de cohérence au sein du contrat. La liberté contractuelle permet également aux parties de prévoir l'application d'une méthode d'interprétation particulière, voire novatrice, afin de guider le juge dans une direction préalablement choisie. Répondant à une fonction unitaire, il était donc légitime que ces clauses connaissent un régime juridique unifié quel que soit l'objet qui les anime. Toutefois, si toutes ces clauses génèrent une contractualisation des qualifications et méthodes d'interprétation, elles n'ont pas pour effet d'imposer au juge une solution dictée par

¹⁴¹⁹ M. Goré, *La rédaction du contrat*, in *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^{ème} congrès des notaires de France, 17-20 mai 1998, *LPA* 1998 n°54 p.30.

la volonté des parties, mais plus humblement d'influencer son raisonnement quant aux modalités d'appréciation qui lui sont soumises.

652. Les clauses relatives à la résolution des litiges. Les clauses de règlement des litiges, dont la fonction doit être clairement dissociée du rapport d'obligation, laissent aux parties la liberté de prévoir les modalités de résolution des litiges¹⁴²⁰ susceptibles de naître relativement à la convention. Une division devait également être opérée au sein de cette catégorie fonctionnelle entre les clauses capables d'influencer le prononcé judiciaire des sanctions et celles organisant l'éviction contractuelle de l'autorité judiciaire. Dans ces deux ensembles, la contractualisation des sanctions et des modes de résolution des litiges s'articule également autour de clauses de référence, à travers lesquelles l'appréciation du respect de la volonté des parties devait déterminer le régime juridique applicable.

653. Contribution à une théorie générale des clauses. Inventorier exhaustivement les clauses sans proposer des éléments propres à fonder un régime juridique par catégorie fonctionnelle aurait retiré tout intérêt scientifique à cette étude. Or, non définitivement close, cette classification recèle des pistes de réflexion nécessitant d'être complétées, précisées, affinées afin d'identifier toutes les normes, règles et principes communs aux innombrables clauses nées ou à naître. L'élaboration d'un régime commun par catégorie devait néanmoins constituer l'étape préalable et indispensable à une tentative de théorisation des clauses contractuelles. La mise en lumière des modalités d'application, des manifestations et particularités ressortant des clauses d'une même catégorie a ainsi permis de contribuer à une théorie générale¹⁴²¹ des clauses contractuelles, ou du moins d'un droit commun adapté aux clauses, annonciateur d'un régime général des clauses. Le recensement des principales règles communément applicables à l'ensemble des clauses du contrat a alors participé à dégager les conditions essentielles de leur validité. La généralisation de règles formalistes attachées tant à

¹⁴²⁰ L. Cadiet, *Les clauses relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses dans les contrats conclus entre professionnels*, colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence, PUAM 17-18 mai 1990 p.193 ; *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, in *Le contrat : Questions d'actualité*, Rencontres LPA 2000, n°90 p.23 ; P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *art. préc.* p.785.

¹⁴²¹ La dénomination de « théorie générale des clauses contractuelles » a été préférée tout au long de cette étude à celle de « théorie générale de la clause contractuelle » car cette recherche se réduit aux clauses insérées dans les contrats de droit privé et non à toutes les clauses pouvant naître de la diversité des actes juridiques. Adopté le pluriel permet ainsi de cantonner l'analyse à un angle de vue privatiste, évitant alors de prôner de façon illusoire une systématisation des clauses, transposable en droit public.

la localisation des clauses, dans ou hors du contrat, qu'à leur formulation imprime les exigences de cohérence devant être respectées. Destinées à encadrer leurs aspects formels, ces règles ont alors permis de faire apparaître des indicateurs de l'existence du consentement donné par les contractants. La démonstration de la valeur contractuelle attribuable à toutes les clauses couchées dans l'acte ainsi que leur vocation à pénétrer l'économie générale du contrat ont, quant à elles, révélé l'importance de toutes les clauses quel que soit leur objet. Toutes les clauses contractuelles sont donc susceptibles d'interférer sur la loi et la nature du contrat.

Enfin, l'existence d'une cause dont seraient, selon une majorité de la doctrine, pourvues toutes les clauses du contrat a pu être réfutée. Il a ainsi été démontré que les clauses ne peuvent contenir une cause propre renvoyant, par effet miroir, à l'objet d'une clause réciproquement concédé par le cocontractant. Chaque clause rattachée ou non à une obligation principale appartient à l'ensemble des engagements souscrits par chaque contractant. La clause ne peut donc être animée d'une cause propre mais doit être appréciée en considération du contenu du contrat à travers son économie générale.

654. Réforme du droit des contrats. L'implication du droit des contrats dans une théorie générale des clauses ne serait être remis en cause par le récent projet de réforme du droit des contrats¹⁴²², conçu par le gouvernement, et à la source de quelques nouveautés. Favorable aux échanges économiques¹⁴²³ et à la protection des contractants faibles¹⁴²⁴, cette réforme n'est pas pour autant annonciatrice de profonds bouleversements. La disparition annoncée de la

¹⁴²² D. Mazeaud, *Droit des contrats : réforme à l'horizon ! D.* 6 février 2014, n°5 p.291.

¹⁴²³ Art. 71 du projet de réforme relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures : « Dans les contrats-cadres et les contrats à exécution successive il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation ». Al.2 « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à réviser le prix en considération notamment des usages des prix du marché ou des atteintes légitimes des parties, ou à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

¹⁴²⁴ Art. 50 : « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse », art. 77 : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Al.2 « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation » ; art. 104 : persiste dans le refus de la révision judiciaire du contrat pour imprévision et impose une obligation de renégocier au nom de la bonne foi, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ». Al.2 « En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

cause doit être relativisée dans la mesure où sa portée et ses fonctions seront conservées. Ses fonctions de protection de l'intérêt privé et de l'intérêt général seront maintenues sous des termes différents¹⁴²⁵. Rebaptisée, remplacée, compensée, la cause reste indispensable à parer les dangers futurs et à remédier aux déséquilibres et incohérences contractuels. Sa flexibilité en fait un instrument central du juge au service du contrat, permettant en outre de favoriser une judiciarisation¹⁴²⁶ affichée par la réforme, dans le respect de la justice contractuelle et de l'efficacité économique du droit. Assurant la codification des apports jurisprudentiels et doctrinaux de ces dernières décennies, cette réforme vise à moderniser le droit des contrats tout en assurant l'esprit du code¹⁴²⁷ et ne peut dès lors constituer un frein à l'élaboration de règles communes aux clauses contractuelles, prises en contemplation du droit commun des contrats.

655. Un droit commun adapté aux clauses contractuelles. Toutes les clauses répondent donc à des conditions de validité et à des règles communes permettant d'établir un régime général des clauses. Toutefois, il ne peut s'agir d'un troisième niveau de règles indépendantes du droit des contrats, des contrats spéciaux et plus généralement du droit des obligations. Le défaut de cause propre à chaque clause les asservit à l'existence d'un contrat et par là même aux obligations qui le composent, dont elles ne sont que les accessoires. Considérées comme autonomes, les clauses compromissaires ou encore de non-concurrence, bien que leurs effets en dépassent les frontières, ne peuvent pour autant constituer un contrat indépendant, dans la mesure où leur existence reste pleinement subordonnée à celle du contrat qui les renferme. Soumises au même régime général, la singularité de ces clauses peut s'expliquer par la fonction particulière qu'elles exercent au sein du contrat. Les sources des clauses et leurs fondements se présentent donc principalement comme une transposition de celles et ceux applicables en matière de contrat. Elles restent liées au contrat dont elles contribuent à préciser le régime juridique. Réunissant une multitude de sources de droits applicables, les

¹⁴²⁵ Article 75 : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, lors de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

¹⁴²⁶ Art. 72 : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier à charge pour lui d'en justifier le montant. A défaut d'accord, le débiteur peut saisir le juge afin qu'il fixe le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ou des attentes légitimes des parties » ; art. 136 : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur ».

¹⁴²⁷ D. Mazeaud, *art. préc. spéc.* p.292.

clauses contractuelles nourrissent également une pluridisciplinarité des règles permettant leur application à de nombreuses matières du droit.

Des sanctions particulières se sont néanmoins développées au contact des clauses contractuelles. L'étude de ces dernières a alors contribué à affiner le droit des sanctions qui s'est enrichi de techniques nouvelles telles que la nullité partielle, le réputé non écrit et plus récemment le réputé partiellement non écrit. Cependant, cette adaptation des sanctions peut encore être avancée au soutien d'une politique de maintien du contrat. Si traditionnellement le juge pratiquait une politique du « tout ou rien », il tend aujourd'hui à privilégier des sanctions favorisant l'exécution du contrat. On assiste alors à une inversion des rapports entre la nullité totale et la nullité partielle. L'intrication des clauses et du contrat est, ici encore, nettement perceptible.

L'apport d'une étude relative aux clauses contractuelles devait permettre de proposer une vision générale d'éléments teintés d'une forte hétérogénéité. Cette diversité est cependant capable de se fondre dans une même unité. L'ambivalence des clauses contractuelles méritait d'être appréhendée. Des adjonctions et adaptations au régime général proposé devront certes être apportées au fil du temps, résonnant ainsi comme une invitation permanente à la réflexion.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, Ouvrages généraux

ATIAS (Ch.)

Précis élémentaire de contentieux contractuel, PUAM 2006, 3^{ème} éd.

AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.)

Droit international privé, Economica 2013, 7^{ème} éd.

BENABENT (A.)

Droit civil, Les obligations, Montchrestien 2012, 13^{ème} éd.

BEUDANT (R.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.)

Cours de droit civil français, t. XII par R. Rodière 1952.

BERGEL (J-L.)

Théorie générale du droit, Dalloz, Méthode du droit 2012, 5^{ème} éd.

BOURDELOIS (B.)

Droit civil, Les contrats spéciaux, Dalloz 2012, 2^{ème} éd.

CABRILLAC (M.)

Droit des sûretés, Litec 2010, 9^{ème} éd.

CADIET (L.) & JEULAND (E.)

Droit judiciaire privé, Litec 2013, 8^{ème} éd.

CARBONNIER (J.)

Droit civil, vol.2 PUF 2004.

Droit civil, Introduction, PUF 2002, 27^{ème} éd.

Droit civil, t.4, Les obligations, PUF 2000, 22^{ème} éd.

CAPITANT (H.), TERRE (Fr.), LEQUETTE (Y.)

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t.II Dalloz 2008, 12^{ème} éd.

CATALA (P.)

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Documentation française, coll. Rapport 2006

CORNU (G.)

Linguistique juridique, Domat droit privé, Montchrestien 2005, 3^{ème} éd.

Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2013, 10^{ème} éd.

CORNU (G.) & FOYER (J.)

Procédure civile, PUF 1998, 4^{ème} éd.

DABIN (J.)

Théorie générale du droit, Dalloz 1969, 2^{ème} éd.

DEMOGUE (R.)

Traité des obligations, t.3, 1931.

Traité des obligations en général, Arthur Rousseau 1923-1931, t.6.

DEVEZE (J.), COURET (A.), HIRIGOYEN (G.)

Lamy droit du financement 2014.

FENOUILLET (D.), MALINVAUD (Ph.) et MEKKI (M.)

Droit des obligations, LexisNexis 2014, 13^{ème} éd.

FLOUR (J.), J-L. AUBERT (J-L.) & SAVAUX (E.)

Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, Dalloz 2012, 15^{ème} éd.

Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique, Dalloz 2011 14^{ème} éd.

FLOUR (J.), AUBERT (J-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.),

Le rapport d'obligation, A. Colin 2011, 7^{ème} éd.

GAUDEMET (E.)

Théorie générale des obligations 1937, rééd. Dalloz 2004 Présentation de D. Mazeaud.

GAVALDA (Ch.) et J. STOUFFLET (J.)

Droit bancaire, Litec 2014, 9^{ème} éd.

GHESTIN (J.)

Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 2013, 4^{ème} éd.

Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ 2001, 3^{ème} éd.

Droit civil, Les obligations, Le contrat LGDJ 1988, 2^{ème} éd..

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLAU (M.)

Les effets du contrat, LGDJ 2001, 3^{ème} éd.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) avec le concours de M. Fabre-Magnan

Introduction générale, LGDJ 1994, 4^{ème} éd.

GUINCHARD (S.)

Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz 2012, 7^{ème} éd.

Droit processuel, Droits fondamentaux du procès, Dalloz 2013, 7^{ème} éd.

GUINCHARD (S.), BANDRAC (M.) LAGARDE (X.), DOUCHY (M.)

Droit processuel, Précis Dalloz 2001, 2^{ème} éd.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C.)

Droit processuel : Droits fondamentaux du procès, Dalloz 2013, 7^{ème} éd.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.)

Procédure civile, Dalloz 2013, 3^{ème} éd.

Procédure civile, Droit interne droit communautaire, Dalloz 2012, 31^{ème} éd.

GOUCHEZ (G.)

Procédure civile, Dalloz 2010, 16^{ème} éd.

HERON (J.) & LE BARS (Th.)

Droit judiciaire privé, Montchrestien 2012, 5^{ème} éd.

HUET (J.)

Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ – Lextenso 2012, 3^{ème} éd.

LACHIEZE (Ch.)

Droit des contrats, Ellipses 2012, 3^{ème} éd.

LARROUMET (Ch.)

Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Economica 2014, t.3, 7^{ème} éd.

Droit civil, Les obligations, Le contrat, Conditions de formation, t.3 Economica 2007, 6^{ème} éd.

Droit civil, Les obligations, Le contrat, Effets, Economica 2007, 6^{ème} éd.

LEGEAIS (D.)

Sûretés et garanties du crédit, LGDJ 2013, 9^{ème} éd.

MAINGUY (D.)

Les contrats spéciaux, Dalloz 2014, 8^{ème} éd.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P-Y.)

Les contrats spéciaux, LGDJ 2014, 7^{ème} éd.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Droit civil, Les obligations, LGDJ 2014, 7^{ème} éd.

MARTY (G.) & RAYNAUD (P.)

Droit civil, Les obligations t.1 Les sources, Sirey 1988, 2^{ème} éd.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (Ph.)

Droit civil, Les obligations, t.II *Le régime*, Sirey 1989, 2^{ème} éd.

MAZEAUD (A.)

Droit du travail, LGDJ 2014, 9^{ème} éd.

MAZEAUD (V, H, L, J.) & CHABAS (G.)

Leçons de droit civil, t.2 vol.1, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien 1998, 9^{ème} éd.

MERCADAL (B-A.)

Droit commercial, *Mémento pratique Francis Lefebvre* 2014, 22^{ème} éd.

MOUSSERON (J-M.), J. RAYNARD (J.) et SEUBE (J-B.)
Technique contractuelle, Francis Lefebvre 2010, 4^{ème} éd.

PLANIOL (M.)
Traité élémentaire de droit civil, t.2 LGDJ 1946, 2^{ème} éd.

PUIG (P.)
Contrats spéciaux, Dalloz 2013, 5^{ème} éd.

RIFFARD (J-F.)
Droit des suretés, LexiFac droit, Bréal 2014, 3^{ème} éd.

RIPERT (G.) et J. BOULANGER (J.)
Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t.2 LGDJ 1959.
Traité de droit civil, t.II, *Obligations et droits réels*, Paris LGDJ 1957.

ROLAND (H.) et BOYER (L.)
Adages du droit français, Litec 1999, 4^{ème} éd.

ROMI (R.)
Droit de l'environnement, LGDJ 2014, 8^{ème} éd.

SERIAUX (A.)
Manuel de droit des obligations, PUF 2014, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.)
Droit civil, Les obligations, t.3 Régime général, Litec 1999, 6^{ème} éd.
Droit civil, Les obligations, 2. Contrat, Litec 1998, 6^{ème} éd.
Obligations, vol.1, Responsabilité délictuelle, Litec 1996, 5^{ème} éd.

SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), PELISSIER (J.)
Droit du travail, Précis Dalloz 2008, 24^{ème} éd.

TERRE (Fr.)
Introduction générale au droit, Dalloz 2012, 9^{ème} éd.
Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2008.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)
Droit civil, Les obligations, Dalloz 2013, 11^{ème} éd.

VAN LANG (A.)
Droit de l'environnement, PUF 2011, 3^{ème} éd.

II. Ouvrages spéciaux, Monographies, Thèses

AL ACHKAR (R.)

Clause de hardship et clause d'amiable composition, Thèse Paris II, 2010.

AMIEL-COSME (L.)

La théorie institutionnelle du réseau, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon LGDJ 2003.

AMIEL-DOMAT (J.)

La clause de non-concurrence en droit du travail, Litec, Paris 1988.

ANCEL (P.) & RIVIER (M-C)

Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica 2001.

ANTONMATTEI (P-H.)

Les clauses du contrat, coll. Droit vivant 2005, 2^{ème} éd. Liaisons.

Contribution à l'étude de la force majeure, Thèse Montpellier, LGDJ 1992.

ARBANT-MICHEL (G.)

Les relations entre les clauses et le contrat, Thèse Montpellier, LGDJ 2001.

ARNAUD (A-J.)

Les origines doctrinales du Code civil français, Thèse Strasbourg, LGDJ 1969.

ARSAC-RIBEYROLLES (A.)

Essai sur la notion d'économie du contrat, Thèse Clermont1 2005.

AUBERT (J-L)

Le contrat, Dalloz coll. Connaissance du droit 1996.

AUBRY (H.)

L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Paris IX, PUAM 2002.

AUVERNY-BENNETOT (J.)

La théorie de l'imprévision : droit privé, droit administratif, dr. ouvrier, Thèse Paris, Sirey 1938.

AYNES (L.)

L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français, Thèse Paris II, Economica 1983.

AZEMA (J.)

La durée des contrats successifs, Thèse Lyon, LGDJ 1969.

BARBIER (H.)

La liberté de prendre des risques, Thèse Aix-en-Provence, PUAM 2011.

BASTIEN (M.)

La clause d'exclusivité, Thèse Versailles Saint Quentin en Yvelines 2000.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSIMY (G.)

Les contrats de la distribution, LGDJ 2001, 2^{ème} éd.

BERLIOZ (G.)

Le contrat d'adhésion, Thèse Paris II, LGDJ 1976.

BESSON (Ch.)

La force obligatoire du contrat et les changements de circonstances, Thèse Lausanne 1955.

BIGOT (J.)

Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance Vol 3, LGDJ 2002.

BLANC-JOUVAN (G.)

L'après contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, Thèse Paris II, PUAM 2003.

BLANCHIN (C.)

L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, Thèse Paris, LDGJ 1995.

BLANCHIN (C.)

L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ? LDGJ 1995.

BLOCK (G.)

Les fins de non recevoir en procédure civile, Bruyant et LGDJ 2002.

BOFFA (R.)

La destination de la chose, Thèse Montpellier I, Defrénois 2008.

BOLARD (G.)

Les garanties du procès civil, in *Droit et pratique de la procédure civile* (ss dir. S. Guinchard), Dalloz Action 2006, 5^{ème} éd. n°2306 et s.

BOURETZ (S.)

Obligation de non-concurrence et reponsabilité civile, Mémoire de DEA, Paris 1992.

BOURSIER (M-E.)

Le principe de loyauté en droit processuel, Thèse Paris, Dalloz 2003.

BRICKS (H.)

Les clauses abusives, Thèse Montpellier, LGDJ 1982.

BROS (S.)

L'interdépendance contractuelle, Thèse Paris II, 2001.

BIBLIOGRAPHIE

BRUN (Ph.)

Responsabilité civile extracontractuelle, LexisNexis 2014, 3^{ème} éd.
La présomption dans le droit de la responsabilité civile, Thèse Grenoble II, 1993.

BRUTTIN (J.)

La clause dite de séquestre et de nantissement du prix, Thèse Paris X, 1991.

BUFFELAN-LANORE (Y.)

Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, Thèse Paris, LGDJ 1963.

BUY (Fr.)

L'organisation contractuelle du spectacle sportif, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 2002.

CAPITANT (H.)

De la cause des obligations, Paris 2012, éd. de la Mémoire du droit.

CARBONNIER (J.)

Droit et passion du droit sous la V^{ème} République, Flammarion 1996.
Sociologie juridique, PUF, Quadrige 1994.

CASEAU-ROCHE (C.)

Les obligations post-contractuelles, Thèse Paris I, 2001.

CAUMES (Cl.)

L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, Thèse Avignon 2010.

CELICE (B.)

Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, Thèse Paris, LGDJ 1968.

CERMOLACCE (A.)

Cause et exécution du contrat, Thèse Aix Marseille III, PUAM 2001.

CESARO (J-Fr.)

Le doute en droit privé, Thèse Paris Panthéon-Assas, LGDJ 2003.

CHAABAN (R.)

Essai sur la caducité des actes juridiques en droit civil, Thèse Paris, LGDJ 2006.

CHAGNY (M.)

Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz 2004.

CHANTEPIE (G.)

La lésion, Thèse Paris I, LGDJ 2006.

CHASSERY (H.)

La clause compromissoire en droit interne, Thèse Montpellier I, 1975.

CHENEDE (Fr.)

Les commutations en droit privé, Thèse Paris II, Economica 2008.

CHEVALIER (P.), DESDEVISES (Y.), MILBURN (Ph.)

Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française Paris 2003.

COCURAL (M.)

Etude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français, Thèse Toulouse, 1933.

COIPEL-CORDONNIER (N.)

Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, Thèse Paris, LGDJ 1999.

CONVERT (L.)

L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, Etude de droit comparé Angleterre, Espagne, France, préface B. Saintourens, Thèse Bordeaux LGDJ 2003.

CORNESSE (I.)

La proportionnalité en droit du travail, Thèse Paris, Litec 2001.

COURDIER (A-S.)

Le solidarisme contractuel, Thèse Dijon, 2003.

CUMYN (M.)

Essai sur les nullités et l'inexistence, Thèse Paris I, LGDJ 1993.

DANIS-FATOME (A.)

Apparence et contrat, Thèse Paris I, LGDJ 2004.

DEBILY (E.)

L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, Thèse Poitiers 2002.

DE LY (F.)

Les clauses de résiliation dans les contrats internationaux, Paris 1997.

DELEBECQUE (Ph.)

Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse Aix Marseille III, 1981.

DEMTCHINSKY (N.)

La clause de conciliation, Thèse Paris XIII, 2008.

DERAINS (Y.) & GHESTION (J.)

La vente internationale et les Incoterms, Thèse Paris, LGDJ 1990.

DEREUX (G.)

De l'interprétation des actes juridiques privés, Thèse Paris, Rousseau 1905.

DESBARATS (I.), JAZOTTES (G.) et VIDALENS (V.)

Entreprise et développement durable, Lamy coll. Axe droit 2011.

DESCAUDIN (Ch.)

Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Thèse Cergy-Pontoise 2009.

DEVÈZE (J.)

Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse Toulouse 1980.

DROSS (W.)

Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, Litec 2011, 2^{ème} éd.

Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé, Litec 2010.

DURAND (P-J.)

Les conventions d'irresponsabilité, thèse Paris 1931.

DURRY (G.)

Le solidarisme contractuel en droit des assurances, mythe ou réalité, Publi. Dir. L. Grynbaum et M. Nicod *Economica* 2004.

DURKHEIM (E.)

La division du contrat social, 1893 réimp. PUF, Quadrige 1998.

DUVERGER (M.)

Méthodes des sciences sociales, PUF 1963, 3^{ème} éd.

EL-AHDAB (J.)

La clause compromissaire et les tiers, Thèse Paris I, 2003.

FABRE-MAGNAN (M.)

De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, Thèse Paris I, LGDJ 1992.

FAGES (B.)

Le comportement du contractant, Thèse Aix Marseille III, PUAM 1997.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Thèse Paris II, LGDJ 1996.

FAVRE ROCHEX (A.) et COURTIEU (G.)

Le droit du contrat d'assurance terrestre, Thèse Paris, LGDJ 1998.

FINCK (M.)

Dol et faute lourde en matière de responsabilité contractuelle, Thèse Grenoble 1961.

FIN-LANGER (L.)

L'équilibre contractuel, Thèse Orléans, LGDJ 2002.

GAILLARD (E.)

Le pouvoir en droit privé, Economica 1985.

GAUDEMET (S.)

La clause réputée non écrite, Thèse Paris, Economica 2006.

GAUDEMET-TALLON (H.)

La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Thèse Paris, Dalloz 1965.

GAUDU (F.) et R. VATINET (R.)

Les contrats du travail, Paris LGDJ, 2001.

GAUTIER (M.)

Les clauses de rendement, Thèse Lyon III, 2011.

GENICON (Th.)

La résolution du contrat pour inexécution, Thèse Paris II, LGDJ 2007.

GENY (Fr.)

Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif, Paris 1932, LGDJ 2^{ème} éd.

GHESTIN (J.)

Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ 2006.

GOMY (M.)

Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence, Thèse Perpignan 1997.

GOUNOT (E.)

Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse Dijon 1912.

GOUT (O.)

Le juge et l'annulation du contrat, Thèse Saint Etienne, PUAM 1999.

GRIMALDI (C.)

Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation, Thèse Paris II, Defrénois 2006.

GROSSER (P.)

Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, Thèse Paris I, 2000.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)

Nullité, restitutions et responsabilité, Thèse Paris I, LGDJ 1992.

HEUZE (V.)

La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes, préf. De P. Lagarde, GLN éditions 1990.

BIBLIOGRAPHIE

HELLERINGER (G.)

Les clauses du contrat, Essai de typologie, Thèse Paris I, LGDJ 2011.

HOUSSARD (E.)

Des obligations du vendeur en droit romain, Thèse Paris, A. Derenne 1875.

HOUTCIEFF (D.)

Le principe de cohérence en matière contractuelle, Thèse Aix-en-Provence, PUAM 2001.

JACQUES (Ph.)

Regards sur l'article 1135 du Code civil, Thèse Paris XII, Dalloz 2005.

JAPIOT (R.)

Des nullités en matières d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle, thèse Dijon 1909.

JARROSSON (Ch.)

La notion d'arbitrage, Thèse Paris II, LGDJ 1987.

JOSSERAND (L.)

Essai de téléologie juridique, I, de l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit, Dalloz 1939, 2^{ème} éd.

KANT (E.)

Critique de la raison pratique, Trad. Picavert PUF 1960.

Fondements de la métaphysique des mœurs, Trad. Delbos, Paris Vrin 1980.

KARIMI (A.)

Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, Thèse Strasbourg 3, LGDJ 2001.

KERBOURC'H (J-Y.)

Clauses de non-concurrence, Paris Lamy 2004.

KULLMANN (J.)

L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé, Thèse microfiche 1987.

LABARTHE (F.)

La notion de documents contractuels, thèse Paris, LGDJ 1994.

LAGARDE (X.)

Réflexion critique sur le droit de la preuve, Thèse Paris, LGDJ 1994.

LAHANA (M.)

Vers une théorie générale des clauses en droit des contrats, Thèse Paris II, 2008.

LAITHIER (Y-M.)

Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat, Thèse Paris I, LGDJ 2004.

LAMOUREUX (M.)

L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : Recherche sur un possible imperium des contractants, t.1 et 2, Thèse Aix Marseille III, PUAM 2006.

LARROUMET (C.)

Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse Bordeaux 1968.

LEDOUBLE (D.)

L'entreprise et le contrat, Thèse Rennes, Litec 1980.

LE GAC-PECH (S.)

La proportionnalité en droit privé des contrats, Thèse Paris, LGDJ 2000.

LEGEAIS (R.)

Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations, Thèse Poitiers, LGDJ 1955.

LEGROS (C.)

L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes, Thèse dactyl. Rouen 1999.

LEQUETTE (S.)

Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat, Thèse Paris II, Economica 2012.

LE TOURNEAU (Ph.)

Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz actions 2007.
Les contrats de franchisage, Litec 2003.

LICARI (F-X.)

La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, Thèse Starsbourg III, Litec 2002.

LONIS-APOKOURASTOS (V.)

La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 2003.

LOUIS-LUCAS (P.)

Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé, Thèse Dijon 1918.

LUCAS-PUGET (A.-S.)

Essai sur la notion d'objet du contrat, Thèse Nantes, LGDJ 2005.

MALAURIE (Ph.)

Anthologie de la pensée juridique, éd. Cujas 2001, 2^{ème} éd.

MALINVAUD (Ph.)

Droit des obligations, Litec 2005, 9^{ème} éd.

BIBLIOGRAPHIE

MALEVILLE (M-H.)

Pratique de l'interprétation des contrats, Etude jurisprudentielle Rouen 1991.

MANGIN (A.)

Portée et réalité de la distinction entre la faute lourde et la faute inexcusable, Thèse Paris I, 1991.

MARTIN (A-C.)

L'imputation des risques entre contractants, Thèse Paris, LGDJ 2009.

MARTY (R.)

De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse Paris II 1995.

MASRON (J.),

L'abus de droit en matière de contrat, Thèse Paris 1935.

MATHIEU (B.)

La clause d'exclusivité, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines 2000.

MAZEAUD (D.)

La notion de clause pénale, Thèse Paris XII 1990.

MAZEAUD (D.) et JAMIN (Ch.) (sous dir.)

La nouvelle crise du contrat, Dalloz 2003.

MEKKI (M.)

L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Thèse Paris I, LGDJ 2004.

MESTRE (J.) et J-C. RODA (J-C.)

Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso coll. Les intégrales 2011.

MIGNON-COLOMBET(A.)

L'exécution forcée en droit des sociétés, Thèse Paris I, Economica 2004.

MORVAN (P.),

Le principe de droit privé, éd. Panthéon Assas, Coll. Droit privé 1999.

MOTULSKY (H.)

Principe d'une réalisation méthodique de droit privé, Sirey 1948 rééd. Dalloz 1991.

MOUIAL-BASSILANA (E.)

Du renouveau de la cause à droit des contrats, Essai de mise en lumière d'une cause objective des contrats, Thèse Nice-Sophia-Antipolis 2003, microfiches.

MOURY (J.)

Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du code de procédure civile, Thèse microfiche Lille 3, 1987.

NAMOUR (F.)

Les clauses de secret, Thèse Montpellier 1992.

NIBOYET (J-P.), BOURQUIN (M.) VERDROSS (A.) (et al.)

La théorie de l'autonomie de la volonté, Paris Hachette 1928.

NORMAND (J.)

Le juge et le litige, Thèse Lille, LGDJ 1965.

OVERSTAKE (J-F.)

Essai de classification des contrats spéciaux, Thèse Bordeaux, LGDJ 1966.

PANCRAZI-TIAN (M-E.)

La protection judiciaire du lien contractuel, Thèse Aix-marseille, PUAM 1996.

PAULIN (Ch.)

La clause résolutoire, Thèse Paris I, LGDJ 1996.

PELLE (S.)

La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrat, Thèse Paris II, Nouvelle Bibliothèque de Thèses Dalloz 2007.

PELLERIN (J.)

Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants, Thèse dactyl. Paris II 1979.

PELLETIER (C.)

La caducité des actes juridiques en droit privé français, l'Harmattan 2004.

PELOUX (P.)

L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat, Thèse Paris II 1997.

PEREZ-DOURDOU (C.)

La règle supplétive, Thèse Paris1, LGDJ 2004.

PETEL-TEYSSIE (I.)

Les durées d'efficacité du contrat, Thèse Montpellier 1984.

PICOD (Y.)

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse Dijon, LGDJ 1990.

PIETTE (G.)

La correction du contrat, Thèse Pau, PUAM 2004.

PIMONT (S.)

L'économie du contrat, Thèse Poitiers, PUF 2004.

PINCZON DU SEL DES MONTS (V.)

L'évolution de la clause de non-concurrence en droit du travail, Mémoire de DEA, Nantes 1996.

BIBLIOGRAPHIE

PORCHEROT (E.)

De l'abus de droit, Thèse Dijon 1901.

POSOCCO (L.)

La clause compromissaire, Contribution à l'étude sur l'arbitrabilité des litiges, Thèse Toulouse I capitole 2011.

RADULESCO (D-G.)

Abus des droits en matière contractuelle, Contribution à l'étude synthétique de l'abus, thèse Paris 1935.

RAFFRAY (R.)

La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Thèse Bordeaux IV, Dalloz 2011.

RANOUIL (V.)

L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept, PUF Paris 1980.

RAYNAUD (J.)

Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse Aix en Provence, PUAM 2003.

REIGNE (Ph.)

La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, thèse Paris II 1993.

RIPERT (G.)

La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, 4^{ème} éd.

ROCHFELD (J.)

Cause et type de contrat, Thèse Paris I, LGDJ 1999.

ROLAND (H.) et BOYER (L.)

Adages du droit français, Litec 1999, 4^{ème} éd.

ROMANO (S.)

L'ordre juridique, traduction de la 2^{ème} éd. de « *l'Ordinamento giuridico* », par L. François et P. Gothot Dalloz coll. Philosophie du droit 1975, rééd. mars 2002

RONGERE (P.)

Le procédé de l'acte-type, Thèse Paris, LGDJ 1968.

ROUHETTE (G.)

Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris 1965.

SALEM (H.)

Les clauses sanctionnant l'inexécution d'une obligation contractuelle, Thèse Paris II 2005.

SAVAUX (E.)

La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, Thèse Paris, LGDJ 1997.

SAVELLI (B.)

L'exercice illicite d'une activité professionnelle, Thèse Aix Marseille III 1994.

SERRA (Y.)

L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats, Thèse Montpellier 1968.

SESCIOREANO (G-M.)

L'indivisibilité et les contrats, Paris Litec 1999.

Des conventions sur la preuve de la libération du débiteur, Thèse Paris 1920.

SEUBE (J-B.)

L'indivisibilité et les actes juridiques, Litec coll. Bibl. Dr entr. 1999.

SIMLER (Ph.)

La nullité partielle des actes juridiques, Thèse Strasbourg III, LGDJ 1969.

SIMON (A.)

L'ordre public en droit privé, Thèse Rennes 1941.

SIRI (R.)

Essai d'une théorie générale des clauses contractuelles, Thèse Aix Marseille III 2011.

STARCK (B.)

Essai d'une théorie générale sur la responsabilité civile considérée en son double fondement de garantie et de peine privée, Paris éd. Rostein 1947.

STOFFEL-MUNCK (R.)

L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Thèse Aix Marseille III, LGDJ 2000

Regards sur la théorie de l'imprévision, PUAM 1994.

SUPIOT (S.)

Critiques du droit du travail, Essai, PUF coll. Quadrige 2002.

TERRE (Fr.)

L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse Paris 1957.

TEYSSIÈ (B.)

Les groupes de contrats, Thèse Montpellier I, LGDJ 1975.

THIBIERGE (L.)

Le contrat face à l'imprévu, Thèse Paris, Economica 2011.

TUNC (A.)

Le contrat de garde, Thèse Paris 1941.

VALETTE (L.)

La clause de traitement égal, dite Pari Passu, Thèse Paris IX 1999.

BIBLIOGRAPHIE

VALORY (S.)

La potestativité dans les relations contractuelles, Thèse Aix-Marseille III, PUAM 1999.

VOIRIN (P.)

De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse Nancy 1922.

VIRASSIMY (G.)

Les contrats de dépendance, Thèse Paris I, LGDJ 1986.

WICKER (G.)

Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, Thèse Perpignan, LGDJ 1997.

III. Articles de doctrine, Mélanges et Colloques

AGOSTINI (E.)

L'argument a contrario, *D.* 1978 chron. p.149 et s. spéc. n°3.

AMMAR (D.)

Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, *RTD civ.* 1993 p.499.

AMRANI MEKKI (S.)

Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, *Defrénois* 30 mars 2002, n°6 p.355.

ANCEL (P.)

L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation, *D.* 29 mai 2003, n°21 p.1386.

Arbitrage et novation, *Rev. arb.* janvier 2002, n°1 p.3.

L'encadrement de la juridiction par le contrat, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001, Etude n°10.

Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ. oct-déc 1999* p.771.

Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, *Cah. dr. entr.* janvier 1998, n°3.

ANCEL (P.) & COTTIN (M.)

L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation, *D.* 29 mai 2003 n°21 p.1386.

ANCEL (P.) et WINTGEN (R.)

La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français, *RDC juillet 2006*, n°3 p.897 spéc. n°20.

ANSAULT (J-J.)

Droit des sûretés et droit des sociétés, *RLDC* décembre 2013, n°110 p.38.

ANTONMATTEI (P-H.)

Les clauses du contrat sous haute surveillance, *Liaisons sociales*, novembre 2000 p.74.

ARCELIN (L.)

Régime des clauses de non-concurrence lorsque l'employeur ou bien le cédant d'un fonds libéral cesse son activité, *JCP E* 27 septembre 2007, n°39.

ASTEGIANO- LA RIZZA (A.)

Assurances de personnes : assurance emprunteurs, *RGDA* avril 2009, n°2009-2 p.529.

Assurances en générale : documents contractuels, *RGDA* janvier 2009, n°2009-1 p.107.

Assurances en général : preuve, *RGDA* janvier 2009, n°2009-1 p.127.

ATIAS (Ch.)

Exécution et efficacité des actes juridiques, *D.* 10 octobre 2013, n°34 p.2288
Nul ne peut se prévaloir, *D.* 27 mai 1999, n°20 p.218.

AUBERT (J-L.)

Les relations entre bailleurs et locataires en droit français, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris LGDJ, 1996, p.168.

AUBERT (M.)

J-L. Aubert, La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, *D.* 28 avril 2005, n°17 p.1115 et s.
A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, *RTD civ.* avril 1993, n°2 p.263.

AUBERT DE VINCELLES (C.)

Droit des technologies avancées : clause limitative de responsabilité, la Cour de cassation tranche dans l'affaire Oracle, *Gaz. Pal.* 23 octobre 2010, n°296 p.32.
Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles, *RDC juillet 2008*, n°3 p.1034.
Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, *RDC juillet 2007*, n°3 p.983.

AUBERT DE VINCELLES (C.) & ROCHFELD (J.)

Les apports de l'Acquis communautaire » au cadre commun de référence, *RTD eur.* octobre 2008, n°4 p.741.

AUBRY (M-Ch.)

Retour sur la caducité en matière contractuelle, *RTD civ.* octobre 2012, n°4 p.625.

AUDIT (M.)

Crédits transfrontaliers : quelle est la loi applicable, *D.* 26 novembre 2006, n°40 p.2798.

AUGAGNEUR (L-M.)

Clauses de non-concurrence : une pour tous...ou pas du tout, *RLDA octobre 2007*, n°20.

AUGUET (Y.)

Validité de la clause de non-concurrence souscrite par un sous-traitant, *D.* 2002 p.1266.
Au nom de la cause(...), vive la généralisation du critère de proportionnalité !
Dr. & Pat mars 2001, n°91 p.33.

AUNE (A-C.)

Le fait du prince en droit privé, *RLDC mars 2008*, n°47 p.71.

AUZERO (G.)

La clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application, *Lexbase Hebdo éd. soc.* 29 juin 2006, n°221.

AYNES (L.)

L'imprévision en droit privé, *RJC septembre 2005*, n°5 p.397 et s.

AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Décembre 2004 - juin 2005 : embellie pour la sécurité des affaires, *Dr. & Pat octobre 2005*, n°141 p.90.

AZZI (T.)

La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I, *D. septembre 2008*, n°31 p.2169.

BAC (A.)

De la construction du contrat à la qualification par le juge, *JCP E 10 mai 2001*, n°19, 790.

BAILLOD (R.)

A propos des clauses réputées non écrites, in Mélanges Boyer 1996 p.15.

BAKOUCHE (D.)

L'efficacité des clauses limitatives de responsabilité à l'épreuve de la faute dolosive et de la faute lourde, *Lexbase Hebdo 17 avril 2008*, n°301.

Retour sur le domaine d'application de la protection contre les clauses abusives, *LexBase Hebdo édit. Affaires 14 avril 2005*, n°163.

Pour une belle illustration des règles relatives à l'interprétation des contrats, *Lexbase Hebdo 13 février 2003*, n°58.

BARANGER (S.)

Du nouveau sur les clauses de référence, *Gaz. Pal. 1981*, n°1 doct. 181.

BARBIERI (J-J.)

Pour une théorie spéciale des relations contractuelles, *RDC avril 2006*, n°2 p.621.

L'omission n'est pas impossible : Du paradoxe de l'acte processuel manqué, *BMIS mars 2003*, n°3 p.345.

BARNAUD (C.)

Variations autour de l'évolution jurisprudentielle des clauses limitatives de réparation, *LPA 30 septembre 2010*, n°195 p.6.

BATIFFOL (H.)

Question de l'interprétation juridique, in *L'interprétation dans le droit*, APD 1972 p.27.

BEAL (S.)

Nullité d'une clause de non-concurrence ne prévoyant de contrepartie financière qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, *JCP E 21 septembre 2006*, 2380 n°38.

BEDDELEEM (C.)

La durée des baux, *ann. loyers mai 2008*, n°5 p.835.

BEGUIN (J.)

La conciliation et la médiation : La Cour de cassation consacre la force obligatoire de la clause de "médiation", *JCP E 24 décembre 2009*, n°50.

Le bon usage de l'arbitrage, *JCP G 29 juin 2009*, n°27.

L'arbitre amiable compositeur qui ne statue pas conformément au droit est présumé statuer en équité, *JCP G 12 décembre 2007*, n°50.

BEGUIN (J.) & ORTSCHIEDT (J.)

Les dix commandements du président d'un tribunal arbitral interne ad'hoc, *JCP G 7 juin 2010*, n°23, 1210.

BEGUIN (J.), ORTSCHIEDT (J.) et SERAGLINI (Ch.)

Un second souffle pour l'arbitrage – Arbitrage international – A propos du décret du 13 janvier 2011, *JCP G 18 avril 2011*, n°16, 467.

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

Bilan de l'activité récente de la Commission des clauses abusives, *RLDA septembre 2006*, n°8.

BEIGNIER (B.)

La validité des clauses de réclamation dans les contrats d'assurances de responsabilité en droit français, *RLDC juillet-août 2003* p.57.

Ordre public et compétence, Mélanges Boyer 1996 p.99 et s.

BELLIVIER (F.), SEFTON-GREEN (R.)

Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, Études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.91.

BENABENT (A.)

Les difficultés de la recodification, Les contrats spéciaux, in *Le code civil 1804-2004*, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec 2004, n°245 spéc. p.250 et s.

BERGEL (J-L.)

Différence de nature égale différence de régime, *RTD civ. 1984*, n°3 p.255.

BERJOT (X.)

La convention de procédure participative, nouveau mode alternatif de résolution des litiges, *Lexbase hebdo 7 juillet 2011*, n°447.

BERNHEIM (L.)

Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation : la fin des incertitudes, *LPA 14 mars 2003*, n°51 p.13.

BEYNEIX (I.)

Clause de non-concurrence, *JCP S 27 mars 2007*, n°13, 1207.

BEZIAN (B.)

Clause de mobilité : la loyauté se présume, *Option Finance 21 mars 2005*, n°826 p.32.

BILLOT (Ph.) et PONTIER (J-N.)

Brèves réflexions sur certaines clauses de renonciation, *RD banc. et fin. septembre 2001*, n°5 p.331.

BINET (J-R.)

De la fausse cause, *RTD civ. septembre 2004*, n°4 p.655 et s.

BISMUTH (Y.)

Les clauses types dans les contrats informatiques : le surgelé contractuel, *Cah. dr. entr. juillet 2008*, n°4 p.44.

BLANC (Gu.)

Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel – De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques, *JCP E 20 novembre 1997*, 707 n°47.

BLONDEL (PH.)

Actes du Colloque sur "le nouveau code de procédure civile, vingt ans après", 11-12 décembre 1997 - *La Doc. française*, n°144 p.103 et s.

BLOUET PATIN (A-L.)

Présentation de la loi du 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires-Dispositions relatives aux avocats, *Lexbase Hebdo 3 février 2011*, n°62.

BOCCARA (B.)

Définir l'indexation, *JCP G 1985*, I, 3187.
Le clair et l'obscur, *JCP G 1978*, I, 2910.

BOFFA (R.)

Cause, caducité, indivisibilité ; un bel ensemble notionnel, *D. 2 novembre 2006*, n°38 p.2656.

BOILLOT (Ch.)

La convention de procédure participative, *RLDA mars 2011*, n°58 p.55.
L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires, *RTD com. avril 2010* n°2 p.243.

BOLARD (G.)

Les principes directeurs du procès arbitral, *Rev. arb. juillet 2004*, n°3 p.511.
La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits, *JCP G 5 novembre 1997*, II, 22944 n°45.

BOLLEE (S.)

La clause compromissoire et le droit commun des conventions, *Rev. arb. octobre 2005*, n°4 p.917.

BONNET (V.)

Sanction de la fraude, nullité ou inopposabilité, *D. 25 juillet 2002*, n°28 p.2217.

BORE (J.)

Un centenaire, le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *RTD civ.* 1972 p.249.

BOUAZIZ (P.) et GOULET (I.)

A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité, *Dr. soc.* juin 2005, n°6 p.634.

BOULARD (H.)

L'expérience versaillaise de l'amiable composition, *Gaz. Pal.* 1995, II, p.1328.

BOUTONNET (M.)

Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats, *RDC juillet 2012*, n°3 p.932.

La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile, *D.* 27 novembre 2008, n°41 p.2916.

BOUTONNET (M.) & MEKKI (M.)

Contrats et développement durable, *RDC juillet 2012*, n°3 p.907.

La coloration environnementale des obligations contractuelles, *RDC octobre 2012*, n°4 p.1305.

Le contrat de bail confronté au droit des déchets, *RDC avril 2013*, n°2 p.651.

BOY (L.)

Les utilités du contrat, *LPA 10 septembre 1997*, n°109 p.3 et s. spéc. p.11.

BRETHER De La GRESSAYE (J.)

De la connaissance de la pratique du Droit et de ses difficultés, *D.* 1952 chron. p.89.

BROS (S.)

Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 9 avril 2009, n°14 p.960.

BROUILLAUD (J-P.)

Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire, *D.* 1997 p.234.

BROUSSOLLE (Y.)

Réforme de l'arbitrage : Le décret du 13 janvier 2011, *LPA 6 avril 2011*, n°68 p.15.

BRUGUIERE (J-M.) et GLEIZE (B.)

« La clause statutaire ». Une pratique professionnelle en quête de repère, *D.* 26 novembre 2009, n°41 p.2760.

BUGADA (A.)

Le contentieux de la clause de non-concurrence au travers des chambres sociales et commerciales, *D.* 2004 p.1154.

BUREAU (D.)

L'extension conventionnelle d'un statut impératif, contribution du droit international privé à la théorie du contrat, Mélanges Ph. Malaurie, Liber amicorum, Defrénois 2005 p.125.

BURGARD (M.)

L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat, *LPA* 22 septembre 2010, n°189 p.7.

BUY (Fr.)

Recodifier le droit du cautionnement, A propos su Rapport sur la réforme de droit des sûretés, *RLDC juillet* 2005, n°18 p.27.

L'interdépendance contractuelle à l'honneur, *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 673.

BUY (M.), DELEBECQUE (Ph.) et alii

Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA, Aix en Provence 28 mai 1993 organisé par l'institut de droit des affaires.

CABRILLAC (R.)

Le projet de réforme du droit des contrats, Premières impressions, *JCP G* octobre 2008, I, 190.

Les accessoires de la créance, in Etudes dédiées à A. Weill, Dalloz 1983 n°107.

Remarques sur théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse 1978 p.235 et s.

CACHARD (O.)

La connexité s'apprécie au jour où le juge statue et non au jour de la saisine de la juridiction, *Droit maritime français* avril 2010, n°713 p.277.

La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulée dans les connaissements, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon 2008 p.1989 spéc. n°4.

CADIET (L.)

La preuve, in *La procédure civile mondialisée*, sous dir. De Fr. Ferrand, éd. juridiques et techniques 2004 spéc. p.119 et s.

L'effet processuel des clauses de médiation, *RDC* décembre 2003, n°1 p.182.

Les accords sur la juridiction dans le procès, in *Le conventionnel et le juridictionnel*, Economica 2001 p.34 et s.

Une justice contractuelle, l'autre, Mélanges J. Ghestin 2001 p.177.

Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, in *Le contrat : Questions d'actualité*, Rencontres LPA 2000, n°90 p.23.

Liberté des conventions et clause relatives au règlement des litiges, *LPA* 5 mai 2000, n°90 p.30.

Les jeux du contrat et du procès : esquisse, Mélanges G. Farjat, philosophie du droit et droit économique : quel dialogue, éd. frison-Roche 1999 p.23 spéc. n°15 p.29.

Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in *Les principales clauses conclus entre professionnelles*, Colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990 PUAM p.193 et s. spéc. n°38 et s. p.211 et s.

Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987 p.7.

CALAIS-AULOY (J.)

L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, *RTD com mars 1998* n°1 p.117.

L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ avril 1994*, n°2 p.245.

CALVEYRA (E.) et TOURNOIS (M.)

La requalification du bail dérogatoire en bail soumis au statut des baux commerciaux, *Gaz. Pal. 5 août 2008*, n°218 p.6.

CANUT (F.)

Clause de non-concurrence et responsabilité civile de l'employeur, *JCP S 18 juillet 2006*, 1575.

CAPITANT (H)

De la cause des obligations, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz 2005 p.117.

Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, Travaux de l'Association Capitant t.V 1949 p.285 et s.

CAPRIOLI (E.)

Les flux transfrontaliers des données à caractère personnel en matière bancaire, *RD banc. et fin. janvier 2010*, n°1 p.72.

CARBONNIER (J.)

Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, sous dir. Ch. Pérelman et R. Van der Elst, Travaux du CNRI, Bruylant 1984 p.99.

CARDOSOT-ROULIOT (N.)

L'avant-projet de réforme du droit des obligations, une consécration en demie teinte des obligations essentielles, *Rev. rech. Juridique, Droit prospectif juillet 2007*, n°3 p.1197.

CARRE (St.)

La confidentialité dans le règlement amiable des litiges, *LPA 5 aout 1994*, n°93 p.17 et *LPA 8 aout 1994*, n°94 p.7.

Les conditions d'exercice du métier de chauffeur routier et l'alternative du contrat de transport, *JCP E 27 juin 2002*, n°26.

CARVAL (S.)

La faute lourde permettant d'écarter les plafonds légaux et contractuels : persistance de la définition étroite, *RDC juillet 2009*, n°2009/3 p.1044.

Clauses limitatives de responsabilité et droit commun, *RDC octobre 2006*, n°4 p.1224.

CEDRAS (J.)

L'obligation de négociateur, *RTD com. 1985* p.265 et 284.

CERMOLACCE (A.)

La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement, *RLDC février 2009* n°57 p.7.

Etat des lieux des actions oblique et paulienne, *LPA 25 janvier 2008*, n°19 p.5.

CESARO (J-F.)

A propos de la substitution d'une clause de non-concurrence à une clause d'exclusivité, *JCP S 4 décembre 2007*, n°49, 1939.

CASSIN (R.)

Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, *RTD civ. 1945* p.160 et s. spéc. p.177.

CEVAER (E.)

La réserve de propriété, pourquoi s'en priver ? *LPA 19 mai 2011*, n°99 p.20.

CHABAS (Fr.)

Troubles anormaux de voisinage, *Dr. & Pat décembre 2002*, n°110 p.81.

CHABOT (G.)

Circulation et séparabilité de la clause compromissoire, *RLDC septembre 2004*, n°8 p.55.

CHALVIGNAC (Fr.)

Clause pénale et dépôt de garantie : un cumul délicat, *JCP I 10 mars 2000*, n°10.

CHAPUT (Y.)

Les clauses de garantie, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990 *PUAM 1990* p.119 spéc.

CHARVERIAT (A.)

Clause de garantie de passif, *Option Finance 15 octobre 2007*, n°951 p.40.

CHAUVOT (M.)

La titrisation s'adapte aux besoins des entreprises, *Option Finance 22 juillet 2002*, n°699 p.14.

CHAZAL (J-P.)

Contrats, *RDC avril 2004*, n°2.

Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ?, *RDC avril 2004*, n°2 p.237.

De la théorie générale à la théorie critique du contrat, *RDC décembre 2003*, n°1 p.27.

CHEMIN-BOMBEN (D.)

TEG : l'art et la manière de le mentionner ou, à défaut, de le dénoncer, *RLDA juillet 2007*, n°18 p.40.

CHÉNEDÉ (Fr.)

Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles, *RDC avril 2011*, n°2 p.709.

BIBLIOGRAPHIE

CHENU (D.)

L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011, *LPA 21 avril*, n°79 p.3.

CHONE (A-S.)

Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, *LPA 24 décembre 2010*, n°256 p.7.

CLARET (H.), PAISANT (G.)

Validité de la clause de renvoi d'une police multirisque habitation au regard du droit commun, *JCP G 25 septembre 1996, II*, 22694 n°39.

CLAY (Th.)

Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, *D. 22 décembre 2011*, n°44 p.3023.

Chronique de droit judiciaire privé, *JCP G 23 mars 2005, I*, n°12.

Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? *D. 2003* p.2471.

COLBEAUX (J.)

Clauses de non-concurrence : les contrecoups d'un revirement, *Les cahiers du DRH 14 mars 2003*, n°77.

COLLARD DUTILLEUL (F.)

La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens, *RDC avril 2006*, n°2 p.604.

COLLIN (F.)

Le droit social du dirigeant d'entreprise, *Dr. soc. juillet 2005*, n°7 p.7.

CORRIGNAN-CARSIN (D.)

La modification de l'organisation contractuelle du travail par l'employeur est une modification du contrat de travail, *JCP G 26 juillet 2006*, n°30, 1524.

Evaluation de la contrepartie financière en cas de respect partiel de la clause de non-concurrence, *JCP G 18 juin 2003*, n°25, 1162.

COTTEREAU (V.)

La clause réputée non écrite, *JCP G 21 juillet 1993, I*, n°28, 3691.

COURET (A.)

Indétermination du prix : nouvelle jurisprudence, *Dr. & Pat. janvier 1996*, n°34 p.48.

COZIAN (M.)

Des risques encourus à négliger l'immatriculation d'une société, *LPA 9 janvier 2001*, n°6 p.3.

COZIAN (M.) et GUTMANN (D.)

Optimisation fiscale et choix de la bonne clause contractuelle, *JCP E 4 janvier 2001*, n°1.

CUPERLIER (O.)

Une nouvelle avancée de la médiation ?, *JCP G* 22 juin 2009, n°26, 43.

DAILLE-DUCLOS (B.)

Clauses limitatives de responsabilité - un nouvel avenir ? *JCP E* 23 septembre 2010, n°38.

DAMY (G.)

La clause de non-concurrence dans les relations de travail, *JCP E* 3 janvier 2008, n°1 p.37.

DAVIN (M.)

La modification des clauses types des contrats d'assurance dommages-ouvrage, *Droit immobilier* 10 mars 1998 p.166.

DEFFAINS (B.) et S. FERREY (S.)

Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, *RTD civ.* octobre 2010, n°4 p.719.

DELEBECQUE (Ph.)

La constitution d'une sûreté sur un bien frappé d'une indisponibilité conventionnelle, *RLDA* octobre 2013, n°86 p.85.

Prérogative contractuelle et obligation essentielle, *RDC* 1^{er} avril 2011, n°2 p.681.

Trente ans de droit des contrats en France et en Angleterre, *LPA* 11 septembre 2008, n°183 p.10.

Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? *RDC* juillet 2008, n°3 p.979

Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature, *Dr. & pat.* mai 2004, n°126 p.57.

Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, *LPA* 5 mai 2000, n°90 p.22.

L'anéantissement unilatéral du contrat, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud *Economica* 1999 p.62.

Clausula, clausulae, clausularum, in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz 1999 p.33 et s.

Les clauses de responsabilité in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17 et 18 mai 1990, *PUAM* 1990 p.177 et s.

DELOBEL (C.)

Clause de renonciation anticipée et obligation essentielle, *JCP G* 21 novembre 2011, n°47, 2280.

DELPECH (X.)

Arbitrage juridictionnel : existence d'un litige, *D.* 13 janvier 2011, n°2 p.88.

Clause limitative de responsabilité : le manquement à l'obligation essentielle chasse la faute lourde, *D.* 28 juin 2007, n°25 p.1720.

Opposabilité des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes, *D.* 15 janvier 2009, n°2 p.89.

BIBLIOGRAPHIE

DELVOLVE (P.)

Trente ans d'arbitrage, *LPA 11 septembre 2008*, n°183 p.16.

Contentieux : Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif, *Rev. Française de droit administratif avril 1997*, n°2 p.349.

DE LY (F.)

La pratique de la rédaction des contrats internationaux, *Rev. de droit des affaires international, juin 2002*, n°3 p.461.

DEPADT-SEBAG (Y.)

Les conventions sur la preuve, in *La preuve* sous dir. C. Puigelier, Economica coll. Etudes juridiques 2004 p.13 et s.

DIESBECQ (A.), ROUSSEL GALLE (Ph.)

La prévision et le droit des entreprises en difficulté, *Gaz. Pal. 29 décembre 2010* n°363 p.8.

DIDIER (P.)

Brèves notes sur le contrat organisation, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, PUF, J.-Cl. 1999 p.635 et s.

DION (N.)

La responsabilité de l'exploitant d'un parc de stationnement souterrain, *D. 6 avril 1995*, n°14 p.214.

DJOUDI (J.)

Validité des clauses de déchéances des polices, *RD banc. 5 septembre 2009*, n°5 comm.162.

DOCKES (E.)

De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Etudes J. Pélissier, Dalloz 2004 p.203.

DOIREAU (S.)

La théorie de l'imprévision peut être...mais certainement pas pour ce qui a été prévu, *RLDC mai 2004*, n°5 p.11.

DONDERO (B.), HASCHKE-DOURNAUX (M.), SYLVESTRE (S.)

Les agences de notation, *Actes Prat. & Ingénierie Soc. novembre 2004*, n°78 p.5.

DOUAOUI (M-D.)

Les garanties procesuelles fondamentales des parties dans le mini trial, *RDAI août 2000*, n°5 p.599.

DOUCHY (M.)

Le décret numéro 98-1221 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) : L'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. Coulon, *Gaz. Pal. 13 juin 1999*, n°164 p.14.

DOUCHY-OUDOT (M.)

Activité judiciaire en matière familiale, *Procédures janvier 2011*, n°1 p.21.
L'office du juge, Mélanges G. Goubeaux, Dalloz 2009 p.99.

DUBERTRET (M.)

Le transfert d'informations d'ordre économique ou à caractère personnel, *Banque et Droit janvier 2010*, n°129 p.3.

DUBOUT (H.)

La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises, *BMIS juin 2004*, n°6 p.891.

DUMONT (J-L.) & LOEPER (P.)

2^{ème} thème : les clauses contractuelles débordant du cadre strict des articles 1592 et 1844-4 du Code civil et 3^{ème} thème : la mise en application des clauses contractuelles et statutaires, définissant la méthodologie d'évaluation, Colloque : La pratique de l'évaluation irrévocable à dire d'expert, *Gaz. Pal. 4 septembre 2009*, n°247 p.10 et p.15.

DUPICHOT (J.)

Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil, in Etudes offertes à J. Flour, Defrénois Paris 1979 n°3.

DURAND (P.)

La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *RTD civ. 1944* p.73.

ESCANDE-VARNIOL (M-C.)

Précisions sur le changement du lieu de travail, *D. 21 décembre 2006*, n°44 p.3041.
La sophistication des clauses du contrat de travail, *Dr. ouvrier décembre 1997* n°591 p.478.

FABRE (R.)

Les nouvelles conditions générales de vente d'achat, *cah. dr. entr. nov-déc 2005*, n°6.

FABRE-MAGNAN (M.)

Réforme du droit des contrats : un très bon projet, *JCP G 22 octobre 2008*, I, 199 (entretien).
Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ. janvier 1996*, n°1 p.85.

FADLALLAH (I) & BAUDE-TEXIDOR (C.)

L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire, *D. 13 mars 2003*, n°11 chron. p.750.

FAGES (B.)

L'art et la manière de rédiger le contrat, *Dr. & Pat. juin 1999*, n°72 p.82.
Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions, *LPA 6 mai 1998*, n°54 p.39.

FAUGEROLAS (L.)

La subordination des créances, Mélanges J. Derrupé, Litec 1991.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

L'interprétation du contrat : observations comparatives, *RDC avril 2007*, n°2 p.481.

FAVENNEC-HERY (F.)

Tempête sur la clause de non-concurrence, *Sem. Soc. lamy 21 octobre 2002*, n°1094.
Les incidences de la nouvelle jurisprudence sur la clause de non-concurrence, *Sem. soc. lamy 21 octobre 2002* p.6.

FAVRE ROCHEX (A.)

Assurances général : contrat, *RGDA octobre 1998*, n°1998-4 p.692.

FERRIER (D.)

Preuve et contrat, in Mélanges M. Cabrillac Litec 1999 p.105 et s.

FLECHEUX (G.)

Renaissance de la notion de bonne foi et de la loyauté dans le droit des contrats, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001 p.341.

FLORES (Ph.) et BIARDEAUD (G.)

L'office du juge et le crédit à la consommation, *D. octobre 2009*, n°33 p.2227.

FLOUR (Y.) et GHOZI (A.)

Les conventions sur la forme, *Deffrénois 15 juillet 2000*, n°15 p.911.

FONLLADOSA (L.)

Clauses types et assurances : une insécurité juridique accrue, *RLDA avril 2001*, n°37 p.17.

Clauses types et assurances : une insécurité juridique accrue, *RLDA mars 2001*, n°71 p.1.

FONTAINE (M.)

Fertilisations croisées du droit des contrats, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ 2001 p.353.

Rapport de synthèse, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *Comparaisons franco-belges*, (dir.) J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, 1996, t. 261.

FOURGOUX (J-L.)

Clauses abusives : « les écueils à éviter », *RLDA septembre 2006*, n°8 p.72.

FRAISSINIER (V.)

Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail, *LPA 5 mars 2009*, n°46 p.102.

FRANCESCAKIS (Ph.)

Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de la clause compromissoire, *Rev. arb.* 1974 p.67.
Droit naturel et droit international privé, Mélanges offert à Jacques Maury, Paris 1960 p.138.

FRICERO (N.)

La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat, *Dr. & Pat avril 2011*, n°202 p.30.

FRISON-ROCHE (M-A.)

Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique, *RTD civ.* 1998, p.43 et s., spéc. n°16, p.49.
Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences, *LPA 8 décembre 1993*, n°147 p.14.

GAILLARD (E.) & DE LAPASSE (P.)

Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, *D. mars 20 janvier 2011*, n°3 p.175.

GALLERNE (J-F.) & RAVISY (Ph.)

Vers une analyse restrictive des clauses de non-concurrence ? Débat, *Juris. soc. lamy* 20 janvier 1998, n°6.

GANANCIA (D.)

Enjeux et perspective de la médiation au TGI de Paris, *Gaz. Pal.* 27 mai 2011, n°147 p.14.

GAUDEMET-TALLON (H.)

Le nouveau droit international privé des contrats, *RTD Euro* 1981 p.215 spéc. p.248.

GAUTIER (P-Y.)

Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux, *RDC avril 2006*, n°2 p.610.
Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? *RDC 1 décembre 2003*, n°1 p.277.

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.)

Le contrat dit le Factoring, *JCP E* 1966, I, 2044.

GAVANON (I.)

Validité des clauses limitatives de responsabilité et la salutaire nécessité d'un équilibre contractuel contrôlé par les juges, *JCP E* 17 juin 2010, n°24.

GEA (F.)

Regards sur les clauses d'indivisibilité, *Dr soc.* 9 juillet 2013, n°7-8 p.589.

GENICON (Th.)

- Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance, *D. 28 octobre 2010*, n°37 p.2485.
De la nullité partielle à la clause réputée « partiellement » non écrite, *RDC octobre 2010*, n°4 p.1199.
Conséquence de la nullité d'une clause sur le sort du contrat : les limites de la stipulation d'indivisibilité, *RDC octobre 2008*, n°4 p.1122.
Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives, *RDC juillet 2008*, n°3 p.982.
Clause limitative de réparation : l'embellie ? *RDC avril 2008*, n°2 p.262.

GHESTIN (J.)

- La définition de l'absence de cause dans les contrats consensuels de prêts, *D. 10 septembre 2009*, n°30 p.2080.
L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue, *JCP G 11 octobre 2006*, 177 n°41.
L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat, in Etudes J. Béguin Litec 2005 p.311.
L'obligation de motivation en droit des contrats, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ 2001 p.301.
La notion de contrat, *D. 1990*, chron. p.147.
L'utile et le juste dans les contrats, *D. 1982* chron.1.
L'abus dans les contrats, *Gaz. Pal. 5 mai 1981* n°383.
Force obligatoire des documents publicitaires in Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Colloque de l'Ass. Droit et Commerce des 3 et 4 juin 1978 p.229 et s. spéc. p.230.

GIRARD DE BARROS (F.)

- Quelle place pour un médiateur en matière fiscale, *Lexbase Hebdo éd. fiscale 27 mars 2003* n°64.

GLASER (Ph.)

- Le réveil des clauses limitatives de responsabilité ou l'équilibre contractuel (enfin !) respecté, *Gaz. Pal. E septembre 2010*, n°245 p.11.

GOLDMAN (B.)

- Nouvelles méthodes de règlement des litiges : rapidité et économie, *Option Finance* 13 juin 1994, n°311 p.30.

GOLDSMITH (J-C.)

- Petite et grande histoire du règlement ADR par la CCI. Son architecture, *Gaz. Pal. 14 novembre 2001*, n°318 p.36.

GOMY (M.)

- Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Thèse Perpignan 1997
L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Y. Serra, Dalloz 2006.

GORE (M.)

La rédaction du contrat, in *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^{ème} congrès des notaires de France, 17-20 mai 1998, LPA 1998 n°54 p.30.

GOUBEAUX (G.)

Leçon de cause, *RTD civ.* 15 mars 2007 p.47.

GOUT (O.)

Restauration judiciaire de la validité des clauses de pénalités de retard illicites, *D.* 4 décembre 2003, n°43 p.2914.

GOUYET (R.)

La location gérance : un mode de gestion fiscale à part entière, *JCP N* 6 juillet 2001, n°27.

GRIGUER (M.)

De la compatibilité de la Loi informatique et libertés avec les loi américaines, *Cah. dr. entr. mars* 2010, n°2 p.45.

GRILLER-PONTON (D.)

Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle, *D.* juin 2000, n°21 p.331 et *cah. dr. entr. mars* 2010, n°2 p.45.

GRIMALDI (C.)

Précisions sur les conditions de validité des clauses de responsabilité, *LPA* 8 septembre 2010, n°179 p.7.

Précisions sur la validité des conventions d'occupation précaire, *RDC* avril 2010, n°2 p.678.

Les clauses portant sur une obligation essentielle, *RDC* décembre 2008, n°4 p.1095.

Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* avril 2008, n°2 p.207.

GROUDEL (H.)

L'information de l'assuré : De nouvelles avancées ? *Resp. civile et assurances* juillet 2005, n°7 étude II.

GRYNBAUM (L.) & STOFFEL MUNCK (Ph.)

Clauses abusives dans les contrats "Orange", *Comm. com. électr.* novembre 2003, n°11 p.30.

GRYNBAUM (L.), STOFFEL MUNCK (Ph.), CHABERT (C.)

Des clauses abusives chez un fournisseur d'accès internet et télévision par câble, *Comm. com. électr.* décembre 2005, n°12 p.33.

GUERIN (G.)

De l'utilité du rappel dans un bail commercial de l'interdiction de toute sous location, *JCP N* 1987 prat. n°382.

HALLER (M-Ch.)

Mise en œuvre d'une clause de mobilité ou changement des conditions de travail : la bonne foi de l'employeur est présumée, *Jurisp. soc.* lamy 22 mars 2005, n°164 p.18.

BIBLIOGRAPHIE

« Validité-sanction » d'une clause de non-concurrence, *Jurisp. soc. Lamy* 12 novembre 2002, n°111 p.15.

La contrepartie financière devient une condition de validité de toute clause de non concurrence, *Jurisp. soc. Lamy* 10 octobre 2002 n°108 p.7.

HAUTEFORT (M.)

Les limites d'une clause d'indivisibilité en cas de travail en couple, *Juris. soc. Lamy* 20 octobre 2005, n°176 p.11.

Le lieu de travail, dans le contrat n'est, sauf exception, qu'une simple information, *Jurisp. soc. Lamy* 8 juillet 2003, n°127 p.9.

La clause de non-concurrence non conforme à la convention collective est nulle et non avenue ! *Juris. soc. Lamy* 17 février 1998 n°8.

HENRY (J.)

Réflexions sur la médiation judiciaire en matière commerciale, *Option Finance* 7 juin 2010, n°1080 p.35.

HIEZ (D.)

La nature juridique de la dation en paiement, Une modification de l'obligation aux fins du paiement, *RTD civ. avril* 2004, n°2 p.199.

HILAIRE (J.)

L'arbitrage dans la période moderne, *Rev. arb. avril* 2000, n°2 p.187 et s.

HOUSSARD (E.)

L'économie du contrat, *Rev. jur. de l'Ouest* 2002, n°1 p.7.

HOUTCIEFF (D.)

L'importance d'être constant : vers une consécration du principe de cohérence, *D.* 3 septembre 2009, n°29 p.2008.

Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant, *RDC juillet* 2008, n°3 p.1020.

Le manquement à une obligation essentielle entraîne l'éradication de la clause limitative d'indemnisation ne dérivant pas d'une source réglementaire ou législative, *JCP G 5 Septembre* 2007, II, 10145 n° 36.

La garantie autonome souscrite par une personne physique, une sureté en quête d'identité, *RLDC juil-août* 2006 p.31 et s.

HUET (J.)

Des distinctions entre les obligations, *RDC janvier* 2006, n°1 p.89.

IVAINER (Th.)

La lettre et l'esprit de la loi des parties, *JCP I* 1981 n°3023.

L'ambiguïté dans les contrats, *D.* 1976 chron. 153.

IZORCHE (M-L.)

Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique, *D.* 6 juillet 2000, n°26 p.407.

JACOTOT (D.)

Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve, in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous dir. d'E. Dockès, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, Actes 2007 p.277 et s.

JACOB (F.)

L'avenir des garanties autonomes en droit interne, in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler 2006*, Litec-Dalloz p.361 et s.

JAEGER (L.)

Vers une présomption de la bonne exécution de la mission d'amiable compositeur ?
LPA 24 mars 2008, n°60 p.14.

JALLAMION (C.)

Arbitrage et pouvoir politique du XVIIème au XIXème siècle, *Rev. arb. janvier 2005*, n°1 p.3.

JAMIN (Ch.)

Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés, *D. 29 septembre 2005*, n°34 p.2342.

Le solidarisme contractuel, une réalité, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. Dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

Clause de non-concurrence et contrat de franchise, *D. aff. 27 novembre 2003*, n°42 p.2878.

Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ. 2001 p.441.

Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Dr. & Pat mars mars 1998*, n°58 p.46.

L'essor moderne du concept contractuel, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, Mélanges F. Gény, Sirey 1934 t.II p.333.

JARROSSON (Ch.)

Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale, in *RIDC Vol 49, avril-juin 1997*, n°2 p.325.

Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in *les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *PUAM Aix-en-Provence 1990* p.141.

JAULT-SESEKE (F.)

Le règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Règlement Rome II »), *LPA 4 août 2008*, n°155 p.8.

JAMIN (Ch.), MAZEAUD (D.) et alii,

L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, Etudes juridiques, Actes du colloque 9 janvier 1998, organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne et le Centre René Demogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrat de l'Université Lille 2, sous dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud V.9, 1999.

JARROSSON (Ch.)

L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne, in L'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, Etudes A. Plantey, Paris 1995 p.223.

JEAMMAUD (A.)

Le contrat de travail une puissance moyenne, in Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes J. Pélissier, Dalloz 2004 p.299.

Les polyvalences du contrat de travail, in les transformations du droit du travail, Mélanges G. Lyon-Caen Dalloz 1989 p.299 et s. spéc. p.301.

JEANCLOS (Y.)

La pratique de l'arbitrage du XIIème siècle au XVème siècle, *Rev. arb. juillet 1999*, n°3 p.417.

JONIN (D.), KESSLER (F.)

A propos de la rédaction des clauses d'exclusion de garantie, *JCP S 9 mai 2006*, n°19.

JOSSERAND (L.)

Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTD civ. 1937*. p.1.

JOURDAN (D.)

Rédaction d'une clause de mobilité géographique, *JCP E 15 mars 2007*, n°11.

Rédaction d'une clause de non – concurrence, *JCP S 28 novembre 2006*, n°48.

KARIMI (A.)

Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, in Etudes Ph. Simler Dalloz 2006 p.587.

KERNALEGUEN (F.)

La solution conventionnelle des litiges civils, in Le droit contemporain des contrats, Economica 1997.

KLEIMAN (E.) & SPINELLI (J.)

La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité, *Gaz. Pal. 27 janvier 2011*, n°27 p.92.

KOLECK –DESAUTEL (S.)

La simple indication du lieu de travail dans le contrat n'a qu'une valeur d'information, *Lexbase hebdo 19 juin 2003*, n°76 Edit. soc.

KRAJESKI (D.)

Le changement d'activité agricole à l'épreuve de la théorie des troubles anormaux de voisinage, *Envir. février 2010*, n°2 p.26.

KULLMANN (J.)

Assurances en général : risque garanti, *RGDA juillet 2011*, n°2011-3 p.692.

Assurances en général : Contrat d'assurance, *RGDA juillet 2010*, n°2010-03 p.676.

Assurances en général : caractères très apparents, *RGDA octobre 2001*, n°2001-04 p.925.

Clauses abusives et contrat d'assurance, *RGAT janvier 1996*, n°1 p.11.

Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D. 4 mars 1993* n°9 p.59.

KUYVEN (L-F.)

La détresse de la clause d 'exception en matière contractuelle, *LPA 25 juillet 2007*, n°148 p.3.

LARROUMET (C.)

De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, *D. 9 octobre 2008*, n°35 Point de vue 2441.

LASBORDES DE VIRVILLE (V.)

Le point sur les clauses limitatives et exclusives de réparation en droit des contrats, *RLDC mai 2011*, n°82 p.7.

LAFOND (J.)

La rédaction des clauses résolutoires dans les baux commerciaux, *JCP E 26 janvier 1995*, n°4.

LAGARDE (X.)

Sur l'utilité de la théorie de la cause, *D. 15 mars 2007*, n°11 p.740.

Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique, *JCP E 27 avril 2006*, n°17, 1663.

Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *Rev. critique DIP 2006*. 331 et spéc. p.335.

Brèves réflexion sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *D. 3 novembre 2005*, n°38 p.2745.

Office du juge et ordre public de protection, *JCP G 11 avril 2001*, I, 312.

Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. arb. juillet 2001*, n°3 p.423.

L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, *Rev. arb. juillet 2000*, n°3 p.377.

LAITHIER (Y-M.)

L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français, *RDC juillet 2010*, n°3 p.1091.

Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales), *RDC octobre 2009*, n°4 p.1650.

L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après, *RDC octobre 2006*, 2006/4 p.1075.

A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, *D. 13 avril 2006*, n°15 chron. p.1003 et s.

LA MARNIERRE (E.-S.) De,

Quelques observations sur la pratique contractuelle comme source du droit positif, *JCP G 1957*, I, n°1376.

LAMOUREUX (M.)

Perspectives : la clause d'intégralité en droits français, anglais et américain, *Rev. droit civil février 2007*, n°35.

L'interprétation des contrats de consommation, *D. 23 novembre 2006*, n°41 p.2848.

LARDEUX (G.)

Rome III est mort, vive Rome III, *D. 14 juillet 2011*, n°27 p.1835.

Le droit civil hors le Code civil, *LPA 14 septembre 2005*, n°183 p.3.

LARDY-PELISSIER (B.)

Obligation de loyauté du salarié et liberté du travail, *Rev. dr. trav. mars 2010*, n°3 p.164.

LARRIBEAU-TERNEYRE (V.)

La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001 p.83 et s.

Faut-il réglementer la médiation familiale ? *JCP G. 1993*, I, 3649.

LARONDE-CLERAC (C.)

La nature toujours controversée de la responsabilité dans les chaînes contractuelles, *Contrats-conc. consom. mai 2003*, n°5 p.6.

LASBORDES DE VIRVILLE (V.)

Le point sur les clauses limitatives et exclusives de réparation en droit des contrats, *RLDC mai 2011*, n°82 p.7.

LAUDE (A.)

Le constat judiciaire des pourparlers, *RTD com. 20 octobre 1998*, n°3 p.551.

LAITHIER (Y-M.)

A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, *D. 13 avril 2006*, n°15 chron. p.1003.

La prétendue primauté de l'exécution forcée en nature, *RDC janvier 2005*, n°1 p.161.

LE BARS (B.)

La réforme du droit de l'arbitrage – Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche, *JCP G 24 janvier 2011*, n°4. 67.

LE CANNU (P.)

Quand le droit commun de la nullité fait mieux que l'inexistence, *BMIS janvier 2005*, n°1 p.114.

LEAUTE (J.)

Les contrats types, *RTD civ. 1953* p.28.

LEBEHOT (Th.)

Cadre juridique de la médiation pénale, *AJ pénal mai 2011*, n°5 p.216.

LECHARNY (J-L.), REGNER (E.), VERDUN (G.)

Observations sur le décret numéro 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'Organisation judiciaire et le Nouveau Code de Procédure civile, *Gaz. Pal.* 14 février 1999, n°45 p.2.

LECUYER (H.)

La garantie de révision de prix, *Dr. & Pat* novembre 2008, n°175 p.70.

Le contrat acte de prévision, in Mélanges Fr. Terré, Dalloz-PUF-Juris-classeur 1999 p.643 et s.

Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *LPA 30 septembre 1998*, n°117 p.31.

Redéfinir la force obligatoire du contrat ? in *Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^{ème} congrès des notaires de France, *LPA 6 mai 1998* p.1 et spéc. p.44.

LEDIEU (M-A.)

Le contrat de prestation de services informatiques, *cah. dr. entr. mars-avril 2006*, n°2 p.72.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

L'arbitrage en droit canonique, *Rev. arb. janvier 2006*, n°1 p.5.

LE DAUPHIN (H.)

Critères de la garantie autonome, *D.* 6 avril 1995, n°14 p.209.

LE GAC-PECH (S.)

La contrepartie dérisoire de la clause de non-concurrence entraîne sa nullité et non sa révision, *Gaz. Pal.* 19 juillet 2012, n°201 p.14.

La figure contractuelle en droit du travail, *D.* 22 septembre 2005, n°33 p.2250.

LE GALLOU (C.)

Erreur sur l'objet : inexistence ou nullité ? *RLDC* octobre 2013, n°108 p.15.

Violation de la clause de non-concurrence et octroi automatique des dommages - intérêts : la punition d'une violation à part, *RLDC* octobre 2007, n°42 p.6.

LEGEAIS (D.)

Obligation du franchiseur, *J-Cl. com janvier 2007* Fasc. 316.

Clause de non-concurrence, *J-Cl. com septembre 2001* Fasc.256.

LESCOT (H.)

Les clauses de non-concurrence, *RPDS mars 2006*, n°731 p.79.

Lisibilité du texte contractuel, *Assurances terrestres* Fasc. 5-1.

LE TOURNEAU (Ph.)

Droit de la responsabilité et des contrats : *Dalloz action de 2006/2007*, n°3703.

Quelques aspects de l'évolution contemporaine des contrats, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey 1985, n°35 p.366.

LEVEL (L.)

Assurance et responsabilité ; nullité de la clause exigeant que la réclamation du tiers lésé soit formulée avant l'expiration de la police, *JCP E* 27 juin 1991, I, n°26. 62.

LEVENEUR (L.)

Le sort du logement après la rupture, *Gaz. Pal.* 19 septembre 2007, n°262 p.18.

Obligation de ne pas faire : une intéressante application de l'article 1145 du Code civil, *Contrats-conc. consom.* novembre 2005, comm. 184 n°11.

Contrat de franchise : les conditions habituelles de validité d'une clause de non concurrence se doublent de conditions liées à la réglementation des ententes, *JCP E* 14 septembre 2000, n°37, 1429.

Le solidarisme contractuel : un mythe, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

LIBCHABER (R.)

Contrats et conventions, *Deffrénois* 15 juillet 2007, n°13 p.1042.

LICARI (F-X.)

La protection du distributeur intégré en droit français et allemand, *JCP E* 2003, 1838 et s.

LOCKE (J.)

Les fondements de liberté moderne de J-F. Spitz, Paris PUF 2001, compte rendu par B. Gagnon, *Politique et sociétés* vol.21, 2001 n°3.

LOISEAU (G.)

Quand l'interprétation contractuelle ne peut être brisée par la volonté des parties, *Comm. com. electr.* octobre 2013, n°10 p.28.

Le crépuscule des clauses limitatives de réparation, *RLDC* mai 2007, n°38, p.6.

LONCLE (Fr.), ROBERT (J.), PASTI (J-C.) et alii

Table ronde, *LPA* 13 décembre 2000, n°248 p.16.

LOQUIN (E.)

La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage, Note sous décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JO* n°0011 du 14 janvier 2011, p.777.

De la distinction de l'arbitrage et des institutions voisines, *RTD com.* juillet 2009, n°3 p.536.

De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un « grand arrêt » de la première chambre civile de la Cour de cassation, *D.* octobre 2007, n°4 p.677.

Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, *Rev. arb.* janvier 2006, n°2 p.323.

L'extension à l'arbitrage interne des règles applicables à l'arbitrage international, *RTD com* 1999 p.844.

LORIEUX (A.)

De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil, *Gaz. Pal.* 1996, n°2 p.1268.

LYONNET (B.)

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *Gaz. Pal.* 5 décembre 2000, n°340 p.15.

LYON-CAEN (A.)

Actualité du contrat de travail, *Dr. soc.* 1988, p.540.

MAINGUENEAU (D.)

L'interprétation des textes littéraires et des textes juridique, in *L'interprétation en droit*, Bruxelles Bruylant 1995 p.63 et s. spéc. p.71.

MAINGUY (D.)

Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D.* 5 février 2009, n°5 chron. 308.

Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, *RDC juillet 2008*, n°3 p.1030.

L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTD civ. janvier 2004*, n°1 p.1 spéc. p.18.

Conditions générales de vente et contrats-types, *J.-Cl. Contrats distribution 2002*, fasc 60 n°12.

Les clauses d'effets du contrat, *JCP E 4 novembre 1999*, n°4.

Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, Mélanges M. Cabrillac Dalloz-Litec 1999 p.165 et s.

MAINGUY (D.) & DEPINCE (E-M.)

Vers l'indemnisation de la clause de non-concurrence, *RLDC mars 2008*, n°47 p.6.

MAINGUY (D.) & SEUBE (J-B.)

La transmission de la clause compromissaire dans les chaînes de contrats, *JCP E 19 juillet 2001*, n°29, 1238.

MAKOWSKI (S.)

Clause de mobilité : étendue des pouvoirs de l'employeur, *Option Finance 6 juin 2006*, n°886 p.36.

MALAUURIE (Ph.)

Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats, *JCP G 29 octobre 2008*, I, 204.

Le droit civil français des contrats à la fin du XXème siècle, in Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999 p.191.

MALAUURIE-VIGNAL (M.)

En l'absence même de préjudice établi, la violation d'une clause de non réinstallation engage la responsabilité contractuelle de son auteur, *Contrats-conc. consom. octobre 2007*, comm. 263 n°10.

Conditions de validité d'une clause de non-sollicitation, *Contrats-conc. consom. octobre 2007*, comm. 248 n°10.

Distinction entre concurrence active et concurrence passive et violation d'une clause de non-concurrence, *Contrats-conc. consom. juillet 2005*, comm.130 n°7.

Clause de non-concurrence – Validité, *J.-Cl. Conc – consom juin 2004*, Fasc. 110.

MALEVILLE (M-H.)

L'interprétation des contrats dix ans après, Mélanges B. Mercadal 2006, n°13 p.189.
Le langage des contrats d'assurance : perspective d'évolution, *RGAT* 1994, p.733.

MALEVILLE-COSTEDOAT (M-H.)

L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence, *RLDC octobre 2007*, n°42 p.63.
Le point sur la confusion entre cautionnements et garanties autonomes : du contentieux de la qualification à la prévention, *JCP E* 2002, n°1117 p.1233.
Pathologies des clauses compromissaires, *RDAI/IBLJ janvier 2000*, n°1 p.61.
Assurances en général : contrats d'assurance, *RGDA janvier 1999*, n°1999-1 p.96.
Le langage des contrats d'assurance : perspectives d'évolution, *RGAT juillet 1994*, n°3 p.733.
Police d'assurance : les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction, *RGAT juillet 1993*, n°3 p.512.

MALINVAUD (Ph.)

De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité, Mélanges Fr. Terré, *Dalloz PUF, J-Cl. 1999* p.689 et s.

F. MANTILLA ESPINOSA (F.)

L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien, *RDC juillet 2010*, n°3 p.1047

MARTEL (D.)

De la casuistique dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail, *JCP G* 30 mai 2011, n°22, 664.

MARINO (L.)

Le contrat ne meurt pas en France, *JCP G* 12 mars 1997,II, n°11. 22800.

MARTEL (D.)

Haro sur les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution, *D.* 11 juillet 2013, n°25 p.1728.

MARTIN-CUENOT (S.)

La sanction pécuniaire de la violation de la clause de non-concurrence, *Lexbase Hebdo* 13 mars 2003 n°62.

MARTINET (L.) et H. de ROUX (H.)

Mise en échec des clauses de divisibilité : un recul net de la liberté contractuelle, *LPA* juillet 2013, n°130 p.7.

MATHEY (N.)

Mentions obligatoires de l'offre de prêt : TEG, RD banc. et fin. *novembre 2010*, n°6 p.87.
Clause de non-concurrence, *Contrats-conc. consom.* février 2008, comm. 38 n°2.

MATHIEU-BOUYSSOU (M-E.)

La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, *JCP G* 12 mars 2003, I, 116 n°4 et s.

MAUGERI (V.)

Clause de garantie de passif et obligation d'information préalable, *RLDC* octobre 2010, n°64 p.15.

De la force obligatoire de la clause de médiation, *RLDC* juin 2009, n°61 p.13.

MAURY (J.)

De l'indivisibilité entre les obligations et le contrat, *RTD civ.* avril 1994, n°2 p.255.

MAYER (P.)

Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. arb.* juin 1998, n°2 p.359.

MAZEAUD (D.)

Droit des contrats : réforme à l'horizon ! *D.* 6 février 2014, n°5 p.291.

Groupes de contrat : liberté contractuelle et réalité économique, *D.* 24 février 2011, n°8 p.566.

Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga, *D.* 29 juillet 2010, n°28 p.1832.

Clauses limitatives de réparation – les quatre saisons : *D.* 3 juillet 2008, n°26 p.1776.

Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! *D.* 30 octobre 2008, n°38 chron. 2675.

Les conventions portant sur la réparation, *RDC* janvier 2007, n°1 p.149.

La politique contractuelle de la Cour de cassation, in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges Ph. Jestaz, Dalloz 2006 p.371 et s.

Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche..., *D.* 28 septembre 2006, n°33 p.2288.

La confiance légitime et l'estoppel, *RIDC* juin 2006, n°2 p.363 et s.

La révision du contrat, *LPA* 30 juin 2005, n°11 p.4.

Exécution des contrats préparatoires, *RDC* janvier 2005, n°1 p.61.

Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », *LPA* 7 mai 2004, n°92 p.47.

La cause in 1804-2004, *Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz. 2004 p.451.

Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle, *Dr. soc.* janvier 2004, n°1 p.77.

La fausse cause, *RDC* décembre 2003, n°1 p.39.

Le nouvel ordre contractuel, *RDC* décembre 2003, n°1 p.295.

Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? in *La nouvelle crise du contrat*, ss la dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz 2003.

Les vices de la protection du consentement du consommateur, *D.* 3 janvier 2002, n°1 p.71.

Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'hommage à Fr. Terré, Dalloz 1999.

BIBLIOGRAPHIE

Proportionnalité en droit social, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998 n°117 p.64.

L'attraction du droit de la consommation, *RTD com. mars 1998*, n°1 p.95 et s. spéc. n°6.

MEILHAC-REDON (G.) & MARMOZ (F.)

Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, *LPA* 29 décembre 2000, n°260 p.12

MEIZEAUD-GARAUD (M-Ch.)

La conception objective de la faute lourde n'a pas disparu, *LPA* 26 octobre 2006, n°214 p.18.

MEKKI (M.)

Quand la « réparation en nature » l'emporte sur « la réparation par équivalent », *Gaz. Pal.* 6 juin 2013, n°157 p.17.

Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits, *JCP G* 6 décembre 2010, n°49 doct. 1219.

Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision, *JCP G* 13 décembre 2010, n°50 doct. 1257.

Les clauses aménageant la phase post-contractuelle, in *Remédier aux défaillances du contrat*, sous dir. S. Le Gac-Pech, Contrats & Patrimoine 2010 éd. Larcier.

La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^{ème} partie), *RDC* avril 2009, n°2 p.453.

Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *RDC* janvier 2010, n°1 p.383.

Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (articles 15 à 18), *LPA* 12 février 2009, n°31 p.103.

La gestion contractuelle du risque de la preuve (2^{ème} partie), *RDC* avril 2009, n°2 p.453.

Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1^{ère} partie), *RDC* juillet 2008, n°3 p.681.

La cessation de l'illicite comme remède à l'inexécution du contrat, *JCP E* 28 juin 2007, n°28, 1823

La théorie du contrat, le nouvel essor du concept de la clause contractuelle (2^{ème}) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* avril 2007, 2007/2 p.239.

Le nouvel essor de clause contractuelle (2^{ème} partie) : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC* avril 2007, n°2 p.239.

Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie), *RDC* octobre 2006, n°4 p.1051.

Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, *RDC* juillet 2006, n°3 p.679.

Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, *RDC* avril 2006, n°2 p.297.

Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? *Rev. de dr. trav.* novembre 2006, n°5 p.292.

Contrats à durée déterminée et tacite reconduction, *D.* 23 février 2006, n°8 p.587.

Le salarié doit démontrer que la décision de faire jouer la clause de mobilité a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, *JCP G 14 décembre 2005*, II, n°50, 10177.

MEL (J.)

A défaut de précisions conventionnelles, la renonciation à la clause de non concurrence doit intervenir dans un délai raisonnable à compter de la prise d'acte, *JCP E 11 octobre 2007*, 2247 n°41.

MERCADAL (B-A.)

Regards sur le droit des transports, in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz 1981.

MESTRE (J.)

L'exigence de cohérence, *RJC. mai-juin 2011*, n°3 p.221.

Impression d'ensemble ou force de détails ? *RLDC 2007* Editorial p.3.

La résiliation unilatérale sans motif et... sans abus, *RTD Civ. avril 2006*, n°2 p.314.

Des relations post-contractuelles, *RTD civ. 1997*, n°4 p.311.

Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 91, spéc., p.93.

Les clauses d'avenir, in *Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17 et 18 mai 1990, PUAM 1990, p.160 s., spéc. p.164 s.

L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier PUF 1986 p.40.

L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier PUF 1986 p.41.

MESTRE (J.), FAGES (B.)

Obligations en général, *RTD civ janvier/mars 2006*, n°1 p.112.

Obligations en général, *RTD civ avril-juin 2006*, n°2 p.308.

Le doute profite au consommateur, *RTD civ 2003* p.292.

Obligations et contrats spéciaux, *RTD civ juill-sept. 1998* p.668.

MICHA GOUDET (R.)

Clauses attributives de compétence dans les contrats passés au nom et pour le compte de la société en formation, *D. 17 avril 1997*, n°16 chron. p.121 et s. spéc. p.121.

MIGUET (J.)

Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, *Mélanges P. Hébraud, 1981* p.567 et s.

MILBURN (Ph.)

La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? *Les cahiers de la justice janvier 2006*, n°1 p.113.

MISSAOUI (K.)

La validité des clauses aménageant la garantie des vices cachés dans la vente internationale de marchandises, *JCP G 1996*, n°17-18.

MOLFESSIS (N.)

Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, in colloque, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., *LPA 30 septembre 1998*, n°20, p.27.

MONEGER (J.)

L'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux emporte la nullité d'une clause contraire relative à la forme du congé en fin de bail (à propos des baux de résidence de tourisme), *JCP E 11 juillet 2002*, 1080 n°28.

MONTERAN (Th.)

Le respect des clauses contractuelles de médiation, *Gaz. Pal. 30 mars 2003*, n°89 p.8.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)

Nullité d'une clause de non-rétablissement disproportionnée par rapport à sa finalité, *JCP E 10 juillet 2003*, n°28, 1074.

MORAND (M.)

Quel contenu à la clause de mobilité, *Sem. soc. lamy 26 décembre 2006* n°1288.
La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel, *Sem. soc. lamy 16 juin 2003*, n°1127.

MOREAU de BELLAING (L.)

Le solidarisme et ses commentaires actuels, in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF 1992 p.85.

MOREAU (B.) et DEGOS (L.)

La clause compromissoire réhabilitée, *Chronique d'une réforme annoncée*, *Gaz. Pal. 14 juin 2001*, n°165 p.6.

MORET-BAILLY (J.)

Les stipulations de constatation, *RRJ avril 2001*, n°2/1 p.489.

MOTULSKY (H.)

Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 ; *D. 1972*, chron. p.102.
La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, *D. 1964* p.235.

MOULY (J.)

Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel Le berry : L'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire, pour un revirement de jurisprudence, *Dr. soc. novembre 2002*, n°11 p.955.
Les suites de la jurisprudence Hôtel Le Berry : à propos d'un dixième anniversaire, *Dr. soc. mai 2008*, n°5 p.537.
L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français, in *Mélanges en honneur à André Breton et Fernand Derrida 1991*, Dalloz p.267 et s.

MOURRE (A.)

Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal. décembre 2000*, n°336 p.16.

MOURY (J.)

Une embarrassante notion : l'économie du contrat, *D. 22 juin 2000*, n°24 p.382.
De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ. avril 1994*, n°2 p.255

MOUSSERON (J-M.)

Un principe de départ : la liberté contractuelle, in de nouveaux espaces à la liberté contractuelle, *JCP E 18 mai 1995*, n°20.
La gestion des risques par le contrat, *RTD civ. 1988* p.481 et spéc. n°4 p.484.

MOUSSERON (J-M.) et SEUBE (A.)

Le contrat d'assistance et de fourniture, *D. 1973* chron. p.197.

MULON (E.)

Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale, *Gaz. Pal. 4 février 2001*, n°35 p.8.

NAJJAR (I.)

La notion d'ensemble contractuel in Mélanges offert à A. Decocq, Litec 2004 p.510.

NELTER (M-C.)

Les innovations majeures de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, *Contrats-conc. consom décembre 2005*, n°12 p.4.

NGUYEN THANH-BOURGEAIS (D.)

Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979, *D. 1984* p.91.

NIGGEMANN (Fr.) & JONGLEZ de LINGE (Fr.)

La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile, *Gaz. Pal 25 octobre 2009*, n°98 p.21.

NOGUERO (D.)

Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, *LPA 5 janvier 2010*, n°3 p.5.
Clause de renvoi et opposabilité à l'assuré des conditions générales, *Rev. dr. immo. juin 2009*, n°6 p.369.

NORMAND (J.)

Le juge et le fondement du litige, in mélanges Hébraud 1981 p.595 et s.

NOURISSAT (C.)

Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire : un nouvel horizon, *RLDA mars 2007*, n°14 p.55.
Matière contractuelle, *procédures mars 2007*, n°3 comm 62.

NUYTEN (B.)

L'exécution des contrats préparatoires à la vente d'immeubles, Point de vue d'un praticien, in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC janvier 2005, n°1 p.75.

ODEURS (V.), GEENS (N.), JAUMOTTE (M-M.)

Comment rendre opposables ses conditions générales de vente, *Indépendant & Entreprise mars 2006*.

OLIEL (H.)

Le médiateur fiscal, nouvel acteur de la procédure fiscale, *Les nouvelles fiscales mai 2003*, n°891 p.4.

OPETIT (B.)

Développement économique et développement juridique, in *Mélanges A. Sayag*, Litec 1997 p.74 et s.

L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la cause de Hardship, *Clunet 1974*, 794 n°3 p.797.

OUTIN-ADAM (A.) et S. HENRY (S.)

Les modes importés et transposés en France, *Gaz. Pal. 27 juin 2007*, n°178 p.88.

PAILLUSSEAU (J.)

Les contrats d'affaires, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, Economica 1987, préf. G. Cornu.

Les contrats d'affaires, *JCP G 1987*, I, 3275.

PANDO (A.)

Le médiateur de Bercy, une opportunité à saisir pour régler les litiges fiscaux, *LPA 2 juin 2011*, n°109 p.3

PANSIER (F-J.)

Les clauses de quotas, de résultats et d'objectifs, *Cah. soc. Barreau de Paris décembre 1999*, n°115 p.345.

PARANCE (B.)

Nouveau critère d'application de la théorie des troubles anormaux du voisinage et abandon de la notion de voisin occasionnel, *RLDC octobre 2011*, n°86 p.62.

Retour sur la théorie des troubles anormaux du voisinage, le principe de précaution et les antennes relais, *RLDC octobre 2010*, n°75 p.67.

PARLEANI (G.)

Les clauses d'exclusivité, in *les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990 PUAM p.55.

PAULIN (Ch.)

Conditions de preuve de la faute lourde du transporteur rapide écartant la limitation d'indemnisation du contrat type messagerie, *JCP E 9 novembre 2006*, n°45. 2591.

PEDAMON (M.)

Publicité-Propagande, Rapport français, Travaux de l'association Henry Capitant, Journées portugaises de Lisbonne, t. XXXII, 1981 p.105 et s. spéc. p.120 et s.

PELISIER (J.)

Responsabilité de l'assureur, *RGDA avril 2012*, n°4 p.424.

Pour un droit des clauses du contrat de travail, *RJS juillet 2005* p.499.

La détermination des éléments du contrat de travail, *Dr. ouvrier mars 2005*, n°680 p.92.

Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail, *RJS janvier 2004*, n°1 p.3.

PENNEAU (A.)

De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage, *RLDC janvier 2006*, n°23 p.15.

L'article 1134 du Code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire, *D. 6 juillet 2006*, n°26 p.1796.

PERREAU (E-H.)

Clauses manuscrites et clauses imprimées, *RTD civ. 1927*. 303 et s.

PERROCHON (F.)

L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil de la concurrence relative aux clauses de restitution des cuves, *JCP E 1987* et *Cah. dr. ent.1987* n°6 p.4.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)

Conformité à la Constitution de la théorie de la pré-occupation en matière de troubles anormaux du voisinage, *RLDC juin 2011*, n°83 p.63.

PHEBRAUD (P.)

Le juge et la jurisprudence, Mélanges offerts à P. Couzinet, Toulouse 1974, n°3 p.333.

PIETTE (G.)

La rédaction d'une garantie autonome, Conseils pratiques pour éviter la requalification du contrat, *LPA 30 juillet 2010*, n°151 p.10.

PICOT (Y.)

Appréciation des conditions de validité, *D. 2004* p.1153.

PIETRI (J-P.)

Recours pour excès de pouvoir et clauses réglementaires d'un contrat, *Contrats et Marchés juillet 2004*, n°7 comm. 151

PIGNARRE (F.)

Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influence, *RDT mars 2009*, n°3, 151.

PILLET (G.)

L'efficacité des clauses prévoyant l'exécution forcée en nature des promesses unilatérales de vente, *JCP G 10 septembre 2008*, II, n°37, 10147.

PIMONT (S.)

Un pas de plus vers la formalisation de la jurisprudence Chronopost, *RLDC novembre 2010*, n°76 p.16.

PIZZO-DELAPORTE (C.)

La clause de non-concurrence : jurisprudence récente, *Dr. soc. février 1996*, n°2 p.145.

POIVEY-LECLERCQ (H.)

La Convention de procédure participative "Un pacte de non-agression à durée déterminée", *JCP G 24 janvier 2011*, n°4. 154.

PORACCHIA (D.)

La protection juridique des secrets de l'entreprise, *Dr. & Pat. novembre 2000* p.76.
Prévision contractuelle et pérennité du contrat de concession, *RJC février 1999*, n°2 p.67.

POULIQUEN (E.)

Appréciation de la valeur d'un immeuble en matière de rescision pour lésion, *RLDC février 2013*, n°101 p.16.

POURTAU (S.)

Clause de non-concurrence : précisions sur la contrepartie financière, *RLDC mai 2007*, n°38 p.13.

PRADEL (X.)

Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, *D. 27 février 2002*, n°9 p.569.

PRIETO (C.)

En marche vers un droit européen du contrat, *Dr. & Pat avril 2003*, n°114 p.40.

PUIG (P.)

Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires, *LPA 5 mars 2009*, n°46 p.93.
Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ? *RDC octobre 2005*, n°4 p.1111.

PUIGELIER (C.)

La mention du lieu de travail dans le contrat de travail n'a que la valeur d'une information, *D. 15 janvier 2004*, n°2 p.89.

PUTMAN (E.)

Liberté contractuelle, *Dr. & Pat janvier 1999* n°67.

QUETANT (G-P.)

La clause de dédit formation est-elle révisable par le juge ? *Les cahiers du DRH 27 juillet 2001*, n°42 p.6.

RACINE (J-B.)

La consécration de l'autonomie matérielle de la clause attributive de compétence par rapport au contrat principal, *RDC janvier 2011*, n°1 p.223.

RADE (Ch.)

Commentaire de l'article 15 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne, *Lexbase Hebdo éd. soc. 4 juillet 2013*, n°534 et n°535.

Contrat de travail ; quand les clauses du contrat n'ont qu'une simple valeur informative, *RDC avril 2008*, n°2 p.393.

Clause de non-concurrence : la cour de cassation condamne le paiement anticipé de la contrepartie financière, *RDC 1^{er} juillet 2007*, n°3 p.825.

Nouvelle application de la distinction entre les clauses informative et la clause normative du contrat de travail : l'exemple de la mention du régime de prévoyance ou de retraite, *Lexbase Hebdo éd. soc. 12 juillet 2007*, n°268.

Clause de non-concurrence : la contrepartie financière a pour cause la liberté professionnelle dont le salarié a été privé, *RDC avril 2006*, n°2 p.420.

Clauses du contrat de travail, *RDC juillet 2005*, n°3 p.765.

Solidarisme contractuel en droit du travail, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. Dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

Les nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence, *RDC 1^{er} décembre 2003*, n°1 p.142.

L'application rétroactive des nouvelles conditions de validité des clauses de non-concurrence, *RDC 1^{er} décembre 2003*, n°1 p.145.

La révision judiciaire des clauses excessives, *RDC 1^{er} décembre 2003*, n°1 p.150.

La figure du contrat dans le rapport de travail, *Dr. soc. septembre 2001*, n°9 p.802.

RAFFRAY (G.)

Les clauses destinées à écarter la responsabilité du rédacteur d'acte : formules magiques ou formules appropriées ? *JCP N 4 avril 2003*, n°14, 1252.

La rédaction de l'acte de vente de fonds de commerce, *JCP I 7 février 1997*, n°6.

RAFFRAY (R.)

Application de la faute séparable de l'action individuelle, *JCP G 13 juillet 2009*, n°29, 120.

RAVENNE (S.)

De la clause de non-concurrence à la « zone de non-concurrence », *Rev. droit civil décembre 2007*, n°44 p.6.

RAY (J.)

Quel avenir pour les clauses de mobilité géographique, *Dr. soc. septembre 2011*, n°9-10 p.911.

La notion de saisine, *Dr. & Pat juin 2005*, n°138 p.74.

RAYMOND (G.)

Le solidarisme contractuel en droit de la concurrence, in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. Dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

RAYNARD (J.)

Clause compromissoire : l'arbitre et la rupture brutale des relations commerciales établies, *JCP E* 23 décembre 2010, n°51.

Clause d'exclusivité et bail commercial, *JCP E* 19 octobre 2006, 250 n°42.

Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, *RDC* avril 2006, n°2 p.597.

Application de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles à un contrat international de concession, *JCP G* 28 novembre 2001, II, n°48, 10634.

RAWACH (E.)

La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, *D.* 11 janvier 2001, n°2 p.223.

REIGNE (Ph.)

De l'absence de cause à la cause impossible, *D.* 6 novembre 1997 p.500.

La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997 p.151.

REMY (P.)

La jurisprudence des comptes spéciaux, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier 1985 p.105.

REMY-CORLAY (P.)

Le droit civil hors le Code civil, le contrat hors du Code, *LPA* 7 septembre 2005, n°178 p.4.

REMY (Ph.), MAZET (P.) et GRYNBAUM (L.)

Présentation de la notion de solidarisme, in *Le solidarisme contractuel, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, Publi. Dir. L. Grynbaum et M. Nicod Economica 2004.

RENAUD (S.)

Le bail à nourriture, entre commun et droit spécial des contrats, *LPA* 20 octobre 2008, n°210 p.6.

RENAUX-PERSONNIC (V.)

De la contractualisation à la décontractualisation possible des objectifs, *RJS* février 2001, n°2 p.99.

REROLLE (N.)

Clause de non-concurrence : pas de nécessité de mentionner la faculté de renonciation dans le contrat de travail, *Juris. soc. Lamy* 17 mai 2006 n°189.

Clause de non-concurrence : l'employeur ne peut y renoncer sans l'aval du salarié, *Juris. soc. Lamy* 22 mars 2005 n°164.

Effet d'une clause contractuelle de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie financière, *Juris. soc. Lamy* 11 mai 2004 n°145.

Renonciation à une clause contractuelle de non-concurrence : le consentement du salarié prévu par la convention s'impose, *Juris. soc. Lamy* 10 février 2004 n°139.

REJET (Th.)

L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, *RDC avril 2004*, n°2 p.579.

La clause légale, Mélanges Cabrillac Litec 1999 p.277.

ROBINNE (S.)

La clause de non-concurrence : bilan cinq ans après le tsunami, *Sem. soc. Lamy 5 mai 2008*, n°1352 supplément.

ROBLOT (R.)

De la faute lourde en droit privé français, *RTD civ. 1951*, n°22 et s. p.19 et s.

ROCHFELD (J.)

L'obligation transversale ? *D. 27 juillet 2007*, n°29 p.2068.

CEDH et interprétation des contrats de droit privé, *RDC juillet 2005*, n°3 p.645.

Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes J. Ghestin, LGDJ 2001 p.747.

RODIERE (R.)

La validité des clauses limitatives de responsabilité, *D. 1954 chron.* p.123.

ROGOWIECS (R.)

La garantie autonome souscrite par un particulier, *Gaz. Pal. 6 octobre 2001*, n°279 p.2.

RONGEAT-LOUDIN (F.)

Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends, *JCP G 10 octobre 2011*, n°41, 1819.

ROUHETTE (G.)

La force obligatoire du contrat, in *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, LGDJ 1987.

Droit de la consommation et théorie générale du contrat, in Mélanges R. Rodière, Dalloz 1981 p.247.

ROUQUET (Y.)

Clause d'exclusivité et portée de l'obligation du bailleur, *D. juin 2006*, n°21 p.1454.

ROUSSILLE (M.)

Contrats et obligations, résolution d'une clause de non-concurrence insérée dans un bail commercial pour déséquilibre au détriment du preneur, *JCP G 31 octobre 2007*, n°44-45.

ROUVIERE (Fr.)

Le caractère subsidiaire du cautionnement, *RTD com. octobre 2011*, n°4 p.689.

ROY-LOUSTAUNAU (C.)

Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux, *RTD com juillet/septembre 1987* p.333.

ROZE (H.)

Transports routiers, *JCP G 2 novembre 2005*, n°44-45, 2065.

SAINT-ALARY (R.)

Le secret des affaires en droit français, in Travaux de l'association H. Capitant, Le secret et le droit : *D. 1976* p.263.

SARGOS (P.)

Aperçus sur la réforme du droit des obligations et de la responsabilité dans le projet Catala, *Rev. jur. de l'économie publ. octobre 2007*, n°646 Etude 2.

SAUPHANOR (S.)

La convention de procédure participative : aspects pratiques ; Note sous Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, *Gaz. Pal. 16 janvier 2011*, n°16 p.10.

SAUTEL (O.)

Sur la déchéance en droit privé. Contribution à la théorie de la permanence de la cause, *D. 2 décembre 1999*, n°43 p.487.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)

Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit privé, *RDC octobre 2013*, n°4 p.1643.

SAVAUX (E.)

La notion de théorie générale, son application en droit des contrats, *LPA 28 novembre 2012*, n°238 p.4.

SCHWINTOWSKI (H-P.)

Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites, *RRJ 1993*, 757 spéc. p.758.

SCHILLER (S.)

Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux, *JCP N 20 septembre 2002, I*, 1520 n°38.

SERAGLINI (Ch.)

Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends, *LPA 26 août 2002*, n°170 p.10.

SERIAUX (A.)

Le contenu de la philosophie du droit : quel contenu ? Quelle pédagogie ? *Rev. de la recherche juridique, Droit prospectif, mars 1996*, n°2 p.323.

SERINET (Y-M.) et X. BOUCOBZA (X.)

Le principe de contradiction appliqué à l'arbitrage, *RDC octobre 2013*, n°4 p.1474.

SERRA (Y.)

Hierarchie des conditions de validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, *D.* 2003, n°43 p.3229.

Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, *D.* 19 septembre 2002, n°32 p.2491.

La clause de non-concurrence insérée dans une vente d'immeuble lie les sou-acquéreurs, *D.* 1990 p.337.

La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, Dalloz affaires 1991.

La validité de la clause de non-concurrence, *D.* 1987 chronique p.113.

SEUBE (J-B.)

La clause de responsabilité et l'obligation accessoire, *RDC juillet 2009*, n°3 p.1103.

Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale, *LPA 5 mars 2009*, n°46 p.86.

Caducité et ensemble contractuel indivisible in Mélanges offert à J. Foyer, *Economica* 2008 p.925.

Quand la clause de non-concurrence cache une exclusivité, *RDC octobre 2007*, n°4 p.1210.

Qualification de la convention de collaboration : prêt usage ou bail ? *RDC avril 2004* n°2 p.362.

Les conditions générales des contrats, Mélanges A. Jauffret, 1974 p.621 et s. spéc. p.623 et s.

SIDONY (A-L.) & BARBIER de la SERRE (E.)

Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective, *RTD eur. avril 2007*, n°2 p.205.

SIMLER (Ph.)

À propos des garanties autonomes en droit interne souscrites par des personnes physiques, *JCP E 1991*, I. 90.

SIMON (Ph.)

Financement d'entreprise : le fil à la patte des sûretés négatives, *D. aff. 29 mai 1996*, n°21 rectificatif p.635.

SIRI (A.)

Nouvelle précision sur le régime juridique de la clause de non-concurrence, *Cah. soc. Barreau de Paris 1^{er} mars 2012*, n°239 p.71.

SIRI (R.)

Nouvel éclairage sur le manquement à une obligation essentielle et la faute lourde, *LPA 13 septembre 2010*, n°182 p.6.

SIZAIRE (D.), CORNILLE (P.), PAGES de VARENNE (M-L.)

Promotion immobilière, vente d'immeuble à construire, *Construction Urbanisme septembre 2004* p.10.

SLIM (H.)

L'assureur et le procès arbitral, *RGDA avril 2010*, n°2 p.582.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Il suffit de certifier avoir accepté les conditions générales jointes au contrat pour que celles-ci intègrent le champ contractuel : *CGV, Comm. com. électr. janv. 2006*, n°1 comm.10.

L'après-contrat, in *Durées et contrats, RDC janvier 2004*, 2004/1 p.159.

La gestion des risques par le contrat, *RTD Civ. juil-sept 1988* p.81.

STOUFFLET (J.)

La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'Assemblée plénière de la cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, *RD banc. et bourse 1995*, n°53 p.2.

STOURZH (G.)

Constitutions. Evolutions des significations du terme depuis le début du XVII^{ème} siècle jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, *Droit. Rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridiques juillet 1999*, n°29 p.157.

SUPIOT (A.)

Les langues de travail, *Sem. soc. Lamy 10 septembre 2007*, n°1319 p.7.

Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. soc. février 2000*, n°2 p.131 et s.

SZUSKIN (L.) & J-L. JUHAN (J-L.)

Quelques clauses originales venues d'ici et d'ailleurs, *RLDC mars 2006*, supplément n°25 p.17.

TALLOT (P.)

Le refinancement des sociétés françaises en 2010 : quelles contraintes ? Quelles solutions ? *Option Finance 11 octobre 2010*, n°1095 p.40.

TEILLIAIS (G.)

Droit des sociétés, les mentions obligatoires de la cession de fonds de commerce, *LPA 25 avril 1997*, n°50 p.11.

TESTU (F-X.)

La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? *D. 23 octobre 1998*, n°37 chr. p.345.

TEYNIER (E.)

Régler les litiges commerciaux grâce à l'arbitrage, *Option Finance 10 juin 2003*, n°740 p.31.

TEYSSIÈ (B.)

La preuve en droit du travail, in *La preuve*, Economica coll. Etudes juridiques t.19, 2004 p.73 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)

Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ. avril 1997*, n°2 p.356.

TILCHE (M.)

Contrat de transport, prêt-à-porter ou sur mesure, *Bull. des transports et de la logistique février 2002* n°2929.

TILMAN (V.)

Les atteintes au principe du consensualisme dans la médiation commerciale - impact au niveau européen, *Rev. de droit des affaires internationales août 2005*, n°4 p.431.

TOURNAFOND (O.)

Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français ?, *D. 23 octobre 2008*, n°37 Point de vue p. 2607.

TOURNAUX (S.)

Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, *Dr. soc. janvier 2014*, n°1 p.11.

TRICOIRE (E.)

La faute lourde évince l'application du plafond d'indemnisation prévu par le contrat type, *JCP G 24 octobre 2005*, II, n°43, 10150.

TRICOIT (J-Ph.)

Règlement amiable juridictionnel, *Rev. arb. janvier 2013*, n°1 p.260.

Expertise extrajudiciaire et égalité des armes, *Rev. arb. janvier 2012*, n°1 p.187.

Principe de confidentialité et déclarations du médiateur pénal, *JCP G 15 mars 2010*, n°11, 541.

Règlement amiable conventionnel, *Rev. arb. janvier 2009*, n°2009-1 p.220.

TRISSON-COLLARD (P.)

Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat, *LPA 7 février 2001*, n°27 p.4.

TUDELA (R.)

Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire, La conciliation préalable, *Gaz. Pal. 4 juillet 1996*, n°2 p.696.

VAN de WYNCKELE-BAZELA (A.)

Pacte de préférence et contrat de franchise, *D. 30 septembre 2004*, n°34 p.2487.

VASSEUR (V.)

Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *RTD civ. 1964* p.5.

VATINET (R.)

Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail, *Dr. soc. 6 juin 1998*, n°6 p.534.

VELARDOCCHIO (D.)

Principes du droit européen du contrat, *Dr. & Pat avril 2003*, n°114 Dossier.

VENEZIANO (A.)

Le « changement de circonstances » dans le cadre commun de référence sur le droit européen des contrats, *RDC avril 2009*, n°2 p.873.

VIAL-PEDROLETTI (B.)

Qualification du contrat : distinction du bail et du prêt, *Loyers et copropriété février 2006*, n°2 p.11.

Bail de sortie des articles 28 à 33 de la loi du 23 décembre 1986 : nullité de la proposition, loi du 1^{er} septembre 1948, *Loyers et Copro. novembre 2004*, comm.183 n°11.

VILMART (Ch.)

La loi Chatel pour le développement de la concurrence au service des consommateurs – Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs-distributeurs, *JCP E 10 janvier 2008*, n°2, 1041.

VINEY (G.)

Validité et efficacité des clauses limitant la réparation dans les rapports entre contractants professionnels, *RDC avril 2008*, n°2 p.294.

Le régime de la responsabilité contractuelle : le choix entre réparation en nature et dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire, *RDC juillet 2006*, n°3 p.818.

La clause dite « de réclamation de la victime » en assurance de responsabilité, *JCP G 13 juillet 1994*, I, n°28, 3778.

VIRASSIMY (G.) & LE TOURNEAU (Ph.)

Détermination du prix dans les contrats-cadre de fourniture, *Contrats-conc. consom. décembre 1993*, n°12 p.1.

VIVANT (M.)

Commerce électronique, un premier contrat type, le contrat commerçants – consommateurs de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, *RLDA aout 1998*, n°8 p.9 et *RLDA aout 1998*, n°106 p.1 et *RLDA septembre 1998*, n°8 p.9.

WALINE (M.)

Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques, Mélanges J. Dabin, Bruxelles Bruylant 1963.

WAQUET (P.)

Les objectifs, *Dr. soc. février 2001*, n° p.120.

Le renouveau du contrat de travail, *RJS mai 1999*, n°5 p.383.

WESTER-OUISSE (V.)

La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, *JCP G 24 janvier 2001*, I, n°4 290.

WHITMAN (J. Q.)

Les seigneurs descendent au rang de simples créanciers, (analogie « personnelle » du créancier ou analogie « réelle » de la servitude), *Droit. rev. française de théorie, de philosophie et de culture juridiques janvier 1993*, n°17 p.19.

WICKER (G.)

Force obligatoire et contenu du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat*, Dalloz 2003 p.175.

YAWAGA (S.)

Les obligations précontractuelles de l'assureur, in Actes du colloque du 19 novembre 1997 sur les assurances collectives, *RGDA* 1998 n°3 p.93.

YSSELMUIDEN (G.)

L'induction Baconnienne, *Rev. néo-scholastique* (extrait) 1906, 13^{ème} année, n°49 p.18.

ZAMBRANO (G.)

Litiges de consommation, *LPA* 2 juillet 2009, n°131 p.22.

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.)

La notion d'économie du contrat en droit privé, *JCP G* 28 février 2001, I, n°9, 300.

IV. Jurisprudence

- **Cass. civ. 9 juillet 2014** n°13-17495, *D. actu.* 8 septembre 2014 obs. X Delpech.
- Cass. civ 2^{ème} 3 juillet 2014 n°13-22418, *D. actu.* 23 juillet 2014 obs. Th. De Ravel.
- **Cass. com. 11 juin 2014** n°13-18118, *JCP E* 27 juin 2014, n°26, 1104 note R. Mortier.
- **Cass. com. 29 avril 2014** n°12-27004, *JCP E* 22 mai 2014, n°21-22, 1290 obs. N. Dissaux ; *JCP G* 26 mai 2014, n°21, 1044 obs. H. Croze ; *JCP G* 25 juin 2014, n°25, 1227 obs. O. Sabard.
- **Cass. civ. 3^{ème} 9 avril 2014** n°13-13949, note *LPA* 29 août 2014, n°173 p.11 note P. Battistini ; *RDC* septembre 2014, n°3 p.496 note P. Berlioz ; *RDC* septembre 2014, n°3 p.336 note Th. Génicon.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 avril 2014** n°11-14692, *RLDC* juin 2014, n°116 p.19 obs. C. Le Gallou ; *JCP E* 26 juin 2014, n°26, 1351 note P. Mousseron ; *JCP E* 28 août 2014, n°35, 1430 note obs. Ch. Seraglini.
- **Cass. civ. 1^{ère} 5 mars 2014** n°12-29112, *RTD com.* avril 2014, n°2 p.323 obs. E. Loquin ; *Procédures* mai 2014, n°5 p.20 obs. A. Weiller ; *JCP E* 28 août 2014, n°35, 1430 note J. Ortscheidt.
- **Cass. com. 4 mars 2014** n°13-15846, *RLDC* mai 2014, n°115 p.17 obs. C. Le Gallou ; *D.* 15 mai 2014, n°18 p.1059 note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP E* 22 mai 2014, n°21-22, 1288 note M. Attal.
- **Cass. civ. 3^{ème} 12 février 2014** n°12-27182, *RLDC* avril 2014, n°114 p.11 obs. C. Legallou ; *D.* 8 mai 2014, n°17 p.1000 note A-L. Collomp ; *JCP E* 26 juin 2014, n°26, 1351 note R. Loir.
- **Cass. ch. mixte 7 février 2014** n°12-85107, *Resp. civ. et ass.* mars 2014, n°3 p.63 obs. H. Groutel ; *RLDC* avril 2014, n°114 p.12 note C. Le Gallou ; *D.* 15 mai 2014, n°18 p.1074 note A. Péliissier ; *JCP G* 16 juin 2014, n°24, 699 obs. J. Ghestin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 15 janvier 2014** n°11-17196, *D.* 30 janvier 2014 note X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2014, n°106-107 p.14 obs. M. Mekki ; *Dt. & Pat.* juillet 2014, n°238 p.90 note L. Aynès.
- **Cass. com. 14 janvier 2014** n°12-29071, *Gaz. Pal.* 12 février 2014, n°43-44 p.8 note M. Mignot ; *LPA* 6 juin 2014 n°113 p.11 note J-M. Desaché.
- **Cass. civ. 3^{ème} 18 décembre 2013** n°12-18439, *RGDA* février 2014, n°2 p.116 note P. Dessuet ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2014, n°117-119 p.35 note X. Leducq ; *Dt. & Pat.* juillet 2014, n°238 p.90 note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.
- **Cass. civ. 2^{ème} 12 décembre 2013** n°12-29862, *RGDA* janvier 2014, n°1 p.30 note M. Asselain ; *RTDI* janvier 2014, n°1 p.30 note S. Abravanel-Jolly ; *Gaz. Pal.* 27 avril 2014, n°117-119 p.21 note X. Lesucq.
- **Cass. com. 3 décembre 2013** n°12-26412, *Gaz. Pal.* 12 mars 2014, n°71-72 p.18 obs. R. Carayol ; *RDC* juillet 2014, n°2 p.176 note Th. Génicon.
- **Cass. civ. 3^{ème} 9 octobre 2013** n°12-23379, *RLDC* janvier 2014, n°111 p.16 note C. Le Gallou ; *JCP E* 13 février 2014, n°7, 1474 obs. R. Loir ; *RDC* juillet 2014, n°2014/2 p.181 note Y-M. Laithier.
- **Cass. com. 8 octobre 2013** n°12-25984, *D.* 28 novembre 2013, n°41 p.2741 note Th. Favario ; *JCP E* 19 décembre 2013, n°51. 1702 obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. soc.* janvier 2014, n°2 p.102 note J-F. Barbiéri ; *JCP E* 9 janvier 2014, n°1, 1000 note A. Couret et B. Dondero.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 octobre 2013** n°12-22846, *LPA* janvier 2014, n°1 p.7 note M. Macé ; *Gaz. Pal.* 15 janvier 2014, n°15-16 p.18 note D. Houtcieff ; *JCP G* 10 février 2014, n°6 doct. 183 note F. Deboissy et G. Wicker ; *JCP E* 13 février 2014, n°7. 1074 note J-B. Seube.

- **Cass. civ. 1^{ère} 11 septembre 2013** n°09-12442, *D.* 16 janvier 2014, n°2 p.121 note D. Mazeaud ; *JCP E* 13 février 2014, n°7 note P. Mousseron.
- **Cass. civ. 3^{ème} 10 septembre 2013** n°12-22883, *RDC* avril 2014, n°1 p.54 obs. Ph. Brun.
- **Cass. civ. 2^{ème} 6 juin 2013** n°12-20352, *AJDI* janvier 2014, n°1 p.62 note N. Le Rudulier.
- **Cass. civ. 3^{ème} 29 mai 2013** n°12-17077, *RTD civ.* juillet 2013, n°3 p.592 note H. Barbier ; *RDC* octobre 2013, n°4 p.1373 note M. Latina ; *JCP N* novembre 2013, n°48, 1277 note M. Mekki
- **Cass. ch. mixte 17 mai 2013** n°11-22768, *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 673 note Fr. Buy ; *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 674 note J-B. Seube ; *JCP G* 10 juin 2013, n°24, 673 note F. Buy ; *JCP E* 4 juillet 2013, n°27, 1403 note D. Mainguy.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 avril 2013** n°12-18544, *RLDA* mai 2013, n°82 p.34 note V. Mauriès ; *JCP E* 2 mai 2013 n°18 obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 29 mai 2013, n°149-150 p.12 note M. Mignot ; *Dr. & Pat.* juillet 2013, n°227 p.90 note A. Aynès et Ph. Dupichot ; *D.* 11 juillet 2013, n°25 p.1706 note P. Crocq.
- **Cass. soc. 10 avril 2013** n°11-25841, *Rev. dr. trav.* juin 2013, n°6 p.401 S. Tournaux ; *RTD civ.* juillet 2013, n°3 p.601 note H. Barbier ; *RDC* octobre 2013, n°4 p.1321 note Th. Génicon.
- **Cass. com. 12 mars 2013** n°11-22048, *RDC* octobre 2013, n°4 p.1461 obs. A-S. Barthez.
- **Cass. soc. 27 février 2013** n°11-27625, *RTD civ.* avril 2013, n°2 p.371 obs. B. Fages ; *Dr. soc.* octobre 2013, n°10 p.859 note J. Mouly ; *D.* 13 mars 2014, n°10 p.630 note S. Amrani-Mekki.
- **Cass. com. 16 octobre 2012** n°11-23623, *JCP G* 26 novembre 2012, n°48 note Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 12 décembre 2012, n°347 p.11 note Ch. Albiges ; *JCP G* 24 décembre 2012, n°52 note A. Dumery ; *RDC* juillet 2013, n°3 p.1002 note A-S. Barthez.
- **Cass. com. 9 octobre 2012** n°11-21258, *JCP E* 3 janvier 2013, n°1 note J-B. Seube.
- **Cass. civ. 2^{ème} 12 juillet 2012** n°11-20587, *JCP G* 22 octobre 2012, n°43, 1932 note F. Meuris.
- **Cass. civ. 3^{ème} 20 juin 2012** n°11-16197, *D.* 14 février 2013, n°6 p.391 note S. Amrani-Mekki et M. Mekki.
- **Cass. soc. 16 mai 2012** n°11-10760, *Gaz. Pal.* 19 juillet 2012, n°201 p.14 note S. Le Gac-Pech.
- **Cass. com. 13 mars 2012** n°11-15438, *Gaz. Pal.* 25 mai 2012, n°146 p.27 note J. Théron.
- **Cass. com. 28 février 2012** n°11-10705, *Contrats-conc. consom.* mai 2012, n°5 p.11 note L. Leveneur.
- **Cass. civ. 3^{ème} 15 février 2012** n°11-17213, *Gaz. Pal.* 8 mars 2012, n°68 obs. C. Berlaud ; *JCP E* 21 juin 2012, n°25, 1400, obs. P. Grignon ; *RDC* juillet 2012, n°3 p.867 obs. J-B. Seube ; *D.* 19 juillet 2012, n°28 p.1844 obs. M-P. Dumond-Lefrand.
- **Cass. com. 31 janvier 2012** n°11-11071, *JCP E* 22 mars 2012, n°12 note M. Malaurie-Vignal ; *RLDC* avril 2012, n°92 p.14 note E. Pouliquen ; *Gaz. Pal.* 8 avril 2012, n°99-103 p.22 note D. Houtcieff.
- **Cass. civ. 3^{ème} 11 janvier 2012** n°10-23141, *RLDC* mars 2012, n°91 p.13 note E. Pouliquen ; *JCP G* 9 avril 2012, n°15, 724, note J. Ghestin et Y-M. Serinet ; *AJDI* mars 2013, n°3 p.225 note F. Cohet-Cordey.
- **Cass. soc. 7 décembre 2011** n°10-16425, *JCP G* 26 mars 2011, n°13 actu. 1458 note J-D. Pellier ; *Rev. arb.* janvier 2012, n°1 p.185 note J-Ph. Tricoit ; *Gaz. Pal.* 2 mars 2012, n°62 p.22 note S. Amrani-Mekki.
- **Cass. civ. 3^{ème} 3 novembre 2011** n°10-26203, *RLDC* janvier 2012, n°89 p.17 obs. A. Paulin ; *RTD civ.* janvier 2012, n°1 p.114 note B. Fages ; *D.* 16 février 2012, n°7 p.459 note S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RDC* avril 2012, n°2 p.402 note Y-M. Laithier.
- **Cass. soc. 28 septembre 2011** n°09-68537, *Cah. soc. Barreau de Paris*, 1^{er} mars 2012, n°239 p.71 note A. Siri.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. com. 13 septembre 2011 n°10-19526**, *RTD civ.* octobre 2011, n°4 p.758 note B. Fages ; *Gaz. Pal.* 17 novembre 2011, n°320-321 p.18 note B. Dondero ; *Contrats-conc. consom.* décembre 2011, n°12 p.10 note L. Leveneur.
- **Cass. com. 12 juillet 2011 n°10-22930**, *D.* mars 2012, n°9 p.557 note D. Ferrier.
- **Cass. com. 12 juillet 2011 n°10-16118**, *RDC* octobre 2012, n°4 p.1275 note A-S. Barthez.
- **Cass. civ. 2^{ème} 26 mai 2011 n°10-16735**, *JCP G* 27 juin 2011, n°26, 1250, note G. Deharo ; *RTD civ.* juillet 2011, n°3 p.593 note R. Perrot ; *D.* 26 janvier 2012, n°4 p.244N. Fricero.
- **Cass. civ. 3^{ème} 11 mai 2011 n°10-12875**, *RLDA* septembre 2011, n°63 p.10 note Fr. Brocard ; *RDC* octobre 2011, n°4 p.1133 note Y-M. Laithier ; *RLDC* novembre 2011, n°87 p.7 note H. Kenfack ; *D.* 25 avril 2013, n°15 p.1026 note P. Lokiec et J. Porta.
- **Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16660**, *RLDC* mai 2011, n°82 p.13 note A. Paulin ; *JCP E* 26 mai 2011, n°21-22 p.29 note R. Mortier ; *RDC* juillet 2011, n°2011-3 p.826 note E. Savaux.
- **Cass. com. 15 mars 2011**, n°10-13824, *D.* 7 avril 2011, n°14 p.943 obs. B. Ines, p.1261 note Y. Picod, p.2758 spéc. p.2760 obs. E. Lamazerolles, p.2961 spéc. p.2962 obs. M. Gomy ; *RTD com.* avril 2011, n°2 p.361 obs. A. Constantin ; *JCP G* 9 mai 2011, n°19, 953 note J. Ghestin ; *Dr. soc.* juin 2011, n°6 p.717 obs. J. Mouly ; *Rev. soc.* novembre 2011, n°11 p.620 note L. Godon ; *D.* 5 avril 2012, n°14 p.901 spéc. 907 obs. J. Porta.
- **Cass. soc. 29 juin 2011 n°09-67492**, *JCP S* 2 novembre 2011, n°44 note J. Martinez ; *Juris. soc. Lamy* 27 octobre 2011, n°306 p.17 note J-E. Tourreil ; *D.* 5 avril 2012, n°14 p.901 note P. Lokiec et J. Porta.
- **Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16660**, *JCP E* 26 mai 2011 n°21, 1410 note R. Mortier.
- **Cass. com. 8 mars 2011 n°09-11751**, *RD. banc et fin.* mai 2011, n°3 p.55 note D. Legeais.
- **Cass. civ. 1^{ère} 9 février 2011 n°09-17126**, *Cah. arb.* juin 2001, n°211-2 p.468 note A. Mourre et P. Pedone.
- **Cass. civ. 1^{ère} 17 novembre 2010 n°09-12442**, *Gaz. Pal.* 12 janvier 2011, n°12-13 p.22 note D. Houtcieff ; *Contrats-conc. consom.* février 2011, n°2 p.13 note L. Leveneur.
- **Cass. com. 19 octobre 2010 n°09-69246**, *Dr. & Pat.* décembre 2011, n°209 p.89 note M-E. Ancel ; *RDC* juillet 2011, n°2011/3 p.935 note J-B. Racine ; *RLDC* décembre 2010, n°77 p.11 note A. Paulin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 6 octobre 2010 n°09-68731**, *D.* 23 décembre 2010, n°44 p.2933 obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* janvier 2011, n°1 p.191 note Y. Strickler.
- **Cass. civ. 3^{ème} 8 septembre 2010 n°09-13345**, *JCP G* 2010, n°43, 1051, obs. G. Pillet ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.57 note Th. Génicon ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.153 note Ph. Brun.
- **Cass. civ. 3^{ème} 13 juillet 2010 n°09-67516**, *Gaz. Pal.* 31 octobre 2010, n°304 p.16 obs. D. Houtcieff ; *Contrats-conc. consom.* novembre 2010, n°11 p.10 obs. L. Leveneur ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.65 obs. Th. Génicon ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.178 obs. J-B. Seube.
- **Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 2010 n°07-17788**, *RDC* octobre 2010, n°9 p.4 note G. Pillet ; *RTD civ.* octobre 2010, n°4 p.780 note B. Fages ; *RDC* janvier 2011, n°2011-1 p.223 note J-B. Racine ; *JCP G* 7 février 2011, n°6 note M. Menjucq.
- **Cass. com. 6 juillet 2010 n°09-15671**, *Gaz. Pal.* 5 novembre 2010, n°309 p.35 note P. Pailler ; *D.* 10 février 2011, n°6 p.406 note P. Crocq.
- **Cass. civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2010 n°09-10364**, *D.* 29 juillet 2010, n°28 p.1780 note V. Avéna-Robardet ; *RDC* janvier 2011, n°1 p.86 note S. Carval ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2011, n°79 p.11 note S. Amrani-Mekki ; *RD banc. et fin.* septembre 2012, n°5 p.72 note J. Théron.
- **Cass. com. 29 juin 2010 n°09-11841 Faurecia**, *D.* 29 juillet 2010, n°28 p.1832 note D. Mazeaud ; *Gaz. Pal.* 4 août 2010, n°216-217 p.22 obs. D. Houtcieff ; *JCP E* 16 septembre 2010, n°37 note Ph. Stoffel-Munck ; *LPA* 13 septembre 2010, n°182 p.6 note R. Siri ; *Contrats-conc. consom* octobre 2010, n°10 p.28 note L. Leveneur ; *RDC* octobre 2010, n°4

- p.1220 note Y-M. Laithier ; *RLDC* décembre 2010, n°77 p.7 note M. Lamoureux ; *D.* 17 février 2011, n°7 p.472 note S. Amrani-Mekki.
- **Cass. com. 29 juin 2010** n°09-67369, *JCP G* 25 octobre 2010, 1056 note Th. Favario ; *D.* 28 octobre 2010, n°37 p.2481 note D. Mazeaud ; *JCP E* 16 décembre 2010, n°50 note S. Le Gac-Pech ; *LPA* 24 décembre 2010, n°256 p.7 note A-S. Choné.
 - **Cass. civ. 2^{ème} 3 juin 2010** n°09-66267, *RGDA* octobre 2010, n°4 p.1012 note J. Bigot.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 20 mai 2010** n°09-10086, *D.* 17 juin 2010, n°23 p.1416 note X. Delpech ; *Gaz. Pal.* 4 août 2010, n°216-217 p.25 obs. D. Houtcieff ; *JCP G* 20 septembre 2010, n°38, 922 note F. Labarthe ; *RDC* octobre 2010, n°4 p.1317 note Ph. Brun.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 6 mai 2010** n°08-14461, *RTD civ.* juillet 2010, n°3 p.580 obs. P-Y. Gautier ; *RDC* octobre 2010, n°4 p.1197 obs. D. Mazeaud ; *D.* 17 février 2011, n°7 pan 475 obs. S. Amrani Mekki ; *Dr. & Pat.* février 2011. 67 obs. Ph. Stoffel-Munck.
 - **Cass. civ. 2^{ème} 15 avril 2010** n°09-11667, *RGDA* juillet 2010, n°3 p.676 note J. Kullmann ; *JCP E* 22 juillet 2010, n°29, 1677 ; *D.* 28 juillet 2011, n°28 p.1926 note H. Groutel.
 - **Cass. soc. 8 avril 2010** n°08-43056, *JCP E* juillet 2010, n°27-28 note S. Béal et P. Klein et n°27, p.31 note. Ph. Grignon ; *JCP S* 6 juillet 2010, n°27 obs. I. Beyneix ; *D.* 2010 p.1085 obs L. Perrin ; *LPA* 8 juin 2011, n°113 p.8 obs T. Sachs.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 8 février 2000** n°95-14330, *Rev. arb.* avril 2000, n°2 p.281 note P-Y. Gautier, *Défrénois* 15 juin 2000, n°11 p.716 obs Ph. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* octobre 2000, n°4 p.763 note N. Coipel-Cordonnier ; *Dr. & Pat* avril 2001, n°92 p.120 obs P. Mousseron.
 - **Cass. civ. 15 décembre 2009** n°08-20522, *D.* 2010 p.206.
 - **Cass. com. 15 décembre 2009** n°08-10148, *Dr. & Pat.* février 2010, n°189 p.69 note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.
 - **Cass. civ. 25 juin 2009** n°08-14060, *D.* 2009 p.1895.
 - **Cass. civ. 24 juin 2009** n°08-14357, *D.* 2009 p.1888.
 - **Cass. civ. 2^{ème} 11 juin 2009** n°08-18778, *RD banc. et fin.* septembre 2009, n°5 p.34 note J. Djoudi.
 - **Cass. com. 9 juin 2009** n° 08-10350, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1359, obs. D. Mazeaud.
 - **Cass. com. 9 juin 2009** n°08-11420, *RDC* octobre 2009, n°4 p.1345 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* octobre 2009, n°4 p.719 note B. Fages.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 8 avril 2009** n°08-10866, *D.* 2009 AJ 1284 obs. X. Delpech ; *D.* 24 décembre 2009, n°44 p.2959 note Th. Clay ; *Procédures* 2009, 203 note H. Croze ; *RJC* janvier 2010, n°1 p.32 note B. Moreau ; *D.* 21 janvier 2010, n°3 p.169 note N. Fricero.
 - **Cass. com. 17 février 2009** n°08-14188, *D.* 2009 p.1308 note Ph. Delebecque, *LPA* 29 mai 2009, n°107 p.15 note M. Burgard.
 - **Cass. com. 10 février 2009** n°08-11638, *Contrats-conc. consom.* 2009, comm. 123 obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009 p.318 obs. B. Fages.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2009** n°08-20776, *Rev. crit. DIP* 2009 p.522 note F. Jault-Seseke
 - **Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2009** n°07-21530, *RGDA* janvier 2009, n°1 p.127 note A. Astegiano-La Rizza.
 - **Cass. civ. 2^{ème} 22 janvier 2009** n°07-19234, *RGDA* janvier 2009, n°1 p.112 note S. Abravanel-Jolly ; *Rev. de dr. immo.* juin 2009, n°6 p.369 note D. Noguero.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 17 décembre 2008** n°07-19915, *JCP E* 22 janvier 2009, n°4 J. Béguin ; *RJC* janvier 2009, n°1 p.58 B. Moreau ; *D.* 24 décembre 2009, n°44 p.2959 note Th. Clay.
 - **Cass. civ. 3^{ème} 17 décembre 2008** n°07-18062, *Rep. not. Défrénois* 30 mars 2009, n°6 p.646 note E. Savaux.
 - **Cass. civ. 1^{ère} 30 octobre 2008** n°07-17646, *Défrénois* 30 mars 2008, n°6 art. 38916 p.671 obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* janvier 2009, n°1 p.111 obs. B. Fages ; *RDC* janvier 2009, n°1 p.49 obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 7 janvier 2009, II, n°1, 10000 obs. D. Houtcieff ; *D.* 19 mars 2009, n°11 p.753 note P. Chauvin et C. Créton.

- **Cass. soc. 14 octobre 2008** (2^{ème} espèce) n°07-40523, *JCP E* 29 janvier 2009, n°5 note S. Béal et C. Terrenoire ; *RDC* 1 avril 2009, n°2 p.642 note Ch. Neau-Leduc.
- **Cass. soc. 14 octobre 2008** n°07-42352, *LPA* 3 avril 2009, n°67 p.5 note V. Fraissinier-Amiot.
- **Cass. civ. 3^{ème} 24 septembre 2008** n°07-13989, *JCP G* 28 janvier 2009, II, 10017 obs. Y. Dagonne-Labbe ; *Dr. & Pat.* juillet 2009, n°183 p.88 obs. L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck ; *RLDC* juillet 2009 n°62 p.7 obs. H. Kenfack ; *RDC* juillet 2009, n°2009/2 p.60 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. com. 3 juin 2008** n°07-17147 et n°07-17196, *Comm. com. electr.* octobre 2008, comm. 114 obs. M. Chagny.
- **Cass. civ. 3^{ème} 27 mars 2008** n°07-11721, *RDC* janvier 2009, n°1 p.143 note Ph. Brun.
- **Cass. civ. 1^{ère} 13 mars 2008** n°06-19339, *RDC* juillet 2008, n°3 p.841 obs. J-B. Seube.
- **Cass. com. 4 mars 2008** n°07-11790, *D.* 17 janvier 2008, n°2 p.844, obs. X. Delpech ; *RDC* 2008, p.750 et s., spéc. p.754 obs. S. Carval.
- **Cass. civ. 3^{ème} 23 janv. 2008** n° 06-19.129, *Defrénois* 30 mars 2008, n°6 p.688, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.292, obs. B. Fages.
- **Cass. civ. 1^{ère} 9 janvier 2008** n°07-12349, *Rev. crit. DIP* janvier 2008, n°1 p.128 note H. Muir Watt.
- **AP 21 décembre 2007** n°06-11343, *JCP G* 9 janvier 2008, II, 10006, note L. Weiller ; *D.* 2008 p.1102 note O. Deshayes ; *RLDC* février 2008, n°46 p.10 note S. Doireau ; *RDC* avril 2008, n°2 p.327 note A. Bénabent ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.317 note P-Y. Gautier.
- **Cass. com. 18 décembre 2007** n°04-16069, *D.* 17 janvier 2008, n°1 p.154, obs. X. Delpech, et p.1776, chron. D. Mazeaud ; *JCP G* 12 mars 2008. I. 125, obs. P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* avril 2008, n°2 p.310, obs. P. Jourdain ; *RDC* juillet 2008, n°3 p.262 obs. T. Genicon, et p.287, obs. G. Viney.
- **Cass. com. 18 décembre 2007** n°06-15116, *RLDC* février 2008, n°46 p.11 note S. Doireau ; *Contrats-conc. consom.* avril 2008, n°4 p.27 note L. Leveneur ; *JCP G* 16 avril 2008, I, 136 obs. M. Mekki ; *JCP E* 19 février 2009, n°12 note B. May.
- **Cass. com. 4 décembre 2007** n°06-15137, *RLDA* janvier 2008, n°23 p.44 note C. Anadon ; *RTD com* juillet 2008, n°3 p.615 note B. Bouloc.
- **Cass. civ. 1^{ère} 14 novembre 2007** n°06-21629, *Rev. arb.* juillet 2008, n°3 p.453 note Fr-X. Train ; *D.* 25 décembre 2008, n°44 p.3111 note Th. Clay.
- **Cass. civ. 1^{ère} 8 novembre 2007** n°05-20637, *JCP G* janvier 2008, 104 n°2 note J. Ghestin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 31 octobre 2007** n°05-14238, *RLD com.* 2008 n°2824, *RLDC* 2008 p.57.
- **Cass. civ. 3^{ème} 17 octobre 2007** n°06-17608, *JCP G* 2007, II, n°10199 obs. J-P. Karila ; *JCP G* 2008, I n°134 obs. J. Kullmann ; *RGDA* avril 2008, n°1 p.66 note L. Mayaux.
- **Cass. civ. 1^{ère} 19 septembre 2007** n°05-17769, *JCP G* 24 octobre 2007, II, n°43, 10176 obs. Ph. Delebecque ; *Contrats-conc. consom.* janvier 2008, n°1 p.14 obs. L. Leveneur.
- **Cass. com. 13 juin 2007** n°06-41753 ; *Contrats-conc. consom.* octobre 2006, n°10 p.26 note M. Malaurie-Vignal.
- **Cass. com. 5 juin 2007** n°04-20380, *RTD civ.* juillet 2007, n°3 p.569 obs. B. Fages ; *JCP G* 14 novembre 2007, II, 10184 note Y-M. Sérinet.
- **Cass. com. 5 juin 2007** n°06-14.832 arrêt Extand, *D.* 2007 p.2975 obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP G* 5 septembre 2007, II, n°36, 10145 note D. Houtcieff ; *Dr. & Pat.* septembre 2007, n°162 p.95 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* octobre 2007, n°4 p.1121 obs. D. Mazeaud et p.1144 obs. S. Carval ; *JCP E* 11 octobre 2007, n°41, 2234 note Ch. Paulin ;
- **Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007** n°05-19978, *RDC* octobre 2007, n°2007/4 p.1118 note Y-M. Laithier ; *RDC* janvier 2009, n°2009/1 p.77 note O. Deshayes ; *Gaz. Pal.* 31 octobre 2010, n°304 p.18 note D. Houtcieff.
- **Cass. Soc. 23 mai 2007** n°06-41338, *Dr. soc.* 2006. 1193, obs. J. Savatier.

- **Cass. com. 22 mai 2007**, n° 06-12.180, *Banque magazine* novembre 2007, n°696 p.80 note J-L. Guillot et M. Boccara.
- **Cass. civ. 1ère 15 mai 2007** n°06-14781, *RDC* 2007 p.1125 chron. G. Viney.
- **Cass. soc. 3 mai 2007** n°06-11591, *D.* 24 mai 2007, n°20 p.1335 note Y. Rouquette ; *RLDC* 1^{er} juin 2007, n°39 p.12 note S. Doireau ; *D.* 19 juin 2008, n°24 p.1645 note L. Rozès ; *Contrats-conc. consom.* juillet 2007, n°7 comm. 181 note M.Malaurie-Vignal ; *Rev. loyers et fermages* 1^{er} juillet 2007, n°879 p.336 note Ch. Quément ; *D.* 26 juillet 2007, n°29 p.2068 note J. Rochfeld ; *Gaz. Pal.* 29 juillet 2007, n°210 p.8 note F. Guerchoun ; *RLDA* 1^{er} septembre 2007, n°19 p.23 note G. François ; *LPA* 2 octobre 2007, n°97 p.10 note C. Humman ; *JCP G* 31 octobre 2007, 10179 comm. M. Rousille.
- **Cass. com. 24 avril 2007** n°06-10953, *RDC* avril 2008, n°2 p.276 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. com. 24 avril 2007** n°06-12443, *RDC* avril 2008, n°2 p.276 note D. Mazeaud ; *JCP E* 19 mars 2009, n°12, 1277 note B. May.
- **Cass. civ. 3^{ème} 28 mars 2007** n°06-12299, *RLDC* mai 2007, n°38 p.13 obs. S. Doireau ; *RDC* octobre 2007, n°4 p.1201 note Ph. Brun.
- **Cass. com. 27 mars 2007** n°06-10452, *Contrats-conc. consom.* aout 2007, n°8 p.17 note L. Leveneur ; *D.* 2007, pan. p.2970 obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* avril 2008, n°2 p.231 note D. Mazeaud.
- **Cass. civ. 1ère 27 mars 2007** n°04-20842, *RLDC* mai 2007 p.13 note G. Loiseau ; *D.* 2007 p.1086 obs. X Delpech ; *RTD com* 2007 p.677 obs. E. Loquin ; *RTD civ.* 2008 p.541 obs. P. Thery.
- **Cass. civ. 1ère 13 mars 2007** n°04-10970, *D.* 2007, n°14 p.949 note X. Delpech.
- **Cass. civ. 1ère 6 mars 2007** n°04-16204, *D.* 31 juin 2007, n°21 p.1460 note Fr. Granet-Lambrechts ; *Rev. arb.* janvier 2008, n°1 p.145 note J-Ph. Tricoit ; *D.* 17 janvier 2008, n°3 p.180 note Th. Clay.
- **Cass. soc. 27 février 2007** n°05-43600, *JCP E* 10 avril 2008, n°15 note C. Mouly.
- **Cass. soc. 20 février 2007** n°05-43628, *Jurisp. soc. Lamy* 10 mai 2007, n°211 p.15 note M-Ch. Haller.
- **Cass. com. 20 février 2007** n°05-18882, *JCP G* 2007, II, n°10082 note F. Descorps-Declère ; *RTD civ.* avril 2007, n°2 p.340 J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 2008, n°15 note P. Mousseron ; *Dr. & Pat.* janvier 2008, n°166 p.87 note L. Aynes et Ph. Dupichot.
- **Cass. com. 20 février 2007** n°06-14107, *Rev. arb.* octobre 2007, n°4 p.775 note Fr-X. Train ; *D.* 17 janvier 2008, n°3 p.180 note Th. Clay ; .
- **Cass. com. 13 février 2007** n°05-17407 arrêt Faurecia I, *RDC* 2007 p.707 obs. D. Mazeaud et p.746 obs. S. Carval ; *Defrénois* 2007 p.1042 obs. R. Libchabert ; *RTD civ.* 2007 p.567 obs. B. Fages ; *JCP G* 2007, I, 185 obs. Ph. Stoffel-Munck.
- **Cass. civ. 1ère 6 février 2007** n°04-16204 & 04-18406, *D.* 2007, n°15 p.1024 obs. X. Delpech.
- **Cass. com. 6 février 2007** n°05-21271, *Dr. des soc.* avril 2007 n°4 p.35 note H. Hovasse ; *RTD com* avril 2007, n°2 p.382 note C. Champaud et D. Danet ; *RTD com* juillet 2007, n°3 p.793 note B. Bouloc ; *D.* 7 février 2008, n°6 p.379, J-C. Hallouin et E. Lamazerolles.
- **Cass. civ. 1ère 16 janvier 2007** n° 06-13983, *RLDC* mars 2007, n°36 p.15 obs. S. Doireau ; *RDT civ.* avril 2007, n°2 p.342 note J. Mestre et B. Fages ; *Contrats-conc. consom.* juin 2007, n°6 p.11 note L. Leveneur ; *JCP E* 28 juin 2007, n°26, 1823 note M. Mekki.
- **Cass. civ. 1ère 12 décembre 2006** n°05-21388, *RLD aff.* mars 2007, n°14 p.61 note C. Pellegrini ; *RTD com.* juillet 2007, n°3 p.630 note Ph. Delebecque.
- **Cass. civ. 1ère 5 décembre 2006** n°05-16157, *RTD com.* janvier 2007, n°1 p.213 note D. Legeais ; *JCP N* 13 avril 2007, n°15-16 note S. Piedlièvre.
- **Cass. civ. 2^{ème} 16 novembre 2006** n°06-10424, *RGDA* juillet 2007, n°1 p.137 note S. Abravanel-Jolly.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. civ. 3^{ème} 8 novembre 2006** n°05-17748, *RLDC* décembre 2006, n°33 p.9 note S. Doireau ; *Rev. de droit rural* février 2007, n°350 p.39 note S. Crevel.
- **Cass. AP 6 octobre 2006** n°05-13255, *D.* 2006, n°2825 note G. Viney ; *JCP G* 2007, I, n°115 obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC civ.* 2007 p.269 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2007 p.123 note P. Jourdain.
- **Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006** n°05-17804 et n°05-13598, *RD banc. et fin.* novembre 2006, n°6 p.16 ; *JCP E* 21 décembre 2006, n°51 note Ph. Simler ; *JCP G* 2007, I, 115 n°12 ; *RDC* juin 2007, n°2 p.369 note G. Lardeux.
- **Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006** n°05-13808, *RLDC* novembre 2006, n°32 p.9 note S. Doireau ; *Rep. Not. Defrénois* 15 janvier 2008, n°1 p.66 note H. Perinet-Marquet.
- **Cass. civ. 3^{ème} 27 septembre 2006** n°05-13598, *JCP G* 13 juin 2007, I, 115 n°24 note M. Huyghe.
- **Cass. com. 19 septembre 2006** n°04-19054, *LPA* 30 juillet 2010, n°151 p.10 note G. Piette.
- **Cass. civ. 2^{ème} 13 juillet 2006** n°05-18104, *D.* 2006 p.2848 et s. obs. M. Lamoureux.
- **Cass. soc., 12 juillet 2006** n°04-45396, *Jurisp. soc. Lamy* 3 octobre 2006, n°197 p.9 note M. Hautefort ; *RLDA* janvier 2007, n°12 p.63 note F. Canut ; *JCP E* 15 février 2007, n°11 note D. Jourdan.
- **Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 2006** n°04-13204, *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.105 Obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* juin 2007, n°2 p.253 obs. Y-M. Laithier.
- **Cass. com. 11 juillet 2006** n°04-20438, *Contrats-conc. consom.* novembre 2006, n°11 comm. 232 obs. Malaurie-Vignal, *RTD civ.* 2007 p.111 obs. J. Mestre et B. Fages ;
- **Cass. civ. 1^{ère} 11 juillet 2006** n°04-14950, *JCP G* 15 novembre 2006, II, 10182 n°46 p.2117 obs P. Calle.
- **Cass. AP 7 juillet 2006** n°04-10672, *JCP G* 2006, I, 183 n°15 obs. S. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2006, comm. 201 obs. R. Perrot ; *D.* 2006 p.2135 note L. Weiller ; *JCP G* 2007, II, 10070 note G. Wiederkehr.
- **Cass. civ. 4 juillet 2006** n°05-11591, *Rev. arb.* octobre 2006, n°4 p.959 note Fr-X. Train ; *RLDC* octobre 2006, n°31 p.14 note S. Doireau ; *JCP E* 14 décembre 2006, n°50 note J. Béguin, J. Ortscheidt, Ch. Séragliani ; *D.* 21 décembre 2012, n°44 p.3026 note Th. Clay.
- **Cass. com. 20 juin 2006** n°05-16706, *Procédures* juin 2007, n°6 comm. 137.
- **Cass. com. 13 juin 2006** n° 05-12619, *Dr. & Pat.* octobre 2006, n°152 p.98 note L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* octobre 2006, n°2006/4 p.1159 obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* janvier 2007, n°1 p.224 note B. Bouloc ; *JCP E* mai 2007 n°23 note A. Cathiard.
- **Cass. soc. 7 juin 2006** n°04-45846, *Jurisp. soc. Lamy* 12 juillet 2006, n°193 p.14 note J-E. Tourreil ; *JCP E* 5 octobre 2006, n°40 note S. Béal ; *RTD civ.* juillet 2007, n°1 p.110 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cass. civ. 1^{er} 30 mai 2006** n°02-13.495, *RTD civ.* 2006 p.558 obs. J. Mestre & B. Fages.
- **Cass. com. 30 mai 2006** n°04-14.974, *D.* 28 septembre 2006, n°33 p.2288 note D. Mazeaud ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1075 obs. Y-M. Laithier, p.1159 obs. Ph. Delebecque et p.1224 obs. S. Carval.
- **Cass. ch. mixte 26 mai 2006** n°03-19376 et 03-19495, *D.* 2006 p.1861 notes P-Y. Gautier et D. Mainguy ; *RDC* 2006 p.1080 obs. D. Mazeaud, p.1131 obs. F. Collard-Dutilleul.
- **Cass. civ. 2^{ème} 24 mai 2006** n°05-13069, *RGDA* juillet 2006, n°3 p.722.
- **Cass. civ. 2^{ème} 24 mai 2006** n°04-14024, *Resp. civ. et ass.* 2006, comm. 315 ; *JCP G* 25 avril 2007, n°17 note J. Bigot, L. Mayaux, J-P. Karila et autres.
- **Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006** n°03-15637, *D.* 2006 p.2798 note M. Audit ; *Comm. com. électr.* 2006 comm. 142 p.143 note C. Chabert
- **Cass. com. 10 mai 2006** n°04-10149, *Contrat-conc. consom.* septembre 2006, n°8 comm.164 note M. Malaurie-Vignal ; *JCP E* 7 septembre 2006, n°36, 2298 note R. Vatinet ; *RTD civ.* janvier 2007, n°1 p.111 obs. J. Mestres et B. Fages.

- **Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 2006** n°04-10051, *JCP G* 12 juillet 2006, II, 10119 note O. Deshayes ; *JCP E* 19 octobre 2006, n°42, 2504 comm. J. Raynard ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1154 obs. J-B. Seube ; *RTD civ.* 2006 p.554 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* juin 2007, n°2 p.267 obs. D. Mazeaud ; *RDC* juin 2007, n°2 p.419 obs. M. Béhar-Touchais ; *D.* 5 juillet 2007, n°26 p.1831 obs. L. Rozès .
- **Cass. civ. 4 mai 2006** n°05-15151, *Gaz. Pal.* 15 décembre 2006, n°349 p.19 note Ph-H. Brault.
- **Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2006** n°04-16698, *D.* 2006, n°39 p.2743 ; *LexBase Hebdo* édit. Affaires 25 mai 2006, n°216.
- **Cass. civ. 2^{ème} 3 mai 2006** n°04-11876, *RGA* juillet 2006, n°3 p.721.
- **Cass. civ. 1^{ère} 3 mai 2006** n°04-19926, *Dr. maritime français* novembre 2006, n°675 p.894 note C. G de Lapparente.
- **AP 14 avril 2006** n°02-11168, *RDC* octobre 2006, n°4 p.1207 note G. Viney ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1083 note Y-M. Laithier ; *JCP E* avril 2010, n°13 note E. Chavance.
- **Cass. civ. 1^{ère} 4 avril 2006** n°02-18277, *Rép. Not. Defrénois* 18 août 2006, n°15/16, art. 38431, p.1194, note. J-L. Aubert.
- **Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2006** n°04-13967, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.547 note J. Hauser ; *D.* 31 mai 2007, n°21 p.1460 note F. Granet-Lambrechts.
- **Cass. soc. 28 mars 2006** n°04-41016, *RDC* octobre 2006, n°2006/4 p.1163 note Ch. Radé ; *JCP E* 29 janvier 2009, n°5 note S. Béal et C. Terrenoire.
- **Cass. civ. 3^{ème} 22 mars 2006** n°04-19349 ; *RTD civ.* octobre 2006, n°4 p.722 obs. J-P. Marguénaud.
- **Cass. soc. 15 mars 2006** n°02-46496, *JCP S* 25 avril 2006, n°17 p.19 note B. Bossu ; *LPA* 28 avril 2010, n°118 p.9 note R. Laulier.
- **Cass. civ. 1^{ère} 28 février 2006** n°04-13786, *RTD civ.* avril 2006, n°2 p.285 ; *RLDC* mai 2006, n°27 p.44 note G. Marraud des Grottes ; *D.* 7 juin 2007, n°22 p.1561 note J-J. Lemouland et D. Vigneau.
- **Cass. soc. 22 février 2006** n°04-45406, *Juris. soc.* Lamy 17 mai 2006, n°189 p.27 note N. Rérolle ; *D.* 31 novembre 2006, n°42 p.2923 note Y. Serra.
- **Cass. civ. 1^{ère} 22 février 2006** n°05-12032, *RDC* octobre 2006, n°4 p.1087 note Y-M. Laithier.
- **Cass. civ. 1^{ère} 21 février 2006** n°02-21240, *RTD civ.* avril 2006, n°2 p.314 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cass. com. 21 févr. 2006** n° 04-20139, *RLDC* avril 2006, n°26 p.11 obs. S. Doireau ; *D.* 27 juillet 2006, n°28 p.1929 obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *RTD com.* octobre 2006, n°4 p.909 note B. Bouloc ; *D.* 11 janvier 2007, n°2 p.111 obs. H. Kenfack.
- **Cass. civ. 3^{ème} 15 février 2006** n°04-17595, *RLDC* avril 2006, n°26 p.9 note S. Doireau ; *JCP E* 6 juillet 2006, n°27 note A. Bories.
- **Cass. civ. 1^{ère} 7 février 2006** n°05-82490, *D.* 2006 p.1796 note A. Penneau.
- **Cass. soc. 25 janvier 2006** n°03-47.517, *RJS* 2006, n°417.
- **Cass. civ 1^{ère} 3 janv. 2006** n° 04-13.734, *JCP N* 9 juin 2006, n°23.
- **Cass. civ. 1^{ère} 13 décembre 2005** n°04-13772, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.557 obs J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 7 décembre 2006 n°49, 2080 note L. Lamoureux.
- **Cass. civ.2^{ème} 1er décembre 2005** n°04-18899, *RGDA* janvier 2006, n°1 p.165 note J. Bigot.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 novembre 2005** n°02-13252, *D.* 15 décembre 2005 p.3050 obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* janvier 2006, n°1 p.103 note J-B. Racine.
- **Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005** n°04-12655, *D.* 26 janvier 2006, n°4 p.2777 note Th. Le Bars et P. Callé ; *JCP E* 2 février 2006, II, n°5, 1196 note H. Croze.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. civ. 1^{ère} 22 novembre 2005** n°03-10087, *LPA* 23 août 2006, n°168 p.4 note A. Malan ; *D.* 21 décembre 2006, n°44 p.3026 note Th. Clay ; *D.* 11 janvier 2007 pan. 111 obs. H. Kenfack.
- **Cass. civ. 3^{ème} 16 novembre 2005** n°04-10824, *RLDC* janvier 2006, n°23 p.10 note C. Le Gallou ; *RDC* avril 2006, n°2 p.330 note D. Mazeaud ; *D.* 6 avril 2006, n°14 p.971 note R. Cabrillac.
- **Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 2005** n°02-21366, *Dr. & Pat.* octobre 2006, n°152 p.97 note L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2006 p.587 note M. Mekki ; *Defrénois* 2005, art. 38395 note C. Le Gallou.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 octobre 2005** n°99-12879, *D.* 2005 AJ p.2872 obs. E. Chevrier.
- **Cass. soc. 19 octobre 2005** n°03-46592, *JCP S* 20 décembre 2005, n°26 note C. Puigelier ; *RDC* avril 2006, n°2006/2 p.420 note Ch. Radé.
- **Cass. civ. 2^{ème} 8 septembre 2005** n°04-17989, *RGDA* janvier 2006, n°1 p.155 note S. Abravanel-Jolly.
- **Cass. soc. 12 juillet 2005** n°03-45394, *RTD civ.* juil-sept 2005 p.592, obs Mestre et Fages, et n°04-13342, *RTD civ.* 2006 p.109 obs. J. Mestre & B. Fages.
- **Cass. com. 12 juillet 2005** n°03-20364, *RLDC* novembre 2005, n°21 p.30 note G. Marraud des Grottes ; *Dr. & Pat* décembre 2005, n°143 p.102 note J-P. Mattout et A. Prüm ; *JCP G* 12 avril 2006, n°15 note Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 19 mai 2006, n°139 p.47 note A. Cerles.
- **Cass. civ. 1^{ère} 5 juillet 2005** n°04-13944, *RLDC* novembre 2005, n°21 p.12 note C. Le Gallou.
- **Cass. com. 28 juin 2005** n° 03-20744, *D.* 3 novembre 2005, n°39 p.2748 obs. H. Kenfack ; *JCP G* février 2006 I, n°8 obs. Ph. Stoffel-Munck.
- **Cass. civ. 3^{ème} 22 juin 2005** n°04-12659, *Constr. – Urban.* octobre 2005, n°10 comm.212.
- **Cass. civ. 2^{ème} 2 juin 2005** n°03-11871, *RGDA* septembre 2005, n°3 p.619 note J. Kullmann ; *JCP E* 1^{er} septembre 2005, n°35, 1223 *Contrats – Panorama de jurisprudence ; Rev. dr. immo.* novembre 2005, n°6 p.413 note L. Grynbaum.
- **Cass. civ. 3^{ème} 11 mai 2005**, n°03-21136, *Contrats-conc. consom.* novembre 2005, n°11 p.24 obs. L. Leveneur ; *RDC* avril 2006, n°2006/2 p.323 note Denis Mazeaud ; *RDC* avril 2006, n°2006/2 p.529 note B. Fauvarque-Cosson ; *JCP E* 28 juin 2007, n°26 p.23 note M. Mekki.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 2005** n°02-15910, *RTD civ.* juillet 2005, n°3 p.594 obs. J. Mestre et B. Fages et p.600 obs. P. Jourdain ; *RDC* 1^{er} avril 2006, n°2 p.326 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2009, n°1 p.77 note O. Deshayes.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 2005** n°03-12496, *RTD civ.* octobre 2005, n°4 chron. p.778 obs. J. Mestre et B. Fagnes.
- **Cass. ch. mixte 22 avril 2005** n°02-18.326 et n°03-14112, *JCP G* 25 mai 2005. II. n°21, 10066, obs. G. Loiseau ; *D.* 7 juillet 2005, n°27 p.1864, note J.-P. Tosi, p.2748 obs. H. Kenfack, et p.2836 obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD com.* 2005. 828, obs. B. Bouloc ; *RTD civ.* 2005, p.604 obs. P. Jourdain, et p.779 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005 p.673 obs. D. Mazeaud et p.753 obs. Ph. Delebecque ; *Contrats-conc. consom.* 2005 comm. n°150 obs. L. Leveneur.
- **Cass. civ. 2^{ème} 21 avril 2005** n°03-19697, *Resp. civ.et ass.* juillet 2005, n°7 p.7 chron. 11 annexes, note H. Groutel.
- **Cass. soc. 5 avril 2005** n°02-45540, *RDC* juillet 2005, n°3 p.765 note Ch. Radé.
- **Cass. com. 1^{er} avril 2005** n°04-12183, *RLDC* février 2006, n°24 p.10 note S. Doireau ; *RDC* avril 2006, n°2 p.383 note Ph. Brun ; *RDC* octobre 2006, n°4 p.1095 note A. Bénabent.
- **Cass. civ. 1^{ère} 15 mars 2005** n°02-13285, *D.* 21 juillet 2005, n°28 p.1948, note A. Boujeka.
- **Cass. civ. 3^{ème} 2 mars 2005** n°03-16731, *Rev. des loyers* mai 2005, n°857.

- **Cass. civ. 1^{ère} 1 mars 2005** n°03-10456, *RTD com* juillet 2005, n°3 p.576 note D. Legeais.
- **Cass. soc. 23 février 2005** n°03-42018, *JCP E* 7 juillet 2005, n°27 note D. Corrigan-Carsin.
- **Cass. soc. 16 février 2005** n°02-44902, *Juris. soc. Lamy* 22 mars 2005, n°164 p.29 note N. Rérolle ; *Option Finance* 4 avril 2005, n°828 p.37 note J-M. Lavallart.
- **Cass. com. 8 février 2005** n°03-10749, *RTD com* 2005 p.825 obs. B. Bouloc ; *RDC* juillet 2005, n°3 p.684 obs. D. Mazeaud et p.771 note M. Béhar-Touchais ; *JCP G* 25 janvier 2006, II, 10011 note A-M. Luciani.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 janvier 2005** n°02-12072, *JCP G* 2005, II, 10184, note Ch. Lièvremon ; *RDC* 2005 p.1147 chron. Y-M. Serinet.
- **Cass. soc. 17 décembre 2004** n°03-40008, *Bull. civ. V* 2004 n°346 ; *D.* 2005, somm. p.2457 obs Y. Auguet ; *Dr. soc.* 2005 p.332 note B. Gauriau.
- **Cass. civ. 1^{ère} 30 nov. 2004** n°01-13110, *RLDC* février 2005, n°13 p.21 obs. L. Dogniaux ; *Dr. & Pat.* mai 2005, n°138 p.98 note P. Chauvel.
- **Cass. soc. 15 décembre 2004** n°02-44714, *Dr. soc.* mars 2005, n°3 p.337 note J. Mouly.
- **Cass. com. 16 novembre 2004** n° 02-15202, *JCP E* 6 octobre 2005, n°40, note J. Stoufflet et S. Durox ; *RTD civ.* janvier 2006, n°1 p.117 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cass. com. 12 juillet 2004** n° 03-10891 et 03-10547, *D.* 9 septembre 2004, n°31 p.2296 note Ph. Delebecque ; *JCP G* 13 avril 2005, I, 132, n°15 obs. G. Viney.
- **Cass. soc. 10 juillet 2004** n°01-47350, *Sem. soc. lamy* 2004 p.14.
- **Cass. civ. 2^{ème} 8 juillet 2004** n°02-19382, *JCP E* 9 décembre 2004, n°50.
- **Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004** n°01-00475, *D.* 7 juillet 2005, n°7 jurispr. p.1828 note D. Mazeaud.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 juin 2004** n°01-00574, *RDC* octobre 2004, n°4 p.927 obs D. Mazeaud.
- **Cass. soc. 19 mai 2004** n°02-43252, *Jurispr. soc. Lamy* 29 juin 2004, n°148 p.11 note M-Ch. Haller ; *Sem. soc. Lamy* 6 septembre 2004, n°1180 p.8 note B. Boubli ; *Dr. & Pat.* septembre 2004, n°129 p.117 note A. Chevillard.
- **Cass. civ. 3^{ème} 12 mai 2004** n°02-19560, *AJDI* novembre 2004, n°11 p.815 note Y. Rouquet.
- **Cass. com. 31 mars 2004** n°01-13089, *JCP E* 8 juillet 2004, n°28-29 note M. Kéita ; *RTD com.* septembre 2004, n°4 p.695 note B. Saintourens.
- **Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 2004** n° 01-15804, *RTD civ.* avril 2004, n°2 p.290 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RLDC* juin 2004, n°6 p.5 note D. Houtcieff ; *D.* 24 juin 2004, n°25 p.1754 note D. Mazeaud ; *LPA* 28 juin 2004 note C. Gavoty et O. Edwards ; *RDC* juillet 2004, n°3 p.642 note D. Mazeaud ; *D.* 9 septembre 2004, n°31 p.2239 note J. Ghestin ; *JCP G* 2004 I, 747 note O. Renard-Payen.
- **Cass. soc. 16 mars 2004** n°02-40633, *RJS* mai 2004, n°5 p.363.
- **Cass. soc. 10 mars 2004** n°02-40108, *D.* 2 septembre 2004, n°30 p.2185 ; *Juris. soc. Lamy* 11 mai 2004, n°145 p.29 note N. Rérolle ; *Dr. soc.* mai 2004, n°5 p.563 note J. Mouly.
- **Cass. civ. 2^{ème} 10 mars 2004** n°03-10154, *RGDA* juillet 2004, n°3 p.645 note J. Kullmann ; *RDC* 2004 p.938 obs. Ph. Stoffel-Munck et p.1080 obs. A. Debet ; *RTD civ.* janvier 2005, n°1 p.133 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cass. soc. 10 mars 2004** n°03-40505 à 03-40554, *D.* 2004 somm. p.2188 obs. N. Daimez ; 2004 p.725 obs. C. Radé.
- **Cass. com. 4 février 2004** n°99-21480, *JCP G* juillet 2004, I, 149 obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* septembre 2004, n°4 p.731 obs. J. Mestre et B. Fages.
- **Cass. soc. 21 janvier 2004** n°02-12712 Contrat de travail - Lieu de travail - Clause informative, *Dr. & Pat.* mai 2004, n°126 p.95 note Antonmattei P-H ; *Dr. soc.* sept-oct 2004, n° 9/10, p.845-851 obs. J-M Verdier.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. com. 7 janvier 2004** n°02-17091, *Contrats-conc. concom.* mai 2004, n°5 p.20 note M. Malaurie-Vignal ; *D.* 13 janvier 2005, n°2 p.148 note D. Ferrier ; *LPA* 27 juin 2005, n°126 p.5 note E Baccichetti et J-Ph. Dom.
- **Cass. soc. 17 décembre 2003** n°01-45096, *Juris. soc. Lamy* 10 février 2004 n°139 p.29 note N. Rérolle.
- **Cass civ. 3^{ème} 3 décembre 2003** n°02-18033, *RDC* avril 2004, n°2 p.280 obs. P. Stoffel-Munck, *JCP G* 22 septembre 2004, I, n°163, obs. G. Viney.
- **Cass. civ. 2^{ème} 2 décembre 2003**, *RGDA* 2004 p.44 note L. Mayaux
- **Cass. com. 13 novembre 2003** n° 01-14368, *Contrats –conc. consom.* juillet 2004, n°8 p.6 note M. Behar-Touchais.
- **Cass. civ. 3^{ème} 28 octobre 2003** n°02-14459, *RDC* avril 2004, n°2 p.270 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2005, n°1 p.61 note D. Mazeaud ; *RDC* janvier 2005, n°1 p.75 note B. Nuytten
- **Cass. com. 8 oct. 2003** n° 01-10144, *Rev. dr. fiscal* 13 juillet 2006, n°28 p.1398.
- **Cass. civ. 24 septembre 2003** n°00-21863, *RTD civ.* janvier 2004, n°1 p. 86 obs. J. Mestre & B. Fages.
- **CA Paris 10 septembre 2003**, *Rev. arb.* 2004, n°3 p.623.
- **Cass. soc. 2 juillet 2003** n°01-42046, *Jurisp. soc. Lamy* 2 septembre 2003, n°130 p.20 note M-Ch. Haller.
- **Cass. civ. 3^{ème} 17 juin 2003** n°01-15700 *RGDA* octobre 2003, n°4 p.691 note L. Mayaux.
- **Cass. soc. 3 juin 2003** n°01-43573, *RJS* 8-9/2003 n°980 ; *Dr. soc.* 2003 p.884 note J. Savatier ; *JCP G* 10 octobre 2003, II, 10165 note M. Véricel.
- **Cass. civ. 3^{ème} 24 avril 2003** n°01-17458, *RTD civ.* oct-déc 2003, n°4 p.723, note P-Y. Gauthier, *D.* 19 février 2004, n°7 p.450 note S. Chassable.
- **Cass. soc. 18 mars 2003** n°00-46358, *Lexbase hebdo* Ed. sociale 3 avril 2003 n°65 note S. Martin-Cuenot.
- **Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 2003** n°99-12628, *RDC* 2003 p.39 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003 p.287 obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 2003, I, 142, n°5 note J. Rochfeld.
- **Cass. civ. 1^{ère} 11 mars 2003** n°99-1262 ; *RTD civ.* avril 2003, n°2 p.287 obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G* 11 juin 2003, I, n°24, 1097 note J. Rochfeld ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.39 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. soc. 10 juin 2003** n°01-40985, *Dr. soc.* 2003 p.887 obs. C. Radé.
- **Cass. civ. 2^{ème} 13 mars 2003** n°01-15933, *Lexbase Hebdo* 17 avril 2003, n°67 note M. Parmentier et J. Prigent.
- **Cass. com. 4 mars 2003** n°99-17316, *Rev. crit. DIP* 2003 p.286 note P. Lagarde.
- **Cass. soc. 25 février 2003** n°00-46.263, *JCP E* 5 juin 2003, n°23 note D. Corrignan-Carsin.
- **Cass. ch. mixte 14 février 2003** n°00-19423 et n°00-19424, *LPA* 14 mars 2003, n°51 p.13 note L. Bernheim ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.182 note L. Cadiet.
- **Cass. civ. 1^{ère} 21 janvier 2003** n°00-13342 et 00-19001, *D.* 2003 p.693 obs. V. Avena-Robardet ; *RDC* 2003 p.91 obs. M. Bruschi ; *RTD civ.* 2003 p.292 obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. & Pat.* mai 2003 p.112 obs. P. Chauvel.
- **Cass. com. 14 janvier 2003** n°00-17781, *D.* 2003 p.2304 obs. Kenfack, *RDC* 2003 p.159 obs. M. Behar-Touchais.
- **Cass. com. 19 novembre 2002** n°01-13492, *LPA* 23 juillet 2003, n°146 p.15 note Y. Marot ; *D.* 23 novembre 2006, n°41 p.2845 obs. P. Crocq.
- **Cass. soc. 9 octobre 2002** n°00-45540, *Lexbase Hebdo* – éd. soc. 24 octobre 2002, n°44 note G. Auzero ; *Juris. soc. Lamy* 12 novembre 2002, n°111 p.15 note M-Ch. Haller.
- **Cass. soc. 18 septembre 2002** n°00-42.904, *Sem. soc. Lamy* 21 octobre 2002, n°1094 p.6 obs. F. Favennec-Héry ; *D.* 2002, p.3229 note Y. Serra ; *Dr. soc.* novembre 2002, n°11 p.1007 obs. R. Vatinet.

- **Cass. soc. 18 septembre 2002** n°00-42904, *LPA* 4 novembre 2002, n°220 p.3 note G. Picca et A. Sauret ; *RDC* décembre 2003, n°1 p.150 note Ch. Radé ;
- **Cass. ch. mixte 6 septembre 2002** n°98-14397, *Contrats-conc. consom.* octobre 2002, n°10 comm. n°151 obs. G. Raymond ; *LPA* 24 octobre 2002 p.16 note D. Houtcieff ; *JCP G* 13 novembre 2002, II, n°46, 10173 note S. Reifegerste ; *D.* 2002, 2963 note D. Mazeaud.
- **Cass. soc. 10 juillet 2002** (3 arrêts) n°00-45135, n°00-45387, n°99-43334, *JCP G* 16 octobre 2002, II 10162, n°42 comm. Fr. Petit ; *JCP E* 17 octobre 2002, 1511 n° 42 comm. D. Corrignan-Carsin ; *Gaz. Pal.* 6 décembre 2002, n°340 p.9 note M. Kehrig ; *LPA* 31 janvier 2003, n°23 p.16 note N. Damas ; *JCP E* 20 mars 2003, n°12 note P. Morvan ; *JCP E* 10 avril 2004, n°15 note C. Masquefa ; *Option Finance* 4 avril 2005, n°828 p.37, note J-M. Lavallart ; *JCP E* 3 janvier 2008, n°1 note G. Damy.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 juillet 2002** n°00-13669, *RTD civ.* 2003 p.107 note P-Y. Gautier.
- **Cass. com. 25 juin 2002** n°00-13230, *Dr. & Pat.* 2002, n°110 note D. Mainguy.
- **Cass. com. 11 juin 2002** n°00-15321, *Gaz. Pal.* 2002 p.21, *D.* 2002 p.332 obs. L. Aynes.
- **Cass. civ. 1^{ère} 28 mai 2002** n° 00-12144, *JCP G* 11 juin 2003, n°24 ; *D.* 2003 n°36 p.2471.
- **Cass. civ. 1^{ère} 28 mai 2002** n° 99-10741, *JCP G* 2003, I, n°10 obs. C. Seraglini.
- **Cass. com. 18 mai 2002** n°00-16857, *RTD civ.* oct-déc 2002, n°4 chron. p.833, note P-Y. Gauthier.
- **Cass. AP 17 mai 2002** n°00-11664, *JCP E* 11 juillet 2002, n°28, 1080 note J. Monéger.
- **Cass. com. 9 avril 2002** n°98-16829, *Rev. arb.* janvier 2003, n°1 p.103 note P. Didier ; *D.* 24 avril 2003, n°17 p.1117 note L. Legros.
- **Cass. civ. 2^{ème} 4 avril 2002** n°00-18009, *Dr. & Pat.* juin 2002 p.121 obs. J. Mestre ; *JCP E* 24 octobre 2002 n°43, 1555 note O. Gout ; *Rev. arb.* janvier 2003, n°1 p.103 note P. Didier ; *JCP E* 8 mai 2003, n°19, 105 obs. C. Seraglini .
- **Cass. civ. 3^{ème} 27 mars 2002** n°00-20732, *D.* 2002 p.2400 note H. Kenfack ; *Cah. Dr. de l'entr.* 2002, n°5 p.20 obs. J-L. Respaud ; *D.* 2002 p.3006 obs. D. Ferrier ; *JCP G* 2002, II, n°10112 note F. Auque.
- **Cass. civ. 3^{ème} 30 janvier 2002** n°00-15784, *D.* 29 août 2002, n°29 p.2288 note J-L.Elhoueiss ; *RTD civ.* octobre 2002, n°4 p.816 obs. P. Jourdain ; *D.* 2003 p.458 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. civ. 1^{ère} 20 décembre 2001** n°00-10806, *Rev. arb.* 2002 p.379 note C. Legros ; *RTD com* 2002 p.279 obs. E. Loquin.
- **Cass. soc. 18 décembre 2001** n° *D.* 2002 p.644 note E. Chevrier.
- **Cass. soc. 20 novembre 2001** n°99-45569, *Droit soc.* juillet 2002 n°7-8 p.773 note C. Roy-Loustaunau.
- **CA Colmar 17 octobre 2001**, *D.* 2002 p.2932 note J. Frank.
- **Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 2001** n°99-16687, *JCP G* 2001, I, 370 n°10 obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2002, II, 10143 note L. Maupas.
- **Cass. civ. 12 juillet 2001** n°98-21591, *DMF* 2001, 216 note Ph. Delebecque.
- **Cass. civ. 1^{ère} 11 juillet 2001** n°99-20636, *RGDA* octobre 2001, n°4 note J. Kullmann.
- **Cass. civ. 1^{ère} 26 juin 2001** n°99-16118 *Rev. crit. DIP* 2002 p.93 note H. Muir-Watt.
- **Cass. civ. 1^{ère} 7 juin 2001** n°98-22731, *RGDA* juillet 2001, n°3 p.734 obs. M-H. Maleville.
- **Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2001** n°99-14370, *Rev. dr. immo.* septembre 2001, n°4 p.380 note D. Tomasin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 6 mars 2001** n°98-15502, *D.* 14 juin 2001, n°23 Jur. p.1868, note B. Edelman ; *Gaz. Pal.* 5 novembre 2003, n°309 p.4 obs. E. Bonnet.
- **Cass. civ. 3^{ème} 21 février 2001** n°99-17666, *D.* 2002 somm. p.932 obs. G. Pignarre.
- **Cass. soc. 6 février 2001** n°98-44190, *LPA* 29 octobre 2001, n°215 p.12 note J-F. Astruc ; *Sem. soc. Lamy* 28 juillet 2003, n°1133 p.6.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. civ 1ère 6 février 2001** n° 98-20776, *RTD com* avril-juin 2001, n°2 p.413 obs. E. Loquin ; *JCP G* 2001, II, n° 28 note C. Legros. *JCP E* 2001 n°29 note D. Mainguy et J-B. Seube.
- **Cass. civ. 3^{ème} 31 janvier 2001** n°98-44877, *JCP G* 2001, I, 354 obs. Y-M. Serinet.
- **Cass. civ. 1^{ère} 23 janvier 2001** n°98-18679, *RTD civ.* 2001, 359 obs. J. Mestre et B Fages.
- **Cass. Soc. 14 novembre 2000** n°98-42371, *Dr. & Pat.* mars 2001, n°91 p.118 note P-H. Antonmattei.
- **Cass. soc. 11 juillet 2000** n°98-43240, *Dr. & Pat.* mars 2001, n°91 p.115 note P-H. Antonmattéi.
- **Cass. soc. 6 juillet 2000** n° 98-15.307 *JCP E* 23 novembre 2006, n°47 note G. Vachet.
- **Cass. civ. 2^{ème} 6 juillet 2000** n°98-17827, *Contrats-conc. consom.* janvier 2001, n°1 note L. Leveneur ; *Rev. arb.* octobre 2001, n°4 p.749 note Ch. Jarrosson ; *RTD civ.* 2001, 359 obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. & Pat.* juillet 2004, n°128 p.75 note M-H. Monsérié-Bon ; *Gaz. Pal.* 14 mars 2010, n°64-65 p.9 B. Moreau.
- **Cass. soc. 27 juin 2000** n°99-41135 99-41140, *Dr. soc.* 2000 p.828 obs. C. Radé et p.1007 chron. P. Waquet.
- **Cass. Com. 22 février 2000** n°97-15560, *Dr. & Pat.* janvier 2000, n°155 p.26 note M. Lepincé ; *Contrats-conc. consom.* juin 2000, n°6 p.15 note L. Leveneur.
- **Cass. com. 15 février 2000** n°96-19175, *JCP G* 15 novembre 2000, n°46 note A. Constantin ; *Rép. Not. Defresnois* 2000, n°19 p.118 obs. Mazeaud.
- **Cass. com. 15 février 2000** n°97-19793, *LPA* 29 décembre 2000, n°260 p.12 ; *JCP E* 3 février 2005, n°5 note F. Pollaud-Dunian ; *Dr. & Pat.* septembre 2007, n°162 p.87 obs. Ph. Stoffel-Munck.
- **Cass. civ. 1^{ère} 8 février 2000** n°95-14330, *Rev. arb.* 2000 p.280 note P-Y. Gautier ; *Défrénois* 2000 p.721 obs P. Delebecque.
- **Cass. soc. 11 janvier 2000** n°97-44148, *D.* 2000 Jur. p.893 note G. Pignarre.
- **Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1986** n°85-11674, *RGAT* 1987, n°124.
- **Cass. civ. 1ère 19 octobre 1999** n°97-17650, *D.* 2000 p.765 note M. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2000 p.29 note P. Lagarde.
- **Cass. soc. 12 octobre 1999** n°96-43020, *LPA* 28 mars 2000, n°62 p.11 note J-L. Fraudin, N. Reboul, L. Etner et alii ; *JCP G* 13 septembre 2000, n°37 note C. Puigelier.
- **Cass. com. 15 juin 1999**, *JCP E* 2000. 802 note A. Constantin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 19 mai 1999** n°97-12099, *RGAT* 1999 p.661 obs. M-H. Maleville.
- **Cass. soc. 18 mai 1999** n°96-44315, *JCP E* 6 janvier 2000 n°1 note C. Puigelier ; *D.* 17 février 2000, n°7 p.84 note M-C. Escande Varniol ; *Dr. soc.* juillet 2004 n°7/8 p.706 note Ch. Vigneau.
- **Cass. com 18 mai 1999** n°95-21539, *JCP G* 1999, II, 10199 note J. Stoufflet.
- **Cass. civ. 1^{ère} 11 mai 1999** n°97-14493, *Rèp Not. Defrénois* 30 septembre1999, n°18 p.992 obs. D. Mazeaud ; *D.* mars 2003, n°91 p.33 note Y. Auguet.
- **Cass. soc. 30 mars 1999** n°97-41028, *Option Finance* 3 janvier 2005, n°815 p.37 note L. Ribadeau et J. Lemeur.
- **Cass. com. 23 février 1999** n°96-18919, *RLDA* mai 1999, n°16 p.30 note L. Costes.
- **Cass. soc. 20 janv. 1999** n°96-45.305, A. Pelletier & B. Mathieu, Droit de la concurrence, *LPA* 11 novembre 1999, n°225 p.15.
- **Cass. civ. 1^{ère} 5 janvier 1999** n°96-20202, *Rev. crit. DIP* 1999 p.536 note E. Pataut ; *D. aff.* 1999 p.291 note X. Delpéch ; *Dr. & Pat* février 2000, n°79 p.110 obs. D. Mainguy et P. Mousseron ; *Rev. arb.* 2000 p.85 note D. Cohen.
- **Cass. Soc. 16 décembre 1998** n°96-40227, *RJS* février 1999, n°2 p.105 ; *Sem. soc. Lamy* 28 juillet 2003, n°1133 p.6 note J. Duplat.

- **Cass. civ. 1^{ère} 17 novembre 1998** n°96-15126, *RGDA* janvier 1999, n°1 p.96 note M-H. Maleville.
- **Cass. soc. 15 juillet 1998** n°96-40.866, 96-41.006, *RJS* 1998 n°986.
- **Cass. civ. 3^{ème} 1^{er} juillet 1998**, *Bull. civ.* 1998, III, n°155 ; *D.* 1999 somm. p.13, obs G. Paisant ; *D.* 2002 somm. p.932, obs. G. Pignarre.
- **Cass. civ. 1^{ère} 27 mai 1998** n°96-14614, *RGDA* octobre 1998, n°4 p.692 note A. Favre Rochex.
- **Cass. soc. 25 mars 1998** n°94-20780 et n°95-41543 (2 espèces), *Dr. soc.* 1998, p.544 et 545
- **Cass. civ. 1^{er} 17 mars 1998** n°96-13972, *JCP G* 1998, II, 10148 note S. Piedelièvre.
- **Cass. com. 3 février 1998** n° 95-18602, *D.* 1998 p.455 note J. Revel ; *JCP G* 1998, I, 187, n°27 obs. G. Viney.
- **Cass. soc. 13 janvier 1998** n°95-41480, *D.* 18 mars 1999, n°11 p.159 note N. Bouche ; *RLDA* juin 2006, n°17 p.60 note Ch. Neau-Leduc.
- **Cass. soc. 13 janvier 1998** n° 95-41.467, *Dr. soc.* 1998 p.278 obs. J. Savatier.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 décembre 1997** n°95-21907, *D.* 1998, 200 obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1998, 673 obs. J. Mestre.
- **Cass. com. 14 octobre 1997** n°95-14285, *D.* 1998 somm. p.333 2^{ème} esp. obs. D. Ferrier ; *Deffrénois* 1998, art. 36860 p.1040 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. civ. 1^{ère} 8 juillet 1997**, *Deffrénois* 1997, p.1355 D. Mazeaud.
- **Cass. com. 17 juin 1997** n°95-11164, *JCP E* 27 novembre 1997, II, 1022 note F. Labarthe, *D.* 14 mai 1998, n°19 jurisp. 248 note G. Pignarre et G. Paisant ; *D.* 14 mai 1998, n°19 p.248, *JCP G* 1998, I, 144 G. Viney.
- **Cass. civ. 1^{re} 3 juin 1997** n°95-17603, *Rev. arb.* 1998, p.537 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p.92, note P. Mayer.
- **Cass. com. 13 mai 1997** n°95-17221, *RTD civ.* 1998 p.101 note J. Mestre.
- **Cass. civ. 3^{ème} 30 avril 1997** n°95-17598, *Contrats-conc. consom.* 1997 comm. 129 obs. L. Leveneur ; *D.* 1997, 475, note D. Mazeaud ; *JCP G* 1997, II, 22963 obs. B. Thuiller ; *RTD civ.* 1997, 685 obs. P-Y. Gautier et 1998, 98 obs. J. Mestre.
- **Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996** n° 94-20822, *RTD civ.* 1997 p.156 obs. P-Y. Gautier.
- **Cass. com. 22 octobre 1996** n°93-18632, *D.* 1997 p.121 note A. Sériaux ; *RTD civ.* 1997 p.418 obs. J. Mestre ; *Contrats-conc. consom.* 1997 comm. n°24 obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 1997, II, jurisp. P.519 note R. Martin.
- **Cass. soc. 10 juillet 1996** (2 arrêts) n°93-41137 et n°93-40966, *Dr. soc.* 1996 p.076 obs. H. Blaise ; *JCP G* 1997, II, 22768 note Y. Saint-Jours.
- **Cass. civ. 1^{ère} 3 juillet 1996** n°94-14800, *Rép. Not. Deffrénois* 1996 art.36381, n°102 p.1015, note Ph. Delebecque ; *RTD civ* 1996 p.901 note J. Mestre ; *JCP G* 16 avril 1997, I, n°16 p.4015 obs. F. Labarthe ; *D.* 30 octobre 1997, n°38 p.500 note P. Reigne.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 1996** n°94-15294, *RGDA* 1997 p.106 note J. Kullmann.
- **Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 1996** n°93-18631, *Deffrénois* 1997 art. 36526 p.406 obs A. Bénabent.
- **Cass. civ. 3^{ème} 26 juin 1996** n°94-16326, *RJDA* 1996, chron. p.636 ; *D.* 1997, somm. comm. 169 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 avril 1996** n°94-14918, *Lamy ass.* mai 1996, n°18 p.1 note L. Fonlladosa.
- **Cass. soc. 6 décembre 1995** n°92-40389, *JCP E* 1996, II, 22671 note C. Puigelier.
- **Cass. AP. 1^{er} décembre 1995** n° 91-19653, *JCP E* 1996, II, 776 note Leveneur ; *RTD civ.* 1996 p.153 note J. Mestre ; *RDC* juillet 2007, n°3 p.976 note L. Grynbaum ; n°91-15999, n°93-13688, n°91-19653, n°91-15578, *Dr. & Pat.* janvier 1996, n°34 p.48 obs. A. Couret ; *D. Aff.* avril 1996, n°1 p.3 obs. A. Laude.
- **Cass. com. 28 novembre 1995** n°94-12285, C. Jarrosson, *Rev. arb.* 1996 spéc. n°15-19 p.614.

BIBLIOGRAPHIE

- **Cass. civ. 1^{ère} 27 juin 1995** n°92-19212, *D.* 1995, 621 note S. Piedelièvre.
- **Cass. com. 4 avril 1995** n°93-14585 et n°93-20029, *D.* 1995, somm. p.231 obs. L. Aynès ; *Contrats-conc. consom.* 1995, comm. 105 obs. L. Leveneur ; *D.* 1996 p.141 note S. Piquet ; *JCP E* 1996, n°4 obs. J-B. Seube.
- **Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 1995** n°93-13237, *JCP E* 9 décembre 2004, n°50 note J. Beguin.
- **Cass. com. 21 février 1995** n°93-13302, *D.* 1995, inf. rap. p.92, *RJDA* 1995 p.803.
- **Cass. civ. 1^{ère} 4 janvier 1995** n° 92-17.858, *D.* 1995 p.405 note Dagorne-Labbé.
- **Cass. com. 13 décembre 1994** n°92-12626, *Rép. Nat. Defrénois* 30 mars 1995, n°6 p.415 note L. Aynès ; *D.* 6 avril 1995, n°14 juris. p.209 rapp. Le Dauphin note L. Aynès.
- **Cass. civ. 8 juin 1994** n°92-18466, *D.* 1994.353 note P. Souleau.
- **Cass. civ. 3^{ème} 4 mai 1994**, *Gaz. Pal.* 1994 p.213, *JCP G* 1995, II, 22380 note B. Boccara.
- **Cass. civ. 3^{ème} 15 décembre 1993** n°91-10199, *D.* 1994 somm. comm. 507 obs. O. Tournafond ; *D.* 1994, *jurisp.* p.507 note Bénac-Schmidt ; *Defrénois* 1994, 795 obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, 588 obs. J. Mestre ; *D.* 1995, somm. comm. 230 obs. L. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22366 obs. D. Mazeaud.
- **Cass. com. 9 novembre 1993** n°91-20382, *JCP E* 1994 pan.45 ; *D.* 1995 juris. p.78 obs. D. Ferrier.
- **Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1993** n°91-16344, *JCP G* 1994, I, 3757 obs. M. Billau.
- **Cass. civ. 1^{ère} 13 octobre 1993** n°91-21442, *JCP G I* 1994 n°3757, obs M. Billau ; *D.* 1994 somm p.121, obs O. Tournafond.
- **Cass. civ. 3^{ème} 5 mai 1993** n°91-13770, *Contrats-conc. consom.* 1993 comm. 173 obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 1994 p.353 obs. J. Mestre.
- **Cass. com. 6 avril 1993** n°90-21198, *RTD com.* 1993 p.549 obs. R. Cabrillac ; *JCP G* 1993, II, 22062 note J. Stoufflet ; *D.* 1993 p.310 note Ch. Gavalda.
- **Cass. civ. 3^{ème} 3 mars 1993** n°91-15613, *JCP G* 1994, I, 3744 obs. M. fabre-Magnan.
- **Cass. civ. 1^{ère} 3 février 1993** n°90-13141, *JCP G* 1993, II, 22548 note J. Bigot.
- **Cass. civ. 1^{ère} 9 décembre 1992** n°91-12498, *Dr. & Pat.* septembre 2004, n°129 p.36 note B. Bédaride.
- **Cass. com. 1^{er} décembre 1992** n°90-14578, *JCP E* 8 juillet 2004, n°28-29 note M. Kéita.
- **Cass. com. 3 novembre 1992** n° 90-18547, *RTD civ.* 1993, n°7 p.124 J. Mestre ; *JCP G* 1993, II, 22164 note G-J. Virassamy,
- **Cass. civ 1^{ère} 16 juillet 1992** n°89-14254, *Rev. arb.* 1993 p.611 note Ph. Delebecque.
- **Cass. com. 26 mai 1992** n°90-13499, *RTD civ* 1992, n°759 obs. J. Mestre ; *D.* 1992, somm. com. p.395 obs. D. Ferrier.
- **Cass. soc. 14 mai 1992** n°89-45300, *D.* 1992. 350, note Y. Serra ; *Dr. soc.* 1992, p.967, note D. Corrignan-Garsin ; *JCP E* 1992. II, 341, note J. Amiel-Donat.
- **Cass. com. 17 mars 1992**, *contrat-conc. consom* 1992, n°93 obs. L. Leveneur.
- **Cass. soc. 25 février 1992** n°89-41634, *RTD civ.* 1992 p.760 obs. J. Mestre ; *D.* 1993, *jurisp.* p.390 note M. Defossez.
- **Cass. com. 18 février 1992** n°87-12844, *RJDA* 1992, n°474 p.377, *JCP E* 1992, II, 344 note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1992 somm. p.396 obs. D. Ferrier.
- **Cass. Soc 22 janvier 1992** n°89-42840, *JCP E* 18 fév. 1993, n°7 note J. Déprez.
- **Cass. AP. 20 déc. 1991** n°90-43616, *JCP G* 1992, II, 21850, note Y. Saint-Jours.
- **Ass. Plén. 12 juillet 1991** n°90-13602, *JCP G* 1991, II, chron. 21747 note G. Viney ; *RTD civ.* 1991 p.750 obs P. Jourdain.
- **Cass. com. 22 mai 1991** n°89-19697, *Gaz. Pal.* 5 octobre 2001, n°278 p.2 note R. Rogowicz ; *D.* 1992 somm. p.233 note M. Vasseur.
- **Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1990**, 3 arrêts n°87-11717, n°87-17586 et n°88-12863, *JCP G* 1991, II, 21656 note J. Bigot ; *RTD civ.* 1991 p.325 note J. Mestre.
- **Cass. com. 11 décembre 1990** n°89-17524, *JCP N* 1991, II, p.239.

- **Cass. ch. mixte 23 novembre 1990**, 3 arrêts n°87-17044, n°86-19396, n°87-17044, *D.* 1991 p.121 note C. Larroumet ; *JCP G* 1991, II, 21642 note D. Legeais.
- **Cass. civ. 2^{ème} 19 novembre 1990**, *Rev. arb.* 1981. 441 note Ph. Fouchard.
- **Cass. soc. 13 novembre 1990** n°87-42.893, *RJS* 1990 n°953.
- **Cass. civ. 1^{ère} 6 novembre 1990** n°88-12247, *Rev. arb.* 1991 p.19 obs. Ph. Delebecque.
- **Cass. civ. 1^{ère} 9 octobre 1990**, *RGAT* 1990. 816 note H. Margeat et J. Landel.
- **Cass. civ. 1^{ère} 10 juillet 1990** n°88-13877, *Rev. arb.* 1990 p.851 obs. J-H. Moitry et C. Vergne.
- **Cass. civ. 2^{ème} 9 mai 1990** n°89-10172, *RTD civ.* 1990, p.666 obs. P. Jourdain.
- **Cass. com. 2 mai 1990** n°88-10878, *D.* 1991 juris.41 note Ch. Gavalda ; *JCP E* 1991, II, 21655 note J. Stoufflet.
- **Cass. com. 27 mars 1990** n°88-15092, *D.* 1991 jurisp. p.289 note F-X. Testu ; *RTD civ.* 1991 p.112 obs. J. Mestre.
- **Cass. com. 6 mars 1990** n°88-14929, *JCP G* 1990, IV, n°19 p.173 ; *JCP N* 1990, n°43-44 p.237 ; *Gaz. Pal.* 5 décembre 1990, n°339-340 Panorama p.201.
- **Cass. civ. 1^{ère} 6 décembre 1989** n°88-16727, *D.* 1990 p.289 note J. Ghestin.
- **Cass. civ. 1^{ère} 29 novembre 1989** n°87-11473, *RTD civ.* 1990 p.474 obs. Y Serra.
- **Cass. civ. 1^{ère} 8 novembre 1989** n°86-16197, *D.* 1990 juris. p.369 note Ch. Gavalda et somm. p.327 obs. J. Huet ; *JCP G* 1990, II, 21576 note G. Virassimy ; *RTD civ.* 1990 p.80 obs. J. Mestre.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 octobre 1989** n°87-18391, *RGAT* 1990. 637 note J. Kullmann.
- **Cass. civ. 1^{ère} 12 juillet 1989** n°88-11443, *Defrénois* 1990, 358 obs. J-L. Aubert ; *JCP G* 1990, II, 21546 obs. Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 1990. 468 obs. J. Mestre ; *Gaz. Pal.* 1991, I, 374 note F. Chabas.
- **Cass. civ. 1^{ère} 14 juin 1989** n°88-12665, *RTD civ.* 1989, 742, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1991, II, 21632 note G. Virassimy.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 janvier 1989** n°87-13640, *D.* 1989 p.253 note Ph. Malaurie.
- **Cass. civ. 1^{ère} 15 novembre 1988** *D.* 1989 p.349 note Ph. Delebecque.
- **Cass. soc. 19 juillet 1988** n°85-43179, *Bull. civ.* V n°461.
- **Cass. soc. 26 mai 1988** n°85-45074 *Bull. civ.* V n°318.
- **Cass. civ. 3^{ème} 9 mars 1988** *Bull. civ.* III 1988 n°54.
- **Cass. com. 2 février 1988** n°85-17276, *Gaz. Pal.* 1988 somm. p.252 note A. Piedelièvre ; *D.* 1988 somm. p.239 note M. Levasseur ; *D.* 1988 somm. p.274 note L. Aynès.
- **Cass. soc. 19 novembre 1987**, *D.* 1987 IR 244 ; *Dr. soc.* 1989, n°361 note Poulain.
- **Cass. civ. 1^{ère} 16 décembre 1986** n°85-11396, *RTD civ.* 1987 p.750 obs. J. Mestre.
- **Cass. civ. 3^{ème} 26 novembre 1986**, *D.* 1986 IR p.486, *RD imm.* 1987 p.236.
- **Cass. civ. 1^{ère} 25 novembre 1986** n° 84-17745, *RTD civ.* 1987 p.547 obs. J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987 p.386 note H. gaudemet-Tallon.
- **Cass. civ. 1^{ère} 17 juin 1986** n° 84-14717, *Gaz. Pal.* 1986 Pan. 195 ; *RGAT* 1986. 350 note J. Bigot.
- **Cass. com. 4 juin 1985** n°84-10344, *RTD civ.* 1986 p.593 obs J. Mestre ; *Rev. arb.* 1987 p.139 note J-L. Goutal.
- **Cass. civ. 3^{ème} 29 avril 1985** n°83-12165, *Defrénois* 1986 art. 33700, spéc. n°32 p.458 obs. G. Vermelle.
- **Cass. civ. 1^{ère} 29 avril 1985**, *RGAT* 1985 p.33, note G. Viney.
- **Cass. civ. 1^{ère} 19 décembre 1984** n°83-14083, *RTD civ.* 1986 p.107 obs. J. Mestre.
- **Cass. com. 20 novembre 1984** n°83-15956, *JCP E* 9 décembre 2004, n°50 note J. Béguin ; *Cah. dr. entr.* septembre 2008, n°5 p.67.
- **Cass. soc. 17 octobre 1984** n°82-41114 et 82-41115 *Bull. civ.* V n°385.
- **Cass. civ. 3^{ème} 8 février 1984**, *JCP G* 1985 II, 20377 et *JCP E* II, 14479 note D. Bocarra.

BIBLIOGRAPHIE

- Cass. civ. 1^{ère} 18 janvier 1984, *JCP G* 1984, II, 20372 note J. Mouly.
- Cass. soc. 4 juillet 1983 n°80-41906, *Bull. civ.* V n°380.
- Cass. civ. 3^{ème} 22 mars 1983, *Defrénois* 1984 p.296 obs. J-L. Aubert.
- Cass. AP 28 janvier 1983 n°80-39511, *D.* 1983 p.269 obs. J. Cabannes.
- Cass. civ. 1^{ère} 19 janvier 1982 n°96-21869, *JCP G* 31 mai 2000, II, 10326 note J-P. Chazal.
- Cass. com. 5 oct. 1981 n°80-11076, *JCP G* 1981, IV, 399 ; *D.* 1982, p.16, *Gaz. Pal.* 1982, I, pan. jurispr. p.68.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, *JCP G* 1982, V, n°19713 note Vasseur ; *D.* 1982 p.397 note Boizard.
- Cass. civ. 3^{ème} 9 décembre 1980 n°79-14235, *JCP E* 1981, 13619 note B. Boccara.
- Cass. com. 4 juin 1980 n°78-12324, *Bull. civ.* IV n°239.
- Cass. civ. 2^{ème} 20 février 1980, *Bull. civ.* II n°37 ; *Gaz. pal.* 1980 p.494 note J. Dupichot.
- Cass. civ. 1^{ère} 24 octobre 1979 n°77-14076, *JCP N* 1980, II, 100 note G. Parléani.
- Cass. com. 28 février 1977 *JCP G* 1977 IV, 110 ; *D.* 1977, inf. rap. p.235
- Cass. soc. 24 janvier 1979 n°77-41536, *D.* 1979 p.619.
- Cass. civ. 2^{ème} 11 janvier 1978 n°76-11237, *RTD civ* 1978 p.921 note J. Normand.
- Cass. civ. 3^{ème} 26 octobre 1977 n°76-11155, *Bull. civ.* III n°362, *RTD civ.* 1978, n°3 p.670 obs. G. Cornu.
- CA de Paris 28 septembre 1976, *JCP G* 1978, II, 18810 note J. Robert.
- Cass. civ. 3^{ème} 14 octobre 1975 n°74-12880, *Bull. civ.* 1975, III, n° 290, *JCP G* 1975 IV, n°281.
- Cass. Civ. 1^{ère} 14 mai 1974, *D.* 1975 p.97 note H. Groutel et C-J. Berr ; *JCP G* 1980, IV, n°31.
- Cass. com. 8 novembre 1972, *D.* 1973 p.753 note Ph. Malaurie ; *Gaz. Pal.* 1973, I, p.143 note D. Martin.
- Cass. com. 4 juillet 1972 n°71-11194, *Bull. civ.* IV 1972, n°213 ; *D.* 1972 p.732 note Ph. Malaurie.
- Cass. civ. 1^{ère} 7 juillet 1971 n° 70-12769, *JCP G* 1971, II, 16898 note P. Level.
- Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 1971 n° 70-12730, *RGAT* 1972, 373 note A. Besson.
- Cass. com. 2 décembre 1965, *RTD com.* 1966 p.309 obs. A. Jauffret.
- Cass. civ. 1^{ère} 7 mai 1963 n°246, *D.* 1963 p.545 note J. Robert ; *JCP G* 1963, II, 13405 note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1963 p.615 note Mutulsky.
- Cass. civ. 1^{ère} 3 décembre 1962, *D.* 1963 p.302 obs. C. Blaevoet.
- Cass. civ. sect. 1^{ère} 6 juin 1959, *Rev. crit. DIP* 1959.708 note H. Batiffol.
- Cass. civ 7 novembre 1956, *JCP E* 1957. 227 ; *D.* 1957 somm. p.67 ; *RTD com* 1957 n°11.
- Cass. soc. 12 avril 1956, *D.* 1956 somm. p.110.
- Cass. civ. 1^{ère} 7 février 1956, *Gaz. Pal.* 1956, I p.250.
- Cass. civ. 1^{ère} 16 février 1953, *S.* 1953 p.282.
- Cass. civ. 24 octobre 1951, *D.* 1952, jurispr. p.105, note A. Besson.
- Cass. civ. 1^{ère} 14 mai 1946, *RGAT* 1946 p.281 ; *D.* 1946 juris. p.281 note P.L.P ; *JCP G* 1948, II, n°4225 note A. Besson.
- Ch. req. 6 février 1945, *RTD civ.* 1945. 188 obs. M. Boitard.
- Cass. civ. 30 mars 1943, *DC* 1944, p. 13, note P. L.-P.
- Cass. req. 16 novembre 1927, *DP* 1928, I, 61 rapport Bricout.
- Cass. req. 7 mai et 24 novembre 1924, *S.* 1925, I, 217 note J. Brèthe de la Gressaye.
- Cass. civ. 5 mai 1920, *D.P.* 1926 I p.37.
- Cass. req. 3 août 1915 n° 00-02378, *D.* 1917, 1, Jur. p.79.
- Cass. req. 24 juin 1912, *DP* 1913. 1. 363.
- Cass. civ. 21 novembre 1911 *DP* 13.1.249 note L. Sarrut, Sirey 1912, 1, 73 note Ch. Lyon-Caen.

- **Cass. civ. 5 décembre 1910**, *S.* 1911.1.129, *Rev. droit international privé* 1911.395, note A. Lyon-Caen.
- **Cass. civ. 14 avril 1891**, *DP* 1891, I p.329 Note M. Planiol.
- **Cass. civ. 24 janvier 1874**, *DP* 1876, I p.133.
- **Cass. req. 22 novembre 1865**, *D.* 1866. 1. 108.
- **Cass. civ. 1^{ère} 20 avril 1858**, *S.* 1858 I p.154.
- **Bordeaux 5 janvier 1833** *S.* 1833. 2. 188.
- **Cass. req. 18 mars 1807**, *S.* 1807 I p.361.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Abus

- contrôle 499, 501, 510 et s.
- de droit 139, 503 et s., 522
- de position 36, 158

Ambiguïté des clauses 199, 238, 251, 397 et s.

Apparence 219 et s., 390, 407, 637

Autonomie

- clause autonome 15, 498 et s., 511, 535, 559, 568, 577 et s., 597 et s., 616 et s., 628
- de la volonté 7 et s., 15, 136, 216, 338, 375, 488, 648
- notion 498, 612 et s.

B

Bail

- commercial 26, 82, 214, 315, 485, 603
- d'habitation 26, 52

Bonne foi 8, 60, 79, 87, 139, 151 et s., 196, 261, 323, 255, 451, 519, 618

C

Caducité 142, 193, 479, 606

Cause

- absence de cause 7, 159, 178, 499, 529, 543, 554, 561, 564 et s., 580, 621
- atypique 552
- contrepartie convenue 714, 97, 157, 167 et s., 178 et s. 476, 542, 553, 558 et s.
- économique 551 et s.
- objective 12, 71, 178, 471, 542, 464, 476, 551 et s., 571
- subjective 178, 184, 468, 474, 545 et s. 551 et s.
- typique 535, 552

Cautionnement 34, 52 et s., 248, 396, 402, 485

Cessation de l'illicite 275 et s.

Cession de contrat et de créance 563, 590

Changements de circonstances

- risques internes 105, 109, 116, 195
- risques externes 135, 141, 149, 151, 196, 437

Clause attributive de juridiction 267, 380, 436, 595, 605

Clause compromissaire 312, 337, 390, 425, 434 et s. 568, 586 et s., 605 et s., 618 et s.

Clause d'adaptation 107, 111 et s., 520, 650

Clause d'agrément 513

Clause d'ajustement du prix 106 et s., 195

Clause d'allègement des obligations 57, 68 et s.

Clause d'alignement de garantie 129, 195

Clause d'approvisionnement exclusif 81, 569, 575 et s.

Clause d'arbitrage 335, 568, 586, 591, 630, 635

Clause d'essai 515

Clause d'exclusivité 81 et s., 601

Clause d'expertise 321, 332

Clause d'inaliénabilité 118 et s., 195

Clause d'indexation 109, 142 et s., 529

Clause d'indivisibilité 315 et s., 360

Clause d'intégralité 256, 266, 392, 412, 436

Clause d'interprétation 241, 251, 258 et s., 264 et s., 424, 427

Clause d'offre concurrente 110

Clause de comportement 79, 87, 89 et s., 108

Clause de conciliation 331, 351 et s., 606

Clause de confidentialité 80, 90, 99, 111, 436, 512, 566, 608

Clause de constatation 263, 313, 456

Clause de responsabilité

- Clause de dédit-formation** 78, 518
- Clause de définition** 248, 251, 270
- Clause de divisibilité** 314, 360, 470 et s.
- Clause de documents non contractuels** 218
- Clause de garantie** 123, 164, 493, 589
- Clause de médiation** 331, 144, 352 et s., 606
- Clause de mobilité** 402, 450 et s., 514
- Clause de non-concurrence** 81 et s., 499, 512 et s., 530, 537, 569 et s., 599 et s., 607 et s., 620, 631, 637
- Clause de non-réaffiliation** 91, 99
- Clause de non-rétablissement** 91, 99
- Clause de non-sollicitation** 92, 99
- Clause de pérennisation**
- clauses de reconduction 74 et s.
 - clause de prorogation 68, 74 et s., 490
 - risques de confusion 75 et s., 251, 268, 396, 439, 615
- Clause de preuve** 263 et s., 270
- Clause de priorité** 254, 428
- Clause de qualification** 223 et s., 264, 269 et s., 487
- Clause de réfaction** 289 et s., 359
- Clause de référence** ou de renvoi 119, 383 et s., 436, 460
- Clause de remplacement** 297
- Clause de renforcement des obligations** 58, 69
- Clause de renouvellement** 77, 214, 315
- Clause de renonciation**
- à la résolution 299, 311, 397, 433
 - à la nullité 311 et s.
 - à l'exécution forcée 290, 359
 - à la réfaction 359 et s., 518
 - des clauses légales 51, 401
 - des sûretés négatives 124 et s.
 - droit processuel 344 et s., 361
 - interprétation 246 et s., 253
 - qualification 223, 226
 - sanctions 284, 314, 652
- exclusive 65, 181, 484
 - intérêts 157 et s.
 - faute lourde 163, 171 et s., 188 et s.
 - limitative 169, 173, 184, 188 et s., 433, 564 et s.
- Clause de révision** 147, 151 et s., 196
- Clause de sûretés négatives** 116 et s., 129
- Clause de suspension** 108
- Clause de voisinage** 255
- Clause du client le plus favorisé** 109, 114
- Clause informative** 445 et s., 457 et s. 487
- Clause non-obligationnelle** 6, 467, 481, 497
- Clause légale** 5, 24 et s., 400
- caractères 33 et s., 40 et s.
 - fonction 36 et s.
 - régime 49 et s.
 - sanctions 54 et s.
- Clause pénale** 74, 111 et s., 561, 609 et s., 626, 631
- Cohérence contractuelle** 14, 163, 168, 185, 218, 269, 316, 367 et s., 409, 426 et s., 428 et s., 464, 470 et s., 522, 579, 590, 634, 648
- Contractant**
- commerçant 471, 550, 553, 600
 - employeur 61, 87, 90 et s., 445 et s., 512 et s., 571, 575, 599, 607
 - non professionnel 27, 380
 - professionnel 27, 30, 66, 107, 153, 158, 163 et s., 252, 300, 361, 380, 397 et s., 404, 420, 432, 561
 - salarié 62, 81, 90 et s., 402 et s., 445 et s., 514 et s., 570 et s.
- Contractualisation** 133, 391
- accord 227
 - amiable composition 229
 - des clauses informatives 447, 453 et s., 457
- Contradiction juridique** 434 et s.
- Contrat administratif** 15, 236
- Contrat à exécution instantanée** 525, 96
- Contrat de travail** 15, 95, 308, 402, 408, 443 et s., 457 et s., 570 et s., 607, 615, 645

- Contrat à exécution successive** 74, 97, 139, 149, 280
- Contrat à titre gratuit** 2, 122, 306, 525, 542, 557
- Contrat à titre onéreux** 119, 176, 306, 557
- Contrat concentration** 18, 71, 208
- Contrat cadre** 371
- Contrat complexe** 209, 211, 224, 470, 482
- Contrat coopération** 71
- Contrat d'adhésion** 47, 629
- Contrat d'affaires** 156, 332, 397
- Contrat d'affrètement** 11, 67
- Contrat d'agence de voyage** 35
- Contrat d'approvisionnement** 110, 474
- Contrat d'assurance** 42, 54, 157, 191, 375, 404, 407, 433, 527
- Contrat d'échange** 15, 71
- Contrat d'entreprise** (louage d'ouvrage) 58, 67, 587
- Contrat de concession** 82, 89, 96, 575, 607, 620
- Contrat de dépôt** 15, 69, 483
- Contrat de distribution** 46, 58, 82, 89, 119, 474, 509, 575
- Contrat de financement** 115
- Contrat de franchise** 81, 98, 474, 486, 620
- Contrat de garantie et service après-vente** 34
- Contrat de location** 471, 474, 487, 550, 554
- Contrat de location gérance** 96
- Contrat de mandat** 572
- Contrat de prestation de service** 340, 471
- Contrat de prêt** 69, 119, 470, 483
313, 408, 470, 528, 587, 618
- Contrat de société** 71
- Contrat de transport** 58, 158, 594 et s., 641
- Domages et intérêts** 65, 85, 93, 108, 123,
- Contrat de vente** 60, 67, 119, 158, 164, 292,
- Contrats indivisibles** 71, 461, 471, 475, 557
- Contrat innomé** 15, 67, 211 et s., 487
- Contrat international** 106, 116, 150, 249 et s., 256, 480, 490, 493
- Contrat nommé** 15, 67, 211 et s., 481
- Contrat organisation** 71
- Contrat permutation** 71
- Contrat synallagmatique** 176, 280, 525, 542 et s., 555, 561, 575, 620
- Contrat translatif de propriété** 587, 589
- Contrat type** 21, 47, 160
- Contrepartie financière** 93, 95 et s., 487, 537, 570 et s., 599, 631, 649
- Contrepartie illusoire** (dérisoire) 542, 576, 553
- Contrôle de légalité**
- contrôle de l'abus 503 et s.
- contrôle de proportionnalité 402, 507 et s.
- Crédit à la consommation** 27, 29, 34, 53, 489
- Critère**
- intention de nuire 504
- objectif 416 et s., 644
- subjectif 534 et s.
- téléologique 499 et s., 517, 534, 536
- D**
- Déchéance** 53, 123, 134, 307, 376, 531
- renonciation 290, 359
- clause 286, 288, 359
- Délai de prescription** 54, 163, 353
- Dénaturation** 212, 236 et s., 251, 260, 270, 458
- Déséquilibre contractuel** 139, 151, 193, 283, 380
- Devoir d'informations** V° obligation
- Finalité du contrat** 480, 552, 556

124, 157, 161, 279 et s., 287, 294 et s., 355

Droit de propriété 124, 125

Droit de rétractation 34, 238, 287

Droit disponible 265, 299, 347

Droit personnel 124, 125, 195, 599

Droit réel 117, 118, 125, 467

Droits et libertés 402, 501, 507, 514, 518, 579

Droit subjectif 8, 504, 505

E

Economie générale du contrat 12 et s., 185, 463 et s., 479

- guide d'analyse de la cause 152, 170, 184, 186, 468, 474, 476 et s., 550, 558, 563, 580

- instrument de qualification 212 et s., 485 et s.

- unité des clauses 212 et s., 441, 493

- guide d'analyse de l'indivisibilité 470

- révélateur de la finalité économique 478 et s.

Effet relatif des contrats 32 et s., 588, 595, 599, 602

Ensemble contractuel indivisible 71, 461, 471, 475, 557

Equilibre contractuel 36, 139, 190, 416, 476, 562, 631

Equité 7, 45, 140, 229 et s., 243, 266, 348, 507

Exception d'inexécution 65, 159, 293,

Exécution forcée 84, 95, 112, 275 et s., 287, 299, 356, 359

F

Faits adventices 210 et s., 268

Faute lourde 159, 163 et s., 171 et s., 188 et s.

Fin de non-recevoir 208, 351 et s., 361

Finalité économique 157, 221, 475 et s., 553, 556

Inopposabilité 54, 124, 377

Force majeure 108, 139, 401

Force obligatoire du contrat 8, 45, 85, 137 et s., 152, 159, 178, 218 et s., 261, 276, 286, 288, 299, 351, 359, 467, 517, 633

Formalisme 26, 30, 372, 375, 379 et s., 387, 419, 439, 644

Formulation 34, 45, 66, 150, 238, 337, 400 et s., 485, 653

Formules légales 31 et s., 49, 101

G

Garantie d'éviction 97, 164

Garantie autonome (à première demande) 248, 296, 631

Gestion des risques

- clause 103 et s., 196, 322, 363, 365, 650

I

Immixtion

- du juge 366, 529

- des pouvoirs publics 8, 40, 45

- d'un tiers 111, 130, 267

Imprévision

- évolution 137 et s., 149

- hardship 144, 151, 322, 520

- révision contractuelle 141 et s., 147 et s., 150, 196, 529

Incompatibilité des clauses 414 et s., 416 et s., 331 et s., 334 et s.

Inconciliabilité des clauses 407 et s.,

Indemnisation 150, 160, 167, 190 et s., 294, 567

Indemnité d'immobilisation 217

- médiation 317, 324, 330 et s., 341 et s., 353, 356 et s.

Indivisibilité des contrats 470 et s.

Inexécution du contrat 273 et s., 280 et s., 290, 299, 316, 359

- obligation 147, 151, 355, 420

Intention commune 406, 424 et s., 431, 434

Intérêt légitime 121, 126, 402, 487, 514, 530

Interprétation V° pouvoirs judiciaire

- objective 243, 427 et s.
- subjective 242 et s., 424 et s.

J

Justice contractuelle 139, 173, 521, 654

L

Liberté contractuelle 5, 7, 9, 41, 45, 114, 150, 164, 171, 261, 253, 264, 315, 340 et s., 358, 528, 648, 651

Liberté du travail, liberté d'exercer une activité professionnelle 99, 572

Loi d'autonomie 489, 621

Loyauté

- contractuelle 47, 79, 93, 348, 519, 631
- de la preuve 265,
- obligation 97, 518

M

Maintien du contrat 77, 305, 360, 523, 527, 533 et s. 579, 644

Mention manuscrite 26, 53, 397

Mentions obligatoires 28 et s., 49, 101, 307

Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) 317 et s.,

- arbitrage 231, 327, 336 et s., 338, 342 et s., 390, 396, 589 et s., 606, 618, 633
- conciliation 331, 346, 351, 355 et s., 396, 410
- convention de procédure participative 323, 324
- expertise 321, 332, 396

N

Négociation 47, 77, 146, 428

- interprétation 221, 235, 247, 258 et s.,

- renégociation 144 et s., 151, 153

Nullité

- absolue 304, 305, 312
- conventionnelle 310, 360, 593
- judiciaire 303 et s.
- partielle 306, 314 et s., 334 et s., 360 524, 526 et s.
- relative 52, 304 et s. 312
- totale 54, 305 et s., 316, 655

O

Obligation de donner 277

Obligation de faire 81, 129, 276, 287, 355

Obligation de motivation 450, 506, 509, 514

Obligation de ne pas faire 94, 95, 119, 277, 355, 570

Obligation de renseignements 111, 130 et s.

Obligation de restitution 509

Obligation d'information 50, 112, 131, 458

Obligation essentielle 6, 15, 64, 69, 71, 159, 167 et s., 192, 299, 626

Obligation secondaire (accessoire) 569, 574, 575, 581, 620

Opposabilité 377, 383 et s., 386 et s., 393, 594 et s., 641

Opposition logique des clauses 431 et s.

Ordre public

- de direction 44, 46, 68, 208, 214, 228 et s., 264, 265, 298, 304, 326
- de protection 30, 226 et s., 304, 347, 403, 530
- lois impératives 7, 212

P

Pacte de préférence 277, 287

Pouvoirs judiciaires

- qualification 202 et s., 210, 212, 214
- requalification 203 et s., 209 et s., 223 et s., 268, 285, 645

Réputé partiellement non écrit 537, 538,

423

Pouvoir unilatéral 36, 87, 454, 455, 518

Préambule 221, 249, 269, 487

Prescription 33, 54, 149, 162 et s., 353

Preuve

- charge 93 et s., 123, 189 et s., 265, 378, 451
- mode 262 et s., 265, 270, 392, 456
- objet 326

Principes directeurs du procès 207

- judiciaire 276, 280, 298 et s., 519
- pour inexécution 159, 193, 547

Procès équitable 317, 348

Promesse unilatérale de vente 287, 288

Q

Qualification V° pouvoirs judiciaires 404, 571

- exigence 29, 30, 42, 48, 50, 115, 203

Quasi-contrat 219

Quasi-engagement 319 et s.

R

Rédaction du contrat 44, 54, 64, 107, 121, 144 et s., 162, 249, 265, 271, 290, 298, 314, 336, 375, 378, 395 et s., 400 et s., 427, 447, 487, 629

Réduction 75, 78, 167, 283, 308, 530

Réfaction 78, 282 et s., 289 et s., 292, 308, 359, 408, 529 et s.

Règles de droit 16, 41 et s., 192, 204, 210, 215, 225, 244, 275, 349

Relevé d'office des moyens de droit 206 s.

Répartition des risques 65, 154 et s., 180, 197, 365, 433, 437, 650

Réputé non écrit 191, 431, 473, 524 et s., 567

655

Requalification V° pouvoirs judiciaires

Résiliation 83, 108, 145, 153, 280, 473, 567

Résolution

- clause résolutoire 297 et s., 360, 401, 433
- du contrat 82, 112, 163, 360, 568, 607
- des litiges 317, 335 et s., 342, 350, 652
- extrajudiciaire 329, 348

Responsabilité contractuelle 159, 192, 458, 588

Responsabilité délictuelle 82, 124

Révision judiciaire 139, 141, 142, 148, 153, 192, 528

Révision pour imprévision 140, 152,

S

Sanctions 284 et s.

Sécurité juridique 5, 8, 286, 454, 460, 466, 555, 605

Séparabilité 635, 639

Solidarité contractuelle 139

Sûretés négatives 116

- renonciation à un droit réel 118 et s.
- renonciation à un droit personnel 125 et s.

T

Techniques contractuelles 153, 214, 222, 246, 253, 269, 288, 314

Termes contradictoires 396 et s.

Théorie des risques 565

Transaction 227, 333, 335 et s.

Transmission des clauses 585 et s., 640

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	VII
SOMMAIRE	XIII
Introduction	1
PARTIE I : CLASSIFICATION FONCTIONNELLE DES CLAUSES	23
TITRE I : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR LA RELATION CONTRACTUELLE	24
Chapitre I : Les clauses d'aménagement des prestations	25
Section I : Les clauses d'aménagement légal.....	25
§1 : Les clauses légales.....	26
A) L'identification des clauses légales	26
1) L'origine des clauses légales.....	26
2) La diversité des clauses reproduisant des dispositions légales.....	29
B) Une unicité de traitement.....	32
1) Une formulation commune.....	33
2) Une fonction commune.....	35
§2 : Appréciation de la volonté des parties	38
A) Les caractères des clauses légales	38
1) Les clauses légales supplétives.....	39
2) Les clauses légales impératives	42
B) Le régime des clauses légales	46
1) Un régime adaptable.....	47
2) Une harmonisation judiciaire des sanctions	49
Section II : Les clauses d'aménagement contractuel.....	54
§1 : Les clauses d'aménagement du rapport obligationnel	55
A) La détermination d'une fonction commune.....	55
B) Le régime des clauses d'aménagement du rapport obligationnel.....	60
1) Les effets des clauses d'aménagement du rapport obligationnel.....	61
2) Les limites des clauses d'aménagement du rapport obligationnel	64
§2 : Les clauses d'aménagement relationnel.....	69
A) La stabilité du lien contractuel pendant l'exécution du contrat.....	69
1) Les clauses de pérennisation.....	70
2) Les clauses de comportement.....	75
B) Le prolongement du lien contractuel après l'extinction du contrat	82
1) Les clauses de comportement post-contractuel	82

2) La généralisation de la contrepartie financière.....	88
Conclusion du Chapitre I.....	94
Chapitre II : Les clauses de gestion des risques	97
Section I : Les clauses de prévention des risques.....	98
§ 1 : La gestion des risques internes	99
A) Les clauses préventives de prix.....	100
1) Les clauses d'adaptation contractuelle	100
2) Des inspirations anglo-saxonnes	105
B) Les clauses de garanties indirectes	108
1) Les clauses de sûretés négatives	109
a) Renonciation du débiteur à un droit réel	109
b) Renonciation du débiteur à un droit personnel.	115
2) Les clauses de renseignement.....	118
§ 2 : La gestion des risques externes	121
A) La diversité des remèdes à l'imprévision	121
1) Prolégomènes de l'imprévision	122
2) Les clauses de révision contractuelle	126
B) La portée des clauses de révision	130
1) L'apport de la clause de révision	131
2) L'absence de clause de révision	133
Section II : Les clauses de répartition des risques	137
§1 : Les clauses de responsabilité	138
A) L'approche fonctionnelle des clauses de responsabilité	139
1) L'intérêt des clauses de responsabilité	139
2) La diversité des clauses de responsabilité.....	142
B) Une approche jurisprudentielle des clauses de responsabilité	147
1) Une recherche délicate de la cause.....	147
2) L'évolution notionnelle de la faute lourde	151
§2 : Une harmonisation nécessaire.....	154
A) L'adaptation du fondement de la cause	154
1) L'appréciation de la cause lors de l'exécution du contrat.....	155
2) Un contrôle effectif de la cause.	158
B) Le double contrôle des clauses de responsabilité	160
1) La référence à l'économie générale du contrat	161
2) Le contrôle renforcé du comportement du débiteur.....	164
Conclusion du chapitre II	169

TITRE II : L'INFLUENCE DES CLAUSES SUR L'OFFICE DU JUGE	173
Chapitre I : Les clauses d'aménagement de l'appréciation judiciaire	175
Section I : Le pouvoir des clauses sur la qualification judiciaire.....	175
§ 1 : Le pouvoir judiciaire de qualification	176
A) L'office du juge sur la qualification du contrat	176
1) Le contrôle de la qualification judiciaire	177
2) Le relevé d'office des moyens de droit	179
B) Le pouvoir d'investigation du juge.....	182
1) Les faits adventices.....	182
2) Le contenu de l'économie générale du contrat	184
§2: L'affaiblissement contractuel des pouvoirs du juge	186
A) La qualification du contrat par les parties	186
1) Les éléments de qualification du contrat	187
2) Les clauses de qualification	192
B) La libre disposition des droits des parties.....	193
1) La contractualisation des qualifications et points de droit	193
2) L'inefficacité des clauses d'amiable composition	196
Section II : Le pouvoir des clauses sur l'interprétation judiciaire.....	198
§1 : Le pouvoir judiciaire d'interprétation	199
A) L'office du juge sur l'interprétation du contrat	199
1) Un pouvoir souverain encadré	199
2) L'appréciation de l'ambiguïté des clauses.....	201
B) Valeur des règles d'interprétation	203
1) Une hiérarchisation possible des règles d'interprétation	204
2) La nature permissive des règles d'interprétation	206
§2 : La contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation.....	208
A) Typologie des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire.....	208
1) Les clauses limitatives d'interprétation.....	209
2) Les clauses directives d'interprétation.....	211
B) La portée des clauses d'aménagement de l'interprétation judiciaire	214
1) L'efficacité des clauses directives d'interprétation	215
2) Les limites aux effets des clauses directives d'interprétation.....	219
Conclusion du Chapitre I.....	223
Chapitre II : Les clauses d'aménagement de la résolution du litige	227
Section I : Le pouvoir des clauses sur les sanctions judiciaires	228
§1 : Les sanctions de l'inexécution du contrat.....	228
A) L'autorité des sanctions judiciaires.....	229

ESSAI SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES

1) La primauté de l'exécution forcée.....	229
2) La résolution judiciaire du contrat	233
B) La contractualisation des sanctions de l'inexécution du contrat.....	236
1) Les mesures d'exécution à la disposition des parties.....	237
a) Les clauses d'exécution forcée et de réfaction.....	237
b) Les moyens de pression.....	244
2) Les mesures d'extinction à la disposition des parties	247
§ 2 : Les sanctions de l'invalidité du contrat.....	250
A) L'autorité des sanctions judiciaires.....	251
1) La nullité judiciaire du contrat.....	251
2) La détermination judiciaire de l'étendue des sanctions	253
B) Le libre aménagement contractuel des sanctions	255
1) La nullité conventionnelle	255
2) La détermination contractuelle de l'étendue des sanctions.....	258
Section II : L'éviction contractuelle de l'autorité judiciaire	261
§1 : La maîtrise du litige par les parties	262
A) La portée des clauses de règlement des litiges	263
1) La délimitation des modes alternatifs de règlement des litiges.....	263
2) La légitimité des modes alternatifs de règlement des litiges.....	266
B) La classification des clauses de règlement des litiges.....	269
1) Les modes consensuels de règlement des litiges	269
2) Une résolution juridictionnelle du litige à travers l'arbitrage	273
§2 : L'autorité des clauses de règlement des litiges	276
A) L'influence du droit des contrats sur le droit processuel.....	277
1) L'effet processuel des modes alternatifs de règlement des litiges	277
2) La contractualisation du droit processuel	280
B) L'exécution des clauses de règlement des litiges	283
1) La consécration de l'efficacité processuelle.....	284
2) Les sanctions alternatives envisagées	287
Conclusion du chapitre II	292
Conclusion de la partie I	295

PARTIE II : UN DROIT COMMUN ADAPTÉ AUX CLAUSES CONTRACTUELLES

299

TITRE I : INTERACTION ENTRE LES CLAUSES CONTRACTUELLES

301

Chapitre I : De la cohérence entre les clauses du contrat 303

Section I : La formalisation des clauses contractuelles 304

§1 : La visualisation des clauses contractuelles 304

A) La localisation des clauses 304

1) Une lisibilité apparente 305

2) Une exigence généralisée 309

B) La nécessité du renvoi 311

1) La fonction protectrice des clauses de renvoi 311

2) L'effet contractualisant des clauses de renvoi 316

§2 : L'intelligibilité des clauses contractuelles 320

A) Un vocabulaire adapté 321

B) Une formulation appropriée 326

Section II : L'harmonisation des clauses contractuelles 331

§1 : L'existence de clauses contradictoires 332

A) Les clauses conciliables 333

B) Les clauses incompatibles 335

§2 : Remèdes à l'incompatibilité des clauses 338

A) Des solutions jurisprudentielles à l'incompatibilité des clauses 338

1) Les critères objectifs à l'épreuve de l'incompatibilité des clauses 339

a) L'emplacement des clauses dans le contrat 339

b) L'ordre d'insertion des clauses dans le contrat 340

2) L'interprétation judiciaire à l'épreuve de l'incompatibilité des clauses 342

a) L'insuffisance de l'interprétation subjective 343

b) Le soutien de l'interprétation objective 344

B) Des solutions fonctionnelles à l'incompatibilité des clauses 347

1) L'opposition logique des clauses 348

2) La contradiction juridique des clauses 351

Conclusion du Chapitre I 355

Chapitre II : De la cohérence entre les clauses et le contrat 357

Section I : La recherche d'une cohérence d'ensemble 358

§1 : La valeur des clauses au sein du contrat 358

A) La décontractualisation des clauses 359

1) Une sous-catégorisation précaire 359

2) Le traitement jurisprudentiel des clauses informatives 362

ESSAI SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES

B) Vers une recherche de l'unité contractuelle.....	364
1) L'implication contractuelle des clauses informatives.....	365
2) La contractualisation des clauses informatives.....	369
§2 : L'importance des clauses dans l'économie générale du contrat	371
A) L'appréciation de l'économie générale du contrat à l'aune de ses clauses	372
1) L'appréciation doctrinale de l'économie générale du contrat	372
2) L'influence des clauses sur l'appréciation de l'économie générale du contrat.....	376
B) L'impuissance des clauses contraires à l'économie générale du contrat	378
1) La primauté de la cohérence contractuelle.....	378
2) La recherche de la finalité économique	384
Section II : La constitution d'un ensemble cohérent.....	388
§1 : L'unité des clauses au service de la qualification du contrat.....	389
A) L'influence des clauses obligationnelles	389
B) L'influence des clauses d'aménagement des prestations.....	392
§2 : L'unité des clauses au service de la détermination de la loi du contrat	395
A) La consécration de la loi d'autonomie.....	396
B) La révélation de l'unité des clauses à travers la <i>lex contractus</i>	399
Conclusion du chapitre II	402
TITRE II : AUTONOMIE DES CLAUSES CONTRACTUELLES	405
Chapitre I : Les indicateurs de l'autonomie des clauses contractuelles	409
Section I : Le contrôle de légalité des clauses contractuelles	410
§1 : Une recherche téléologique des clauses autonomes	411
A) Le régime du contrôle de légalité	412
1) Le contrôle de l'abus	412
2) Le contrôle de proportionnalité	415
B) Une autonomie présumée des clauses contrôlées	418
1) Les clauses soumises au contrôle de légalité	418
2) La diversité de fonction des clauses concernées.....	422
§2 : Le maintien du contrat malgré l'anéantissement des clauses	426
A) La portée des sanctions	426
1) La suppression de la clause	427
2) L'inefficacité de la clause.....	431
B) Une autonomie présumée des clauses sanctionnées	434
1) Des sanctions non révélatrices de l'autonomie des clauses	434
2) Une efficacité des sanctions au service du maintien du contrat.....	437
Section II : La transposition de la cause aux clauses du contrat.....	439
§1 : L'appréciation d'une notion controversée.....	440

ESSAI SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES

A) Une approche classique de la cause	440
1) La théorie objectiviste	440
2) La théorie subjectiviste	443
B) Une approche moderne de la cause	445
1) L'instrumentalisation de la notion de cause	446
2) La consécration de la théorie moderne.....	450
§2 : Une recherche causaliste des clauses autonomes	455
A) Le principe de non-réciprocité des clauses.....	456
1) Une approche structuraliste de la cause.....	456
2) L'absence de cause des clauses contractuelles	460
B) Les exceptions au principe de non-réciprocité des clauses	465
1) La contrepartie spécifique à certaines clauses.....	465
2) Autres hypothèses de réciprocité	470
Conclusion du Chapitre I.....	475
Chapitre II : Le régime des clauses autonomes	479
Section I : Les effets de l'autonomie des clauses	479
§1 : Mise en oeuvre des clauses détachables du contrat	480
A) La transmission des clauses contractuelles	481
1) Une transmission de plein droit	481
2) La transmission d'un droit contractuel particulier	485
B) L'opposabilité des clauses autonomes	488
1) Les limites de l'opposabilité des clauses autonomes.....	489
2) Le dépassement du cadre contractuel	492
§2 : Le maintien des clauses malgré l'anéantissement du contrat	495
A) Une harmonisation des effets autonomes des clauses relatives aux litiges.....	496
B) La disparité des effets autonomes des clauses d'aménagement contractuel	499
Section II : Les conditions d'efficacité des clauses autonomes	502
§1 : L'appréciation d'un concept incertain	503
A) Les perceptions doctrinales de l'autonomie.....	503
B) Un contrat dans le contrat	507
1) La cause des clauses autonomes.....	507
2) L'objet des clauses autonomes	510
§2 : Le prolongement du contrat à travers les clauses autonomes	513
A) La nature des clauses autonomes.....	513
1) Les conditions de validité des clauses autonomes	513
2) Le formalisme des clauses autonomes.....	516
B) Une autonomie-fonction des clauses autonomes	519

ESSAI SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES

1) L'ambivalence des clauses autonomes	520
2) Le fondement de l'autonomie des clauses.....	522
Conclusion du chapitre II	527
Conclusion de la Partie II.....	529
Conclusion générale.....	533
BIBLIOGRAPHIE	541
INDEX ALPHABETIQUE	619
TABLE DES MATIÈRES.....	625