



HAL
open science

Les obligations non matérialisées dans les contrats

Brunelle Fessard

► **To cite this version:**

Brunelle Fessard. Les obligations non matérialisées dans les contrats. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD010 . tel-01342592

HAL Id: tel-01342592

<https://theses.hal.science/tel-01342592>

Submitted on 6 Jul 2016

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.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité Mixte de Recherche 5815
« Dynamiques du droit »

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par **Brunelle FESSARD**

Les obligations non matérialisées dans les contrats

Soutenue le samedi 5 décembre 2015 devant le jury composé de

Monsieur **Daniel MAINGUY**,
Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur

Monsieur **Mathias LATINA**,
Professeur à l'Université de Nice

Rapporteur

Monsieur **Frédéric ROUVIERE**,
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Rapporteur

Monsieur **Julien ROQUE**,
Maitre de conférences à l'Université de Montpellier

Examinateur



Résumé :

Les obligations non matérialisées dans les contrats

L'analyse de la pratique et de la jurisprudence démontre qu'indépendamment de l'existence ou non d'un acte instrumentaire, certaines obligations dont le contenu n'est pas retranscrit par écrit et qui ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées contraignent les parties. L'identification d'une double condition de qualification révèle l'existence d'une catégorie obligationnelle particulière qui, n'étant pas envisagée en tant que telle par le droit positif, invite à l'analyse.

L'étude des obligations non matérialisées se révèle nécessaire afin de comprendre tant leur mécanique de fonctionnement que les fondements de leur effet contraignant. Les unes, qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi explicite, s'identifient par la stipulation, par les parties, d'une clause par référence dans l'*instrumentum* qui fait expressément référence à leur caractère obligatoire. Si leur effet contraignant est, donc, justifié par la force obligatoire du contrat dans lequel la stipulation contractuelle est prévue, le contenu imposable à la relation contractuelle n'est, toutefois, pas retranscrit dans l'écrit principal. Les autres, qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi implicite, sont celles qui s'ordonnent aux contractants sans que ces derniers ne justifient d'une volonté explicite de s'y soumettre. Si cette définition est similaire à celle des obligations imposées en ce qu'elles ne sont pas nécessairement rattachables à la commune intention des parties, ces obligations non matérialisées s'en distinguent par leur fondement. Lorsque les obligations imposées se justifient par la lettre ou la mise en œuvre d'une disposition légale, les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'expliquent par la notion d'utilité.

La révélation des obligations non matérialisées dans les contrats s'attache à un intérêt pratique puisqu'au terme de cette démarche, une visibilité relative à leurs effets permet d'identifier les lacunes que leur effet obligatoire suscite et, partant, les solutions qu'il apparaît opportun d'appliquer. La nature et l'importance des difficultés révélées justifient, alors, la nécessité d'établir un traitement juridique, mais également, de déceler les éléments indispensables à une proposition qui leur est adaptée.

Il se constate que les insuffisances liées au caractère obligatoire des obligations non matérialisées ne leur sont pas spécifiques en ce qu'elles peuvent, du fait de leur caractère général, être décelées dans d'autres situations contractuelles. Les traitements proposés dans la présente étude ont, ainsi, vocation à s'appliquer à l'ensemble de la matière contractuelle.

Mots-clés : contrat, obligation, non-matérialisation, explicite, implicite, contenu obligationnel, force obligatoire, consentement, sécurité juridique.

Abstract :

Non-materialized obligations in contracts

The analysis of practice and of case-law shows that, independent of the existence or not of a legal instrument, certain obligations the contents of which have not been made in writing and which do not fall under the category of imposed obligations are binding on the parties. The identification of a double condition of qualification shows the existence of a specific obligational category which, not having been envisaged as such by positive law, calls for analysis.

The analysis of their exteriorisation proves to be necessary in order to understand not only the way they function but also the foundations of their enforceability. Some, qualified as non-materialized obligations by explicit reference, are identified by the stipulation, by the parties, of a clause by reference in the *instrumentum* which expressly refers to their enforceability. If their binding nature is, therefore, justified by the binding nature of the contract in which the contractual stipulation is provided, the contents binding vis-à-vis the contractual relationship is not, however, transcribed in the main instrument in writing. The others, qualified as non-materialized obligations by implicit reference, are those which are binding on the contracting parties without the latter justifying any explicit wish to comply with them. If this definition is similar to that of imposed obligations in that they are not necessarily expressly bound to the common intention of the parties, these non-materialized obligations can be distinguished by their foundation. Whereas imposed obligations are justified by the letter or the carrying out of a legal provision, non-materialized obligations by implicit reference can be explained by the notion of utility.

The revelation of non-materialized obligations in contracts can be linked to a practical interest as, at the end of this process, a certain visibility concerning their effects enables both the shortcomings caused by their binding nature and hence the seemingly appropriate solutions to apply to be identified. The nature and the importance of the difficulties revealed justify, therefore, the necessity of setting up legal treatment, but also, of identifying the elements indispensable to find a proposition adapted to them.

It can be seen that the insufficiencies related to the binding nature of non-materialized obligations are not specific to them in that they can, because of their general nature, be found in other contractual situations. The ways of treating this put forward in this study can therefore be applied to all contractual matters.

Keywords: contract, obligation, non-materialization, explicit, implicit, obligational content, binding nature, consent, legal security.

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

UMR 5815 - Dynamiques du Droit

39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex 2

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon père

A ma sœur

A ma mère

REMERCIEMENTS

Si le travail de thèse est considéré comme une œuvre solitaire, je n'aurais pu le mener à terme sans l'accompagnement de personnes à qui je tiens à exprimer mes plus sincères remerciements.

Je tiens, toute d'abord, à remercier mon directeur, Monsieur le Professeur Daniel MAINGUY, qui m'a offert l'opportunité d'entamer ce long périple et m'a apporté l'aide, la disponibilité et les encouragements indispensables à son achèvement. Très honorée d'avoir eu la possibilité de travailler sous sa direction, j'espère avoir été digne de la confiance qu'il m'a accordée.

Je remercie, ensuite, Monsieur Julien ROQUE qui a accepté de co-encadrer mon travail. Je le remercie de m'avoir guidée et soutenue avec sagesse et patience, tout en me laissant la liberté nécessaire à l'accomplissement de cette thèse et d'avoir fait preuve d'autant de disponibilité et de gentillesse à mon égard.

Je tiens également à remercier Mesdames Caroline RAJA et Maud MORLAAS-COURTIES. Je n'oublie pas leur disponibilité, leur bienveillance et l'ensemble de leurs conseils qui m'ont été d'une aide précieuse au long de cette aventure.

Je tiens à adresser mes remerciements à mes amis qui ont su m'encourager, m'aider et, surtout, me supporter durant ces cinq années. Ma vie ne serait pas la même sans vous. Plus particulièrement, je souhaite remercier Julie qui m'a appris à ne pas perdre pied et m'a apporté une aide démesurée au long de ces derniers mois, Amandine ma « colocataire » de thèse avec qui j'ai partagé quotidiennement mes tracas de doctorante, mes journées auraient été bien longues sans toi copine, Cathie-Sophie ma *Nassara* qui a su être d'un immense soutien en cette fin de thèse, Flavie et la petite Pauline qui m'ont toujours soutenue. Je vous aime et n'oublie pas tous les autres (Hélène ma grande sœur, Guillaume, Vincent, Claire, Caro, Mathilde, Chloé, Sophie, Corinne...).

Ma famille, enfin, merci de m'avoir soutenue et encouragée au long de cette belle aventure, vous êtes ma force. Grand-mère, Monique, Michel, Jérôme, Brigitte, Cathy, Vincent, Hélène, Arnaud, Laure, Mathieu, Julien, Alexandra, Jean-Thierry, Anne, Claire, Martin, je vous remercie d'avoir été là pour moi. Morgane, je ne te remercierai jamais assez du soutien que tu as eu à mon égard. Margot, ma petite sœur, merci pour ton amour et ta patience, tu es mon pilier. Maman Papa, merci d'avoir été là pour moi, de m'avoir permis de choisir mes études et de m'avoir apporté votre soutien infaillible, ce travail est le vôtre. Je vous aime.

J'en oublie certainement donc, à tous ceux dont les noms n'apparaîtraient pas dans ces quelques lignes et qui m'ont aidée et soutenue d'une manière ou d'une autre, un immense merci.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A	
AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	Affaire
AJCA	Actualité juridique Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
anc.	Anciennement
actu.	Actualité
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
ass.	Assemblée
B	
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly
C	
C. assu.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. transp.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cah. dr. consom.	Cahiers de droit de la consommation
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cah. dr. soc.	Cahiers de droit social
Cass. civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Chambre civile de la Cour de cassation (1 ^{ère} , 2 ^{ème} ou 3 ^{ème} Chambre civile)
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCA	Commission des clauses abusives
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Communautés européennes
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
chap.	Chapitre
chron.	Chronique
Cie	Compagnie
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice de Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
coll.	Collection
comm.	Commentaire
Comm. aff. Economiques	Commission des affaires économiques
Comm. comm. électr.	Communication-commerce électronique
Comm. conc.	Commission de la concurrence
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
concl.	Conclusion
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Contrats, conc., consom.	Contrats, concurrence, consommation
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
conv.	Convention
corr.	Corrigé
CPC	Code de procédure civile
CRPM	Code rural et de la pêche maritime
CSP	Code de la santé publique
D	
D.	Recueil Dalloz
D.	Décret
D. aff.	Dalloz affaires
DA	Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)
DC	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (de 1941 à 1944)
déc.	Décision
DGCCRF	Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
dir.	Directive

dir.	Direction (sous la – de)
DMF	Droit maritime français
doctr.	Doctrine
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)
dr.	Droit
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et procéd.	Droit et procédures
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
E	
éd.	Edition
F	
fasc.	Fascicule
form.	Formulaire
G	
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du palais
gén.	Général
I	
<i>Ibid</i>	Ibidem
<i>Infra</i>	Ci-dessous
Impr.	Imprimerie
J	
J.-Cl.	JurisClasseur Encyclopédie
J.-Cl. Banque Crédit Bourse	JurisClasseur Encyclopédie Banque Crédit Bourse
J.-Cl. Civil Code	JurisClasseur Encyclopédie Civil Code
J.-Cl. Collectivités territoriales	JurisClasseur Encyclopédie Collectivités territoriales
J.-Cl. Commercial	JurisClasseur Encyclopédie Commercial
J.-Cl. Concurrence-Consommation	JurisClasseur Encyclopédie Concurrence-Consommation
J.-Cl. Contrats-Distribution	JurisClasseur Encyclopédie Contrats-Distribution
J.-Cl. Contrats et Marchés Publics	JurisClasseur Encyclopédie Contrats et Marchés Publics
J.-Cl. Notarial	JurisClasseur Encyclopédie Notarial
J.-Cl. Travail traité	JurisClasseur Encyclopédie Travail Traité
J.-Cl. Transports	JurisClasseur Encyclopédie Transports
JCP	JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique)
JCP CI	JurisClasseur périodique, édition Commerce et industrie
JCP E	JurisClasseur périodique, édition Entreprise et affaires
JCP G	JurisClasseur périodique, édition Générale
JCP N	JurisClasseur périodique, édition Notariale et immobilière

JCP S	JurisClasseur périodique, édition Social
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel de la République française
JO Sénat Q	Journal officiel du Sénat (Réponses ministérielles à questions écrites)
JOAN Q	Journal officiel de l'Assemblée nationale (Réponses ministérielles à questions écrites)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
jurispr.	Jurisprudence
L	
L.	Loi
LPA	Les Petites affiches
N	
n°	Numéro
O	
obs.	Observation
<i>op. cit.</i>	Opere citato
Ord.	Ordonnance
P	
p.	Page
pan.	Panorama
préc.	Précité
Prop. intell.	Propriété intellectuelles
Q	
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R	
rapp.	Rapport
rappr.	Rapprocher
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et financier	Revue de droit bancaire et financier
RD transp.	Revue de droit des transports
RDC	Revue de jurisprudence commerciale
RDIP	Revue de droit international privé
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDUS	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
rec.	Recueil
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Comm. CE	Recueil des décisions de la Commission européennes en matière de concurrence
rec. Lebon	Recueil Lebon
rééd.	Réédition
Règl.	Règlement
Rép. Dalloz	Répertoire Dalloz (Encyclopédie)
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz

Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. dr. européen	Répertoire de droit européen Dalloz
Rép. dr. immo.	Répertoire de droit immobilier Dalloz
Rép. dr. soc.	Répertoire de droit social Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz
req.	Requête
rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Belge de dr. const	Revue Belge de droit constitutionnel
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international de droit privé
Rev. dr. aérien	Revue de droit aérien
Rev. huiss.	Revue des huissiers
Rev. jur. Ouest	Revue juridique de l'Ouest
Rev. Lamy concu.	Revue Lamy de droit de la concurrence
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy de droit civil
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy de droit des affaires
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue de réflexion et d'approfondissement en droit public
RG air	Revue générale de l'air
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commercial
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDI	Revue Lamy de droit de l'immatériel
RRJ	Revue de recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S	
S.	Sirey (Recueil)
s.	Suivant
sect.	Section
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
ss	Sous
sté	Société
suppl.	Supplément
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T	
t.	Tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance

TI	Tribunal d'instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes (avant le 1 ^{re} décembre 2009)
Trad.	Traduction
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne (depuis le 1 ^{re} décembre 2009)
U	
UE	Union européenne
V	
V.	Voir
V°	Verbo
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES DANS LES CONTRATS

Titre 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi explicite

Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi explicite

Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite

Titre 2: Les obligations non matérialisées par renvoi implicite

Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite

Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite

PARTIE 2 : LE TRAITEMENT DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES DANS LES CONTRATS

Titre 1 : Le traitement légal des obligations non matérialisées

Chapitre 1 : Le traitement admis en considération de l'appréhension du contrat

Chapitre 2 : La généralisation de la prohibition des obligations non matérialisées

Titre 2 : Le traitement judiciaire des obligations non matérialisées

Chapitre 1 : La nécessité de redéfinir les pouvoirs du juge

Chapitre 2 : La mise en œuvre de la redéfinition des pouvoirs du juge

INTRODUCTION

1. - A l'heure où le projet de réforme du droit des contrats est dans tous les esprits, il apparaît opportun de s'interroger sur les limites de la mécanique contractuelle telle qu'elle est actuellement envisagée. Si le concept auquel répond le contrat s'est révélé sous différentes formes au cours de l'histoire, la transformation du contexte économique, social ou encore politique depuis 1804 invite à appréhender différemment sa mise en œuvre¹. L'un des objectifs du projet est d'intégrer ces évolutions qui ont, pour la plupart, déjà été abordées par la Cour de cassation².

La lecture de la proposition de réforme dévoile, toutefois, des lacunes puisqu'il apparaît que certains mécanismes révélés par la pratique n'y soient pas envisagés³. Si les objectifs poursuivis sont la lisibilité, l'accessibilité, la prévisibilité, la protection et l'attractivité économique⁴ du droit des contrats, il semble que les moyens mis en œuvre afin d'y parvenir sont insuffisants. S'agissant particulièrement de la protection et de la prévisibilité, si elles reflètent une volonté de renforcer la sécurité juridique en matière contractuelle, certains mécanismes qui la desservent aient été délaissés. C'est notamment le cas des obligations non matérialisées dans les contrats. La mise en exergue des raisons pour lesquelles cette catégorie d'obligations mérite une attention particulière requiert d'en définir rigoureusement le contenu. Il convient toutefois d'envisager, au préalable, les contours de la notion de contrat qui constitue l'élément générateur de ces obligations.

2. - Le contrat générateur d'obligations – La notion de contrat est envisagée par le droit positif à l'article 1101 du Code civil qui dispose qu'il 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* ».

¹ J. BEGUIN et H. BERANGER, « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », Entretien avec M. FABRE-MAGNAN, JCP G 2008, p. 199 – P. WERY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Colloque de l'Université catholique de Louvain, La Chartre, 2004.

² Ph. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », *Dr. et patr.* 2015, p. 32.

³ V. en ce sens : C. CHABAS, « Commentaire de l'avant-projet de réforme du régime général des obligations », *Rev. Lamy dr. civ.* 2014, p. 107 – O. TOURNAFOND, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.* 2015, p. 50.

⁴ O. DUFOUR, « La réforme du droit des contrats est lancée ! », *LPA* 3 mars 2015, p. 44 – M. LATINA, « L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle », in *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 17 sept. 2015 – A. OUTIN-ADAM, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA* 2015, p. 241.

Il est, avant tout, un acte juridique⁵ qui se définit lui-même comme un « *acte de volonté destiné à produire des effets de droit* »⁶. A la différence du fait juridique où la volonté des individus est indifférente⁷, l'acte juridique y conditionne la création d'effets de droit. Si l'accident entraîne l'engagement de la responsabilité de son auteur, sans toutefois que ce dernier ne l'ait souhaité, l'acte juridique, pour qu'il produise des effets, nécessite que ces derniers soient voulus par les personnes engagées. Un contrat n'est, ainsi, obligatoire qu'à la condition que les parties l'aient désiré.

S'agissant de l'acte juridique, il peut être divisé en trois catégories : acte unilatéral, collectif ou plurilatéral⁸. L'acte juridique unilatéral, d'abord, n'a à sa source que l'extériorisation d'une seule volonté, celle de celui qui s'oblige – à l'image du testament – et ne génère pas nécessairement d'obligations – comme par exemple la renonciation à une succession. L'acte collectif, ensuite, suppose un accord de volontés dans un objectif partagé. Il permet, en effet, à toutes les parties d'obtenir une même finalité à l'image des décisions prises lors des assemblées générales de copropriété. L'acte plurilatéral, enfin, nécessite une « *rencontre de volonté* »⁹ et ne peut donc pas naître d'une volonté isolée. Il s'apparente, en conséquent, à un acte juridique conventionnel.

La lecture de l'article 1101 du Code civil nous apprend, par ailleurs, que le contrat est une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété* »¹⁰. Il s'agit, alors, de s'interroger sur la distinction entre les mécanismes juridiques que sont le contrat et la convention. Si le point commun entre les

⁵ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ/Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 5^{ème} éd., 2015, p. 36, n° 18.

⁶ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 23, V° *Acte (-Juridique)*.

⁷ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 447, V° *Fait (-Juridique)* : « *Fait quelconque (agissement intentionnel ou non de l'homme, événement social, phénomène de la nature, fait matériel) auquel la loi attache une conséquence juridique (acquisition d'un droit, création d'une obligation etc.) qui n'a pas été nécessairement recherché par l'auteur du fait* ».

⁸ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 230 et s., n° 613 et s.

⁹ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014, p. 45, n° 60.

¹⁰ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 259, V° *Contrat*.

deux notions réside dans l'indispensabilité de la volonté des parties¹¹, la convention reçoit une application plus générale que le contrat. Elle s'identifie, en effet, comme le « *nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, transmettre ou éteindre une obligation* »¹². Si la définition du contrat utilise le verbe *obliger*, celle de convention apparaît comme ayant un objet plus large puisqu'elle n'implique pas nécessairement la constatation d'une obligation¹³. Le contrat est donc envisagé classiquement comme une variété de convention dont la spécificité est de faire naître des obligations¹⁴. Selon Monsieur le Professeur Pascal Ancel, le contenu d'un engagement peut se diviser en deux catégories, obligationnel et non obligationnel¹⁵. Cette distinction permet d'illustrer la différenciation entre les contrats et les conventions et, ainsi, de délimiter le champ d'application de la présente étude.

Le contenu obligationnel, d'une part, renvoie directement à la notion d'obligation. Entendue au sens technique du terme, elle est le « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, en vertu d'un contrat, d'un quasi contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi*¹⁶ ». Le contenu obligationnel est donc celui qui résulte du contrat en tant que créateur d'obligations et est, à ce titre, doté d'un effet normatif supposant un rapport entre un créancier et un débiteur¹⁷. L'idée selon laquelle le contrat est générateur d'obligations découle de la lecture stricte

¹¹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 3, n° 2.

¹² G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 268, V° *Convention*.

¹³ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 230, n° 613.

¹⁴ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 49, n° 52 – J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2^{ème} éd., 2013, p. 425 et s.

¹⁵ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

¹⁶ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 699, V° *Obligation*.

¹⁷ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD 1940, p. 33 et s. – H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962, rééd. LGDJ-Bruyant, coll. *La pensée juridique*, 1999, p. 170 à 194.

de l'article 1101 du Code civil¹⁸ qui implique que le principal effet du contrat est justement l'obligation.

Coexiste, d'autre part, un contenu non obligationnel distinct de la création d'obligations qu'il est, notamment, possible d'illustrer à travers les conventions extinctives de droits et, plus particulièrement, du mécanisme de la remise de dettes¹⁹. Cette dernière est un « *acte par lequel (une partie), renonçant volontairement à recevoir paiement, libère (l'autre partie) de son obligation*²⁰ ». Elle est dotée de la même force obligatoire qu'un contrat de vente ou de bail à cette différence qu'elle ne comporte pas d'obligation positive ou d'abstention à la charge des parties. Il s'agit uniquement d'un acte extinctif de droit – le droit de réclamer sa dette – mais en aucun cas d'une obligation de ne pas réclamer le paiement de la dette. Le contenu de la remise de dette est donc, à ce titre, non obligationnel. Les contractants ne peuvent, dès lors, pas recevoir la qualification de créanciers et ou de débiteurs. Il s'agit donc, dans cette hypothèse, d'une convention qui ne génère pas d'obligation²¹.

Si la distinction entre le contrat et la convention est aujourd'hui débattue, le projet de réforme relatif au droit des contrats met un terme aux controverses. Ce dernier retient en son article premier une définition du contrat qui correspond, classiquement, à celle de la convention. Il ne s'agit plus, en effet, de considérer le contrat comme une convention dont la spécificité réside dans la naissance d'obligations mais, plus largement, comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* »²². Le contrat et la convention sont, dès lors, deux notions confondues, le premier n'étant plus réduit aux obligations qu'il génère. Il s'agirait donc de rompre avec l'analyse classique en transposant la distinction du contenant vers le contenu. Le contrat, seul contenant retenu, serait donc pourvu d'une dualité d'effets – obligationnel et non-obligationnel – s'agissant de son contenu.

¹⁸ C. civ., art. 1101 : « *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* ».

¹⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771, pt. 14.

²⁰ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 890, V° *Remise (-De dette)*.

²¹ V. R. LOIR, *Les conventions non créatrices d'obligations*, thèse, Lille, 2007.

²² Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1101 : « *Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* » – J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990 p. 147.

3. - Seuls les contrats – au sens classique du terme – ou les contrats pourvus d'un contenu obligationnel – au sens prospectif du terme – intéresseront les prochains raisonnements. Puisque le contrat, en son aspect générateur d'obligations, est au cœur de nos développements, il s'agit d'explicitier la notion d'obligation (I) et d'en envisager la catégorisation en matière contractuelle (II). Ces développements permettront, en effet, de révéler l'existence des obligations non matérialisées dans les contrats.

I. Définition de la notion d'obligation

4. - Le Code civil n'offre pas de définition de la notion d'obligation mais se contente de l'appréhender au travers de celle de contrat qui est donnée par l'article 1101 du Code civil qui en délimite l'objet²³. Elle peut, malgré tout, s'envisager comme la « *face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi délit, soit de la loi* »²⁴.

Cette appréhension de l'obligation n'est, toutefois, pas isolée. Grégoire Forest a eu l'occasion d'en envisager les différentes acceptions dans le cadre de sa thèse intitulée « *Essai sur la notion d'obligation en droit privé* »²⁵ en expliquant que cette notion peut s'envisager tant de manière contemporaine (A) que classique (B). Analyser les différentes approches de l'obligation permettra, alors, d'identifier celle qui intéressera l'analyse relative aux obligations non matérialisées dans les contrats.

²³ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. *Corpus Histoire du droit*, 2^{ème} éd., 2012, p. 7 – C. civ., art. 1101 : « *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* ».

²⁴ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 699, V° *Obligation*.

²⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012.

A) Les conceptions contemporaines de la notion d'obligation

5. - Deux appréhensions contemporaines de la notion d'obligation sont constatables, l'une objective (1) et l'autre dualiste (2).

1. La conception objective

6. - Exposé de la conception objective de l'obligation – La conception objective de l'obligation invite à envisager la notion en considération de son objet. Reprenant la définition qu'en a donnée Justinien, cette école la modernise en invitant à l'envisager sous un aspect économique²⁶. Dans ses *Institutes*, l'Empereur byzantin expliquait que l'obligation doit être considérée comme « *un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose à quelqu'un conformément aux droits établis dans notre patrie* »²⁷. Cette définition envisage la notion comme un lien unissant les deux sujets de l'obligation, le créancier et le débiteur. La conception objective s'appuie, alors, sur cette idée pour affirmer que l'obligation est un lien. Il ne faut, toutefois, pas l'envisager entre deux personnes mais entre deux patrimoines²⁸ et c'est par ce postulat que l'approche objective s'éloigne de l'approche classique. L'obligation n'est, dans cette perspective, non pas un rapport entre deux sujets de droit mais entre deux patrimoines. En reléguant au second plan le lien entre les parties et l'obligation²⁹, l'appréhension contemporaine invite à objectiver la notion. Définie par son objet et non plus par ses sujets³⁰, l'obligation est, ainsi, un élément du patrimoine envisagé à la fois de manière positive s'agissant du créancier – augmente son patrimoine – et de manière négative concernant le débiteur – diminue son patrimoine et, partant, dans une perspective « *économique et*

²⁶ V. L. VENIAMIN, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, LGDJ, 1930.

²⁷ JUSTINIEN, *Institutes*, Livre III, Titre XIV, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979, p. 164.

²⁸ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 27, n° 27.

²⁹ E. GAUDEMMENT, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 13 : « *le créancier et le débiteur ne sont plus que les représentants juridique de leurs biens* ».

³⁰ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 23, n° 30.

purement objective »³¹. En résumé, ce qui importe pour le créancier n'est pas la personne de son débiteur mais uniquement l'exécution de la prestation³².

7. - Critiques relatives à la conception objective de l'obligation – La conception objective de la notion d'obligation implique, toutefois, deux postulats parallèles qui semblent difficilement admissibles.

Envisager l'obligation de manière objective, et donc par son aspect économique, suppose, d'une part, de distinguer les sujets de droit de leurs patrimoines. Une telle séparation apparaît, toutefois, difficile à concevoir. Juridiquement, le patrimoine est considéré comme « *l'ensemble des biens extérieurs, des choses inanimées ou même animées (végétaux, animaux), mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles qui appartiennent à une personne physique ou morale* »³³ leur permettant de satisfaire à leurs « *besoins matériels et à la bonne fin de leurs entreprises ou activités professionnelles* »³⁴. Cette définition met en évidence le lien qui existe entre le patrimoine et la personne à laquelle il est rattaché. Il semble, donc, compliqué d'envisager une sorte d'autonomie du patrimoine par rapport à son titulaire. Accepter cette idée, en effet, conduit à reconnaître la possibilité, pour le patrimoine, à lui seul, de conclure un contrat générateur d'obligations qu'il est lui-même tenu d'exécuter³⁵. Cette appréhension de l'obligation semble, ainsi, impossible à admettre.

Envisager l'obligation de manière objective suppose, d'autre part, d'effectuer une hiérarchisation entre les liens que l'obligation implique. Il ne s'agit plus d'envisager le patrimoine de manière indépendante de son titulaire mais de distinguer les aspects subjectif et objectif de l'obligation en faisant prédominer le second. Une obligation est,

³¹ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898, rééd. Panthéon Assas, coll. *Les introuvables*, 2014, p. 31.

³² R. SALLEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Libr. Cotillon, Paris, 2^{ème} éd., 1901, rééd. LGDJ, 3^{ème} éd., 1914, p. 74, n° 82 : « *ce que veut le créancier, c'est le résultat qu'il attend de la prestation ; il lui importe peu que ce résultat lui soit procuré par tel ou tel* ».

³³ A. SERIAUX, « Patrimoine », Rép. civ. Dalloz, 2013, pt. 2.

³⁴ A. SERIAUX, « Patrimoine », Rép. civ. Dalloz, 2013, pt. 37.

³⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 30, n° 32 : « *Après tout, le patrimoine est une masse de biens qui n'ont en commun que la personne de leur propriétaire. Un patrimoine ne mange pas, ne dort pas, ne fait pas d'affaires : il ne peut, en un mot, se lier seul* ».

donc, à la fois un lien entre deux sujets de droit et une valeur³⁶, cette dernière présentant un caractère déterminant s'agissant de la qualification de la notion. Il apparaît, toutefois, qu'une telle acception rebondisse sur la définition qui avait été donnée par Justinien. Il ne se constate donc pas de réelle émancipation de la conception objective de l'obligation par rapport à cette appréhension classique qui superpose, elle aussi, les aspects objectif et subjectif de l'obligation.

La conception objective de l'obligation ne convainc donc pas quant à son influence sur l'acception de la notion telle que retenue par notre droit positif. Il s'agit, donc, de s'intéresser à une seconde conception contemporaine qui propose une appréhension dualiste de l'obligation.

2. La conception dualiste

8. - Une conception dualiste d'inspiration allemande – La théorie dualiste de la notion d'obligation est principalement développée en Allemagne. Elle constitue une réunion entre une théorie volontariste défendue, notamment, par Windscheid³⁷, Savigny³⁸ et Sohm³⁹ qui se place du point de vue du débiteur et une seconde école envisageant l'obligation du point de vue du créancier, prônée par Brinz⁴⁰, inspiré par Bekker⁴¹. Il s'agit, alors, de reprendre chacune de ces appréhensions afin d'identifier les deux aspects de l'obligation envisagés par la théorie dualiste.

Les volontaristes, d'une part, envisagent l'obligation comme un unique devoir du débiteur, détachable de tout aspect de contrainte que le créancier peut exercer sur lui. La notion repose, en ce sens, sur une exécution volontaire de la part du débiteur. Il n'existe, donc, aucun pouvoir de contrainte puisque l'obligation repose sur un devoir⁴².

³⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 29, n° 31.

³⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des pandektenrechts*, t. II, Francfort, 1906.

³⁸ F.-C. DE SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Durand, Paris, trad. G. GIRARDIN et P. JOZON, 1863.

³⁹ R. SOHM, *Der Begriff des Forderungsrechts*, Grünhut's Zeitschrift n° 4, 1877.

⁴⁰ A. BRINZ, *Der begriff obligatio*, in *Grünhuts zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. I, 1874, Vienne, p. 11 et s. – A. BRINZ, *Kritische Blätter*, Erlangen, 1853 – A. BRINZ, *Lehrbuch der pandekten*, t. II, 1^{ère} partie, Erlangen, , 2^{ème} éd, 1879.

⁴¹ E. I. BEKKER, *Die aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871.

⁴² S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ. 2008, p. 401.

Le créancier ne bénéficie, dans cette perspective, que d'un seul pouvoir, celui de recevoir la prestation qui fait l'objet de l'obligation⁴³. Il est possible de rapprocher cette appréhension du mécanisme de l'obligation naturelle. Cette dernière correspond à l'« obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral »⁴⁴. A la différence d'une obligation civile⁴⁵, l'obligation naturelle n'emporte pas de sanction⁴⁶ et implique, par conséquent, uniquement l'idée de devoir pesant sur le débiteur sans que le créancier ne puisse exercer sur lui un quelconque pouvoir de contrainte⁴⁷. Est, ainsi, à la charge des parents d'un jeune travailleur, l'obligation naturelle de l'héberger à titre gratuit⁴⁸. Du fait de cette qualification, si les débiteurs n'exécutent pas l'obligation, leur enfant n'a pas la possibilité d'en demander l'exécution forcée en justice. Il existe donc une idée de devoir de prestation sans qu'aucune contrainte ne puisse être exercée de la part du créancier en cas de non-exécution⁴⁹.

La seconde appréhension de l'obligation, d'autre part, a été développée en opposition à la théorie volontariste et envisage, ainsi, l'obligation du seul point de vue du pouvoir de contrainte inhérent au créancier qui se traduit par sa mainmise sur la personne de son débiteur. Ce dernier constitue, ainsi, « l'otage » de son créancier et est donc à la fois

⁴³ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 39, n° 47.

⁴⁴ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 678, V° *Naturelle (-Obligation)*.

⁴⁵ « *Obligation dont l'exécution forcée peut être exigée en justice* » : G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 177, V° *Civile (-Obligation)*.

⁴⁶ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 10, n° 16.

⁴⁷ Y. PICOD, « Obligations », *Rép. civ.* Dalloz, 2015, pt. 9 – J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955, p. 354 s., n° 350 s.

⁴⁸ V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, n° 90-21734 : Bull. civ. I, n° 141 ; D. 1994, somm. 33, obs. D. EVERAERT-DUMONT : « *qu'appréciant souverainement les éléments de la cause, la cour d'appel a pu estimer qu'en hébergeant gratuitement leur fils à leur foyer, les époux X... se sont volontairement acquittés d'une obligation naturelle* ».

⁴⁹ S. BECQUE-ICKOWICZ, « Contrats et obligations, Obligations naturelles », J.-Cl. Notarial, fasc. 63, 2013, pt. 8 – F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1, pt. 1.

« l'objet de sa contrainte et de sa satisfaction »⁵⁰. L'obligation doit, selon cette théorie, être uniquement envisagée du point de vue de la sanction qu'elle génère.

En résumé, les deux perceptions se distinguent en ce que la théorie volontariste implique une exécution volontaire de la part du débiteur tandis que l'appréhension défendue par Brinz, induit l'idée d'une exécution forcée représentant le pouvoir du créancier⁵¹.

9. - L'idée d'une synthèse entre les deux conceptions s'est alors développée à l'initiative d'Amira⁵². Deux mots, correspondant aux deux facettes de l'obligation, furent alors découverts, la *schuld* et la *haftung*⁵³ correspondant respectivement aux idées de dette⁵⁴ ou de devoir⁵⁵ et de responsabilité⁵⁶. La qualification d'une obligation implique donc, selon la théorie dualiste, la coexistence entre un devoir de prêter incombant au débiteur et un pouvoir de contrainte bénéficiant au créancier lui permettant de recourir à l'exécution forcée en cas de défaillance de la part de son cocontractant. Un acte unique, générateur d'obligation, permet donc à la fois de créer un

⁵⁰ J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit Suisse*, Impr. Charles Pache, Lausanne, 1937, p. 48 et s.

⁵¹ J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944, p. 40.

⁵² K. VON AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882-1885 – K. VON AMIRA, *Grundriss des germanischen rechts*, Strasbourg, 1913, rééd. Isha Books, 2013 – V. en ce sens : E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935, p. 10, n° 4 – G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 40, n° 49.

⁵³ J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit Suisse*, Impr. Charles Pache, Lausanne, p. 58.

⁵⁴ E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935, p. 11, n° 4 - J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit Suisse*, Impr. Ch. Pache, Lausanne, p. 58, spéc. note de bas de page n° 10 – Y. PICOD, « Obligations », Rép. civ. Dalloz, 2015, pt. 9.

⁵⁵ F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964, p. 19, n° 9 – G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 41, n° 50 – J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944, p. 7.

⁵⁶ E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935, p. 11, n° 4

rapport de dette (*schuld*) et un rapport de responsabilité (*haftung*)⁵⁷. C'est en ce sens que l'obligation n'est pas unitaire mais dualiste.

Si les deux éléments constitutifs doivent fusionner afin de donner lieu à une obligation *complète*, ils demeurent cependant différents, ce qui permet de les envisager de manière isolée⁵⁸ en leur reconnaissant une existence indépendante. Cette possibilité de dissociation⁵⁹ s'illustre, notamment, au travers de l'exemple du cautionnement. Selon les tenants de la théorie dualiste, ce contrat constitue un exemple de dépendance entre la *schuld* et la *haftung* puisque seul le second rapport y est constaté⁶⁰. Dans cette hypothèse, en effet, il est considéré que la caution est liée, non pas parce qu'elle doit payer quelque chose (*schuld*) mais parce qu'elle s'est portée garante (*haftung*) de l'exécution de sa prestation – et donc de sa *schuld* – par le débiteur principal⁶¹.

10. - Cette dualité de l'obligation a été rapprochée – voir même justifiée par certains auteurs⁶² – des idées de *debitum* et d'*obligatio* qui existaient en droit romain. Le *debitum*, d'une part, se révélait sous un double aspect. Il correspondait, en effet, à la fois à la prestation que le débiteur devait accomplir⁶³ – qu'il s'agisse d'une action ou

⁵⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 43, n° 53.

⁵⁸ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, t. I : Les obligations*, PUF, coll. *Thémis droit*, 1957, p. 16, n° 4.

⁵⁹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 11, n° 19.

⁶⁰ R. LEDAIN SANTIAGO, *La circulation du cautionnement*, thèse, Evry Val d'Essonne, 2011, n° 37.

⁶¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 77, n° 124.

⁶² V. notamment : G. CORNIL, « *Debitum* et *obligatio*, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Etudes de droit romain dédiées à P. F. GIRARD à l'occasion du 60^{ème} anniversaire de sa naissance*, Rousseau, Paris, 1912, p. 199 et s. – E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935 – F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964.

V. *Contra* : F. DE VISSCHER, « L'origine de l'obligation *ex delicto* », RHD 1928, p. 335 – F. DE VISSCHER, « L'origine de l'obligation romaine », RHD 1925, p. 521 – G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012 — J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944 – P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, t. I : Les obligations*, PUF, coll. *Thémis droit*, 1957, p. 16, n° 4.

⁶³ Y. PICOD, « Obligations », Rép. civ. Dalloz, 2015, pt. 9.

d'une omission⁶⁴ – et au pouvoir du créancier, non pas d'exercer une contrainte, mais de recevoir cette prestation⁶⁵. La notion a, ainsi, été assimilée à celle de *schuld*. L'*obligatio*, d'autre part, renvoyait à une idée de soumission du débiteur envers son créancier par l'existence d'une mainmise au profit de ce dernier⁶⁶. Il était donc question d'un « *assujettissement de quelque chose ou quelqu'un au pouvoir du créancier* »⁶⁷, idée qui a été confondue avec celle de la *haftung*.

L'exemple du garant primitif a alors, notamment, été envisagé afin de justifier l'assimilation s'agissant des origines de la naissance et du fonctionnement du caractère dual de l'obligation. Sans qu'il ne soit nécessaire de reprendre intégralement l'évolution de son statut, la dualité de l'obligation a pu être illustrée par la convention de *composition* qui existait en droit romain⁶⁸. Lorsqu'un délinquant commettait un délit, il était octroyé à sa victime un pouvoir de contrainte sur sa personne⁶⁹. L'auteur des faits pouvait alors se libérer de cette mainmise en offrant au créancier une somme d'argent permettant de réparer le préjudice causé. Afin de renforcer cette promesse, le délinquant avait la possibilité de proposer à sa victime de le libérer en échange d'un otage, gage de l'exécution de sa promesse. Le débiteur n'était donc plus assujéti à la victime (*obligatio*) – la contrainte étant transposée sur la personne de l'otage – mais avait le devoir de le payer (*debitum*). Les défenseurs de l'origine romaine de la théorie dualiste affirme, en considération de cette illustration, qu'il était possible, dès cette période, de distinguer les deux aspects de l'obligation. Le recours à un garant, quelque soit la situation, était preuve, selon eux, de l'existence du caractère dual de l'obligation.

⁶⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. *Corpus Histoire du droit*, 2^{ème} éd., 2012, p. 8.

⁶⁵ E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935, p. 59, n° 37.

⁶⁶ Y. PICOD, « Obligations », *Rép. civ.* Dalloz, 2015, pt. 9 – Fr. TERRE, « Présentation », in *L'obligation*, Dalloz, coll. APD, 2000, p. 9 et s., spéc. p. 9.

⁶⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 44, n° 55.

⁶⁸ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 44 et s., n° 56 et s.

⁶⁹ R.-M. RAMPENBERG, « L'obligation romaine : Perspective et évolution », in *L'obligation*, Dalloz, coll. APD, 2000, p. 51 et s., spéc. p. 52.

11. - Critiques de la conception dualiste de l'obligation – Trois principales critiques peuvent, toutefois, être formulées à l'encontre de la théorie dualiste de l'obligation.

Historiquement, d'abord, si les romanistes prêtent les sources de l'appréhension étudiée au droit romain, il semble que cette affirmation soit extrêmement critiquable. Les justifications avancées ne peuvent, en effet, pas être prouvées. Aucun document ne garantit, notamment, le fonctionnement et l'évolution du système des garants primitifs à la source de leur démonstration⁷⁰. Il semble que la recherche des origines romaines par ces derniers ne soit qu'une tentative de « *puiser dans une phase inconnue l'explication d'une phase postérieure mieux connue* »⁷¹. Il apparaît, par ailleurs, que le système juridique développé en droit romain était trop primitif pour pouvoir développer une théorie relative à l'obligation⁷².

Si certains auteurs ont tenté de constater l'application de la théorie dualiste de l'obligation en droit positif français⁷³, ensuite, il semble que l'acception de cette conception soit difficilement envisageable. Apparaissant comme n'étant « *pas utile* »⁷⁴, il semble que cette appréhension de l'obligation ne permette pas réellement d'expliquer le fonctionnement. Si elle permet de donner une explication aux situations dans lesquelles la *schuld* ou la *haftung* survivent en dépit de l'autre, elle n'offre, toutefois, pas une réelle justification s'agissant de la mise en œuvre régulière de l'obligation qui implique la réunion des deux rapports.

Une incohérence se révèle, enfin, s'agissant de la *haftung*. Représentant le pouvoir coercitif du créancier, elle serait donc un élément constitutif de l'obligation⁷⁵.

⁷⁰ J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, Dalloz, coll. APD, 2000, p. 19 et s., spéc. p. 27.

⁷¹ J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944, p. 193.

⁷² J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944, p. 40.

⁷³ V. *Contra*: E. AP. POPA, *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Librairie des facultés E. Muler, 1935, 1935 – F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964 – Ph. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, thèse, Bordeaux IV, 1996.

⁷⁴ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 79, n° 126.

⁷⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. *Corpus Histoire du droit*, 2^{ème} éd., 2012, p. 8.

L'envisager de cette manière reviendrait, toutefois, à reconnaître au créancier le pouvoir d'exercer lui-même la contrainte ou, à tout le moins, qu'une sanction est automatiquement prononcée en sa faveur en cas de non-exécution d'une l'obligation⁷⁶. Nul besoin n'est fait de détailler la distorsion entre ce postulat et la réalité judiciaire mais simplement de constater l'idée selon laquelle la contrainte n'étant pas nécessairement appliquée, elle ne peut être considérée comme étant un élément constitutif de l'obligation⁷⁷.

12. - Les conceptions contemporaines de l'obligation envisagées, il s'agit de s'interroger sur les acceptions classiques de la notion.

B) Les conceptions classiques de la notion d'obligation

13. - L'appréhension originelle objective de la notion d'obligation axée sur le débiteur – A l'origine, la notion d'obligation était appréhendée de manière purement objective du seul point de vue de la situation d'astriction du débiteur⁷⁸.

Si l'analyse de l'ancien droit romain⁷⁹ ne permet pas d'affirmer que la notion d'obligation existait, certaines situations révélaient des actes mettant les individus dans une position d'assujettissement. Si les débiteurs au sens de « *sujet passif de l'obligation* »⁸⁰ n'existaient pas réellement encore, il existait des *obligés*⁸¹. La personne envers laquelle une autre était obligée de prêter à son bénéfice disposait d'un droit de contrainte qu'il avait la possibilité de mettre lui-même en œuvre dès lors que la collectivité le lui permettait – l'intervention de la collectivité est une donnée restée inchangée s'agissant de l'obligation. Il est possible d'illustrer cette idée par la *manus*

⁷⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 77, n° 123.

⁷⁷ S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, p. 26, n° 6.

⁷⁸ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 85 et s., n° 135 et s.

⁷⁹ Période s'étendant de 754 au III^{ème} siècle avant Jésus-Christ.

⁸⁰ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 297, V° *Débiteur*.

⁸¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 93 et s., n° 149 et s.

injectio. Lorsqu'une personne était condamnée, elle disposait d'un délai durant lequel lui était offerte la possibilité de racheter sa libération ou de désigner un *vindex*⁸². Si tel n'était pas le cas, la *manus injectio* était alors mise en œuvre. Il s'agissait de la procédure d'exécution offerte au créancier dans le cas où la personne condamnée n'exécutait pas la sanction qui avait été prononcée à son encontre⁸³. Le créancier disposait, dans cette hypothèse, d'une mainmise sur le condamné et avait la possibilité de disposer de sa personne – en le tuant, le vendant comme esclave ou l'exhibant sur la place publique.

Si la notion d'obligation à proprement parler n'existait pas en droit romain, se révélaient, toutefois, des situations dans lesquelles des individus étaient dans l'obligation de prêter à peine du prononcé d'une contrainte. Les prémices de la notion se construisent, par conséquent, en considération de la situation du débiteur. Le philosophe Villey a, d'ailleurs, rattaché cette appréhension primitive de la notion d'obligation à la pensée d'Aristote afin de justifier son caractère objectif⁸⁴. Ce dernier philosophe grec prônait, en effet, l'idée selon laquelle le droit sous-tend de l'observation de la nature. Il défendait, ainsi, une vision d'un droit naturel qui s'apprécie non pas en fonction des individus mais en considération du monde qui les entoure. Il n'y a, dans cette pensée, aucune trace d'individualisme ou de subjectivisme, l'individu n'étant pas, à cette époque, au cœur des raisonnements juridiques. L'appréhension du monde juridique se révèle, donc, strictement objective.

14. - Si la notion d'obligation n'existait pas dans l'ancien droit romain, elle s'est peu à peu développée en droit romain classique⁸⁵ corrélativement au développement du commerce, de l'industrie et de la monnaie. La multiplication de la diversité et de l'emploi des mécanismes juridiques a donné lieu au développement d'une vision

⁸² Le *vindex* était une procédure permettant de désigner une personne dans le but de libérer le condamné initial. Lorsqu'elle était mise en place, un nouveau procès s'ouvrait entre elle et le créancier. Si elle perdait, elle était alors condamnée au double de la sanction initialement prononcée contre le premier débiteur : J.-Ph. LEVY et A. CASTALDA, Histoire du droit civil, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 1010, n° 671.

⁸³ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDA, Histoire du droit civil, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 1009, n° 671.

⁸⁴ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 37 et s.

⁸⁵ Période s'étendant du III^{ème} siècle avant Jésus-Christ au III^{ème} siècle après Jésus-Christ.

abstraite de la notion. Gaius, dans ses *Institutes*, a été le précurseur de l'emploi du terme *obligatio*. S'il n'en donne pas de définition particulière, il l'envisage, dans sa catégorisation des choses, comme une chose incorporelle⁸⁶ qui peut naître d'un délit ou d'un contrat⁸⁷ et qui a la possibilité de s'éteindre⁸⁸. La théorisation de la notion d'obligation est, alors, amorcée.

Par la suite, et toujours durant la période du droit romain classique, deux définitions de l'obligation sont apparues sous les plumes de Paul et de Modestin⁸⁹. Paul, d'une part, expliquait que « *l'essence de l'obligation n'est pas de nous acquérir une chose ou une servitude, mais d'astreindre autrui vis-à-vis de nous à donner quelque chose ou à faire ou à exécuter une prestation en notre faveur* »⁹⁰. La formulation de cette définition montre clairement que l'obligation doit être appréhendée non pas comme un droit subjectif du point de vue du créancier mais selon l'assujettissement du débiteur et, donc, de manière purement objective. Il n'est, en effet, pas question de ce que le créancier a la possibilité de faire mais de ce que le débiteur doit effectuer. Modestin, d'autre part, explique qu'« *on entend par débiteur celui de qui on peut exiger, même malgré lui, ce qu'il doit* »⁹¹. Le juriste envisage donc, lui aussi, l'obligation du point de vue de l'assujettissement du débiteur et donc par un aspect objectif. La formulation latine de la définition utilise, par ailleurs, afin de définir ce que « *doit* » le débiteur, le terme *pecunia* qui désigne l'argent. Puisque le résultat de la sanction était envisagé d'un point de vue purement pécuniaire, l'exécution forcée n'était pas concevable. Cette constatation démontre l'absence de reconnaissance d'un droit subjectif au profit du créancier et appuie le caractère objectif de la notion. Il est, d'ailleurs, à noter afin d'appuyer cette idée que, le fait que la cession de créance ne soit pas reconnue en droit

⁸⁶ GAIUS, *Institutes*, Livre II, §14 – G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 534, V° *Incorporel* : « *Impalpable, immatérielle ; se dit, par opposition aux biens corporels, des biens ou valeurs qui échappent à toute appréhension matérielle* ».

⁸⁷ GAIUS, *Institutes*, Livre III, § 88.

⁸⁸ GAIUS, *Institutes*, Livre III, § 168 à 181.

⁸⁹ V. en ce sens : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 108 et s., n° 173 et s.

⁹⁰ PAUL, *Digeste ou Pandectes*, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), Livre 44, Titre VII, 3, trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979, p. 599.

⁹¹ MODESTIN, *Digeste ou Pandectes*, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), Livre 50, Titre VI, 108, trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979, p. 615.

romain atteste de l'absence d'appréhension de l'obligation comme d'un droit bénéficiant au créancier. Si tel était, en effet, le cas, elle aurait dû pouvoir être cessible.

15. - Il a fallu attendre le Bas-Empire⁹² pour que la définition de l'obligation soit formalisée par Justinien. L'empereur byzantin explique alors que « *l'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose à quelqu'un, conformément aux droits établis dans notre patrie* »⁹³. La notion est, ainsi, envisagée comme un lien de droit qui pèse sur la personne du débiteur et dont il ne peut se libérer qu'à la condition qu'il paye quelque chose. L'obligation répond donc, toujours, à une conception objective en ce qu'elle est un lien d'astiction. Aucune référence à la personne du créancier n'est directement envisagée. Son existence semble, dès lors, indifférente à la définition de la notion. Le renvoi aux droits applicables dans la patrie rejette clairement la contrainte exercée sur le débiteur dans le domaine privé pour le rattacher directement aux organes publics. Il est, par ailleurs, possible de constater que, contrairement à la vision dualiste qui porte la contrainte au rang d'élément constitutif de l'obligation, la définition de Justinien, à l'inverse, en détache la sanction⁹⁴.

16. - Si la notion d'obligation a été oubliée durant les invasions barbares⁹⁵ et l'époque féodale⁹⁶, la renaissance économique du XII^{ème} siècle l'a faite renaître durant le Haut Moyen Age et sous l'Ancien Régime⁹⁷ par un phénomène de romanisation du droit coutumier de la part des glossateurs et postglossateurs. L'idée de lien de droit qui enchaîne le débiteur – à l'image d'un lien matériel – est restée au cœur de

⁹² Période s'étendant du III^{ème} siècle au VI^{ème} siècle.

⁹³ JUSTINIEN, *Institutes*, Livre III, Titre XIV, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), trad. par H. Hulot, J.-F. Berthelot, P.-A. Tissot, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979, p. 164.

⁹⁴ N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1968, p. 245 et s., n° 271 et s.

⁹⁵ Période s'étendant du V^{ème} siècle au XI^{ème} siècle.

⁹⁶ Période s'étendant du XI^{ème} siècle au XVI^{ème} siècle.

⁹⁷ Période s'étendant du XI^{ème} siècle au XVI^{ème} siècle.

l'appréhension de la notion par les glossateurs⁹⁸ qui insistaient, par ailleurs, sur l'aspect détachable de l'action par rapport à l'obligation – à l'image de la définition donnée par Justinien⁹⁹. Si les postglossateurs donnaient une dimension intellectuelle à la notion d'obligation, elle demeurerait un lien de contrainte envisagé du point de vue du débiteur¹⁰⁰.

Parallèlement, le droit canon donnait sa propre définition de l'obligation. Il l'envisageait, cependant, dans un rapport entre les hommes et Dieu par l'intermédiaire du Serment. Si les serments engagent, leur violation implique que les débiteurs en répondent à Dieu¹⁰¹.

17.- L'analyse de ces différentes périodes historiques démontre que l'obligation était systématiquement présentée comme une norme objective créant un lien de contrainte pesant sur le débiteur. La notion va, toutefois, évoluer pour être envisagée comme un droit subjectif, et, ainsi, exclusivement du point de vue du créancier.

18.- L'évolution subjective de la notion d'obligation axée sur le créancier – Peu à peu se développe l'idée d'individualisme. Il ne s'agit plus de placer la nature au cœur des raisonnements mais d'envisager les choses en fonction de l'individu. L'axe de réflexion de la pensée juridique a, dès lors, basculé d'une appréhension objective vers une appréhension subjective.

L'une des premières traces du subjectivisme juridique se retrouvait chez Doneau. Le jurisconsulte définissait, en effet, le droit civil comme prescrivant « *de rendre à*

⁹⁸ V. par ex. Glose d'Accurse : « *l'obligation est un lien de droit, c'est-à-dire un droit liant ainsi qu'une chose incorporelle (...) de même que les bœufs sont liés visuellement par des cordes, de même les hommes sont liés intellectuellement par les paroles* », G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, « *Verba ligant homines, taurorum cornua funes* », in *Études d'histoire du droit privé offertes à P. PETOT*, LGDJ, 1959, p. 507 et s., spéc. p. 508, cité par G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 132, n° 206, spéc. note de bas page 671.

⁹⁹ A.-J. BOYE, « Variations sur l'adage « *obligatio mater actionis* » », in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. LE BRAS*, Sirey, 1965, p. 815 et s., spéc. p. 817 : cité par G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 132, n° 207, spéc. note de bas de page 687.

¹⁰⁰ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 132 et s., n° 207.

¹⁰¹ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDA, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 812, n° 530.

chacun la part de droit qui lui appartient »¹⁰². Le bénéficiaire du droit, et donc l'individu, était alors placé au centre de la pensée juridique. L'approche subjectiviste du droit était, ainsi, amorcée et confirmée par la pensée jusnaturaliste moderne défendue, notamment, par Grotius. Dans son ouvrage relatif au « *Droit de la guerre et de la paix* »¹⁰³, le philosophe du droit reprenait, en effet, une idée de droit naturel mais en l'axant, non plus comme Aristote sur la nature du monde, mais sur celle des hommes. Le droit, selon lui, était une « *qualité morale, attachée à la personne en vertu de quoi on peut légitimement avoir ou faire quelque chose* »¹⁰⁴. Dans cette perspective, l'obligation répondait à une « *faculté d'exiger ce qui est dû* »¹⁰⁵. Il ne s'agit donc plus de se placer du point de vue du débiteur mais bien d'envisager l'obligation en considération de son cocontractant, le créancier. Se constatait, ainsi, une première extériorisation de l'idée de l'existence d'un droit subjectif s'agissant de l'obligation. Cette tendance a, peu à peu, transformé l'action passant ainsi d'un moyen d'exercer une contrainte sur le débiteur à une manière pour le créancier d'obtenir ce qui lui est dû au titre du droit personnel qui lui est reconnu.

19. - Cette appréhension générale du droit et de la notion d'obligation, de façon plus spécifique, a été reprise à la veille de la promulgation du Code civil par Pothier. Dans son « *Traité des obligations* », le jurisconsulte expliquait qu'on appelle obligation celle « *qui est un lien de droit (...) et qui donne à celui envers qui nous les avons contractées, le droit d'exiger de nous l'accomplissement* »¹⁰⁶. Si la formulation de la définition se plaçait exclusivement du point de vue du créancier, Pothier est allé plus loin. En reprenant l'idée de lien de droit, il n'excluait, en effet, pas totalement le débiteur du paysage de la relation obligationnelle. L'obligation impliquait, selon lui,

¹⁰² H. DONEAU, *Opera omnia, Commentariorum de jure civilis, t. I*, Florence, 1840, Lib. I, cap. I, §II, f° 3, trad. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 143, n° 219, spéc. note de bas de page 720.

¹⁰³ H. GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix*, 1625, rééd PUF, coll. *Quadrige*, trad. par P. PRADIER-FODERE, 2012.

¹⁰⁴ H. GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix*, 1625, rééd PUF, coll. *Quadrige*, trad. par P. PRADIER-FODERE, 2012, spéc. Livre I, Chap. I, p. 35.

¹⁰⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 146, n° 220.

¹⁰⁶ R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, t. III : Traité des obligations*, Beaucé, Paris, 1818, p. 2, n° 1, rééd. Cosse et Marchal, Paris, 1861, n° 3 et 103 et s., rééd. Dalloz, coll. *Bibl. Dalloz*, 2011.

deux personnes, le créancier, titulaire d'un droit d'exiger la prestation promise et le débiteur, lié par l'engagement qu'il a pris lorsqu'il a contracté. Un premier pas vers le caractère unitaire de l'obligation mêlant à la fois le droit reconnu au créancier et le devoir incombant au débiteur est, ainsi, constaté.

20. - La superposition des caractères objectifs et subjectifs de la notion : l'unicité de l'obligation accueillie par le droit positif – Depuis la promulgation du Code civil, l'obligation est envisagée comme une unité regroupant un double aspect. Elle est, en effet, considérée à la fois comme un devoir à la charge du débiteur et comme un droit au bénéfice du créancier¹⁰⁷. L'appréhension objective romaine de la notion est ainsi mêlée au développement de son aspect subjectif qui lui succéda. L'obligation devient alors un concept unitaire constitutif d'un « *rapport juridique qui unit le créancier et le débiteur* »¹⁰⁸ s'envisageant en son double aspect passif – la dette – et actif – la créance – en considération de la qualité du contractant envisagé – le débiteur ou le créancier¹⁰⁹.

Grégoire Forrest a, notamment, reproché à l'appréhension de la notion d'obligation telle que retenue par le droit positif d'assimiler les notions de dette et de créance¹¹⁰. Il a, en effet, expliqué l'idée selon laquelle la conception classique semble assimiler ces deux notions. L'obligation serait, dès lors, perçue comme une unité à la structure « *dualiste (...), interdépendante* »¹¹¹. En les envisageant comme les « *deux faces d'un*

¹⁰⁷ Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, coll. *Objectif droit cours*, 5^{ème} éd., 2010, p. 1, n° 1 – R. SACCO, « A la recherche de l'origine de l'obligation », in *L'obligation*, Dalloz, coll. *APD*, 2000, p. 33 et s., spéc. p. 33.

¹⁰⁸ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ/Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 5^{ème} éd., 2015, p. 21, n° 1 – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014, p. 3, n° 7.

¹⁰⁹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 12 et s., n° 24 et s. – D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 4, n° 2 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 1, n° 2.

¹¹⁰ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 169 et s., n° 246 et s.

¹¹¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 500 et s., n° 688.

même objet »¹¹², les auteurs classiques semblent, selon lui, omettre l'idée selon laquelle les deux notions ne se distinguent pas par un simple angle de regard mais sont de nature différente. Si la dette correspond à un devoir, la créance relève du domaine des droits. Elles devraient, alors, selon lui, constituer deux éléments constitutifs bien distincts permettant de qualifier la notion d'obligation. A cet égard, il propose de retenir une définition néo-classique du mécanisme selon laquelle « *l'obligation est un droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement* 1° *Le lien de droit par lequel le débiteur est astreint à délivrer une prestation à un créancier déterminé et* 2° *Le droit à l'exécution de la prestation dont le créancier est titulaire* »¹¹³. Il s'agirait donc d'envisager la notion comme une unité à la structure binaire. La dette et la créance en seraient alors les deux normes de comportements constitutives – indissociables à la caractérisation de la notion – mais différenciables quant à leur nature.

21. - L'appréhension classique de la notion d'obligation implique donc à la fois une dette et une créance, qui s'envisagent comme un droit au bénéfice du créancier et un devoir à la charge du débiteur. C'est cette conception qui sera retenue dans le cadre de la présente étude.

La notion d'obligation envisagée, il s'agit de s'intéresser à sa mise en œuvre en matière contractuelle. L'étude des différentes catégories obligationnelles permettra, en effet, de révéler l'existence des obligations non matérialisées.

II. La catégorisation des obligations contractuelles

22. - Dichotomie du contenu obligationnel – Le contenu d'un contrat regroupe « *l'ensemble des engagements permettant la réalisation du but poursuivi par les parties* »¹¹⁴. Son contenu obligationnel, plus spécifiquement, correspond à l'ensemble des obligations qui généreront une dette à la charge de leur débiteur et une créance au

¹¹² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 159 et s., n° 233 et s.

¹¹³ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 501 et s., n° 689.

¹¹⁴ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 316.

profit de leur créancier. Il s'agit alors de s'interroger sur les différentes obligations imposables dans le cadre d'une relation contractuelle. Elles peuvent être divisées en deux catégories, les unes qualifiées d'imposées¹¹⁵ (A) et les autres de volontaires¹¹⁶ (B). Le caractère volontaire est caractérisé par ce qui résulte d'une décision librement choisie sans que cela n'ait été forcé et ne relève, donc, pas d'une contrainte¹¹⁷. La dichotomie exposée prend, donc, en considération l'impact de la volonté des parties s'agissant du caractère obligatoire du contenu obligationnel s'imposant dans le cadre de leur relation contractuelle.

L'exposé de cette catégorisation aura pour finalité de déceler l'existence des obligations non matérialisées dans les contrats.

A) Les obligations imposées

23. - Notion d'obligations imposées – Le contenu obligationnel d'un contrat peut être constitué d'obligations dont le caractère obligatoire ne requiert pas le consentement des parties de s'y soumettre. Leur dénomination varie, tantôt qualifiées d'imposées, elles sont aussi envisagées comme celles qui sont non volontaires¹¹⁸ ou encore implicites¹¹⁹.

Ces obligations sont envisagées par les principes UNIDROIT qui expliquent qu'un contrat est composé de deux catégories d'obligations, les unes expresses – et qui sont assimilées à celles qui seront qualifiées de volontaires – et les autres implicites¹²⁰. Ces dernières sont alors présentées comme celles qui s'imposent aux parties sans

¹¹⁵ V. en ce sens : Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allégement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 84 et s.

¹¹⁶ V. en ce sens : *a contrario* : J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013, pt. 7 et s.

¹¹⁷ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 2738, V° *Volontaire*.

¹¹⁸ V. en ce sens : J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013, pt. 7 et s.

¹¹⁹ V. en ce sens : Principes UNIDROIT, art. 5.1.1 : « *Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites* ».

¹²⁰ Principes UNIDROIT, art. 5.1.1 : « *Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites* ».

condition de fond ou de forme en ce sens qu'elles « *vont sans dire* »¹²¹. Elles sont, ainsi, subies par les parties qui ne peuvent pas y déroger¹²². Si le caractère intangible de l'ensemble de ces obligations constitue leur point commun, elles se subdivisent en deux catégories.

Certaines obligations imposées sont interdépendantes de l'opération contractuelle envisagée. Inséparables du contrat particulièrement conclu, elles sont celles qu'il est possible de qualifier d'essentielles¹²³ (1). S'ajoutent à elles une seconde catégorie d'obligations imposées qui, si elles ne répondent pas à la nature de l'opération contractuelle, s'imposent de manière plus objective. Leur caractère obligatoire n'affecte pas l'opération contractuelle en elle-même puisqu'elles s'imposent de manière plus générale. Il s'agit des obligations accessoires¹²⁴ (2).

1. Les obligations essentielles

24. - Notion d'obligations essentielles – Afin de comprendre la notion d'obligation essentielle, il est nécessaire d'en définir le qualificatif. Autrement appelée *essentialia*¹²⁵ ou inhérentes¹²⁶, elles sont celles « *qui sont jointes inséparablement* »¹²⁷. Il s'agit des obligations dont le caractère obligatoire dépend de l'opération souhaitée par les parties, et, partant, du contrat qui a été conclu. En d'autres termes, elles sont celles en l'absence

¹²¹ Principes UNIDROIT, art. 5.1.2, commentaire : « Les obligations implicites peuvent par exemple avoir été si évidentes, du fait de la nature ou du but de l'obligation, que les parties ont estimé que **les obligations** « *allaient sans dire* » ».

¹²² Principes UNIDROIT, art. 5.1.2 : « *Les obligations implicites découlent :*

- a) *De la nature et du but du contrat*
- b) *Des pratiques établies entre les parties et des usages*
- c) *De la bonne foi*
- d) *De ce qui est raisonnable* ».

¹²³ V. en ce sens : F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 12 et s.

¹²⁴ V. en ce sens : F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 37 et s.

¹²⁵ V. en ce sens : Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allégement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 86.

¹²⁶ V. en ce sens : Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allégement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 85 et s.

¹²⁷ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1331, V° *Inhérent*.

desquelles l'engagement contractuel se verrait dénaturé, « *incomplet et non viable* »¹²⁸ puisque les spécificités de son mécanisme ne seraient pas juridiquement traduites. Relevant de l'essence même du contrat, de « *ce qui fait qu'il est ce qu'il est et sans quoi il ne serait pas* »¹²⁹, ces obligations lui sont indissociables.

En résumé, les obligations inhérentes sont *celles qui sont imposées aux parties en raison des spécificités du contrat qu'elles ont conclu*.

25. - Illustration d'obligation essentielle – Il est possible d'illustrer la notion d'obligation inhérente par le contrat de franchise. Ce dernier est celui « *par lequel le franchiseur transmet un savoir-faire, met à disposition des signes de ralliement de la clientèle et assure une assistance au franchisé moyennant, de sa part, une rémunération et l'engagement d'exercer l'activité envisagée* »¹³⁰. La transmission du savoir-faire par le franchiseur au franchisé constitue une obligation essentielle de ce contrat de distribution¹³¹. Si le savoir-faire n'existe pas, le contrat ne peut plus être considéré comme un contrat de franchise puisque sa mise à disposition est un élément inhérent à l'opération voulue par les parties. L'absence de communication d'un savoir-faire dans le cadre d'un contrat de franchise peut alors entraîner le prononcé de sa résolution¹³²,

¹²⁸ Ch. LAVABRE, « Éléments essentiels et obligations fondamentales du contrat », RJDA 1997, p. 291, pt. 3.

¹²⁹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 932, V° *Essence*.

¹³⁰ C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, Litec, 2011, p. 51, n° 51.

¹³¹ « Le contrat de franchisage comprend une communication de savoir-faire comme élément essentiel et déterminant » : Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, coll. *Litec professionnels*, 2^{ème} éd., 2007, p. 216, n° 452.

¹³² V. par ex. : Cass. com., 24 mai 1994, n° 92-15846 : Contrats, conc., consom. 1994, n°191, obs. L. LEVENEUR : « *le franchiseur n'avait transmis au franchisé qu'un savoir-faire dépourvu d'originalité, que ce dernier était en mesure d'acquérir par ses propres moyens et qui était manifestement insuffisant pour lui permettre d'effectuer les prestations franchisées qui nécessitaient une parfaite maîtrise des techniques juridiques, comptables, financières et commerciales, ce qui l'avait obligé à limiter son activité à la location de bureaux qui ne nécessitait aucun savoir-faire particulier, c'est en motivant sa décision, hors toute contradiction, que la cour d'appel a décidé la résolution du contrat aux torts exclusifs du franchiseur* ».

puisque il est considéré que l'une de ses conditions de constitution n'a jamais existée, ou encore sa requalification¹³³.

L'idée d'une obligation essentielle est de donner son caractère au contrat conclu en considération de l'opération que les parties ont souhaité réaliser. Sans ces obligations essentielles, le contrat ne peut donc pas subsister en tant que tel¹³⁴.

26. - Les obligations essentielles envisagées, il s'agit de s'intéresser à la seconde catégorie d'obligations imposées qualifiées d'accessoires.

2. Les obligations accessoires

27. - Notion d'obligations accessoires – Les obligations accessoires ou, autrement appelées, intégrées¹³⁵, ne sont pas directement liées à l'opération voulue par les parties en ce sens que leur absence d'effet obligatoire n'a pas d'impact sur l'opération voulue par les parties et, partant, sur la nature du contrat¹³⁶. Ce sont « *les obligations qui ne sont pas essentielles au contrat mais qui s'imposent aux contractants de manière totalement objective*¹³⁷ sans qu'ils ne puissent y déroger, les modifier ou les alléger ». Elles se subdivisent en deux catégories, celle des obligations issues de l'article 1135 du Code civil (a) et celle du devoir de bonne foi (b).

¹³³ V. par ex. : CA Paris, 7 juin 1990, n° 07-061990 : D. 1990, p. 176 : « *La simple sélection d'articles par le franchiseur selon des critères dont il n'est pas établi qu'ils présentent un caractère technique ou spécifique n'est pas constitutif d'un savoir-faire, la conséquence étant, en l'espèce, une requalification du contrat de franchise en contrat de fourniture* » – Cass. com., 3 mai 1995, n°93-12981 : D. 1997, p. 10, note L. AMIEL-COSME ; D. 1997, p. 57, note D. FERRIER : « *Le contrat prévoyait que la Société Bata autorisait les époux X... à vendre, dans un local agréé par elle, les marchandises qu'elle leur fournissait exclusivement et dont elle fixait unilatéralement le prix de vente en en demeurant propriétaire jusqu'à la vente (...) le contrat n'étant pas un contrat de franchise, si les obligations incombant à la société Bata dépassaient celles d'un franchiseur en vue d'assurer l'unité de son réseau* ».

¹³⁴ V. aussi sur le caractère essentiel de l'obligation de délivrance du vendeur : F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 130, n° 146.

¹³⁵ V. en ce sens : Ph. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 137 et s.

¹³⁶ F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010,, pt. 37.

¹³⁷ Ph. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 137.

a) L'article 1135 du Code civil

28. - Explications des « suites » de l'obligation : l'article 1135 du Code civil – L'article 1135 du Code civil dispose que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». La lecture de cette disposition implique, donc, que le contenu obligationnel d'un contrat ne se limite pas aux stipulations prévues par les parties. L'étendue de l'engagement semble ainsi devoir contenir les *suites* des obligations, selon leur nature, telles que prévues par l'équité, l'usage et la loi et ce, sans considération de leur stipulation par les parties. La volonté des parties, qu'elle soit déclarée ou interne, de s'y soumettre n'est donc pas déterminante s'agissant du caractère obligatoire de ces obligations accessoires¹³⁸. Lorsque les contractants ne s'y opposent pas, l'interprétation par le juge de l'article 1135 du Code civil s'impose, ainsi, à eux¹³⁹.

Le juge a donc la possibilité d'adjoindre des obligations à la charge des parties au nom de l'équité, de l'usage et de la loi à condition que l'opération contractuelle ne soit pas dénaturée¹⁴⁰. Il s'agit des « *suites évidentes et naturelles de l'accord* »¹⁴¹. Quel que soit l'adjectif qui y est associé, « *implicites* »¹⁴², « *accessoires* »¹⁴³ ou

¹³⁸ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 179, n° 180.

¹³⁹ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1961, p. 360, n° 367.

¹⁴⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 418, n° 399 – F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010.

¹⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 08-18559 : Bull. civ. III, n° 272 ; AJDI 2010, p. 396, obs. S. PORCHERON ; RDC 2010, p. 670, note J.-B. SEUBE ; RLDC 2010/68, n° 3702, obs. C. LE GALLOU.

¹⁴² L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le consentement au cœur du contentieux », Dr. et patr. 2013, p. 74 (« *Contenu implicite du contrat et article 1135 du Code civil* ») – C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 198, n° 206 : L'auteure explique que le caractère contractuel des obligations issues de l'article 1135 du Code civil est justifié par la « corrélation entre l'obligation initiale et sa « suite ». L'adjectif « *accessoire* » ne peut pas être choisi puisqu'il désigne, entre autres, « *une pièce qui ne fait pas partie intégrante d'un ensemble* » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 16, V° *Accessoire*). Or, les obligations visées font partie intégrante du champ contractuel. Dès lors, l'utilisation de l'adjectif « *implicite* » doit leur être choisie puisqu'il correspond à ce « *qui, sans être énoncé formellement peut être déduit de ce qui est exprimé* » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1287, V° *Implicite*).

« complétives »¹⁴⁴, les obligations issues de l'article 1135 du Code civil intègrent le contenu obligationnel imposable aux parties.

L'objectif poursuivi par la mise en œuvre de cette disposition juridique réside dans l'adaptation de l'opération contractuelle envisagée aux impératifs sociaux¹⁴⁵ et économiques contemporains¹⁴⁶ lorsque la lettre du contrat¹⁴⁷ est lacunaire¹⁴⁸. Comprendre la mise en œuvre de cette idée nécessite de revenir sur la place de l'équité, de l'usage et de la loi s'agissant du contenu du contrat. Les explications qui suivront permettront, en effet, de justifier les raisons pour lesquelles ces trois éléments permettent d'inspirer et de légitimer les *suites* qui peuvent être données aux obligations d'après leur nature¹⁴⁹.

¹⁴³ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1083 et 1084, n° 3207-1 – F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 38 et 41 : l'auteur explique les obligations contenues dans l'article 1135 du Code civil doivent être qualifiées « d'accessoires ». L'emploi de ce qualificatif se justifie par le fait que la suppression de l'accessoire « *ne met pas en péril la poursuite du but principal des parties, l'opération contractuelle elle-même* ». Autrement dit, l'ajout de ces obligations n'a aucun impact sur la nature de l'opération contractuelle voulue par les parties.

¹⁴⁴ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2005, p. 723 et s., n° 339 et s. : Selon l'auteur, les obligations issues de l'article 1135 du Code civil doivent être qualifiées de « complétives ». Ce terme permet alors de regrouper les caractères accessoires, inexprimés et complémentaires de leurs effets.

¹⁴⁵ Par ex. : J. MOULY, « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié » (à propos de : Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48612 : Bull. civ. V, n° 307), D. 2007, p. 695 : en l'espèce, a été dégagee, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, une obligation à la charge de l'employeur de garantir ses salariés contre une action pénale en lien avec les faits qu'ils accomplissent ou les actes qu'ils concluent en exécution de leur contrat de travail. Monsieur le Professeur Jean Mouly explique alors que « *il est clair que, en faisant peser sur l'employeur une obligation de protection juridique du salarié, les juges ajoutent à ce qui a été expressément ou implicitement convenu par les parties, et que cette création prétorienne, qui dépasse la simple interprétation, même amplifiante, ne pouvait, dès lors, qu'être fondée sur l'article 1135 du Code civil* » et que « *le mécanisme prévu par cet article a pu être, en l'occurrence, utilisé pour instaurer une protection juridique du salarié par l'employeur* ».

¹⁴⁶ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1084, n° 3207-1.

¹⁴⁷ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 162, n° 188.

¹⁴⁸ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 157, n° 182.

¹⁴⁹ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 196 et s., n° 204.

29. - Les « suites » de l'obligation selon la loi – L'article 1135 du Code civil se réfère, tout d'abord, à la loi. Les lois envisagées par la disposition sont celles qui présentent un caractère supplétif et interprétatif de la volonté¹⁵⁰. Selon Monsieur le Professeur Philippe Jacques, les lois ici visées « *concernent celles qui signalent l'enrichissement possible du contenu d'un accord de volontés au moyen d'obligations dont les cocontractants n'ont pas à convenir, puisque ces obligations interviennent de plein droit, étant inhérentes à un modèle de convention auquel correspond l'accord* »¹⁵¹. Il s'agit en réalité de compléter le contrat en l'absence de volonté contraire des parties¹⁵². Le silence de ces dernières implique l'application des lois supplétives¹⁵³ en rapport avec la nature des obligations prévues, et plus généralement, de l'opération contractuelle. Ces obligations se caractérisent en ce qu'elles « *vont sans dire* » en considération de la nature du contrat et de l'objectif poursuivi par les parties. Il est possible d'illustrer cette idée au travers de deux exemples que sont l'obligation de garantie du vendeur et le droit au congé du salarié.

Concernant l'obligation de garantie du vendeur, d'une part, l'article 1626 du Code civil dispose que « *Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* ». La formulation de cette disposition, qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 1135 du Code civil, induit que l'obligation de garantie constitue une suite du contrat de vente et, partant, qu'elle est imposable que les

¹⁵⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 416, n° 397 – J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, t. II : Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 58, n° 42 – H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 316, n° 348 – Y. PICOD, « Les articles 1134 et 1135 du Code civil : Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, 2014, pt. 54 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LECQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 8^{ème} éd., 2002, p. 449, n° 453 – A. WEIL et F. TERRE, *Droit civil, t. IV : Les obligations*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986, p. 364.

¹⁵¹ Ph. JACQUES, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, 2005, p. 478, n° 237.

¹⁵² G. VINEY, « Préface » in C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004, p. I et s., spéc. p. VII.

¹⁵³ Y. PICOD, « Les articles 1134 et 1135 du Code civil : Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, 2014, pt. 54.

parties n'aient besoin de la stipuler. L'obligation complète, ainsi, le contrat de vente sans le dénaturer¹⁵⁴.

S'agissant du salarié, d'autre part, il bénéficie, grâce à l'article L. 3141-1 du Code du travail, d'un droit au congé pour ses événements familiaux¹⁵⁵. Si ce droit ne lui est pas expressément reconnu par la lettre de son contrat de travail, l'article 1135 du Code civil en justifie le caractère obligatoire en ce qu'il constitue un complément légal relatif à la nature du contrat de travail.

Les « suites » de l'obligation selon la loi sont, donc, *celles qui sont expressément prévues par la loi et qui sont liées à la nature même du contrat sans pour autant que leur inopposabilité n'ait de conséquence sur la qualification de l'opération juridique prévue par les parties.*

30. - Les « suites » de l'obligation selon l'usage – L'article 1135 du Code civil se réfère, ensuite, à l'usage. L'analyse de cette mise en œuvre de la disposition légale nécessite d'effectuer une double distinction. La première invite à s'interroger sur la nature de l'usage – *secundum legem, praeter legem* ou *contra legem* – et la seconde impose de différencier son caractère impératif ou supplétif.

31. - L'étude relative à la nature de l'usage, d'une part, s'envisage en considération de la qualification qui lui est reconnue. Il existe, d'abord, les usages *secundum legem* qui correspondent à des standards de comportement permettant de compléter les cadres laissés volontairement vides par la loi. Concernant le bail commercial, le législateur se réfère à « *l'évolution des usages commerciaux* » en matière de

¹⁵⁴ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 173, n° 203.

¹⁵⁵ C. trav., art. L. 3142-1 : « *Tout salarié bénéficie, sur justification et à l'occasion de certains événements familiaux, d'une autorisation exceptionnelle d'absence de :*

1° Quatre jours pour son mariage ;

1° bis Quatre jours pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité ;

2° Trois jours pour chaque naissance survenue à son foyer ou pour l'arrivée d'un enfant placé en vue de son adoption. Ces jours d'absence ne se cumulent pas avec les congés accordés pour ce même enfant dans le cadre du congé de maternité ;

3° Deux jours pour le décès d'un enfant ;

4° Deux jours pour le décès du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ;

5° Un jour pour le mariage d'un enfant ;

6° Un jour pour le décès du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur ».

désécialisation simple¹⁵⁶ appelant, ainsi, explicitement le juge à le suppléer par la mise en œuvre de l'article 1135 du Code civil. Les usages *praeter legem*, ensuite, constituent des usages autonomes par rapport à la loi. Leur application permet de compléter, de concrétiser le silence de la loi¹⁵⁷ en établissant des règles figées et répétitives¹⁵⁸. Portalis évoquait déjà cette idée dans son Discours préliminaire au Code civil puisqu'il expliquait qu'« à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi »¹⁵⁹. Ordinairement, l'usage *praeter legem* s'illustre par la désignation d'une femme mariée par le nom de son mari. Les usages *contra legem*, enfin, sont ceux qui entrent en contradiction avec la loi. L'article L. 442-1 du Code de commerce, par exemple, interdit de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée »¹⁶⁰. Si la Cour de cassation¹⁶¹ a reconnu le fait que le

¹⁵⁶ C. com., art. L. 145-47 al. 1 et 2 : « Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires.

A cette fin, il doit faire connaître son intention au propriétaire par acte extrajudiciaire, en indiquant les activités dont l'exercice est envisagé. Cette formalité vaut mise en demeure du propriétaire de faire connaître dans un délai de deux mois, à peine de déchéance, s'il conteste le caractère connexe ou complémentaire de ces activités. En cas de contestation, **le tribunal de grande instance, saisi par la partie la plus diligente, se prononce en fonction notamment de l'évolution des usages commerciaux** ».

¹⁵⁷ J. DEPREZ, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », RRJ 1997, p. 799.

¹⁵⁸ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 5^{ème} éd., 2014, p. 299, n° 365.

¹⁵⁹ J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, 1801, in Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s., spéc. p. 27.

¹⁶⁰ C. com., art. L. 442-1 : « Les règles relatives aux ventes ou prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées sont fixées par les articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation reproduits ci-après :

« Art. L. 121-35.- Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1.

mode de conditionnement des produits impose aux consommateurs l'achat d'une quantité minimale, elle a précisé que ce constat n'en empêche, toutefois, pas la pratique – pourtant prohibée par la disposition légale précitée – sur le fondement des usages applicables dans l'intérêt du consommateur. L'usage déroge donc, dans cette hypothèse, à une loi et s'impose à son détriment. Il convient, toutefois, de tempérer la mise en œuvre des usages *contra legem* en précisant qu'ils ne peuvent pas déroger à une loi présentant un caractère impératif. Dans un arrêt du 18 mars 1997¹⁶², la Cour de cassation a, ainsi, écarté l'application d'un usage contraire à une loi impérative. Un prêt avait, en l'espèce, été contracté. Il était question de déterminer le nombre de jours que comporte une année civile afin de calculer les intérêts bancaires. Un usage expliquait que, de par son caractère plus facilement divisible et donc pour des raisons de simplification, les intérêts devaient s'appréhender sur 360 jours. La Haute juridiction a,

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons. Dans le cas où ces menus objets sont distribués dans le but de satisfaire à des exigences environnementales, ils doivent être entièrement recyclables qu'il s'agisse de carton recyclable ignifugé ou d'encre alimentaire et d'une valeur inférieure à 7 % du prix de vente net, toutes taxes comprises, du produit faisant l'objet de la vente. Si celui-ci appartient à la catégorie de produits et ingrédients tels que définis à l'article L. 3511-1 du Code de la santé publique, les menus objets ne doivent comporter aucune référence, graphisme, présentation ou tout autre signe distinctif qui rappelle un produit ou un ingrédient tel que défini au même article L. 3511-1. Dans ce cas, les avertissements sanitaires relatifs aux dangers du tabac doivent être mentionnés. Les références de la personne intéressée à l'opération de publicité, la dénomination de la marque, du sigle ou logo, peuvent être apposées sur les menus objets pour autant qu'elles respectent les dispositions restreignant ou encadrant la publicité concernant l'alcool, le tabac et les jeux ou paris en ligne, notamment aux articles L. 3511-3, L. 3511-4 et L. 3323-2 à L. 3323-5 du Code de la santé publique. Les modalités d'apposition des références sont définies par décret.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

Les règles relatives aux ventes avec primes applicables aux produits et services proposés pour la gestion d'un compte de dépôt sont fixées par le 2 du I de l'article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier. »

« Art. L. 122-1.-Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes subordonnées sont fixées par le 1 du I de l'article L. 312-1-2 du même Code » ».

¹⁶¹ Cass. crim., 29 oct. 1984, n° 83-93563 : Il s'agissait, en l'espèce, de paquets de yaourts au sujet desquels la Cour de cassation a considéré qu'ils « ne constituent qu'un seul produit plusieurs unités de la même marchandise réunies en un conditionnement unique conformément aux pratiques commerciales instaurées dans l'intérêt des consommateurs ».

¹⁶² Cass. com., 18 mars 1997, n° 94-22216 : JurisData n° 1997-001413 ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 124, note G. RAYMOND.

néanmoins, rappelé que le caractère impératif du décret du 4 septembre 1985¹⁶³, applicable à l'époque des faits et précisant qu'une année civile comptait 365 ou 366 jours, impliquait de le faire primer sur l'usage.

32. - S'agissant, d'autre part, de la force des usages, il est nécessaire de distinguer ceux qui présentent un caractère impératif et supplétif.

Concernant, d'abord, les usages impératifs, ils constituent des usages de droit, assimilés à la coutume¹⁶⁴, auxquels les parties ne peuvent pas déroger. Il s'agit, dans cette hypothèse, de la « *règle de droit (...) qui se dégage lentement et spontanément des faits et des pratiques habituellement suivies dans le milieu social donné. Elle (...) devient obligatoire sans avoir reçu de consécration expresse des pouvoirs publics établis* »¹⁶⁵ qui, ne relevant pas du champ d'application de l'article 1135 du Code civil, ne sera pas d'avantage analysée.

S'agissant, ensuite, des usages supplétifs, ils sont ceux qui s'appliquent à une relation contractuelle dans le silence des parties. Si ces dernières peuvent donc y renoncer¹⁶⁶, la Cour d'appel de Rouen¹⁶⁷ a précisé, sur le fondement de l'article 1160 du Code civil¹⁶⁸, que ce n'est qu'à une double condition¹⁶⁹. L'omission doit être involontaire, d'une part, afin de présumer de la volonté des parties de l'appliquer. Le juge ne doit pas se substituer aux contractants, d'autre part, en ce sens qu'il ne doit pas dénaturer l'opération contractuelle telle qu'elle a été prévue. L'application d'un

¹⁶³ D. n° 85-944 du 4 sept. 1985 *relatif au calcul du taux effectif global* : JORF du 8 sept. 1985, p. 10389, pris pour l'application L. n° 66-1010 du 28 déc. 1966 *relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité*.

¹⁶⁴ E. CADOU, *Introduction au droit, Les sources complémentaires du droit*, UNJF, 2015, http://cours.unjf.fr/file.php/105/Cours/05_item/indexI0.htm.

¹⁶⁵ A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, LGDJ, 1932, p. 2, n° 1.

¹⁶⁶ A. VIANDIER et J. VALLANSAN, *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 2^{ème} éd., 1992, n° 33 et s.

¹⁶⁷ CA Rouen, 29 nov. 1968 : D. 1969, p. 146 ; RTD civ. 1969, p. 561, obs. Y. LOUSSOUARN.

¹⁶⁸ C. civ., art. 1160 : « *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient exprimées* ».

¹⁶⁹ V. en ce sens : Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, art. 9, 2) : « *Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée* ».

usage supplétif traduit, donc, la présomption de la volonté des parties de se soumettre à ce qui est usuel¹⁷⁰ comme l'illustre un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 février 2012¹⁷¹. La société Tripartite propulsion a commandé, en l'espèce, des tubes d'un diamètre précis, 12,7 millimètres, à la société Le Bihan inox, dans le but d'effectuer un montage destiné à la Marine Nationale. Le diamètre retranscrit dans le contrat était calqué sur le cahier des charges imposable dans le domaine naval militaire – sans que l'acte instrumentaire n'y fasse référence – qui, extrêmement stricts, laissent moins de place à l'approximation que les usages, plus généraux, applicables en matière de fabrication industrielle, d'usinage et d'assemblage, et sont de ce fait incompatibles avec les tolérances usuelles. Lorsque les premiers n'envisagent aucune marge d'erreur, aussi minime soit-elle, les seconds admettent une tolérance au travers des normes américaine ASTM A-312 et européenne EN 10216-5. Le fabricant a livré des tubes dont les diamètres variaient entre 10,8 et 15,6 millimètres qui, s'ils n'étaient pas en adéquation avec les usages militaires, respectaient les tolérances accordées par les normes américaines et européennes. La Marine nationale a, alors, assigné son cocontractant considérant qu'il n'avait pas exécuté ses obligations contractuelles. La Cour de cassation a considéré que le silence contractuel laisse place à l'application des usages professionnels, et, s'il en existe plusieurs, à ceux qui présentent le caractère le plus spécifique. Il s'agissait, donc, en l'espèce, des usages militaires. Ces derniers permettaient de pallier, en l'espèce, au silence contractuel s'agissant de la tolérance relative au diamètre des tubes.

33. - La notion d'usage envisagée tant à la lumière de ses natures que de ses qualités d'obligatorité, il s'agit, à présent, de s'interroger sur le champ d'application de l'article 1135 du Code civil. Ce dernier ne concerne que les usages supplétifs¹⁷². La Cour de cassation a pu rappeler à cet effet que la mise en œuvre de la disposition légale suggère que « *les usages professionnels ont valeur supplétive et, dans le silence de la convention, ils doivent être appliqués* »¹⁷³. Si l'une des conditions d'application de la

¹⁷⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 416, n° 397.

¹⁷¹ Cass. com., 7 févr. 2012, n° 10-27716.

¹⁷² M. SALAH M. MAHMOUD, « Usages commerciaux », *Rép. com.* Dalloz, 2011, pt. 87.

¹⁷³ Cass. com., 19 févr. 2002, n° 97-21604 : *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 91, note L. LEVENEUR.

disposition visée est le silence contractuel, seuls les usages à caractère supplétif entrent, ainsi, dans son champ d'application. Les prix s'entendent, ainsi, hors taxe selon un usage constant entre commerçants à moins que les parties ne l'aient envisagé autrement¹⁷⁴.

Portalès allait plus loin en expliquant que « *les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus, ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage* »¹⁷⁵. Il évoquait donc, parallèlement aux usages, le possible recours à l'équité en matière contractuelle.

34. - Les « suites » de l'obligation selon l'équité : les obligations prétorienne¹⁷⁶ – L'article 1135 du Code civil se réfère, enfin, à l'équité. Envisager la notion apparaît comme un préalable nécessaire à l'analyse de sa mise en œuvre en matière contractuelle.

S'agissant donc de la notion d'équité, d'une part, elle reçoit, de prime abord, une connotation plus morale que juridique¹⁷⁷. Cette caractéristique est la raison pour laquelle trouver une seule et même définition de l'équité n'est ni chose simple¹⁷⁸ ni chose faite¹⁷⁹ puisque son « *contenu variera en fonction des principes éthiques de*

¹⁷⁴ Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-21555 : Bull. civ. 2003, IV, n° 82 ; JCP G 2003, IV, 2208 ; Contrats, conc., consom., 2003, comm. 124, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2003, p. 727, obs. P.-Y. GAUTIER ; D. 2004, p. 414, note J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ.

¹⁷⁵ J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, 1801, in Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s., spéc. p. 29.

¹⁷⁶ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1100 et 1101, n° 3291.

¹⁷⁷ L'équité vise « *d'après le sens commun moral [ce qu'] il est naturel d'admettre* » : Travaux préparatoires du Code civil, cité par G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques*, PUF, 1905, p. 135.

¹⁷⁸ « *il n'existe pas de définition de l'équité, parce que c'est un jugement de valeur* » : C. SCHÆGIS, « La fonction rhétorique de l'équité », in *Égalité et Équité, antagonisme ou complémentarité*, Economica, 1999, p. 6 et s. – Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 3, n° 4 – « *à moins de piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable* » : H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges, L'équité face au droit*, Sirey-Bruylant, 1931, p. 16.

¹⁷⁹ « *depuis deux mille ans que les juristes et les moralistes se sont attachés à ce problème aucune définition n'a été donnée, et cette notion est restée d'autant plus vague qu'elle a été fréquemment utilisées* » : P. BELLET, « Le juge et l'équité », in *Études offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, spéc. p. 10.

l'individu qui y a recours »¹⁸⁰. Si cette idée met en relief l'aspect subjectif de l'équité, une acception objective lui coexiste. La distinction entre ces deux aspects a été, notamment, explicitée par Monsieur le Professeur Christophe Albigès¹⁸¹. Selon lui, l'aspect subjectif de l'équité implique son application à un cas particulier et « *n'a pas vocation à élaborer une nouvelle règle* »¹⁸². Son caractère objectif, à l'inverse, en fait une véritable règle générale qui a valeur de norme¹⁸³.

L'article 1135 du Code civil envisage l'équité en considération de son aspect subjectif. La disposition n'érige pas, en effet, le mécanisme au rang de source de droit, ce que la Cour de cassation rappelle régulièrement¹⁸⁴ en se fondant sur l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹⁸⁵. Il s'agit, en effet, de l'envisager comme un « *guide* »¹⁸⁶ permettant de déterminer les *suites* de l'obligation selon sa nature.

¹⁸⁰ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 35 et s., n° 57 et s. – C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 204, n° 210

¹⁸¹ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 205 et s., n° 211 et s.

¹⁸² Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 36, n° 59

¹⁸³ J.-P. GILLI, « La responsabilité de l'équité en puissance publique », D. 1971, p. 373.

¹⁸⁴ Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 94-40693 : Bull. civ. V, n° 421 ; JCP 1997, I, 4064, n° 11, obs. L. CADIET ; RTD civ. 1998, p. 221, obs. N. MOLFESSIS : « **Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile**

(...)

Qu'en statuant, comme il l'a fait, alors que l'équité n'est pas une source de droit, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés » – Cass. civ. 2^{ème}, 9 déc. 2003, n° 02-30804 : « **Vu les articles L. 323-4, L. 241-3 et R. 323-4 du Code de la sécurité sociale, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile**

(...)

Qu'en statuant ainsi, alors que l'équité n'est pas une source de droit » – Cass. soc., 13 févr. 2007, n° 05-41055 : « **Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile**

(...)

Qu'en statuant, comme elle l'a fait, alors que l'équité n'est pas une source de droit, la cour d'appel a violé les textes susvisés » – Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2014, n° 13-19498 : « **Vu l'article 12 du Code de procédure civile**

(...)

Qu'en statuant ainsi, alors que l'équité n'est pas une source de droit, le tribunal a violé le texte susvisé ».

¹⁸⁵ CPC, art. 12 al. 1^{er} : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ».

¹⁸⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, n° 397 – N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source de droit » (à propos de Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 94-40693), RTD civ. 1998, p. 221 – C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 200 et s., n° 209 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, n° 36.

L'application pratique de l'équité, d'autre part, permet au juge de déceler de nouvelles obligations afin de renforcer le contenu obligationnel applicable à une relation contractuelle¹⁸⁷. Cette idée est, par ailleurs, appuyée par le plan de présentation de la jurisprudence sous l'article 1135 du Code civil¹⁸⁸. Dans un I ainsi intitulé « *Contenu du contrat et équité* », se trouve un B présentant les « *Obligations associées par le juge à certains contrats* ». Y sont, alors, notamment référencées les célèbres obligations de sécurité, d'information, de conseil, de garantie et d'assurance. Les magistrats se servent, donc, de l'équité prévue par l'article 1135 du Code civil non pas comme une source de droit¹⁸⁹ – puisqu'ils ne la citent jamais directement – mais comme une justification juridique de l'insertion de ces obligations dans le contenu contractuel¹⁹⁰. Ce n'est en effet pas l'équité qui détermine les obligations prétoriennes mais bien le contrat lui-même et la nature de ses obligations. L'équité ne se présente donc qu'en sa qualité de support permettant au juge de justifier l'imputation de nouvelles obligations aux cocontractants.

35. - Si les obligations résultant de l'application de l'article 1135 du Code civil reçoivent, sans conteste, la qualification d'obligations intégrées ou accessoires au contrat, il s'agit de s'interroger sur l'appartenance du devoir de bonne foi à cette catégorie obligationnelle.

¹⁸⁷ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pt. 331-84 – Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2005, p. 675 et s., n° 325 et s. – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, n° 397 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1100, n° 3291.

¹⁸⁸ C. civ., Dalloz, 2015, jurispr. ss. art. 1135, p. et s.

¹⁸⁹ *Contra* : F. ZENATTI, *Le juge et l'équité*, L'Hermès, coll. *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, 1985, p. 93, n° 10 : L'auteur explique que le fait que les juges puissent créer des obligations en se fondant sur l'équité érige cette dernière au rang de source de droit.

¹⁹⁰ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 66, n° 111.

b) Le devoir de bonne foi

36. - Obligation inhérente ou obligation accessoire ? – La question se pose de savoir si le devoir de bonne foi issu de l’alinéa 3 de l’article 1134 du Code civil¹⁹¹ relève de la catégorie des obligations inhérentes ou accessoires.

Monsieur le professeur Philippe Delebecque considère, ainsi, qu’elle doit être qualifiée d’obligation inhérente au contrat¹⁹². Il avance à l’appui de son postulat l’idée selon laquelle un contrat ne peut être envisagé sans l’application d’un devoir de bonne foi à la charge des parties. L’impossibilité, pour les contractants, d’exclure ou de minimiser le caractère obligatoire de ce devoir est confirmée par les principes UNIDROIT qui expliquent, en leur article 1.7 2) qu’« *elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». La notion s’impose, donc, dans chaque contrat et ne peut être exclue par la volonté des parties. Si la bonne foi s’applique quel que soit le contrat conclu, il s’agit de se demander si elle peut réellement être qualifiée d’obligation inhérente. Autrement posée, la question est celle de savoir si ce devoir est indispensable à la qualification de l’opération voulue par les parties. Il semble que la bonne foi soit d’application générale et non spécifique à des contrats en particulier. Il apparaît, en effet, qu’un contrat de vente, de bail, de franchise, de consommation ou encore de transport de marchandises par voie maritime ne verra pas affectée sa qualification si ce devoir ne s’imposait pas.

De portée générale, il convient, alors, de se demander s’il s’agit d’une obligation accessoire. C’est l’affirmation que défend Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière¹⁹³. Il envisage, à cet effet, la bonne foi comme un instrument qui encourage la découverte de nouvelles obligations permettant de « *renforcer la réalisation de l’opération contractuelle* » envisagée de manière objective. La qualification d’obligation accessoire semble, de ce point de vue, plus appropriée que celle d’essentielle en considération de la mise en œuvre de la notion. Il s’agit, pour appuyer ce postulat, de s’intéresser à l’arrêt

¹⁹¹ C. civ., art. 1134, al. 3 : Les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹⁹² Ph. DELEBECQUE, « *Clauses d’allègement des obligations* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 121 et s.

¹⁹³ F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 47 et s.

rendu le 10 juillet 2007 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁹⁴. Le 18 décembre 2000, Messieurs X, Y et Z, actionnaires de la société Les Maréchaux ont cédé une partie des titres de leur société à Monsieur A. Ce dernier, déjà actionnaire de la société, en était aussi le président de son conseil d'administration. Deux précisions étaient stipulées dans l'acte de cession. Un complément du prix de l'opération conclue serait, d'une part, versé par le cessionnaire sous certaines conditions qui se sont réalisées. Il était, d'autre part, prévu que chacun des cédants garantissait Monsieur A, au prorata de la participation cédée, notamment contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession. Au titre de l'exercice de 2000, la société a été placée en redressement fiscal. Messieurs X, Y et Z ont demandé à Monsieur A le complément du prix de la cession, le cessionnaire a formulé une demande reconventionnelle dont l'objet était le paiement, par les trois actionnaires, d'une somme au titre de garantie du passif. La Cour d'appel de Paris a, le 14 mars 2006, rejeté la demande de Monsieur A aux motifs que « *celui-ci ne peut, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors que, dirigeant et principal actionnaire de la société Les Maréchaux, il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, qu'il ne pouvait ignorer que des irrégularités comptables sont pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque et qu'il a ainsi délibérément exposé la société aux risques, qui se sont réalisés, de mise en œuvre des pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif* ». La Cour de cassation a censuré la juridiction de second degré expliquant, sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». Il apparaît donc que les juges sont dans l'impossibilité d'utiliser le devoir de bonne foi pour s'ingérer dans le contenu contractuel tel que convenu par les parties en dénaturant l'opération souhaitée. La notion semble donc bien

¹⁹⁴ Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-14768 : D. 2007, jurispr. p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; JCP G 2007 II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; Contrats, conc., consom. 2007, comm. 294, note L. LEVENEUR ; Defrénois 2007, 1454, note E. SAVAUX ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNES et p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 567 obs. B. FAGES.

d'application générale et n'apparaît pas en situation d'interdépendance avec la qualification de l'opération spécifiquement prévue par les parties.

Si le postulat relatif au caractère général de l'application du devoir de bonne foi n'est, donc, en aucun cas, critiquable, et qu'il semble que la qualification d'obligation accessoire soit plus appropriée que celle d'obligation inhérente, il s'agit de se demander si le devoir issu de l'alinéa 3 l'article 1134 du Code civil constitue un élément relevant du contenu obligationnel du contrat. Dans le cadre de ses développements relatifs à la bonne foi, Monsieur le Professeur Frédéric Rouvière explique, en effet, que la bonne foi se révèle par le fait que « *le contractant (...) ne doit pas adopter un comportement qui fasse obstacle à la réalisation* »¹⁹⁵ de l'opération envisagée par les parties. Plus qu'une obligation, la notion semble donc davantage correspondre à une norme comportementale.

37. - Contenu obligationnel ou norme comportementale ? – Déterminer son appartenance au contenu obligationnel ou sa qualité de norme comportementale nécessite de distinguer le devoir de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil de l'équité de son article 1135. De prime abord, il semble qu'un amalgame puisse être effectué s'agissant de leur mise en œuvre. Il est, en effet, possible d'envisager les deux mécanismes comme des instruments mis à la disposition du juge afin de compléter le contenu contractuel par des obligations dont le caractère obligatoire est indifférente de la volonté des parties. Il est, toutefois, nécessaire de les distinguer, comme le propose Madame Clémence Mouly, à trois égards¹⁹⁶. Concernant la nature de chacune de ces notions, tout d'abord, quand l'équité renvoie à un sentiment, la bonne foi renvoie à un comportement. L'équité se lit, en effet, au travers de ce qui est juste de manière théorique. La bonne foi, quant à elle, s'apprécie par un comportement loyal et, partant, en considération d'actes. Il s'agit de distinguer les deux notions, ensuite, quant à leurs finalités. L'équité sert d'instrument au juge afin de déceler l'existence de nouvelles obligations. Elle a donc un impact sur le contenu du contrat. La bonne foi, quant à elle, n'a aucun impact sur le contenu du contrat mais sur son exécution, ou du moins sa

¹⁹⁵ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 183, n° 217.

¹⁹⁶ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 215 et s., n° 221 et s.

mauvaise exécution. Elle a, en effet, pour fonction de sanctionner un comportement déloyal tandis que l'équité définit le contrat. Monsieur le Professeur Philippe Jacques a synthétisé cette idée en expliquant que lorsque « *l'article 1135 permet de répondre à la question de savoir ce qui est dû, l'article 1134 alinéa 3 [répond] à la question de savoir comment accomplir ce qui est dû* »¹⁹⁷. Dans la continuité des deux premiers points évoqués, enfin, si l'appréciation de la bonne foi implique l'analyse d'un comportement, celle de l'équité induit celle du contenu du contrat¹⁹⁸.

Si la bonne foi permet de déceler de nouveaux devoirs, à l'image de la loyauté ou de la coopération, ces deniers n'ont pas d'impact sur le contenu obligationnel en lui-même mais implique une norme comportementale que les contractants sont tenus de suivre¹⁹⁹. En délimitant une conduite correcte à adopter s'agissant de l'exécution d'un contrat, la bonne foi ne permet donc pas au juge de moduler le contenu obligationnel. Distinguer la façon d'exécuter le contrat et son contenu rend donc difficile de considérer la bonne foi comme érigeant des obligations imposées dans le contenu obligationnel du contrat.

38. - Le contenu obligationnel d'un contrat est donc constitué d'obligations qui sont imposées aux parties. Une relation contractuelle étant, néanmoins, un acte de volonté, il s'agit alors de s'interroger sur celles les obligations qui y sont volontairement stipulées.

B) Les obligations volontaires

39. - Les obligations volontaires, aussi qualifiées d'*accidentalialia*²⁰⁰ ou d'expresses²⁰¹, sont celles qui font partie du contenu obligationnel du contrat parce que les parties ont voulu s'y soumettre dans le cadre de leur relation contractuelle. Il s'agit

¹⁹⁷ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2005, p. 288, n° 166.

¹⁹⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, L'essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 85, n° 85.

¹⁹⁹ V. en ce sens : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012, p. 9, n° 10.

²⁰⁰ V. en ce sens : Ph. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 86.

²⁰¹ V. en ce sens : Principes UNIDROIT, art. 5.1.1 : « *Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites* ».

de s'interroger sur la notion d'obligations volontaires (1) avant d'en envisager la matérialisation dans un acte instrumentaire (2).

1. La notion d'obligations volontaires

40. - Définition des obligations volontaires – L'article 5.12 des principes UNIDROIT explique que le contenu obligationnel ne se compose pas des seules obligations imposées. Il leur coexiste, en effet, des obligations implicites qui se caractérisent en ce que leur caractère obligatoire se justifie par le choix des parties de s'y soumettre. Il peut s'agir, dans le cadre d'un contrat de vente, d'un délai de paiement ou de livraison de la chose objet du contrat. Une telle obligation n'est, en effet, pas imposée aux parties qui peuvent, ainsi, en choisir librement le contenu et le caractère obligatoire. Autrement appelées *accidentalia*, ces obligations sont considérées comme celles qui « *ne sont renfermées dans un contrat que par quelque clause particulière* »²⁰².

La volonté des parties constitue donc l'élément indispensable au le caractère obligatoire des obligations volontaires. C'est parce que les contractants ont choisi de se soumettre à une obligation en particulier que son contenu leur sera obligatoire dans le cadre de leur relation contractuelle.

41. - Eléments constitutifs des obligations volontaires – Monsieur le Professeur Jean-Christophe Saint-Pau, en analysant le mécanisme des obligations volontaires, en a reconnu les différentes conditions de validité²⁰³. Elles nécessitent, ainsi, la réunion de trois éléments de nature psychologique, légale et temporelle.

D'un point de vue psychologique, d'abord, l'obligation volontaire n'est valable qu'à la double condition que les parties aient eu la volonté de contracter et celle de s'obliger. Il semble s'agir d'un écho à la liberté contractuelle selon laquelle chaque individu est libre de conclure ou de ne pas conclure un contrat et, dans l'affirmative, de se soumettre

²⁰² Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allègement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 86.

²⁰³ J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013, pt. 8 et s.

à des obligations. Cet élément appuie le caractère central de la volonté des parties s'agissant du caractère obligatoire des obligations volontaires.

De telles obligations n'ont un effet contraignant, ensuite, qu'à la condition qu'un élément de nature légal soit constaté. Il s'agit d'affirmer l'idée selon laquelle des individus, qui souhaitent se soumettre à des obligations, ne le peuvent qu'à la condition que le contrat conclu soit juridiquement valable. Partant, si les conditions des articles 1108 et suivants du Code civil sont respectées, et, ainsi, que le contrat est valablement formé, les obligations volontaires qui constituent une partie du contenu obligationnel s'imposent aux contractants.

Un élément temporel conditionne, enfin, le caractère obligatoire de ces obligations. Il est, en effet, nécessaire que le contrat ait été conclu et, ainsi, qu'il y ait donc eu une rencontre de volontés pour qu'elles soient obligatoires. Si le contrat n'est pas formé, il est, en effet, compliqué d'imposer le respect d'obligations contractuelles aux individus.

42. - Les obligations volontaires ne s'imposent qu'à l'unique condition que les contractants l'aient volontairement souhaité. Le terme *exprès* se définissant comme « *qui exprime formellement la pensée, la volonté de quelqu'un* »²⁰⁴, il s'agit, alors, de s'interroger sur la matérialisation de leur contenu dans un acte instrumentaire.

2. La matérialisation du contenu des obligations volontaires

43. - **Le caractère obligatoire automatique des obligations volontaires dont le contenu est matérialisé dans le contrat** – Un contrat peut ou doit être constaté par écrit. Il s'agit alors, pour les parties, de retranscrire les obligations volontaires auxquelles elles souhaitent se soumettre dans le cadre de leur relation contractuelle dans un *instrumentum*. Il s'agit du « *terme latin signifiant « document », « pièce », utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate* »²⁰⁵. S'il n'est pas nécessaire que les obligations imposées y figurent – puisque leur absence de

²⁰⁴ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 986, V° *Exprès*.

²⁰⁵ G. CORNU (dir.), *Association H. Capitant, Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 557, V° *Instrumentum* – Sur la notion d'*instrumentum*, V. *Infra* n° 151.

matérialisation n'entache aucunement leur caractère obligatoire – il est préférable, dans un souci de preuve, d'y apposer le contenu de celles qui ont un caractère volontaire. Lorsque le contenu de l'obligation est expressément prévu par les parties, leur caractère obligatoire ne pose, par principe, aucune difficulté. S'il existe des obstacles à leur effet obligatoire, ces derniers seront, en effet, justifiés par des impératifs extérieurs au contrat – à l'image de la loi –, par le respect de l'opération souhaitée par les parties – comme cela a été le cas s'agissant des arrêts Chronopost²⁰⁶ – ou encore par la recherche de la commune intention des parties – en application des règles encadrant l'interprétation judiciaire²⁰⁷. A l'exception de considérations de fond, une obligation volontaire retranscrite, par les parties, dans l'acte instrumentaire qui constate le contenu de leur relation contractuelle, bénéficie d'un caractère obligatoire automatique.

44. - Les obligations dont le contenu n'est pas matérialisé dans le contrat – Toutes les obligations volontaires ne voient, toutefois, pas nécessairement leur contenu retranscrit par écrit, qu'il existe un *instrumentum* ou non. Deux hypothèses sont alors envisageables. Il est possible, d'une part, que la lettre du contrat effectue une référence au caractère obligatoire de l'obligation. Son contenu n'est alors pas retranscrit dans l'acte instrumentaire mais son effet obligatoire y est explicitement consacré par les parties. Il est, d'autre part, des obligations qui ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées, dont le contenu n'est pas retranscrit dans le contrat, et auquel ce dernier n'effectue aucun renvoi. S'imposant tout de même aux parties, l'effet contraignant de ces obligations sera alors implicite.

45. - Le caractère obligatoire explicite de l'obligation : le renvoi par le contrat à son contenu – Si les obligations d'un contrat s'apprécient, notamment, en considération du contenu de l'acte instrumentaire, certaines clauses contractuelles peuvent renvoyer à

²⁰⁶ Sur l'arrêt Chronopost, V. *Infra* n° 352 – Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Chronopost* : Bull. civ. IV, n° 261; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 95 et s., n° 156 ; D. 1997, p. 121, note A. SERIAUX et somm. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN et I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY et I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Gaz. Pal. 1997, II, 519, note R. MARTIN ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; D. 1997, chron. 145, note Ch. LARROUMET ; D. aff. 1997, p. 235, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; JCP 1998, I, 152, note J.-P. CHAZAL.

²⁰⁷ V. *Infra* n° 555 et s.

des stipulations qui ne figurent pas dans l'*instrumentum* et leur conférer force obligatoire – au même titre que les obligations dont le contenu est contractualisé²⁰⁸ – par le recours au mécanisme des clauses par référence. Le contenu obligationnel est, ainsi, et sous réserve de l'absence de clause interdisant le recours à d'autres documents²⁰⁹, apprécié, en outre des obligations retranscrites dans l'acte instrumentaire²¹⁰, en considération des obligations référencées mais dont le contenu n'est pas matérialisé. La clause par référence stipulée dans l'acte instrumentaire signé par les parties suffit, en théorie, à leur conférer force obligatoire. En pratique, plusieurs illustrations peuvent être appréciées, à l'image des références aux prix de vente des produits concernés²¹¹, ou encore aux recommandations relatives aux règles de comportement que les joueurs doivent respecter sous réserve de leur exclusion du jeu s'agissant des contrats de distribution de jeux vidéo en ligne – retranscrites d'ailleurs sur les sites à l'image de la charte relative au harcèlement dans le jeu World of Warcraft²¹². La retranscription intégrale de telles obligations dans l'écrit principal n'est donc pas nécessaire pour qu'elles aient force obligatoire. La seule référence explicite à leur caractère obligatoire dans l'*instrumentum* suffit à leur conférer un effet contraignant²¹³.

Ces obligations seront qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi explicite et seront définies comme *celles dont le contenu n'est pas retranscrit dans l'acte instrumentaire qui fait uniquement référence, de manière explicite, à leur opposabilité*.

46. - Le caractère obligatoire implicite de l'obligation : l'absence de renvoi par le contrat à son contenu – Certaines obligations ont un effet contraignant alors même qu'elles ne sont ni retranscrites, ni référencées dans l'acte instrumentaire. Le caractère obligatoire d'une clause compromissoire à un sous-acquéreur a, ainsi, été affirmée dans

²⁰⁸ F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 73.

²⁰⁹ E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », D. 2001, p. 223.

²¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 166.

²¹¹ Cass. com., 8 juill. 1997, n° 95-21322.

²¹² B. CARDELLA, *Le droit des jeux vidéos : de la virtualité à la réalité juridique*, thèse, Toulon-Var, 2011, p. 260.

²¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-18707 : Bull. civ. 1998, I, n° 316 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 18, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE.

une situation de contrats de groupe alors même qu'elle n'était pas expressément prévue ou référencée dans le contrat qu'il avait conclu²¹⁴. Il apparaît bien que le caractère obligatoire de l'obligation au terme de laquelle les parties devront faire trancher un éventuel litige par un tribunal arbitral, n'est pas explicitement prévue et pourtant, elle s'impose aux parties. Il semble que la reconnaissance de son effet contraignant pour la clause compromissoire ne peut pas être justifiée par l'idée selon laquelle il s'agirait d'une obligation imposée. L'article 1443 du Code de procédure civile dispose, en effet, en son premier alinéa, que « *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère* ». Cette formulation implique donc que seule la volonté des parties a le pouvoir d'imposer, dans le cadre de leur relation contractuelle, l'effet contraignant d'une obligation compromissoire. Etant, ainsi, une obligation volontaire, son obligatorité ne peut être, de prime abord, que considérée comme implicitement prévu par les parties. Si tel n'était pas le cas, il semblerait que se dessine une troisième catégorie d'obligations, coexistant aux obligations imposées et volontaires, se justifiant par la prise en considération d'autres éléments pour en justifier le caractère obligatoire. De telles obligations, qui ne sont ni retranscrites ni référencées dans l'*instrumentum*, seront qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Elles seront alors définies comme *celles qui sont opposables aux parties sans que ces dernières ne justifient d'une volonté explicite de s'y soumettre et sans qu'elles ne relèvent du régime des obligations imposées*.

47.- Le double critère d'identification des obligations non matérialisées : identification du champ d'application – L'analyse de la pratique et de la jurisprudence dans ce domaine démontre ainsi, qu'indépendamment de l'existence ou non d'un acte instrumentaire, certaines obligations dont le contenu n'est pas retranscrit par écrit s'imposent aux parties. Ces obligations non matérialisées se qualifient par la

²¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001: JurisData n° 2001-008041 ; Bull. civ. 2001, I, n° 22 ; JCP G 2001, II, 10567, note C. LEGROS ; JCP E 2001, 1238, note D. MAINGUY et J.-B. SEUBE ; D. 2001, p. 1135, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2003, p. 2471, obs. Th. CLAY ; Rev. arb. 2001, p. 765, note D. COHEN ; Contrats, conc., consom., 2001, comm. 82, note L. LEVENEUR – Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007 : JurisData n° 2007-038210 ; Bull. civ. 2007, I, n° 129 ; D. 2007, p. 1086, obs. X. DELPECH et p. 2077, note S. BOLLEE ; JCP G 2007, II, 10118, note C. GOLHEN ; Rev. arb. 2007, p. 785, note J. EL-AHDAB ; D. 2008, p. 184, obs. Th. CLAY ; JDI 2007, p. 968, note C. LEGROS ; Contrats, conc., consom. 2007, comm. 166, note L. LEVENEUR.

réunion d'un double critère : elles ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées et leur contenu n'est pas retranscrit dans un éventuel acte instrumentaire établi par les parties.

Elles ne relèvent pas, d'abord, de la catégorie des obligations imposées. Leur caractère obligatoire ne se justifie, en effet, ni parce qu'une réglementation spécifique à la nature de l'opération envisagée ne l'oblige, ni par suite de la mise en œuvre de l'article 1135 du Code civil. Cette première condition de qualification implique, donc, d'écarter les obligations imposées de la présente étude. Si ces dernières s'imposent sans considération de leur retranscription dans un éventuel acte instrumentaire et peuvent, ainsi se révéler « non matérialisées », de ce qualificatif, toutefois, elles n'ont que le seul point commun avec les obligations qui font l'objet de nos raisonnements. Le choix de les exclure se justifie, d'une part, d'un point de vue juridique. Les obligations imposées ne répondant pas, en effet, à la première caractéristique relative aux obligations non matérialisées telles qu'envisagées par notre analyse et leur caractère obligatoire se justifiant, tout comme leur mise en œuvre, de manière spécifique, elles sont, à elles seules, une catégorie obligationnelle qui appelle à des développements particuliers. Leur rejet du champ de notre analyse s'explique, d'autre part, par un aspect méthodologique induit par le précédent postulat. Si les obligations imposées peuvent, en effet, être obligatoires malgré une absence de matérialisation, leur étude nécessite des raisonnements qui leurs sont propres du fait de leur nature ce qui ne permet pas de proposer une observation homogène de l'ensemble des obligations s'imposant malgré une absence de matérialisation.

Les obligations non matérialisées se caractérisent, ensuite, en ce que leur contenu n'est pas envisagé dans un acte instrumentaire éventuellement établi par les parties. Cet élément de qualification ne signifie pas nécessairement que leur description ne bénéficie d'aucune retranscription, mais simplement qu'elles ne sont pas matérialisées dans un contrat au sens de contenant. Cette idée ne contrevient, donc, pas avec le fait qu'elles soient contenues dans d'autres documents.

L'identification d'éléments particuliers permettant de qualifier les obligations non matérialisées révèle, donc, l'existence d'une catégorie obligationnelle particulière qui, n'étant pas envisagée en tant que telle par le droit positif, invite à l'analyse.

48. - Puisque les obligations non matérialisées répondent à des critères de qualification spécifiques, une analyse de leur ensemble apparaît cohérente.

Révéler, ainsi, qu'elles sont *celles qui ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées et dont le contenu n'est pas retranscrit dans un acte instrumentaire établi par les parties* permet d'établir le raisonnement qui sert la présente étude. La mise en place de cette définition est, d'abord, indispensable en ce qu'elle permet d'identifier les obligations non matérialisées dans le contenu du contrat et, partant, de reconnaître une catégorie obligationnelle particulière. Cette qualification permet, dès lors, de justifier de l'opportunité de leur encadrement²¹⁵.

L'objectif de la présente étude étant, alors, d'offrir une lecture juridique des obligations non matérialisées, il s'agit de se demander si leur identification révèle la nécessité de leur conférer un traitement juridique propre.

49. - L'identification des obligations non matérialisées dans les contrats permet d'en appréhender la mise en œuvre. L'analyse de leur extériorisation – qui ne prétend pas à un caractère exhaustif – se révèle, en effet, nécessaire afin de comprendre tant leur mécanique de fonctionnement que les fondements de leur caractère obligatoire. A cette révélation s'attache un intérêt pratique puisqu'au terme de cette démarche, une visibilité relative aux effets des obligations non matérialisées permettra d'identifier les lacunes que leur effet obligatoire suscite et, partant, les solutions qu'il apparaît opportun d'appliquer. La nature et l'importance des difficultés révélées justifieront la nécessité d'établir un traitement juridique, mais également, de déceler les éléments indispensables à une proposition qui leur est adaptée.

Partie 1 : L'identification des obligations non matérialisées dans les contrats

Partie 2 : Le traitement des obligations non matérialisées dans les contrats

²¹⁵ Pour une lecture *a contrario* : « Est-il concevable d'affirmer l'existence d'un corps de règles cohérent auquel ne correspond aucune qualification ? A l'évidence, la réponse est négative » : F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », RTD civ. 2011, p. 1, pt. 2.

**PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DES
OBLIGATIONS NON MATERIALISEES
DANS LES CONTRATS**

50. - La détermination du contenu obligationnel d'un contrat est indispensable afin que les parties puissent connaître les obligations qui leurs seront imposées durant la durée de leur engagement. C'est ainsi, dans un souci de prévisibilité contractuelle qu'il est nécessaire qu'elles soient en mesure de les identifier.

S'agissant des obligations imposées, d'une part, leur absence de matérialisation n'empêche pas les contractants de les connaître. S'agissant, en effet, de celles qui sont de source légale, jurisprudentielle ou émanant des usages ou de l'équité, leur caractère obligatoire est justifiée par un souci de cohérence du contrat²¹⁶. Leur finalité principale n'étant pas de restaurer un équilibre dans le contrat, les obligations qui en émaneront permettront de créer une harmonie entre la volonté des parties et le contenu contractuel qu'elles exécutent²¹⁷. Si deux contractants concluent, par exemple, un contrat de vente, le caractère obligatoire des obligations essentielles de délivrer la chose et d'en payer le prix²¹⁸ se justifiera par la finalité de l'opération prévue par les parties et non par la recherche d'un rééquilibrage contractuel. Les obligations imposées sont donc liées à l'opération envisagée par les parties puisqu'elles leur permettent d'avoir un comportement contractuel en adéquation avec la finalité recherchée par la conclusion du contrat, qu'il s'agisse de sa qualification ou de son renforcement.

Concernant les obligations volontaires dont le contenu n'est pas contractualisé, d'autre part, il s'agit de les envisager en considération du contrat. Le contenu obligationnel sera alors identifié en fonction des obligations retranscrites dans un acte instrumentaire mais ne s'y limitera pas. Des obligations non matérialisées – qui ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées – peuvent, en effet, s'imposer sans qu'elles ne soient retranscrites dans l'acte instrumentaire lorsqu'est prévue une technique de renvoi. Le renvoi peut revêtir, dans cette hypothèse, un caractère obligatoire explicite ou implicite. Explicite, d'une part, en ce que le contrat renverra directement au contenu de l'obligation, sans toutefois qu'il ne soit retranscrit dans l'acte instrumentaire (Titre 1). Implicite, d'autre part, lorsqu'aucune référence ne sera prévue et qu'une obligation

²¹⁶ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 549, n° 549.

²¹⁷ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 463, V° *Cohérence* : « *liaison, rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles sans contradiction* ».

²¹⁸ C. civ., art. 1582, al. 1^{er} : « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ».

s'imposera, sans qu'aucune source « externe » ne puisse en justifier le caractère obligatoire (Titre 2).

Titre 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi explicite

51.- Le contenu obligationnel d'un contrat peut comporter des obligations volontaires pour lesquelles un renvoi explicite sera effectué dans l'acte instrumentaire. Le caractère « explicite » signifie que le renvoi est réellement exprimé et est ainsi suffisamment clair et précis pour qu'il ne puisse exister aucune équivoque²¹⁹ quant au caractère obligatoire du contenu de l'obligation visée. Il s'agit d'insérer une clause dans l'acte instrumentaire prévoyant la force contraignante d'une obligation dans le cadre de la relation contractuelle. Si le contenu de cette dernière n'est pas retranscrit en intégralité, la stipulation contractuelle permet d'y renvoyer. Cette idée est traduite par l'insertion d'une formule stipulant qu'en ce qui concerne un ou plusieurs points du contrat, il s'agira de se référer, par exemple, aux conditions générales de vente.

Le recours à ces obligations non matérialisées par renvoi explicite est une pratique courante qui permet, notamment, de réduire coût de transaction s'agissant de la rédaction du contrat²²⁰. Le mécanisme n'impose, en effet, plus aux parties de retranscrire systématiquement en intégralité des obligations qui seront obligatoires à l'ensemble des contrats conclus. Presque automatiquement insérées s'agissant des contrats conclus avec un professionnel, elles sont aussi décelables dans les autres relations contractuelles.

S'agissant des contrats conclus avec un professionnel, d'une part, l'article R. 132-1 1° Code de la consommation²²¹ les exclut, par exemple, du champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives. Ce dernier dispose, en effet, que sont qualifiées de clauses abusives les obligations pour lesquelles il n'existe

²¹⁹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la lanouvrages spéciauxgue française*, Le Robert, 2015, p. 983, V° *Explicite*.

²²⁰ Ch. ALCOUFFE, S. ALCOUFFR, Ch. BELIN-MUNIER, Ch. BERNARD, M. CHASTAGNARET, N. CORREGE, V. DUSSART, E. GASTINEL, M. GIRARDEAU, J.-M. LATTES, P. MARTOXICZ, Ch. PAULIN, A. RAYNOUARD, E. ROCHER, M. SEGONDS, O. STAES, J.-C. VAUQE et B. WERTENSCHLAG, *Le Lamy logistique*, Lamy, 2015, pt. 205-69.

²²¹ C. consom., art. R. 132-1 1° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ».

pas de référence dans l'acte instrumentaire. Une lecture *a contrario* permet donc d'affirmer que, dès lors qu'une référence existe, le contenu de l'obligation référencée sera obligatoire lors de la relation contractuelle.

Concernant, d'autre part, les contrats conclus entre des parties qui n'ont pas la qualité de professionnels, le recours à une obligation non matérialisée par renvoi explicite peut être identifié dans le contrat de bail, par exemple, par le renvoi au diagnostic technique du bien qui est l'objet du contrat²²².

Il s'agira alors de révéler ces obligations non matérialisées par renvoi explicite (Chapitre 1) avant de s'interroger sur le fondement de leur caractère obligatoire (Chapitre 2).

²²² L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* : JORF du 26 mars 2014, p. 5809, art. 1^{er}, 6° : insère à la L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la L. n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière* : JORF du 8 juill. 1989, p. 8541, un art. 3-3 ainsi rédigé : « Un dossier de diagnostic technique, fourni par le bailleur, est annexé au contrat de location lors de sa signature ou de son renouvellement et comprend :

1° Le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du Code de la construction et de l'habitation ;

2° Le constat de risque d'exposition au plomb prévu aux articles L. 1334-5 et L. 1334-7 du Code de la santé publique ;

3° Une copie d'un état mentionnant l'absence ou, le cas échéant, la présence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante. Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent 3°, notamment la liste des matériaux ou produits concernés ;

4° Un état de l'installation intérieure d'électricité et de gaz, dont l'objet est d'évaluer les risques pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes. Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent 4° ainsi que les dates d'entrée en vigueur de l'obligation en fonction des enjeux liés aux différents types de logements, dans la limite de six ans à compter de la publication de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*.

Dans les zones mentionnées au I de l'article L. 125-5 du Code de l'environnement, le dossier de diagnostic technique est complété à chaque changement de locataire par l'état des risques naturels et technologiques.

Le locataire ne peut se prévaloir à l'encontre du bailleur des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique, qui n'a qu'une valeur informative.

Le propriétaire bailleur tient le diagnostic de performance énergétique à la disposition de tout candidat locataire ».

Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi explicite

52. - Les obligations applicables à une relation contractuelle se révèlent, notamment, en considération de ce qui est matérialisé par les parties. A l'exception des obligations imposées, il s'agit donc de relever les stipulations retranscrites dans l'acte instrumentaire afin d'en délimiter le contenu obligationnel. Deux techniques de matérialisation sont proposées aux parties.

Elles ont, d'une part, la possibilité de retranscrire les obligations dans leur intégralité. Sous réserve de leur validité, leur caractère obligatoire ne pourra pas être contestée.

Les contractants ont la possibilité, d'autre part, de faire jouer une clause par référence. Cette dernière leur permettra alors d'éviter de retranscrire l'intégralité du contenu des obligations obligatoires en effectuant un renvoi à un autre document qui les contiendrait. La simple clause par référence matérialisée dans l'acte instrumentaire, signé par les parties, suffit à doter leur contenu d'un caractère obligatoire. La Cour de cassation²²³ a eu l'occasion, à cet effet, de retenir le caractère obligatoire des conditions générales de vente dans le cadre d'une relation contractuelle, dès lors qu'elles avaient été portées à la connaissance de la partie à laquelle elles étaient opposées et que cette dernière les avait acceptées. L'effet contraignant nécessitant évidemment que l'acte instrumentaire y fasse référence directement ou indirectement.

Ces obligations ont donc un effet contraignant sans qu'il ne soit nécessaire qu'elles ne soient intégralement retranscrites puisque la seule référence à leur contenu dans

²²³ Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-19234 : RDI 2009, p. 369, obs. D. NOGUERO : « Mais attendu que l'arrêt 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 reconnaissez 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 ;

Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que, malgré l'absence de précision de la date de remise des conditions générales à M. X..., l'assureur avait remis ces documents avant la signature du contrat d'assurance et rempli son obligation d'information prévue à l'article L. 112-2 du Code des assurances ».

l'écrit principal suffit²²⁴. L'existence d'obligations non matérialisées obligatoires du fait de l'existence d'une référence dans l'acte instrumentaire est, ainsi, révélée. Elles seront alors qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi explicite puisque, dès lors que la référence contractuelle ne présentera aucune équivoque quant au contenu obligationnel référencé, ce dernier s'imposera aux contractants. L'hypothèse envisagée est donc celle selon laquelle les parties confèrent force obligatoire à des stipulations extracontractuelles par le mécanisme de la clause par référence. Il s'agit, dès lors, d'analyser cette technique contractuelle (Section 1) afin de dégager les difficultés liées à son emploi (Section 2).

Section 1 : L'identification des clauses par référence

53. - Le contenu des obligations non matérialisées n'est pas retranscrit dans l'acte instrumentaire prévu par les parties. Leur effet contraignant est, toutefois, conditionné à l'existence d'une clause par référence. Il s'agit alors, pour les contractants, d'effectuer un renvoi, de manière explicite, au caractère obligatoire de ces obligations dans l'écrit qu'elles ont signé. Le mécanisme de la clause par référence doit ainsi être analysé (Paragraphe 1) afin d'en envisager les manifestations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme de la clause par référence

54. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont caractérisées par l'existence d'une clause par référence stipulée, par les parties, dans l'*instrumentum*. Il s'agit, autrement dit, d'insérer, dans le contenu obligationnel, une obligation dont le contenu n'est pas retranscrit en son intégralité dans l'écrit principal. Le recours à un tel mécanisme n'est pas sans conditions. Il est, en effet, nécessaire, pour reconnaître l'effet

²²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-18707 : Bull. civ. 1998, I, n° 316 ; Contrats, conc., consom., 1999, comm. 18, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE : « *Mais attendu que l'arrêt retient, justifiant sa décision de ce chef, que le contrat n° 1.522.810 qui fait la loi des parties (...) mentionne que les conditions particulières de la police sont complétées par les conditions générales référencées dont le souscripteur a reconnu avoir reçu un exemplaire ; que critiquant des motifs surabondants, les griefs du moyen sont inopérants* ».

contraignant de l'obligation, que les parties aient conscience qu'elle fait partie du champ contractuel et qu'elles aient été mises en mesure d'en prendre connaissance.

Afin de comprendre le mécanisme de la clause par référence, il convient donc à la fois de s'attacher à sa notion (I) ainsi qu'à ses conditions d'existence (II).

I. La notion de clause par référence

55. - Envisager la notion de clause par référence nécessite, au préalable, d'en définir les termes. L'étude des notions de clause et de référence permettra, ainsi, d'en appréhender plus aisément le mécanisme.

56. - Notion de clause – S'agissant de la notion de *clause*, d'une part, elle peut être envisagée de différentes manières. Simplement, elle vise « *une disposition particulière d'un acte juridique* »²²⁵ ou « *une stipulation prévue par les parties à un acte juridique* »²²⁶. De manière plus précise, elle est vise une « *disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire du droit commun* »²²⁷. Il semble que la caractéristique principale d'une clause soit donc sa matérialisation dans un acte juridique. Il s'agit donc d'un élément du contrat qui comporte ou précise une ou plusieurs obligations qui s'impose à l'un ou à l'ensemble des contractants.

Toute clause ne prévoit donc pas nécessairement d'obligation. Il est, en effet, possible qu'elles ne portent que sur la désignation du bien qui est l'objet d'un contrat de location saisonnière²²⁸, des biens exclus de la communauté s'agissant du contrat de mariage sous le régime de la communauté²²⁹ ou encore la définition générale des

²²⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^{ème} éd., 2012, p. 156, V° *Clause*.

²²⁶ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2014, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2014, p. 91, V° *Clause*.

²²⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 179, V° *Clause*.

²²⁸ « Modèle de contrat de location saisonnière », in *Formulaires ProActa Pratique notariale des contrats civils et commerciaux*, F. COLLART, S. DUTILLEUL, S. CHAMOULARD-EL BAKKALI et M. BAILLAT-DEVERS (dir.), Lamy, 2013, FI. 162-5.

²²⁹ « Communauté universelle », in *Formulaires ProActa Droit des régimes matrimoniaux*, L. TAUDIN et M. DESOLNEUX (dir.), Lamy, 2010, F 306-5.

notions utilisées dans le cadre d'un contrat de franchise de distribution (franchiseur, franchisé, savoir-faire, territoire...) ²³⁰. Ces différentes illustrations attestent de l'existence de clauses qui, si elles sont en lien avec les obligations contractuelles en ce qu'elles les précisent, ne permettent pas d'établir, en elles-mêmes, une obligation et donc un droit au bénéfice d'un créancier et un devoir à la charge d'un débiteur.

La majorité des clauses contenues dans un contrat contiennent, toutefois, une ou plusieurs obligations. Si toute clause peut prévoir une ou plusieurs obligations, toute obligation n'est pas nécessairement matérialisée dans une clause contractuelle. Cette dernière peut, ainsi, retranscrire le contenu d'une obligation, ou simplement s'y référer.

57. - Notion de référence – La notion de référence, d'autre part, est synonyme de renvoi. Elle vise « *l'action de se référer ou de renvoyer le lecteur à un texte* » ²³¹. L'idée est de signifier à une personne qu'elle doit se rapporter à quelque chose qui peut être un texte ou une partie de texte. De manière commune, il peut s'agir d'une note de bas de page qui invite le lecteur à la consulter afin d'obtenir des données bibliographiques.

En matière contractuelle, le mécanisme de la référence – ou de renvoi explicite – est donc simple. Il s'agit d'une technique contractuelle permettant, dans l'écrit principal, de renvoyer les parties à un autre document précisant ou prévoyant le contenu d'une ou plusieurs obligations qui s'imposent dans le cadre de la relation contractuelle ²³².

58. - Notion de clause par référence – La clause par référence est donc celle par laquelle les contractants auront la possibilité de compléter le contenu obligationnel par le jeu d'un renvoi explicite. Elles permettront alors le caractère obligatoire d'obligations non matérialisées par renvoi explicite.

²³⁰ V. SELINSKY, « Contrat de franchise de distribution », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), 2007, FI. 236-10.

²³¹ P. ROBERT, *Le Petit Robert*, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Robert, 2015, p. 2157, V° *Référence* et p. 2195, V° *Renvoi*.

²³² Sur la validité des clauses par référence : V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-19469 : JCP G 1999, II, 10162, note B. FILLION-DUFOULEUR : « *Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé qu'une clause attributive de compétence aux juridictions tunisiennes était stipulée dans le « cahier des prescriptions générales » gouvernant les relations des parties et auquel se réfèrent les documents contractuels, en a justement déduit que la société Recocer avait eu connaissance de cette clause et l'avait acceptée* ».

Une clause par référence peut être rédigée de la manière suivante : « *le client reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales auxquelles renvoie le présent contrat et les accepte comme faisant partie intégrante de ce contrat* »²³³. Cette formulation permet ainsi aux parties de connaître l'ensemble des obligations qui s'imposent à elles et d'avoir la possibilité de s'y rapporter. Evitant ainsi la retranscription intégrale du contenu des obligations, son recours se justifie par les intérêts qu'elle présente, une réduction de réduire du coût de transaction s'agissant de la rédaction du contrat²³⁴ qui, de façon sous-jacente, entraîne un gain de productivité. La clause par référence permet au cocontractant de ne pas reproduire l'intégralité du contenu des obligations qui s'imposent à la relation contractuelle dans l'écrit principal. Le fait qu'une simple phrase remplace une retranscription intégrale – d'autant plus lorsqu'un contenu obligationnel s'applique à une multitude de contrats conclus par une même partie – permet, en gagnant du temps, d'être plus productif. Les obligations non matérialisées par renvoi explicite dotent, en effet, le contrat d'un gain de productivité puisqu'il sera plus efficace pour un moindre effort.

59. - La clause par référence est donc celle qui est retranscrite dans l'écrit principal et qui désigne une obligation qui s'impose à la relation contractuelle dont le contenu devra être recherché dans un autre document. La simple référence à l'obligation non matérialisée dans l'acte instrumentaire ne suffit, toutefois, pas à lui conférer son caractère obligatoire. Il s'agit, dès lors, de s'intéresser à ses conditions de validité.

²³³ D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012, pt. 23.

²³⁴ J.-C. MONTANIER, *Le contrat*, PUG, 4^{ème} éd., 2006, p. 114, n° 166.

II. Les conditions d'existence des clauses par référence

60. - L'encadrement jurisprudentiel des clauses par référence – La Cour de cassation a consacré la validité des clauses par référence²³⁵. Dans un arrêt datant du 10 avril 1996, elle a, en effet, sanctionné la Cour d'appel qui avait rejeté le caractère obligatoire des conditions générales d'un assureur, référencées dans le contrat signé par l'assuré. La juridiction de second degré a considéré que, dès lors qu'une stipulation contractuelle « *n'apparaît pas clairement et en toutes lettres dans le contrat spécifique* », elle doit être qualifiée d'abusive. La Haute juridiction avait alors estimé qu'une clause par référence était valable dès lors qu'un renvoi était explicitement effectué dans un document accepté par la partie à qui elle était opposée et que cette dernière avait été en mesure d'y accéder. Le caractère obligatoire d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite reste, ainsi, encadrée.

La validité, et donc le caractère obligatoire d'une clause par référence, implique, ainsi, trois conditions²³⁶. Le contrat doit, d'abord, clairement se référer à l'obligation visée²³⁷. Cette condition, qui est certainement la plus logique, ne sera pas développée par la suite puisque la notion de référence a été précédemment envisagée²³⁸. Les contractants doivent, ensuite, avoir conscience que le document fait partie du champ

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 1996, n° 94-14918 : Bull. civ. I, n° 177, p. 123 ; Assur. fr. 1996, n° 723, obs. L. FONLLADOSA ; Contrats, conc. consom. 1996, comm. 113, note G. RAYMOND ; JCP 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; RGDA 1997, 135, note M. H. MALLEVILLE ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; RCA 1996, comm. 186, obs. G. COURTIEU : « Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions *particulières de la police*, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions *particulières de la police aux conditions générales* ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé » – C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Panthéon-Assas, 2013, p. 198 et s., n° 255 et s.

²³⁶ Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, PUAM, 1978, n° 131 et s. – J.-Y.. CHOLEY-COMBE, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion : étude de droit français et de droit comparé*, thèse, Aix-en-Provence, 1974 – J. KULLMAN (dir.), *Lamy Droit des assurances*, Lamy, 2015, n° 546.

²³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1987, n° 86-12114 : Bull. civ. I, n° 299 : « Mais attendu, d'abord, qu'un cahier des charges relatif à la distribution publique d'eau par affermage n'est rendu applicable aux usagers que par les contrats d'abonnement qui s'y réfèrent » – CA Lyon, 4 juin 1945 : Gaz. Pal. 1945, 2, p. 75 – TGI Seine, 19 déc. 1966 : Gaz. Pal. 1967, 2, p. 292 : « qu'en l'espèce le jugement, ayant retenu que les abonnements litigieux ne faisaient pas référence à un cahier des charges porté à la connaissance des abonnés, en a justement déduit qu'il n'était pas opposable à ces derniers ».

²³⁸ V. *Supra* n° 58.

contractuel²³⁹ (A). Il est nécessaire, enfin, que les parties aient eu la possibilité d'en prendre connaissance²⁴⁰ par la remise du document concerné²⁴¹ (B).

A) La conscience par le cocontractant que l'obligation fait partie du champ contractuel

61. - La preuve de la conscience par le cocontractant que le document fait partie du champ contractuel – Il est nécessaire que la partie à qui l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est opposée ait conscience que son contenu fait partie du champ contractuel. Dans la majorité des cas, et dans un souci de prévention, la partie qui intègre une référence dans l'acte instrumentaire a recours à une clause type. Le but est de s'assurer que le cocontractant a bien conscience que le document référencé fait partie du champ contractuel. Ainsi, sera insérée une formule expliquant que l'autre partie « *reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales auxquelles renvoie le présent contrat et les accepte comme faisant partie intégrante de ce contrat* »²⁴². La preuve de la première condition relative aux clauses par référence ne pose donc pas

²³⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 690, n° 922.

²⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1987, n° 85-12530 : Bull. civ. I, n° 156 : « *Mais attendu qu'ayant constaté que le règlement des eaux annexé à la convention conclue entre le syndicat des communes de la banlieue de Paris et la CGE, qui imposait une responsabilité personnelle à l'abonné pour les parties des branchements situées sur sa propriété, n'avait pas été porté à la connaissance des époux Feldzer, la cour d'appel en a justement déduit que la CGE n'était pas fondée à s'en prévaloir pour s'exonérer de sa responsabilité dans les dommages subis par ses abonnés ; d'où il suit qu'en aucune de ses deux branches le moyen n'est fondé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 00-11939 : RGDA 2002, 357, note L. FONLLADOSA : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que le véhicule bénéficiait d'une garantie contractuelle et que celle-ci n'était pas expirée lors du sinistre ; qu'ayant ensuite relevé que la société Toyota France, qui ne contestait pas le principe de la garantie, ne rapportait pas la preuve de l'adhésion de M. Y... aux conditions générales de vente limitant cette garantie, la cour d'appel a exactement décidé, sans contradiction de motifs, que la garantie contractuelle devait jouer, tout en déclarant inopposables à cet acheteur les clauses limitatives de garantie* ».

²⁴¹ D. NOGUERO, « Clause de renvoi et opposabilité à l'assuré des conditions générales » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-19234), RDI 2009, p. 369.

²⁴² D. MAINGUY, *Conditions générales de vente et contrats types*, J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012, pt. 23 – Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 1996, n° 94-14918 : Bull. civ. I, n° 177, p. 123 ; Assur. fr. 1996, n° 723, obs. L. FONLLADOSA ; Contrats, conc. consom. 1996, comm. 113, note G. RAYMOND ; JCP 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; RGDA 1997, 135, note M. H. MALLEVILLE ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; RCA 1996, comm. 186, obs. G. COURTIEU : « *Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions particulières de la police, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions particulières de la police aux conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

de difficulté majeure en pratique dès lors que celui qui effectue le renvoi met tout en œuvre pour se protéger.

La nécessité d'avertir le contractant de l'existence des obligations non matérialisées par renvoi explicite rejoint l'impératif de référence dans l'écrit signé par les contractants. Cette dernière permettra, en effet, de démontrer que les parties étaient averties de leur caractère obligatoire²⁴³. Si un renvoi est signalé dans l'écrit accepté par l'apposition des signatures des parties, elles sont réputées avoir accepté et compris l'intégralité de ce qui y est retranscrit. S'il existe une clause par référence, elles sont donc supposées en avoir pris connaissance – de la clause et non encore du contenu de l'obligation référencée – et avoir consenti à son caractère obligatoire. C'est l'idée qui a été rappelée par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 17 novembre 1998. Un contrat d'assurance « *sécurité multirisques habitation* » avait, en l'espèce, été conclu entre Mme X et la compagnie La France. Gardienne d'enfants à domicile, l'un d'eux est décédé durant l'exercice de son activité. Reconnue responsable, Mme X a alors appelé son assureur en garantie. L'assureur a refusé le paiement de la garantie précisant qu'aux termes de ses conditions générales, « *l'activité familiale ou privée (...) ne doit pas être liée à l'exercice d'une profession ou d'une fonction rémunérée* » pour être couverte par l'assurance. La Cour d'appel a rejeté le caractère obligatoire de cette clause contractuelle au motif que la compagnie d'assurance ne démontrait pas que la clause avait été portée à la connaissance de l'assuré. La Cour de cassation a sanctionné la juridiction de second degré et reconnu le caractère obligatoire des conditions générales. Elle précise, en effet, dans son arrêt que le contrat signé entre les parties prévoyait que faisaient partie de la « *composition du contrat : les présentes conditions particulières et les conditions générales* ». La référence explicite du caractère obligatoire d'une obligation non matérialisée permet donc de démontrer la conscience, par les parties, qu'elle fait partie du contenu obligationnel du contrat conclu.

²⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 1998, n° 96-15126 : Contrats, conc., consom. 1999, n° 18, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE – V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 11 avr. 1995 : Contrats, conc., consom. 1995, n° 124, obs. L. LEVENEUR – Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999 : JCP G 1999, I, 191, n° 1, obs. G. VIRASSAMY.

62. - La condition relative à la prise de connaissance du document relatant le contenu de l'obligation référencée pose, quant à elle, plus de difficultés.

B) La prise de connaissance du contenu de l'obligation par le cocontractant

63. - **Les difficultés relatives à la prise de connaissance du document comportant l'obligation non matérialisée par renvoi explicite** – Il est nécessaire que le cocontractant à qui l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est opposée ait été en mesure de prendre connaissance du document qui en retranscrit le contenu. Cette condition induit deux interrogations. Elle implique, d'une part, la question de la forme de son acceptation. Si les obligations non matérialisées par renvoi explicites sont juridiquement valables, il n'en demeure pas moins qu'elles doivent être acceptées par les parties, au même titre que le reste du contenu du contrat. Il s'agit de s'interroger, d'autre part, sur le moment de la prise de connaissance du document comportant le contenu de l'obligation référencée.

64. - **La forme de l'acceptation du contenu de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite** – Concernant, en premier lieu, la forme de l'acceptation d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite, la question est de savoir si elle doit nécessairement revêtir un caractère exprès. Il n'existe pas de présomption de connaissance d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite²⁴⁴. Son contenu, ou du moins sa référence, doit, ainsi, apparaître dans un document dont l'acceptation par le

²⁴⁴ B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mélanges R. HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s., spéc. p. 11.

cocontractant ne présente aucune équivoque²⁴⁵. Il importe peu, à ce titre, que le consentement se traduise par une signature portant sur la page même de la stipulation ou non²⁴⁶. Si la preuve de sa prise de connaissance est indéniable lorsque le cocontractant y a apposé sa signature²⁴⁷, il convient de s'intéresser au cas inverse.

Si la partie concernée a uniquement signé le contrat où le renvoi est effectué, le contenu lui sera-t-il imposable ? La seule absence de signature n'a pas pour effet d'ôter l'effet contraignant du contenu des obligations visées²⁴⁸. Dès lors que la référence est

²⁴⁵ V. par ex. en Droit des assurances : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1995, n° 92-17566 : RGAT 1995/4, p. 898, note L. MAYAUX : « *Mais attendu, d'abord, qu'en signant les conditions particulières, qui faisaient référence aux conditions générales, l'assuré a nécessairement accepté la clause de déchéance pour déclaration tardive qui y était stipulée* » – Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-19234 : RGDA 2009/1, p. 112, note S. ABRAVANEL-JOLLY : « *Mais attendu que l'arrêt 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 reconnaissez 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 dépôt des dispositions de l'article R. 112-3 du Code des assurances, toutefois aucune sanction n'est prévue en cas de violation* » – Cass. civ. 2^{ème}, 3 mars 2011, n° 10-11826 : RGDA 2011, p. 686, note S. ABRAVANEL-JOLLY : « *Attendu que pour refuser de faire application de la clause de déchéance prévue aux conditions générales du contrat, l'arrêt retient que l'assureur est dans l'incapacité de produire aux débats un document contractuel signé et accepté des époux X... concernant les clauses générales du contrat dont fait partie la clause de déchéance invoquée ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des productions que les conditions particulières signées par l'assuré ont été produites devant la cour d'appel et stipulaient que l'assurance était conclue conformément aux conditions particulières et aux dispositions générales et annexes dont le souscripteur reconnaissait avoir reçu le texte intégral, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

²⁴⁶ CA Paris, 11 déc. 1984 : RGAT 1986, p. 346, note J. BIGOT ; JCP G 1986, II, 20634, obs. Y. ASSOULINE : « *Sont opposables à l'assuré les conditions générales et les conventions spéciales identifiées par une série de lettres et de chiffres des lors qu'une page du contrat signé par celui-ci mentionne expressément un renvoi à ces conditions et conventions* ».

²⁴⁷ L. FONLLADOSA, « Assurances en général, documents contractuels » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 99-21486), RGDA 2002, p. 357.

²⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1981, n° 79-16323 : Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1982, p. 101, obs. C. BERR et H. GROUDEL : « *Mais attendu que, répondant aux conclusions, après avoir constaté que lors de sa signature des conditions particulières de la police et qui faisaient référence aux conditions générales Cazes avait reçu un exemplaire de celles-ci, la cour d'appel relève que les mentions de l'article 11 desdites conditions générales qui excluait de la garantie les dommages causés à un tiers transporté sur un véhicule à deux roues, satisfaisaient aux exigences de l'article 11 du décret du 7 janvier 1959 devenu l'article R. 211-12 du Code des assurances ; que le moyen n'est donc pas fondé* ».

apparente et précise²⁴⁹, et que le contrat contenant la clause est accepté, l'obligation s'imposera alors au cocontractant²⁵⁰. La jurisprudence reconnaît, par ailleurs, l'idée d'une acceptation tacite. Il est possible d'illustrer cette idée en droit bancaire. En l'occurrence, il est reconnu que, dès lors que les conditions tarifaires sont affichées dans l'agence et sur les relevés bancaires, le client est considéré comme les avoir acceptées²⁵¹. La forme de l'acceptation du document dans lequel le contenu de l'obligation est retranscrit importe donc peu.

65. - Le moment de la prise de connaissance du contenu de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite – Il convient, en second lieu, de s'intéresser à la question du moment de la prise de connaissance du contenu de l'obligation référencée. Si le document est transmis à l'autre partie avant la conclusion du contrat, aucune difficulté ne se pose. Le cocontractant a été, dans ce cas, en mesure d'exprimer un consentement éclairé relatif au caractère obligatoire du contenu de son engagement contractuel. Il est des cas, toutefois, où la situation est légèrement plus complexe. Les contrats de transport de personnes conclus avec la SNCF ou une compagnie aérienne seront envisagés à titre d'illustration. Dans ces cas précis, nous sommes en présence d'un acte instrumentaire non signé²⁵². Il est précisé que, si la SNCF ne reconnaît pas le

²⁴⁹ CA Amiens, 3 juin 1985 : RGAT 1986, p. 344, note J. BIGOT – Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 2003, n° 01-17760 : « Mais attendu, d'abord, que l'arrêt, qui par une appréciation souveraine des pièces signées par l'assuré a estimé que celui-ci avait eu connaissance de la clause d'exclusion de la garantie figurant aux conditions générales dont les clauses étaient claires et précises, a pu retenir que la compagnie d'assurance et le courtier avaient satisfait à leurs obligations d'information et de conseil ; qu'ensuite l'arrêt retient souverainement que M. X... ne rapportait pas la preuve, qui lui incombait, que l'information reçue avait été mauvaise ou incomplète, ni ne justifiait d'avoir informé l'assureur ou le courtier de la composition de son patrimoine ainsi que de l'existence des bijoux à assurer ; que, répondant ainsi aux conclusions invoquées, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, n° 2712.

²⁵⁰ B. FILLION-DUFOULEUR, « Validité de la clause de prorogation de compétence, en matière de commerce international » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-19469), JCP G 1999, II, 10162.

²⁵¹ CA Paris, 16 oct. 1996: RD bancaire et bourse 1997, p. 65, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

²⁵² F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 27, n° 33.

billet de transport comme un acte instrumentaire²⁵³, une partie de la doctrine est d'un avis différent²⁵⁴ et c'est cette dernière position qui sera retenue. La question est donc de savoir ce qu'il en est le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite lorsque la référence est contenue dans un document qui n'est pas signé par les parties. Sur ce point précis, a été reconnue obligatoire la clause de responsabilité qu'avait prévue la société Air France dans ses conditions générales de transport dès lors qu'elle a été référencée sur les billets de transport et qu'elle était accessible aux usagers²⁵⁵. Dans l'une de ses recommandations²⁵⁶, la Commission des clauses abusives a, par ailleurs, précisé les conditions du caractère obligatoire des conditions générales concernant les contrats de transport terrestre de personnes. Il est, ainsi, recommandé de porter leur contenu à la connaissance du passager avant la conclusion du contrat, notamment par une retranscription de leur contenu par affichage et de l'indication du lieu où le contenu des obligations est accessible²⁵⁷. La recommandation se poursuit en expliquant que les obligations ne seront obligatoires qu'à la condition que le cocontractant ait été en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat. Un problème se pose dès lors en pratique, puisqu'il est constaté que les titres de transport, devant contenir la référence, ne sont remis aux usagers qu'après la conclusion

²⁵³ Les tarifs voyageurs, SNCF, janv. 2013, Vol. 1, art. 2.1 : « *Le contrat de transport est constaté par l'émission d'un ou plusieurs titres de transport, sur support papier ou électronique* » : le billet de transport est donc considéré par la SNCF comme une preuve de la conclusion du contrat mais pas comme l'acte instrumentaire en lui-même – B. MERCADAL, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. *Précis*, 1996, p. 378, n° 652 – Sur la notion d'*instrumentum* : V. *Infra* n° 151.

²⁵⁴ M. DE JUGLART (dir.), E. DE PONTAVICE, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, G. M. MILLER, *Traité de droit aérien*, LGDJ, 1989, p. 1036 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 686-687, n° 920 – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 27, n° 33 .

²⁵⁵ Cass. civ., 9 mars 1942 : D. 1942, p. 61 – Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1969 : D. 1969, p. 492 – D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012, pt. 23.

²⁵⁶ CCA, Recommandation n° 84-02 du 25 févr. 1983 *concernant les contrats de transports terrestres de personnes* : BODACC 5 fév. 1986, art. A : « *A. 1° Que les conditions générales concernant les droits ou les obligations réciproques des voyageurs et des transporteurs soient portées à la connaissance des voyageurs, et notamment par affichage de façon apparente à proximité du lieu de délivrance des billets ; Que ces documents précisent en outre le lieu où l'intégralité des documents est effectivement mise à la disposition des consommateurs ; 2° Que ne puissent être opposés aux voyageurs des textes ou conditions qui n'ont pas été portés à leur connaissance avant la conclusion du contrat* »

²⁵⁷ V. en ce sens : A. ROBERT, « Une source mineure de droits civils : les affiches et écriteaux », JCP G 1958, I, 1458.

du contrat²⁵⁸. Ils ne peuvent, en conséquent, avoir connaissance des obligations référencées avant la conclusion du contrat. Si la jurisprudence reconnaît le caractère obligatoire des conditions générales figurant dans des documents remis postérieurement à la conclusion du contrat²⁵⁹, force est de constater que, dans une telle situation, le cocontractant ne peut ni avoir connu, ni accepté les conditions référencées au jour de la conclusion du contrat²⁶⁰. Est d'ailleurs reconnue par la jurisprudence l'idée selon laquelle l'acceptation d'un billet de transport entraîne l'acceptation de toutes ses clauses²⁶¹. L'utilisateur s'engage, donc, avant de pouvoir prendre connaissance des documents contenant les obligations dont il est débiteur, ou, du moins, avant d'obtenir la référence nécessaire. Une protection supplémentaire est, bien entendu, prévue puisque s'il existe un doute concernant la possibilité pour le consommateur d'avoir pris connaissance de toutes les clauses qui sont applicables à sa relation contractuelle, le contrat s'interprétera en sa faveur²⁶². Il est, toutefois, reconnu, qu'à partir du moment où le transporteur a mis le consommateur en mesure d'accéder aux conditions applicables à la relation contractuelle, elles recevront un caractère obligatoire²⁶³. Ce comportement

²⁵⁸ Il est noté que le contrat de transport électronique n'est pas pris en considération dans les présents raisonnements puisque la règle du double clic imposée permet au passager de prendre connaissance des conditions générales applicables au contrat avant de le conclure.

Sur les contrats électroniques : V. notamment L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance en l'économie numérique* : JORF du 22 juin 2004, p. 11168 – A. GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Typologie des contrats », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 15, 2008, pts. 48 et s. – Ph. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2014 – N. MATHEY, « Contrats et obligations, Des contrats sous forme électronique », J.-Cl. Civil Code, fasc. 10, 2008 – D. NOGUERO, « Souscription du contrat par internet et consensualisme », D. 2009, p. 1324 – J. ROCHFELD, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ., 2004, p. 574.

²⁵⁹ Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-17350 : RJDA 1998, n° 938, p. 694 ; RTD civ. 1999, p. 81, obs. J. MESTRE.

²⁶⁰ J. MESTRE, « Offre, acceptation... puis rétractation de l'acceptation par l'acceptant à la suite de la non-acceptation de son acceptation par l'offrant ! » (à propos de : Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-17350), RTD civ. 1999, p. 81.

²⁶¹ Cass. civ., 9 mars 1942 : D. 1942, p. 61.

²⁶² Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* : JOCE n° L095, 21 avr. 1993, p. 0029 - 0034 : « *considérant que les contrats doivent être rédigés en termes clairs et compréhensibles; que le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses, et que, en cas de doute, doit prévaloir l'interprétation la plus favorable au consommateur* » ; modifiée par Dir. n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

²⁶³ D. GENCY-TANDONNET, « La double vocation, consomériste et régulatrice, de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, en droit des transports », D. 2014, p. 1293.

suffit, dès lors, à considérer que le professionnel a correctement exécuté son obligation précontractuelle d'information²⁶⁴. La référence présente sur le billet de transport ne serait, alors, plus justifiée. Est-il, en effet, vraiment indispensable d'effectuer un tel renvoi sur un document – bien que reconnu comme acte instrumentaire – qui n'est remis au cocontractant que postérieurement à la conclusion du contrat ? Faut-il en déduire que pèse sur le passager une obligation de diligence ? Cette hypothèse bien que justifiée par la pratique, est toutefois impossible à confirmer juridiquement. Le passager étant, en effet, considéré comme un consommateur, comment faire supporter une telle obligation à un profane ? Madame le Professeur Françoise Labarthe²⁶⁵ propose une alternative, celle de la requalification de ces billets de transport en documents post-contractuels. Si l'idée est séduisante, et redonne sa pertinence à la clause par référence, elle impliquerait cependant une seconde acceptation de la part de l'usager²⁶⁶ qui n'est pas vérifiée en pratique.

66. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont donc obligatoires à trois conditions, qu'il existe une référence dans l'écrit principal, que le cocontractant ait conscience qu'elle fait partie de son engagement contractuel et qu'il ait été mis en mesure d'en prendre connaissance. Si le mécanisme des clauses par référence est ainsi posé, il convient d'en envisager les manifestations.

²⁶⁴ C. consom., art. L. 111-1 : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Le présent article s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement ».

²⁶⁵ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 28, n° 34.

²⁶⁶ Sur l'opposabilité des documents post-contractuels : V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 224 et s.

Paragraphe 2 : Les manifestations de la clause par référence

67. - Le mécanisme de la clause par référence est principalement employé par les professionnels. Concluant régulièrement des contrats similaires, la stipulation contractuelle leur permet, en effet, de proposer un contenu obligationnel « standardisé » à chacun de leurs cocontractants. Utilisé de manière presque automatique dans les contrats de distribution (I), le recours à cette technique contractuelle est tout autant justifié dans les contrats où la réglementation consumériste relative aux clauses abusives trouve application (II).

I. La clause par référence dans les contrats de distribution

68. - **Justification de l'utilisation des clauses par référence dans les contrats de distribution** – L'utilisation la plus fréquente des clauses par référence peut être constatée dans les contrats de distribution. Les professionnels vont, en effet, régulièrement conclure des contrats dont les contenus seront similaires les uns aux autres, et principalement s'agissant de leurs conditions générales. Ces dernières doivent, par principe, faire l'objet d'une négociation entre les parties, comme l'impose, notamment, la législation relative au déséquilibre significatif prévue à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce²⁶⁷. Il est, en effet, nécessaire que les contractants émettent un accord commun s'agissant de leur inclusion dans le contenu obligationnel²⁶⁸. Monsieur le Professeur Jean-Baptiste Seube décrivait, toutefois, les

²⁶⁷ C. com., art. L. 442-6 I 2° : « I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers

(...)

2° Soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » – V. en ce sens : CEPC, Avis du 22 déc. 2008 et réponses de la DGCCRF, in *Les abus dans la relation commerciale : sur la notion de déséquilibre significatif*, CEPC, 15 juin 2015 : « Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ?

Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties. Les cocontractants peuvent toutefois décider, d'un commun accord, d'écarter pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce ».

²⁶⁸ V. en ce sens : D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012, pt. 12.

conditions générales comme des « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire* »²⁶⁹. Il semble que les professionnels intègrent, voire imposent, ainsi de manière presque automatique leurs propres conditions générales de vente ou d'achat à leur cocontractant. Si la possibilité est donnée aux rédacteurs des conditions générales d'intégrer leur contenu dans le contrat principal, le recours à une clause par référence est une alternative valable. Dans un souci de facilité, ainsi, au lieu de retranscrire constamment le contenu des mêmes obligations dans l'acte instrumentaire, les professionnels vont recourir au mécanisme de la référence. Ils vont alors, dans leur relation contractuelle, doter de force contraignante des obligations dont le contenu est retranscrit dans un document autre que l'écrit principal mais pour lesquelles le caractère obligatoire se justifiera par l'emploi de la technique de renvoi. Sur ce point, de multiples exemples peuvent être envisagés.

69. - Exemples d'utilisation des clauses par référence dans les contrats de distribution – Les clauses par référence peuvent, tout d'abord, être utilisées en matière de distribution sélective. Cette dernière est définie comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* »²⁷⁰. Les parties peuvent choisir, dans la rédaction de leur contrat, de ne pas viser l'intégralité des produits ou services concernés par la relation contractuelle. Elles auront alors la possibilité de recourir à une clause par référence qui permettra d'identifier la liste des produits ou services faisant l'objet du contrat²⁷¹. A la place de les lister d'une manière répétitive dans chaque contrat conclu,

²⁶⁹ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 621 et s., spéc. p. 622.

²⁷⁰ Régl. CE (COM) n° 330/2010 du 20 avr. 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées* : JOUE n° L 102 du 23 avr. 2010, art. 1-e.

²⁷¹ « Contrat de distribution sélective », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), FI. 232-5, 2011.

un document les répertoriera et ce dernier pourra alors être utilisé avec chacun des autres distributeurs du réseau.

Le mécanisme de la clause par référence est, ensuite, utilisé s'agissant des contrats d'agence commerciale²⁷² concernant les quotas de vente annuels²⁷³. Ces derniers visent les « *clauses de rendement en vertu desquelles le distributeur est tenu de réaliser ses achats auprès d'un fournisseur pour un montant au moins égal à une quotité de son chiffre d'affaires* »²⁷⁴. Il s'agit, autrement dit, d'une obligation d'achat minimum d'un distributeur envers son fournisseur. Nécessairement soumis à évolution, l'idée de ne pas retranscrire ces quotas dans l'acte instrumentaire permet plus facilement de ne pas les voir figés dans le temps. Par ailleurs, au lieu de modifier chaque contrat conclu individuellement, il est plus simple de ne porter le changement que sur le seul document contenant l'obligation référencée.

Les clauses par référence sont, enfin, employées dans les contrats de concession commerciale – ou contrat de concession exclusive –²⁷⁵ s'agissant de l'organisation du service après-vente ou les prix et tarifs des produits en vigueur²⁷⁶. La justification de la mise en œuvre de ce mécanisme est similaire aux deux précédents exemples. Le référencement permet, en effet, de n'inclure la modification que sur le document qui prévoit le contenu de ces obligations, indépendamment des contrats envisagés individuellement.

²⁷² « *L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale* » : C. com., art. L. 134-1.

²⁷³ « Contrat international d'agence commerciale », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), FI. 222-10, 2011.

²⁷⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 841, V^o *Quota (clause de)*.

²⁷⁵ La concession commerciale est « *un contrat de distribution, de durée limitée, par lequel le concédant accorde exclusivement au concessionnaire le droit de revendre ses produits de marque sur un territoire déterminé (...) et, de son côté, le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant* » : Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec, coll. *Litec professionnels*, 2^{ème} éd., 2010, p. 11, n^o 26.

²⁷⁶ « Contrats de concession commerciale », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), 2012, FI. 230-30.

70. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont donc couramment utilisées en matière de contrats de distribution, sous réserve du respect de la réglementation relative au déséquilibre significatif. Ces engagements contractuels ne sont, néanmoins, pas les seuls à avoir recours à cette technique. Cette dernière est, en effet, tout autant utilisée dans les contrats soumis à la réglementation relative aux clauses abusives.

II. La clause par référence dans les contrats soumis à la réglementation consumériste relative aux clauses abusives

71. - La mise en lumière de l'existence des clauses par références par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation (A) devra nécessairement être précédée de l'étude du champ d'application de la réglementation (B).

A) Le champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives

72. - Les clauses abusives visées par l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui dispose que, « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». La délimitation du champ d'application de la réglementation consumériste relative aux clauses abusives nécessite d'aborder successivement les personnes (1), les contrats (2) et les clauses (3) concernées.

1) Les personnes concernées par la réglementation relative aux clauses abusives

73. - **Exclusion des professionnels** – Les dispositions du Code de la consommation identifient clairement les personnes concernées par la réglementation. Les clauses abusives sont, ainsi, sanctionnées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels. Les relations contractuelles entre professionnels

sont, dès lors, exclues du champ d'application de cet article. Cette idée se comprend aisément puisque le Droit de la consommation a, par principe, vocation à protéger les seuls consommateurs et non-professionnels²⁷⁷. Leur qualité de profane ayant pour conséquence un déséquilibre vis-à-vis du professionnel, il apparaît nécessaire de leur garantir une protection supplémentaire²⁷⁸.

74. - Notion de consommateur – Jusqu'en 2014, la notion de consommateur, a été considérée comme difficile à délimiter de manière claire et précise²⁷⁹. Plusieurs critères étaient, en effet, envisageables s'agissant de la définition de la notion²⁸⁰. Il était, ainsi, possible d'envisager le consommateur d'un point de vue extensif, d'une part, en retenant une condition de compétence – est consommateur la personne qui conclut un contrat en dehors de sa « *sphère de compétences habituelle* »²⁸¹ – ou de rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle – un contrat de consommation sera qualifié dès lors qu'il n'existe aucun rapport entre l'acte et la profession. D'un point de vue restrictif, d'autre part, il est possible d'envisager le consommateur comme celui « *qui se*

²⁷⁷ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 1, n° 1.

²⁷⁸ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 3, n° 4.

²⁷⁹ V. par ex : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 6 et s., n° 6 : « *La définition juridique du consommateur fut (...) élaborée par la doctrine et la jurisprudence, au prix de quelques divergences et incertitudes* » – A. CATHELINÉAU, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, conc., consom.*, 1999, comm. 131 – J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 : « *une juste appréhension du concret, une mesure proportionnée des choses, implique naturellement une certaine complexité. Certes, le juriste dispose d'outils susceptibles de faciliter la conceptualisation du réel et la catégorisation des données. La notion de consommateur fait partie, croyons-nous, de ce genre d'outils, à condition de n'y voir qu'une présomption simple. A défaut, il n'est guère possible de lui donner une quelconque cohérence ou homogénéité. Il serait pourtant souhaitable de parvenir à une définition exacte et rigoureuse du consommateur, sans toutefois délaisser la protection des autres économiquement faibles* » – M. LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats, conc., consom.* 2000, p. 4 : « *même si le droit, par nature, nécessite des catégories claires, et encore plus ici où le statut privilégié du consommateur suscite des convoitises, les droits nationaux restent porteurs d'une notion diffuse* » – V. WESTER-OUISSE, « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 1999, I, 176 : « *La notion de consommateur laisse la jurisprudence civile perplexe, hésitante entre une définition large ou étroite. Quoiqu'une conception étroite ait actuellement les honneurs, aucun critère de définition précis ne peut être dégagé* ».

²⁸⁰ V. en ce sens : J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260, pts. 4 et s.

²⁸¹ J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260, pt. 5.

procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel »²⁸².

S'agissant du législateur, il n'avait pas donné de définition précise de la notion, se contentant de s'y référer en tant que catégorie de personnes ou d'actes²⁸³.

Concernant la Cour de cassation, elle a oscillé²⁸⁴ entre plusieurs définitions pour enfin en adopter une quelque peu restrictive²⁸⁵, calquée sur la définition qu'en donne le droit de l'Union européenne²⁸⁶. Est, ainsi, considérée comme consommateur, « *Toute personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »²⁸⁷. La finalité de l'acte est donc le critère de qualification de la partie protégée²⁸⁸ puisque le consommateur est

²⁸² J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 260, pt. 11.

²⁸³ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 24, n° 35 – V. par ex. : L. n° 83-660 du 21 juill. 1983 *relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1^{er} août 1905* : JORF du 22 juill. 1983, p. 2262 : le consommateur est visé en tant que personne mais aucune définition n'est donnée – L. n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 *portant réforme du crédit à la consommation* : JORF du 2 juill. 2010, p. 12001 : le consommateur est ici assimilé au prêteur et considéré comme « *toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* », c'est donc bien l'acte qui est ici visé puisque la définition est spécifique au prêt à la consommation.

²⁸⁴ A. CATHELINÉAU, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, conc. consom.* 1999, chron. 13 – J. MESTRE, « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62 s.

²⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-18227 : *Contrats, conc., consom.*, 1995, comm. 84, note L. LEVENEUR ; D. 1995, jur., p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm., p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1995, I, n° 3893, obs. G. VINEY : « *alors, d'autre part, qu'est un consommateur celui qui contracte hors de sa sphère habituelle d'activité et de sa spécialité* ».

²⁸⁶ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil* (« *directive sur les pratiques commerciales déloyales* »), art. 2 : « *toute personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* » – Dir. 2008/48/CE du 23 avr. 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, art. 3 : « *toute personne physique qui (...) agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* ».

²⁸⁷ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993, *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* : JO n° L 095, 21 avr. 1993, p. 29 et s., art. 2.

²⁸⁸ V. en ce sens : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 7, n° 7.

celui qui conclut un contrat sans lien direct avec son activité, position réaffirmée par la loi Hamon²⁸⁹.

75. - Notion de non-professionnel – S'agissant de la notion de non-professionnel, aucune définition n'est apportée par le Code de la consommation. Deux interprétations doctrinales s'affrontent. La première vise le professionnel qui agit en dehors de la spécialité de son activité. Il se trouverait, dès lors, dans le même état de faiblesse et d'ignorance que celui reconnu au consommateur et qui pourrait donc, à ce titre, bénéficier de la protection du droit de la consommation²⁹⁰. La seconde, plus restrictive, rejette cette vision en estimant que le professionnel qui agit dans le cadre de son activité, bien que ce soit en dehors de sa spécialité, ne peut jouir des dispositions relatives aux clauses abusives²⁹¹.

Si les notions de non-professionnel et de consommateur semblent proches, la Cour de cassation a tenu à affirmer l'autonomie de la seconde notion²⁹² afin d'étendre

²⁸⁹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation* : JORF du 18 mars 2014, p. 5400, art. 3 : « *Au sens du présent Code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

²⁹⁰ J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Ecrits en hommage à G. CORNU, PUF, 1994, p. 9 et s. – G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, I, n° 2954 – O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 », RTD com. 1982, p. 9 – G. CAS et D. FERRIER, *Traité droit de la consommation*, PUF, 1986, p. 8, n° 8 – J. MESTRE, « Une étape importante dans la bataille contre les clauses abusives : l'enrôlement du professionnel contractant hors de sa sphère habituelle d'activité » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13674), RTD civ. 1987, p. 537 – G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1^{er} février 1995 », D. 1995, chron. p. 101.

²⁹¹ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 10, n° 10 – P. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », D. 1981, p. 49.

²⁹² V. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n° 11-18774 : AJD, 13 nov. 2012, obs. C. DREVEAU : « *Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que l'objet social de la société Foncière du Trého était l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et relevé que l'acte avait un rapport direct avec cet objet social, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a déduit à bon droit que la société Foncière du Trého n'étant pas un acquéreur non professionnel ne pouvait bénéficier des dispositions de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, a légalement justifié sa décision* ».

l'application du droit de la consommation aux personnes morales²⁹³, à l'exception des sociétés commerciales²⁹⁴. Le non-professionnel a en effet été introduit pour palier à la limite posée par la définition de la notion de consommateur excluant les personnes morales²⁹⁵.

La loi relative à la consommation du 17 mars 2014 réaffirme la distinction entre le consommateur et le non-professionnel en rappelant que les dispositions relatives aux clauses abusives sont bien applicables à ces deux catégories de personnes²⁹⁶.

76. - Les personnes visées par la réglementation des clauses abusives – les consommateurs et les non-professionnels – envisagées, il s'agit de cibler les contrats concernés.

²⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13674 : JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; D. 1988, p. 1, note Ph. DELEBECQUE : « *Mais attendu, sur le premier point, que les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; qu'ils en ont déduit à bon droit que la loi du 10 janvier 1978 était applicable* ».

²⁹⁴ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21583 : Contrats, conc., consom., 2011, obs. X. DELPECH ; JCP G 2011, n° 45, 1203, note G. PAISANT : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 136-1 du Code de la consommation, qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales* ».

²⁹⁵ Dir. CE n° 93/13/CEE du 5 avr. 1993 *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, art. 2 b) : « *Aux fins de la présente directive, on entend par :*
(...)

b) « *consommateur* » : ***toute personne physique*** qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » – L. n° 2014-344 du 17 mars 2014, loi relative à la consommation : JORF n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400, art. 3 : « *Au sens du présent Code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

²⁹⁶ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : JORF du 18 mars 2014, p. 5400, art. 114, III : « *La section 1 du chapitre II du titre III du même livre 1^{er} est complétée par un article L. 132-2 ainsi rétabli : « Art. L. 132-2.- Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du troisième alinéa de l'article L. 132-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 »* ».

2) Les contrats concernés par la réglementation relative aux clauses abusives

77. - L'indifférence de l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'agissant des contrats concernés – Concernant les contrats visés, le droit interne est indifférent quant à sa nature, son objet, sa forme et son support²⁹⁷. Cette appréciation extensive du domaine d'application de la réglementation se distingue de celle retenue par le droit de l'Union européenne. Ce dernier ne cible, en effet, que les contrats « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* »²⁹⁸ et donc des contrats d'adhésion²⁹⁹. Le Code de la consommation, à l'inverse, voit sa réglementation relative aux clauses abusives opposable dès lors qu'un contrat est conclu entre professionnel et un consommateur ou un non-professionnel.

78. - Une spécificité abandonnée de l'application aux seuls contrats de vente de l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation – La révélation des clauses par référence est issue, non pas de l'article L. 132-1 du Code de la consommation mais de la liste noire spécifiquement mise en place par l'article R. 132-1 du même Code. Il s'agit donc de se demander si cette dernière disposition envisage, elle aussi, les contrats concernés de manière extensive.

L'ancienne rédaction de la disposition³⁰⁰ restreignait son application aux seuls contrats de vente. La Cour de cassation, effectuant une stricte application de l'article du

²⁹⁷ V. en ce sens : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 168, n° 167.

²⁹⁸ Dir. CE n° 93/13/CEE du 5 avr. 1993 *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, Préambule : « *Considérant, toutefois, qu'en l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable; que, notamment, seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle font l'objet de la présente directive* ».

²⁹⁹ « *Dénomination doctrinale générique englobant tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties consiste à accepter une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 30, V° *Adhésion (-Contrat d')*.

³⁰⁰ Ancien C. consom., art. R. 131-1: « ***Dans les contrats de vente conclus entre des professionnels, d'une part, et des non-professionnels ou des consommateurs, d'autre part, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation 348 du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconques de ses obligations*** ».

Code de la consommation, statuait systématiquement en ce sens³⁰¹ bien qu'admettant certaines extensions. La restriction a, par exemple, été étendue aux contrats indivisibles au contrat de vente par un arrêt du 25 janvier 1989³⁰². Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat portant sur l'achat d'un film pour diapositives pour un prix global comprenant aussi le travail ultérieur de traitement et de montage des vues pour lequel la Haute juridiction a reconnu l'application de l'article R. 132-1 du Code de la consommation du fait de l'indivisibilité entre le contrat de vente et celui portant sur le traitement de la pellicule. Même en élargissant le domaine de la disposition aux contrats indivisibles de contrats de vente, la Cour de cassation confirmait bien l'application de la disposition aux seuls contrats de vente – ou accessoires à une vente – conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs³⁰³.

La nouvelle rédaction de l'article R. 132-1³⁰⁴ ne restreint plus le champ d'application de la disposition contrairement à l'ancienne³⁰⁵ puisque toute référence spécifique au contrat de vente fût abandonnée. La disposition vise désormais « *les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs* ».

³⁰¹ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, n° 94-17369 : Bull. civ. I, n° 399 ; JCP G 1997, I, 4015, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; JCP E 1997, pan. 9 ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. 32, note G. RAYMOND : « *la clause stipulant que France Télécom ne saurait être tenue pour responsable des conséquences résultant pour l'abonné de l'altération et du fonctionnement défectueux de son matériel ou de la mauvaise utilisation de celui-ci ne relève pas de l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978, qui ne concerne que la vente* ».

³⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 1989, n° 87-13640 : JCP G 1989, II, 21357, note G. PAISANT ; D. 1989, p. 253, note Ph. MAULAURIE ; RTD civ. 1989, p. 532, obs. J. MESTRE et p. 574, obs. Ph. REMY : « *Mais attendu que le tribunal d'instance a relevé que l'offre faite par la société Kodak Pathé de traiter le film a été connue et acceptée de M. X..., non pas au moment du dépôt du film pour son développement, mais au moment de l'achat du film, et que le prix global ne distinguait pas entre le coût de la pellicule et le coût de son traitement ; que la juridiction a ensuite énoncé, par une appréciation souveraine, que, par la volonté des parties, l'acte juridique passé par M. X... était indivisible ; que, dès lors, le caractère de vente qu'il présentait, fût-ce de manière partielle, entraînait l'application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ; qu'en aucune de ses deux branches le moyen ne peut donc être accueilli* ».

³⁰³ V. en ce sens : Ph. MALAURIE, « Note sous Cass. civ. 1^{ère} 25 janv. 1989 », n° 87-13640, D. 1989, p. 253.

³⁰⁴ D. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : JORF du 20 mars 2009, p. 5030.

³⁰⁵ C. consom., art. R. 132-1, al. 1^{er} issu du D. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : JORF du 20 mars 2009, p. 5030 : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...)* ».

79. - La jurisprudence confirme l'élargissement du champ d'application de cette règle particulière aux autres contrats que le seul contrat de vente puisqu'il a pu notamment être utilisé afin de sanctionner une convention de compte de dépôt³⁰⁶, ou encore de prestation de service³⁰⁷. A ce dernier sujet, d'ailleurs, dès lors qu'il existe un contrat portant sur une prestation de service public, la réglementation relative aux clauses abusive s'applique³⁰⁸.

80. - Il est possible, par ailleurs, de justifier l'application de la liste noire des clauses abusives dans un souci de simplification et, notamment, des contrats d'assurance³⁰⁹.

³⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2013, n^{os} 10-28397 et 11-11421 : « *Attendu que pour déclarer abusive la clause selon laquelle : « le client autorise la Caisse Régionale à compenser sans formalité préalable tout solde du présent compte avec tout solde des différents comptes ouverts dans les livres de la Caisse Régionale et dont il est titulaire, sauf si cette compensation est impossible eu égard aux normes légales et réglementaires qui régissent le fonctionnement de ces comptes, ou que cette compensation lui fait perdre des avantages sans lui éviter des frais ou des pénalités », l'arrêt retient que cette clause qui permet au professionnel d'effectuer, à la seule condition que sa mise en œuvre évite des frais ou des pénalités au client, une opération sur le compte de celui-ci, est susceptible de lui faire perdre des avantages, sans l'en informer ni obtenir son accord préalable, de sorte qu'elle crée un déséquilibre au détriment du consommateur qui peut se voir imposer une opération finalement désavantageuse ; Qu'en statuant ainsi quand la clause a, au contraire, pour fin d'éviter, par une compensation, la perte d'avantages pour le client, de sorte qu'elle ne peut comme telle, revêtir un caractère abusif, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé » : Si la Cour de cassation ne considère pas que la clause répond aux exigences d'application de l'article L. 132-1, elle ne l'exclue, cependant, pas du champ d'application de la disposition.*

³⁰⁷ CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* : D. 2011, pan. 978, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; AJD 25 juin 2010, obs. X. DELPECH ; RTD eur. 2010, p. 714, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; JCP G 2011, n^o 3, note G. PAISANT et L. P. SAN MIGUEL PRADERA ; Dr. et proc. févr. 2011, Cah. dr. consom., p. 2, obs. Y. PICOD ; RDC 2010, p. 1299, note C. AUBERT DE VINCELLES ; Europe 2010, n^o 290, obs. D. SIMON : s'agissant, en l'espèce d'un contrat portant sur une prestation de service, la Cour expliqua qu'« une réglementation nationale peut autoriser un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses contractuelles rédigées de façon claire et compréhensible ».

³⁰⁸ V. par ex : à propos d'EDF : T. com. Paris, 23 oct. 1989 : JCP G 1990, II, 21573, note G. PAISANT – à propos d'un service des eaux : CE, 11 juill. 2001, n^o 22-1458 : JCP E 2002, p. 124, note SAUPHANOR ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « *Considérant que les dispositions précitées du "b" de l'article 12 peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qu'elles étaient, dès lors, illégales dès leur adoption ; qu'elles ne sont pas davantage conformes aux dispositions précitées de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995, d'ordre public » – J. HUET, « Les clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur suppression », INC Hebdo 1997, n^o 1015, p. 25.*

³⁰⁹ B. RAJOT, « Les clauses abusives : clauses « noires » et clauses « grises », nouvelle classification de ces clauses réputées non écrites », RCA 2009, n^o 4.

Les assureurs ont une obligation précontractuelle d'information³¹⁰ au profit des assurés. Cette dernière se traduit par la nécessité, pour l'assureur, de fournir à l'assuré une fiche d'information, un exemplaire du futur contrat ainsi qu'un état récapitulatif des garanties et exclusions prévues. La nouvelle rédaction de l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation permet alors à l'assuré de faire déclarer abusive une clause qui ne figurerait pas dans le contrat qu'il signe ou dans un document auquel il est fait référence et qu'il aurait accepté. Une simplification de la pratique grâce à l'application de la réglementation relative aux clauses abusives s'agissant des contrats d'assurance est alors constatable. L'acte instrumentaire suffisant, en effet, à apporter la preuve du respect de son obligation d'information par l'assureur.

81. - Les contrats pour lesquels la réglementation relative aux clauses abusives est applicable sont donc tous ceux qui sont conclus entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel sans restriction. Ce domaine d'application mis en évidence, il convient d'envisager les clauses qui lui sont concernées.

³¹⁰ C. assu., art. L. 112-2 : « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat.

Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré. Les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture. Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents.

Un décret en Conseil d'Etat définit les moyens de constater la remise effective des documents mentionnés à l'alinéa précédent. Il détermine, en outre, les dérogations justifiées par la nature du contrat ou les circonstances de sa souscription.

La proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur ; seule la police ou la note de couverture constate leur engagement réciproque.

Est considérée comme acceptée la proposition faite, par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui soit parvenue.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ».

3) Les clauses concernées par la réglementation relative aux clauses abusives

82. - Le critère du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties – Concernant les clauses visées, la réglementation s'applique dès lors qu'est constatée qu'une stipulation contractuelle écrite³¹¹ entraîne une « *inéquivalence grave entre les prestations réciproques* »³¹² des parties. Dans l'objectif de qualifier cette situation, les anciens critères de l'abus de puissance économique et d'avantage excessif³¹³ ont été ainsi abandonnés par le législateur au profit de celui de déséquilibre significatif³¹⁴.

Si l'identification des clauses abusives a été simplifiée par la promulgation de listes grise et noire dans le Code de la consommation, ces dernières ne présentant pas un caractère limitatif, le critère de qualification demeure celui du déséquilibre significatif. Lorsqu'une telle situation est constatée au détriment du consommateur entre les droits et les obligations des parties au contrat, la clause qui en est à l'origine sera alors réputée non écrite³¹⁵. Le déséquilibre visé n'est pas d'ordre économique³¹⁶ et n'implique donc

³¹¹ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 169, n° 168.

³¹² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, t. II : Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 273, n° 749.

³¹³ Ancien C. conso., art. L. 132-1 al. 1^{er} : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article L. 132-2, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* ».

³¹⁴ L. n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial : JORF du 2 févr. 1995, p. 1755 ; mod., Ord. n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation : JORF du 25 août 2001, p. 13645 – L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : JORF du 5 août 2008, p. 12471 – L. n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation : JORF du 2 juill. 2010, p. 12001.

³¹⁵ C. conso., art. L. 132-1, al. 6 : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites* ».

³¹⁶ C. conso., art. L. 132-1, al. 7 : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

pas un rapport entre le bien ou le service et le prix payé³¹⁷. Il peut s'agir, notamment, des conditions relatives aux délais de livraison, de versement du prix ou encore du domaine de la responsabilité du professionnel.³¹⁸

83. - Les conséquences du critère du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties – Cette nouvelle rédaction et, par là même, le nouveau critère mis en place, semble renvoyer à l'esprit des rédacteurs du Code civil³¹⁹. En soumettant le contrat à la loi des parties le postulat initial était l'état d'égalité entre les contractants. Si le consommateur est considéré comme la partie faible et le professionnel la partie forte, il n'y a dès lors plus de rapport d'égalité. Cette situation peut alors encourager le professionnel à profiter de l'état de faiblesse du consommateur, en causant un déséquilibre entre leurs droits et obligations réciproques. Le rapport inégalitaire entre deux parties justifie donc la sanction des clauses abusives.

En suivant l'idée selon laquelle dès lors que seraient identifiées une partie forte et une partie faible, l'inégalité créée se doit d'être palliée, il est possible de se demander

³¹⁷ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 178-179, n° 261.

³¹⁸ C. consom., art. R. 132-2 : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ;

3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;

6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1 ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

³¹⁹ V. en ce sens : G. RAYMOND, « Clauses abusives », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 820, 2012.

pourquoi cantonner la réglementation relative aux clauses abusives aux seuls consommateurs et non-professionnels ? N'est-il pas légitime d'envisager une relation entre professionnels, verticale ou horizontale, dans laquelle l'une des deux parties pourrait être qualifiée de partie faible ? A l'heure actuelle, seuls les consommateurs et les non-professionnels sont, toutefois, visés par la réglementation relative aux clauses abusives et la question de son extension ne se pose pas.

84. - Le champ d'application des clauses abusives expliqué, il s'agit d'analyser les raisons pour lesquelles la liste noire, prévue par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation, est révélatrice de l'existence des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

B) Le caractère obligatoire des clauses par référence révélée par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation

85. - **La prohibition initiale des obligations non matérialisées par renvoi explicite sur le fondement des clauses abusives : l'exemple du droit des assurances** – A l'instar du droit de la distribution, la technique de la clause par référence est couramment utilisée en droit des assurances.

Initialement, ce mécanisme contractuel était prohibé par l'article premier du décret du 24 mars 1978³²⁰, car qualifié d'abusif. Le Conseil d'Etat est, toutefois, intervenu et,

³²⁰ D. n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services : JORF du 1^{er} avr. 1978, p. 1412, art 1: « Dans les contrats conclus entre des professionnels, d'une part, et, d'autre part, des non-professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 35 de la loi susvisée la clause ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe ».

par une décision du 3 décembre 1980³²¹, a annulé cette disposition sur le fondement de la loi du 10 janvier 1978³²². L'article 35³²³ de cette dernière donne en effet au gouvernement le pouvoir d'interdire, de réglementer ou de limiter les clauses pouvant être considérées comme abusives en raison des conditions de leur intervention et de leurs effets. En interdisant les clauses par référence, les prescriptions législatives n'ont donc pas été respectées puisque la sanction n'était pas prise en considération du fond de la clause mais uniquement de sa forme³²⁴. Si la Commission des clauses abusives a continué à sanctionner sa pratique concernant les assurances multirisques-habitation³²⁵,

³²¹ CE, 3 déc. 1980, n° 12814 : D. 1981, p. 228, note Ch. LARROUMET ; JCP G 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN, RTD com. 1981, p. 340, obs. J. HEMARD : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le gouvernement n'est autorisé à utiliser les pouvoirs qu'il tient du premier alinéa de l'article 35 précité de la loi du 10 janvier 1978 que pour interdire, réglementer ou limiter les seules clauses relatives aux éléments contractuels limitativement énumérés audit alinéa et qui peuvent être considérées comme abusives en raison des conditions de leur intervention et de leurs effets ; qu'en prescrivant par l'article 1er du décret du 24 mars 1978 pris en application de la loi du 10 janvier 1978 que « dans les contrats conclus entre des professionnels d'une part, et, d'autre part, des non-professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 35 de la loi susvisée, la clause ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe », le gouvernement a interdit une clause dont l'objet peut porter sur des éléments contractuels autres que ceux limitativement énumérés dans cet alinéa, qui ne révèle pas dans tous les cas un abus de puissance économique et qui ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels ; que, des lors, ces dispositions, en raison de leur généralité, n'entrent pas dans les limites de l'habilitation que le gouvernement a reçue du premier alinéa de l'article 35 de la loi précitée ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que l'article premier du décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir »*

³²² L. n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services : JORF du 11 janv. 1978, p. 301.

³²³ L. n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services : JORF du 11 janv. 1978, p. 301, art. 35 : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.*

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa ».

³²⁴ L. MAYAUX, « Contrat d'assurance », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 73.

³²⁵ CCA, recommandation n° 85-04 du 20 sept. 1985 sur l'assurance multirisques-habitation : RGAT 1986, p. 151.

il a fallu attendre un décret de 2009³²⁶ et l'article R. 132-1 1° pour connaître l'avenir de la clause par référence. Si ces dernières ne sont pas, par principe, prohibées, elles restent, toutefois, encadrées.

Deux éléments conditionnent alors sa validité. Il est, d'une part, nécessaire que la référence au document renvoyé soit clairement indiquée dans le contrat signé. Le contractant à qui elle est imposée doit, d'autre part, avoir été mis en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat³²⁷. Cette double condition, applicable aux contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs ou des non-professionnels, ne présente aucune spécificité puisqu'elle est similaire aux conditions d'existence nécessaires à la validité des clauses par référence, quel que soit le contrat conclu³²⁸.

86. - Le cas particulier des contrats d'adhésion – Concernant le cas particulier des contrats d'adhésion, l'article 2 : 204 des Principes de droit européen des contrats³²⁹ aborde, de façon quelque peu détournée, la question des clauses par référence. Ce dernier explique, en effet, que, dans la situation dans laquelle une clause contractuelle ne serait pas négociée, elle ne pourra être invoquée à l'encontre de la partie qui ne la connaissait pas. Il est, en effet, nécessaire au caractère obligatoire d'une stipulation contractuelle prévue dans un contrat d'adhésion que la partie rédactrice ait pris les mesures nécessaires pour attirer l'attention de son cocontractant sur la clause

³²⁶ D. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : JORF du 20 mars 2009, p. 5030.

³²⁷ C. consom., art. R. 132-1 1° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :
1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » – B. RAJOT, Les clauses abusives : clauses « noires » et clauses « grises », nouvelle classification de ces clauses réputées non écrites, RCA 2009, Alertes, n° 7.

³²⁸ V. *Supra*, n° 60 et s.

³²⁹ Commission de droit européen des contrats, O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, art. 2 : 204 : (1) *Les clauses d'un contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle ne peuvent être invoquées à l'encontre d'une partie qui ne les connaissait pas que si la partie qui les invoque a pris des mesures raisonnables pour attirer sur elles l'attention de l'autre avant la conclusion du contrat ou lors de cette conclusion.*
(2) *La simple référence faite à une clause par un document contractuel n'attire pas sur elle de façon satisfaisante l'attention du cocontractant, alors même que ce dernier signe le document* ».

visée, et ce avant ou pendant la conclusion du contrat. Si cette disposition s'applique à l'ensemble des contrats qui ne font pas l'objet d'une négociation individuelle, elle se poursuit en envisageant le cas particulier d'un élément du contenu obligationnel prévu dans un autre document que l'écrit principal. Lorsque tel est le cas, sa seule référence dans l'écrit signé par l'autre partie n'est pas considérée comme attirant suffisamment son attention. Il est donc nécessaire pour le contractant qui en est à l'origine d'attirer plus particulièrement l'attention de l'autre partie sur son caractère obligatoire. Cette idée se justifie par la nature même du contrat d'adhésion. Ce dernier étant un contrat conclu entre une partie considérée comme ayant une place de domination économique et une autre partie qui n'a d'autre choix que d'accepter les conditions posées si elle souhaite conclure le contrat³³⁰, un déséquilibre peut facilement être constaté entre les cocontractants. Dans un souci de protection, il est donc établi que la seule référence au contenu de l'obligation par un document contractuel, même signé par les parties ne suffit pas et la réglementation relative aux clauses abusives trouve donc application³³¹. L'article R. 132-1 1° du Code de la consommation³³² est, ainsi, applicable et la mise en œuvre de sa double condition sera nécessaire afin de prouver que la partie à l'initiative de la rédaction du contrat a bien attiré l'attention de son cocontractant sur la stipulation contractuelle.

87. - La généralisation de la mise en œuvre des clauses par référence dans les contrats soumis à la réglementation relative aux clauses abusives – A l'instar des contrats d'adhésion, il est possible d'étendre le caractère obligatoire des clauses par référence à l'ensemble des contrats soumis à la réglementation relative aux clauses abusives. L'article R. 132-1 1° du Code de la consommation prévoit, en effet, que

³³⁰ M. LATINA, « Contrats (généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 213.

³³¹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1973 – D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 7^{ème} éd., 2014, p. 228, n° 413 – F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3673.

³³² C. consom., art. R. 132-1 1° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » – V. *Supra* n° 85.

l'obligation qui n'est pas au moins référencée dans l'écrit principal ne peut pas être imposée au cocontractant. *A contrario* donc, la clause par référence qui est intégrée dans l'*instrumentum* s'applique de plein droit puisqu'elle n'est pas considérée comme une clause abusive³³³ dès lors que ses conditions de validité ont été respectées.

*

88. - Bilan – La clause par référence constitue donc un mécanisme contractuel utilisé dans l'objectif de doter une obligation non matérialisée par renvoi explicite d'un effet contraignant. Sa validité, toutefois subordonnée à deux conditions, nécessite que les parties aient conscience que l'obligation référencée fait partie du champ contractuel et qu'elles aient été mises en mesure de prendre connaissance de son contenu. Mise en œuvre tant dans les relations entre professionnels qu'entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, son utilisation tend à se généraliser. Ce postulat invite alors à s'intéresser aux difficultés que les clauses par référence pourraient poser.

Section 2 : Les difficultés liées au recours des clauses par référence

89. - Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite est conditionnée à de strictes conditions qui semblent révéler d'une protection accrue des contractants à qui elles sont opposées. Il s'agit d'apprécier l'efficacité de cet encadrement en s'intéressant aux difficultés pouvant être liées au recours aux clauses par référence. Cette analyse n'a pas pour objectif d'être exhaustive. Il s'agit, en effet, de démontrer que, si leur utilisation tend à se généraliser, elles présentent des lacunes en termes de sécurité juridique. Deux catégories de difficultés peuvent, à ce titre, être

³³³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 1996, n° 94-14918 : Bull. civ. I, n° 177, p. 123 ; Assur. fr. 1996, n° 723, obs. L. FONLLADOSA ; Contrats, conc. consom. 1996, comm. 113, note G. RAYMOND ; JCP 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; RGDA 1997, p. 135, note M. H. MALLEVILLE ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; RCA 1996, comm. 186, obs. G. COURTIEU : « Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions *particulières de la police*, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions *particulières de la police* aux conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

mises en avant, la première relevant de l'information de l'accès aux obligations visées (Paragraphe 1) et la seconde relative à leur exécution (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les difficultés relatives à l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite

90. - L'encadrement des clauses par référence semble palier au problème lié à l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Conditionner, en effet, leur validité au fait, pour les parties à qui elles sont opposées, d'avoir été en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat, apparaît comme un gage de sécurité des consentements. Si un contractant a eu la possibilité de connaître des obligations qui seront obligatoires dans le cadre de la relation contractuelle dans laquelle il s'engage, il s'est alors engagé de manière éclairée. Les règles d'information du cocontractant présentent, toutefois, des lacunes en pratique. Les difficultés d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite se révèlent sous deux formes. Matériellement, d'une part, les parties peuvent rencontrer des obstacles s'agissant de l'accès technique aux contenus obligationnels référencés (I). Intellectuellement, d'autre part, l'accès aux obligations peut se révéler compliqué pour le cocontractant (II).

I. Les difficultés matérielles d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite

91. - Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessite que les parties aient pu connaître son contenu. Cette condition implique, nécessairement, qu'elles aient été mises en mesure d'y accéder de manière matérielle avant la conclusion du contrat. Deux difficultés peuvent, alors, être révélées. Il est, parfois, compliqué pour les contractants d'accéder de manière technique au contenu de l'obligation référencée (A). S'il est difficile pour elles de les « localiser », elles ne pourront, de fait, pas en prendre connaissance. Dans l'hypothèse où elles pourraient y avoir accès techniquement, il est, par ailleurs, nécessaire que cette possibilité leur ait été

offerte en amont de la conclusion du contrat. Le moment de l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite revêt donc grande importance (B). Si les parties n'ont pas été en mesure de prendre connaissance du contenu obligationnel avant de s'engager, l'engagement contractuel ne pourra pas être considéré comme consenti de manière éclairée.

A) La technique d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite

92. - Exposé de la problématique – Il n'existe pas réellement, dans la plupart des cas, de difficulté relative à la possibilité, pour les parties, d'accéder au contenu de l'obligation référencée. Il a, d'ailleurs, été affirmé que, dès lors que les documents sont accessibles au public, ils sont obligatoires³³⁴. Lorsque le document auquel se réfère le contrat est annexé et signé³³⁵, remis directement au cocontractant avant la formation du contrat³³⁶ ou encore qu'il existe un lien hypertexte qui y renvoie – s'agissant des

³³⁴ Cass. civ., 11 févr. 1908 : S. 1909, 1, p. 486 ; RTD civ. 1908, p. 357.

³³⁵ V. *a contrario* : Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14626 : « si la police d'assurance signée le 18 mars 2010 porte les mentions « SAMM pêche 2008 » et « aux conditions générales et particulières indiquées ci-dessus et annexées à la présente », il n'existe pas d'annexe signée ou mention quelconque attestant que l'assuré aurait pris connaissance de ces conditions et des clauses de la police française précitée ne s'incorporent pas de plein droit à tout contrat d'assurance maritime sur corps ».

³³⁶ S'agissant des contrats d'assurance, l'article L. 112-2 du Code des assurance met à la charge de l'assureur une obligation d'information relative au prix et aux garanties du contrat conclu dont il doit s'acquitter, au bénéfice de son cocontractant, avant la conclusion du contrat. Lui incombant la preuve de cette remise, la Cour de cassation (V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, n° 98-19481 : Bull. civ. I, n° 82 ; RCA 2001, n° 206, obs. H. GROUDEL ; RGDA 2001, p. 680, note A. FAVRE-ROCHEX : « Attendu, cependant, que lorsque l'assureur subordonne sa garantie à la réalisation, par l'assuré, d'une condition particulière, il doit rapporter la preuve qu'il a précisément porté cette condition à la connaissance de l'assuré ») admet que, lorsque l'assureur démontre qu'il a informé l'assuré du contenu obligationnel de son engagement avant la conclusion du contrat, les informations révélées seront obligatoires car communiquées – V. s'agissant d'un contrat d'abonnement : Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28304 : AJCA 2014, p. 79, obs. L. CONSTANTIN ; D. 2014, p. 721 ; RTD civ. 2014, p. 397, obs. Y. GAUTHIER ; RTD civ. 2014, p. 641, obs. H. BARBIER : « Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la société Lexis Nexis ne justifiait pas avoir porté à la connaissance de son cocontractant ses conditions générales de vente pour les deux abonnements litigieux, et que les conditions générales de vente produites étaient afférentes à un troisième contrat sans lien avec ces deux abonnements, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ».

contrats électroniques ³³⁷, aucune difficulté de « localisation » de l'obligation ne se pose.

Il est, cependant, des situations dans lesquelles l'accessibilité au contenu référencé en question est contrariée. A ce sujet, Madame le Professeur Françoise Labarthe propose la mise en place de deux critères permettant d'apprécier cet accès technique. Le premier tend à la prise en considération de la qualité de l'autre partie et le second est relatif à l'accessibilité des documents référençant l'obligation ³³⁸.

93. - Un double encadrement fondé sur la qualité du cocontractant et sur « l'accès raisonnable » au document – Sur le premier critère proposé, relatif à la qualité du cocontractant, il s'agirait de distinguer les professionnels et les non-professionnels. Les premiers seraient soumis à une interprétation plus souple s'agissant du caractère obligatoire des documents en question. Cette idée se justifie à deux titres. Les professionnels sont, d'une part, plus habitués à l'emploi du mécanisme des clauses par référence. Ils possèdent, d'autre part, les structures facilitant l'accès aux documents. Les non-professionnels, quant à eux, devraient bénéficier d'un régime plus strict qui, poussé à son paroxysme, impliquerait, comme le défend Madame le

³³⁷ Sur la validité du recours au lien hypertexte : V. CA Paris, 25 nov. 2010, n° 08/22287: CCE 2011, n° 56, obs. A. DEBET : « *Considérant que la commande a été réalisée via Internet ; que dans le bon de commande, figure la mention suivante, claire, au mode impératif et détachée du reste du texte : n oubliez pas de prendre connaissance des conditions générales de vente et suit un lien hypertexte souligné ; qu'en cliquant sur ce lien, on parvient aux conditions générales de vente qui prévoient sous la rubrique Annulation/Modification à l initiative du client en son article 3.2 Attention : une modification de la date de départ a pour conséquence une annulation de la réservation. Par conséquent, cette modification entraînera la perception de frais d'annulation tels que prévus à l'article 3.1... ; qu'en l'espèce, l'annulation étant intervenue moins de 7 jours avant le départ, les frais d'annulation s'élèvent à 100% du prix payé* » – V. Contra : CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer* : D. 2013, pan. 951, obs. S. POILLOT ; RTD eur. 2012, p.666, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; JCP 2012, n° 1187, note F. HONORAT ; Contrats, conc., consom. 2012, n° 292, obs. G. RAYMOND ; LPA 9 janv. 2013, note G. BRUNAUX ; CCE 2012, n° 110, obs. G. LOISEAU ; RJDA 2012, n° 843 ; Europe 2012, n° 346, obs. F. GAZIN : « *Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni « fournies » par cette entreprise ni « reçues » par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un « support durable » au sens dudit article 5, paragraphe 1* ».

³³⁸ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 310 et s.

Professeur Françoise Labarthe, la prohibition des techniques de référence³³⁹. Juridiquement, cette interdiction permettrait de pallier à toute difficulté relative à la sécurité juridique. D'un point de vue pratique, cependant, elle ne semble pas adéquate. Les contrats verraient, en effet, leur contenu matérialisé augmenter et les gains de temps et d'argent recherchés par le mécanisme n'existeraient plus. Si l'idée d'un contrôle plus strict de la possibilité d'accès au contenu de l'obligation référencée semble nécessaire, il apparaît que sa prohibition soit à tempérer.

S'agissant du second critère, Madame le Professeur Françoise Labarthe propose d'encadrer les conditions d'accès au contenu obligationnel en elles-mêmes. Il s'agirait, alors, pour le cocontractant, d'avoir la possibilité d'accéder au document dans des « *conditions raisonnables* ». Elle emprunte cette dernière notion au droit allemand³⁴⁰. Ce dernier, contrairement au droit français, accueille et encadre légalement la pratique des clauses par référence par une loi du 9 décembre 1977³⁴¹ relative aux conditions générales d'affaires dans les contrats conclus avec les consommateurs³⁴². L'article 305 (2) du Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand) fait spécifiquement référence à la prise de connaissance du contenu de ces obligations non matérialisées par renvoi explicite. Elle doit, ainsi, être établie dans des « *conditions raisonnables* ». Il s'agit

³³⁹ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 311, n° 503.

³⁴⁰ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 314, n° 507, note n° 157 et p. 315, n° 508, note n° 159.

³⁴¹ G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON et C. WITZ, *Code civil allemand (BGB)*, Dalloz-Jurisclope, coll. *La lettre des lois*, 2010, p. 97, § 305 (2) 2. : « *Les conditions générales ne deviennent partie intégrante d'un contrat que si le stipulant, lors de la conclusion du contrat :*

(...)

2. *Donne à l'autre partie la possibilité de prendre connaissance du contenu de celles-ci dans des conditions raisonnables, en tenant compte comme il convient du handicap physique perceptible au stipulant dont elle est atteinte* » – R. ZIMMERMANN, « Réforme du droit des contrats : l'expérience allemande », in *Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés, Etudes de droit français et allemand*, W. DORALT et Olivier DESHAYES (dir.), Société de législation comparée, coll. *Trans europ experts (TEE)*, 2014, p. 25 et s., spéc. p. 42.

³⁴² G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON et C. WITZ, *Code civil allemand (BGB)*, Dalloz-Jurisclope, coll. *La lettre des lois*, 2010, p. 104, art. § 310, (1) : « *Le §305 al. 2 (...) ne s'applique pas aux conditions générales contractuelles qui sont utilisées envers un entrepreneur, une personne morale de droit public ou un établissement spécial de droit public (...)* ».

Remarque : le terme « entrepreneur » utilisé en droit allemand désigne « *Toute personne physique ou morale ou toute société de personnes dotée de la capacité juridique qui agit lors de la conclusion d'un acte juridique dans l'exercice de son activité commerciale ou industrielle ou dans le cadre de son activité professionnelle indépendante* » : G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON et C. WITZ, *Code civil allemand (BGB)*, Dalloz-Jurisclope, coll. *La lettre des lois*, 2010, p. 24, art. §14.

d'une application du devoir de transparence du professionnel³⁴³ sur le fondement duquel les obligations générales doivent être communiquées à l'intéressé directement ou par voie d'affichage au lieu où le contrat serait conclu³⁴⁴. Le droit allemand redouble d'exigence puisque, dans cette même disposition, il impose au professionnel d'adapter la communication de ses conditions générales à l'éventuel handicap de son cocontractant. Si ce dernier est, par exemple, malvoyant, le professionnel devra les lui lire ou les lui transmettre en braille³⁴⁵.

Les deux conditions, l'une relative à la qualité des parties et l'autre relative aux « *conditions raisonnables* » d'accès au document, semblent donc devoir être conciliées afin de pallier à d'éventuelles difficultés relatives à l'accès technique au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

94. - Bilan – Il est donc cohérent de vérifier s'il a été aisé, pour l'autre partie, d'accéder au contenu des obligations référencées en fonction de sa qualité. L'appréciation de l'accessibilité dépendrait alors de la qualité des parties, comme c'est envisagé en droit allemand. S'il s'agit, ainsi, d'un professionnel, ou même d'un non-professionnel habitué au mécanisme de la clause par référence³⁴⁶, les juges devraient être plus enclins à intégrer le document dans le champ contractuel. S'il s'agit, à l'inverse, d'un consommateur, d'un non-professionnel ou même d'un professionnel qui n'est pas familier de l'emploi de cette technique contractuelle, il semble nécessaire que les juges soient plus attentifs s'agissant de la possibilité d'accéder à l'obligation référencée.

Un contrôle strict de la possibilité d'accéder au document visé par une clause par référence doit, en tout état de cause, être effectué et notamment lorsque l'obligation n'a pas été négociée. Lorsque les obligations contenues relèvent de la volonté de l'une seule

³⁴³ V. C. WITZ, « La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Études à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 899 et s.

³⁴⁴ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 2^{ème} éd., 2004, p. 57, n° 70.

³⁴⁵ D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Müller Juristischer Verlag, 8^{ème} éd., 2002, n° 412 – M. STOFFELS, *AGB – Recht*, Beck, 2003, n° 284 et s. – Cités par M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 2^{ème} éd., 2004, p.57, n° 70, note 74.

³⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1970 : Rev. fr. dr. aérien 1970, p. 311 ; RG air 1970, p. 305, note G. CAS ; D.S. 1971, p. 373, note P. CHAUVEAU.

des parties, et notamment dans le cas de contrats d'adhésion, il serait incohérent, en effet, d'imposer une sorte d'obligation de renseignement à l'égard de l'autre cocontractant.

95. - L'accès matériel n'est pas la seule difficulté technique soulevée par les obligations non matérialisées par renvoi explicite. Le moment de la prise de connaissance de leur contenu peut, lui aussi, se révéler problématique.

B) Le moment de l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite

96. - **Le moment de la prise de connaissance** – Dans la continuité des difficultés techniques relatives à l'accès au contenu de l'obligation référencée, il est important d'envisager le moment de sa prise de connaissance. Si celle-ci doit, en effet, se faire avant la conclusion du contrat³⁴⁷, et ce pour des raisons évidentes de consentement éclairé³⁴⁸, il est des cas où la pratique en va différemment. La problématique a été précédemment évoquée concernant, notamment, les contrats de transport de personnes par voie aérienne et ferroviaire³⁴⁹ et les contrats de consommation³⁵⁰. La jurisprudence accepte³⁵¹ différentes techniques que peuvent utiliser les cocontractants pour permettre à l'autre partie de prendre connaissance des obligations non matérialisées par renvoi

³⁴⁷ D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012 – Contrat de distribution d'eau : Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1987 : Bull. civ. I, n° 156 – Contrats de consommation : C. consom., art. R. 132-1 1° : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :*

1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » – Contrats de transport terrestre de personnes : CCA, Recommandation n° 84-02 du 25 févr. 1983 concernant les contrats de transports terrestres de personnes, art. A. 1° et 2° : BODACC 5 févr. 1986 – Droit des assurances : D. NOGUERO, « Clause de renvoi et opposabilité à l'assuré des conditions générales » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-19234), RDI 2009, p. 369 – V. *Supra* n° 65.

³⁴⁸ V. *Infra* n° 178.

³⁴⁹ V. *Supra* n° 65.

³⁵⁰ V. *Supra* n° 85 et s.

³⁵¹ V. *Supra* n° 63 et s.

explicite avant la conclusion du contrat. L'affichage, qui en fait partie³⁵², sera utilisé à titre d'illustration.

97. - L'exemple de l'affichage – L'affiche est la « *feuille imprimée, appliquée sur un mur ou sur une surface portante quelconque et destinée à porter son contenu à la connaissance des tiers* »³⁵³. La mise en place d'un affichage accessible à l'autre partie avant qu'elle ne donne son consentement suffit à caractériser la prise de connaissance nécessaire au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite³⁵⁴. Il sera, en effet, considéré que le cocontractant aura été mis en mesure de connaître le contenu obligationnel référencé avant la conclusion du contrat et donc de s'engager contractuellement en toute connaissance de cause. L'encadrement de cette technique se révèle, en réalité, davantage s'agissant du lieu de l'affichage que l'affichage en lui-même. Il est, en effet, nécessaire que le contenu référencé soit suffisamment apparent³⁵⁵ afin de retenir l'attention des cocontractants. A, ainsi, été considérée comme non obligatoire la clause limitative de responsabilité prévue par un hôtelier dès lors qu'elle était apposée sur les portes des chambres et donc non accessible

³⁵² *Contra* : CA Lyon, 12 juin 1950 : D. 1951, somm., p. 2 – T. civ. Toulon, 4 juin 1952 : D. 1952, p. 769 – TI Valence, 22 sept. 1971 : Gaz. Pal. 1972, 1, p. 426 – CA Bordeaux, 20 janv. 1972 : Gaz. Pal. 1972, 1, p. 426.

³⁵³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 42, V^o *Affiche*.

³⁵⁴ V. Cass. civ., 11 févr. 1908 : S. 1909, 1, p. 486 ; RTD civ., 1908, p. 357 – T. com. Seine, 5 janv. 1869 : S. 1869, 2, 24 – Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n^o 11-18450 : « *Mais attendu qu'ayant, d'une part, énoncé à bon droit que la faute du client, lorsqu'elle revêt une certaine gravité, exonère, totalement ou partiellement en fonction de son influence causale, l'hôtelier de sa propre responsabilité et, d'autre part, relevé qu'à défaut de justificatifs permettant de déterminer la valeur exacte des biens dérobés, il était impossible de vérifier l'ampleur réelle du préjudice subi, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve écartés, a constaté que les époux X ne s'étaient pas conformés aux consignes de sécurité affichées dans les chambres invitant les clients à déposer dans le coffre-fort de l'hôtel leurs biens d'une valeur supérieure ou égale à 22 400 euros ; qu'elle a pu en déduire qu'ils avaient ainsi commis une faute ayant contribué à la réalisation de leur préjudice pour la fraction excédant cette somme ; que par ces seuls motifs, l'arrêt est légalement justifié* » – A. ROBERT, Une source mineure de droits civils : les affiches et écriteaux : JCP G 1958, I, 1458, spéc. pts 7 et s.

³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1983, n^o 82-10530 : Bull. civ. I, n^o 159, p. 138 : « *Qu'après avoir relevé que, sur le ticket remis à M. X par la société PSY, il était précisé que la responsabilité de la société ne pourrait être recherchée, en cas de vol du véhicule, que si toutes les règles de sécurité imposées à l'entrée étaient respectées, et qu'il n'était pas établi que l'usager ait reçu avis de ces règles, ni que la clause précitée (...) ait fait l'objet d'un affichage apparent, l'arrêt attaque retient que la société PSY était débitrice d'une obligation de garde et de surveillance du véhicule de M. X et qu'elle ne démontrait pas qu'elle n'avait commis aucune faute* ».

aux clients avant la formation du contrat³⁵⁶ ou encore, pour un hôpital, affichée dans le hall d'entrée en ce que sa « *lecture était toujours susceptible d'échapper* » aux patients³⁵⁷. Il est par ailleurs nécessaire que l'affichage soit effectué dans le lieu où le contrat est signé³⁵⁸.

Si elle semble encadrée, la réception de la technique de l'affichage démontre, toutefois, d'un certain laxisme. Il est, en effet, difficile de considérer comme stricte la possibilité offerte au professionnel d'informer son cocontractant des obligations applicables à la relation contractuelle par le biais d'une simple affiche. L'efficacité de la mise en œuvre de ce procédé est relative puisque, si l'autre partie peut y accéder, il n'est pas nécessairement dans la nature humaine d'avoir le réflexe de s'intéresser aux affichages. D'un point de vue temporel, rien ne peut prouver que sa prise de connaissance a été effective avant la conclusion du contrat. La réception du mécanisme de l'affichage, et plus généralement, l'idée selon laquelle le contractant doit rechercher le contenu des obligations obligatoires, laisse à penser qu'une obligation de renseignement est à sa charge.

98. - Accès temporel et obligation de renseignement – La référence à un document contenant une obligation non matérialisée par renvoi explicite qui ne serait pas remis « en mains propres » au cocontractant implique que ce soit bien à la partie à laquelle elle est imposée de faire l'effort de se renseigner. Elle devra, en effet, rechercher les obligations qui pèsent sur elle avant de conclure le contrat. Si A loue une chambre d'hôtel et que les conditions relatives au contrat sont affichées, il se doit d'en prendre connaissance. Lues ou non, s'il conclut le contrat, il sera considéré qu'il s'est engagé en acceptant le contenu des obligations référencées. Dans un autres cas, si B conclut un contrat avec la SNCF, il doit rechercher les conditions générales de la société avant d'acheter son billet de transport. S'il conclut le contrat, c'est qu'il a, en effet, accepté de s'y soumettre dans le cadre de la relation contractuelle. Ainsi, si

³⁵⁶ CA Lyon, 12 juin 1950 : D. 1951, somm. p. 2.

³⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n° 90-19995 : Bull. civ. I, n° 146, p. 99 : « *Attendu, enfin, que la cour d'appel a justement décidé que n'était pas opposable à Madame X... la clause limitative de responsabilité figurant sur un panneau placé dans le « hall d'entrée », dès lors que, dans l'exercice de son pouvoir souverain, elle a estimé que la preuve n'était pas rapportée, que l'attention de cette cliente avait été attirée sur la consultation de cet avis public « dont la lecture était toujours susceptible d'échapper »* ».

³⁵⁸ CA Rouen, 1^{er} déc. 1981 : Gaz. Pal. 1982, 2, somm., p. 397.

juridiquement, c'est la partie qui impose l'obligation qui doit prouver qu'elle a mis en mesure son cocontractant d'en prendre connaissance, la pratique impose au débiteur de se renseigner s'agissant du contenu de son engagement contractuel et, ainsi, des éventuelles obligations non matérialisées par renvoi explicite qui seraient obligatoires.

99. - Des difficultés matérielles relatives à l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite peuvent donc se poser, tant techniquement que temporellement. Elles ne sont, toutefois, pas isolées puisque si les contractants ont la possibilité d'en prendre connaissance, elles ne leur seront pas nécessairement intellectuellement accessibles.

II. Les difficultés intellectuelles d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite

100. - **La complexité de certains contenus** – Pour que leurs consentements soient considérés comme éclairés, les parties doivent contracter en toute connaissance de cause. Il est, autrement dit, nécessaire qu'elles aient compris l'intégralité des droits et obligations applicables à leur relation contractuelle. Or, en plus d'être longs, les documents relatant le contenu des obligations référencées sont bien souvent complexes, et notamment pour des non-juristes lorsqu'aucun effort de simplification du langage employé n'est effectué par leur auteur.

101. - **Les exigences intelligibles appliquées aux contrats de consommation** – Dans les contrats conclus avec un consommateur ou un non-professionnel, il existe de réelles obligations de clarté, de lisibilité³⁵⁹ et d'intelligibilité³⁶⁰ du contenu contractuel à la charge du rédacteur. Ces dernières,

³⁵⁹AN, Question écrite n° 53469, Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation : JOAN Q, 25 juin 2001.

³⁶⁰CA Paris, 23 sept. 1971 : Gaz. Pal. 1972, I, 100, note M. D. V.

prévues à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 133-2 du Code de la consommation³⁶¹, font écho à l'obligation d'information³⁶² qui pèse sur le professionnel et sont repris dans différentes recommandations de la Commission des clauses abusives³⁶³. La qualité rédactionnelle est donc essentielle dans ces contrats³⁶⁴. Une qualité qui doit s'appliquer tant au fond qu'à la forme.

Au fond, en premier lieu, avec l'emploi d'un langage adapté permettant au cocontractant de « *prendre la pleine mesure de son engagement (...) [et de ne pas être induit] en erreur sur l'exactitude de son engagement* »³⁶⁵. Il s'agit donc d'utiliser des mots, expressions, tournures de phrase et une langue³⁶⁶ pouvant être compris par le plus grand nombre.

S'agissant de la forme, en second lieu, le contenu des obligations ne doit pas être noyé par une multitude d'informations ne présentant d'autre intérêt que de le

³⁶¹ C. Consom., art. L. 133-2, al. 1^{er} : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* » – Dir. n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 5 : « *Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible* ».

³⁶² V. *Infra* n° 508.

³⁶³ Généralement : V. CCA, Recommandation de synthèse n° 91-02 *relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* : BOCCRF, 6 sept. 1991.

Spécifiquement, par ex : CCA, Recommandation n° 91-01 du 7 juill. 1989 *concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement* : BOCCRF, 6 août 1991 – CCA, Recommandation n° 96-02 du 14 juin 1996 *relative aux locations de véhicules automobiles* : BOCCRF, 3 sept. 1996 – CCA, Recommandation n° 95-02 du 7 avr. 1996 *relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs* : BOCCRF, 25 août 1995.

³⁶⁴ H. MICKLITZ, « Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (art. 5) » in *La directive « clauses abusives » cinq ans après*, Conférence de Bruxelles, juill. 1999, Doc. CE, p. 159 et s. – N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT et G. BRUNAU, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité*, 2012, p. 326 et s., n^{os} 334 et s.

³⁶⁵ G. PAISANT, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in *Mélanges en l'honneur du doyen R. DECOTTIGNIES*, PUG, 2003, p. 233 et s., spéc. p. 241, n° 15.

³⁶⁶ Sur l'obligation de rédiger les contrats en français, V. L. n° 94-665 du 4 août 1994 *relative à l'emploi de la langue française* : JORF du 5 août 1994, p. 11392.

camoufler³⁶⁷. Une police lisible est, par ailleurs, nécessaire, notamment concernant la taille³⁶⁸ et la couleur³⁶⁹ du texte. Ces exigences consuméristes relatives à l'intelligibilité du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite sont, évidemment, assorties de sanctions.

102. - La sanction du non-respect des exigences intellectuelles en droit de la consommation – S'agissant de l'accessibilité intellectuelle au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite dans les contrats de consommation, deux types de sanctions sont applicables. L'une d'elle est relative à l'interprétation tandis que l'autre tend à leur requalification en clauses abusives.

L'alinéa 2 de l'article 133-2 du Code de la consommation semble, d'une part, avoir été mis en place justement pour sanctionner le non-respect de ces règles d'intelligibilité. Cette disposition précise les règles d'interprétation des contrats en faveur du

³⁶⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel », JCP G 2005, I, 129, pt. 8 – Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14689 : Bull. civ. I, n° 128 ; D. 1980, IR, p. 262, obs. J. GHESTIN : « *Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel d'avoir, en écartant l'application de l'article VIII des conditions générales de vente portées au bon de commande, refusé d'admettre la valeur probante d'un acte sous seing privé régulier et donner effet à une convention qui faisait la loi des parties ; mais attendu que les juges du fond constatent que la clause de l'article VIII se trouvait au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande signe au recto seulement par GILLET, qui, en signant ce bon, et faute de référence précise, n'avait certainement pas remarqué qu'il portait au verso diverses dispositions ; qu'ils ont pu en déduire que GILLET n'avait pas donné son accord à ces dispositions et que celle-ci ne lui étaient pas opposables ; que le moyen n'est donc pas fondé* ».

³⁶⁸ Par ex. : C. consom., art. R. 311-5 I : « *I. – Le contrat de crédit prévu à l'article L. 311-18 est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* » – art. R. 311-5-1 : « *En cas de location avec option d'achat, les informations contractuelles prévues à l'article L. 311-18 sont celles qui figurent en annexe au présent Code. Le contrat est présenté de manière claire et lisible. Il est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* » – C. consom., art. R. 311-12 : « *Le contrat de crédit prévu au III de l'article L. 311-43 est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* » – art. R. 311-13 : « *Le document d'information est établi sur un support durable. Il comporte, présentées de manière claire et lisible en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* » – CA Grenoble, 26 mars 2014, RG 13-00186 : « *Attendu que selon l'article R 311-6 du Code de la Consommation, dans sa rédaction applicable au contrat en cause, l'offre préalable de prêt prévue à l'article L 311-8 comporte les indications figurant dans celui des modèles types annexés au présent net Code qui correspond à l'opération de crédit proposé. Cet acte doit être présenté de manière claire et lisible. Il est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit* ».

³⁶⁹ Par ex. : Cass. com., 23 oct. 1984, n° 83-13683 : Bull. civ. IV, n° 279, p. 226 : « *les caractères d'imprimerie écrits avec une encre bistre se confondaient avec la couleur du papier* ».

consommateur ou du non-professionnel³⁷⁰. Dès lors qu'une clause présente un défaut de clarté, elle sera alors interprétée en faveur de la partie faible – le consommateur ou le non-professionnel. Une précision doit tout de même être apportée s'agissant du champ d'application de l'article L. 133-2 du Code de la consommation. Si ce dernier ne vise que les rapports entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, il est d'autant plus restreint qu'il n'englobe que les contrats « *proposés* ». La formulation laisse présumer que seuls les contrats pré-rédigés seraient concernés³⁷¹. Certains auteurs

³⁷⁰ C. consom., art. L. 133-2 al. 2 : Les clauses « *s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6* » – V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 21 janvier 2003, n° 00-13342 et 00-19001 : Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, note H. CLARET et AJ 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RCA 2003, chron. 13, par G. COURTIEU ; RTD civ. 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI ; RGDA 2003, p. 442, note J. KULLMANN : « *Vu l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation ;*

Attendu, selon ce texte applicable en la cause, 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. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104 : Bull. civ. II, n° 214 ; Gaz. Pal. 2007, p. 4036, note X. LEDUCQ ; Contrats, conc., consom. 2006, n° 209, note G. RAYMOND ; RDC 2007, p. 347, obs. D. FENOUILLET : « *Vu l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation ;*

Attendu, selon ce texte applicable en la cause, 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}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72552 et 10-10843 : Bull. civ. II, n° 126 ; D. 2011, p. 1612, obs. T. RAVEL D'ESCLAPON : « *Vu l'article L. 133-2 du Code de la consommation ;*

Attendu, selon ce texte applicable en la cause, 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}, 13 déc. 2012, n° 11-27631 : Bull. civ. I, n° 259 ; D. 2013, Actu, p. 6, obs. N. KILGUS ; JCP E 2013, n° 1059 ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 47, obs. G. RAYMOND ; RJDA 2013, p. 264 ; Gaz. Pal. 2013, 494, obs. S. PIEDELIEVRE ; RDC 2013, p. 489, obs. J. ROCHFELD et p. 554, obs. G. VINEY : « *Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 133-2 du Code de la consommation, les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ; qu'elles s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* » – CA Basse-Terre, 25 févr. 2013, n° 11-00841 : « *D'autre part, il y a lieu de faire application de l'article L. 133-2 du Code de la consommation, qui dispose « 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 le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel [...] ».*

Il apparaît, en effet, que la stipulation litigieuse est dénuée de clarté et d'intelligibilité, en ce qu'elle ne permet pas à l'assuré de connaître clairement l'étendue de sa couverture et induit une confusion sur l'acception du terme invalidité.

(...)

Comme l'ont justement considéré les premiers juges, la simple mention de la 3^{ème} catégorie d'invalidité en ce qu'elle est conjuguée au renvoi à un texte n'existant pas est de nature à induire un non professionnel en erreur sur l'étendue de la garantie et doit être déclarée inopposable à l'assuré, qui n'avait pas la possibilité d'en connaître la portée » – G. RAYMOND, « Gage et réserve de propriété » (à propos de : TI Villeurbanne, 19 nov. 2012 : JurisData n° 2012-027939), Contrats, conc., consom. 2013/1, comm. 18.

³⁷¹ G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 », D. 1995, p. 99, pt. 37.

poussent le raisonnement un peu plus loin en expliquant que les contrats pouvant, en partie, être négociés entreraient dans le domaine d'application de la disposition consumériste³⁷². Il s'agirait de contrats pré-rédigés, négociés et rédigés à nouveau par la suite, à l'image du contrat de prêt immobilier. Quel que soit l'extension du champ d'application présumé, il est certain que les contrats de gré à gré ne sont pas soumis à la disposition puisqu'ils laissent place à la négociation. La règle d'interprétation prévue par le Code de la consommation n'est cependant pas la seule à sanctionner les obligations au contenu trop peu intelligible.

Il est, d'autre part, possible de relever que la Cour de cassation va, dans certains cas, effectuer un rapprochement entre le défaut d'intelligibilité et la sanction relative aux clauses abusives. Elle va, ainsi, préférer l'anéantissement de la clause à une interprétation *contra proferentem*³⁷³. Le défaut d'intelligibilité peut, en effet, découler de la rédaction d'une clause obscure et ambiguë. Ces caractéristiques en qualifient alors le caractère abusif et donc la sanction qui y est rattachée³⁷⁴. Ces obligations seront alors purement et simplement écartées du contenu contractuel. La sanction sera, cependant, limitée au champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives³⁷⁵.

La nature de la sanction importe peu, finalement, dans les présents développements puisque l'idée est simplement de démontrer que le droit de la consommation protège la

³⁷² V. en particulier : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT et G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité*, 2011, p. 330, n° 338.

³⁷³ Par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-13395 : Bull. civ. 2001, I, n° 181, p. 116 ; JCP G 2001, II, 10631 ; JCP E 2001, p. 1958, note G. PAISANT : « *Attendu que le jugement, qui relève que la clause litigieuse, était rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation, a exactement considéré qu'en affranchissant dans ces conditions le prestataire de service des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives* » – Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 04-17578 : JCP G 2007, II, 10056, note G. PAISANT : « *Mais attendu que, ayant souverainement estimé que, par comparaison avec les rubriques précédentes et non par rapport aux conditions générales et particulières figurant au verso, la clause litigieuse était rédigée en petits caractères dont la taille était inférieure à celle des autres clauses voisines et, dès lors, n'avait pu attirer l'attention du client, la cour d'appel, qui a ainsi mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1, du Code de la consommation, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive, de sorte que, mal fondé en sa première branche, le premier moyen est inopérant en ses deux suivantes* ».

³⁷⁴ G. PAISANT, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », JCP E 2001, n° 49, p. 1958.

³⁷⁵ Sur le champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives : V. *Supra* n° 72 et s.

partie faible contre les faiblesses intelligibles du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

103. - L'écho de la sanction consumériste en droit commun – Il s'agit de se demander s'il existe une sanction relative au défaut d'intelligibilité du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite en d'autre matière que le droit de la consommation. S'il est inopportun de rechercher l'équivalent de la sanction des clauses abusives, il est, toutefois, intéressant de rechercher une règle similaire à celle de l'article L. 133-2 du Code de la consommation dont le champ d'application serait plus large. Il s'agit, ainsi, de chercher à étendre cette solution aux contrats de gré à gré conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel et aux contrats conclus entre professionnels. Il faut donc se tourner vers le droit commun.

L'article 1162 du Code civil relatif à l'interprétation des clauses contractuelles semble faire écho à la règle d'interprétation consumériste en ce qu'il dispose que « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Le lien entre les deux dispositions est d'autant plus marqué que plusieurs arrêts les utilisent de manière conjointe pour fonder³⁷⁶ la sanction des clauses contractuelles ni claires ni compréhensibles. La notion de « *doute* » renvoie-t-elle à un souci de précision et de compréhensibilité de la clause à interpréter ? La Cour d'appel de Paris³⁷⁷, notamment, a répondu à cette interrogation en expliquant que « *qu'en vertu des dispositions de l'article L. 133-2 du Code de la consommation [la clause] devait être interprétée dans le sens le plus favorable à l'assuré ; qu'elle ajoute que la même solution s'impose au regard de l'article 1162 du Code civil* ».

Si les règles sont similaires, leurs applications diffèrent. Les dispositions du Code de la consommation ont, en effet, une portée impérative tandis que l'article 1162 du Code

³⁷⁶ V. Par ex. : CA Grenoble, 8 mars 2004, n° 02-01675 – CA Aix-en-Provence, 10 mai 2007, n° 05-20844 – CA Bordeaux, 18 sept. 2008, n° 07-00250 – Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-21698 – CA Bastia, 12 janv. 2011, n° 09-00917 – CA Angers, 25 nov. 2011, n° 11-02991 – CA Nancy, 2 avr. 2012, n° 09-02174 – CA Nîmes, 27 sept. 2012, n° 11-02916.

³⁷⁷ CA Paris, 27 janv. 2009, n° 06-14384.

civil présente un caractère supplétif³⁷⁸. Ce dernier s'efface, donc, au profit des autres règles d'interprétations prévues par le Code civil. Cette situation s'explique en deux points. Le premier réside dans la considération du consommateur comme un profane, impliquant sa surprotection par le droit de la consommation et, ainsi, le caractère impératif des dispositions applicables. Le second induit une interprétation, par le droit commun, fondée non plus sur la qualité de la personne mais sur l'utilité et l'économie du contrat³⁷⁹.

Malgré ces justifications, il semblerait logique, d'un point de vue objectif, d'appliquer l'interprétation *contra proferentem* dans tous les contrats, sans distinction de la qualité des parties. L'idée serait, en effet, d'inviter les rédacteurs à effectuer un effort de langage et de présentation permettant alors d'éviter tout conflit d'interprétation.

104. - Les problèmes relatifs à l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite ne sont pas seuls et s'accompagnent de difficultés relatives à leur exécution.

Paragraphe 2 : Les difficultés relatives à l'exécution des obligations non matérialisées par renvoi explicite

105. - Les difficultés relatives à l'exécution des obligations référencées s'attachent à la connaissance, par les parties, du contenu obligationnel qui sera obligatoire durant leur relation contractuelle. Le mécanisme peut, en effet, renvoyer à des clauses contradictoires (I) et susceptibles d'évolution dans le temps (II). Dans chacune de ces

³⁷⁸ Cass. soc. 20 févr. 1975, n° 74-40455 : Bull. civ. V, n° 93 : « *Qu'en statuant ainsi par une interprétation de l'intention des parties destinée à donner effet à la clause litigieuse et qui ne saurait être remise en cause devant la Cour de cassation, la règle de l'article 1162 du Code civil n'ayant au surplus pas de caractère impératif, les juges du fond ont donné une base légale à leur décision* » – CA Aix-en-Provence, 26 juin 2002 : JCP 2004, II, 10022, note V. EGEA – CA Reims, 7 janv. 2004 : Juris-Data n° 2004-237171, RDC 2004, p. 933, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : « *Ce n'est qu'après, et dans le doute persistant malgré l'examen de la convention selon la méthode progressivement énumérée par les articles 1157 et 1158 du Code civil relatifs au sens d'une clause, 1159 du Code civil relatif à une clause ambiguë, 1160 du Code civil relatif aux clauses d'usage et 1161 du Code civil relatif à l'interprétation des clauses les unes par rapport aux autres, que le juge est autorisé à se livrer à une interprétation de la convention en faveur de l'une des parties contractante* ».

³⁷⁹ Sur la notion d'économie du contrat : V. *Infra* n° 341 et s.

situations, les contractants peuvent, alors, être dans l'ignorance des obligations qu'ils devront exécuter dans le cadre du contrat conclu.

I. Les clauses contradictoires

106. - La question qui se pose est celle de savoir comment le contenu obligatoire sera déterminé lorsque des contradictions entre différentes obligations non matérialisées par renvoi explicite sont révélées. Il s'agit alors de distinguer deux hypothèses. La contradiction peut, d'une part, se constater entre les deux cocontractants lorsqu'ils se réfèrent chacun à leur propre contenu (A). Chacune rédactrices des obligations qu'elles souhaitent voir appliquer à la relation contractuelle, les parties ne sont pas nécessairement en adéquation parfaite sur l'ensemble des points envisagés.

Certains contrats peuvent, d'autre part, se référer à différentes obligations émanant d'une seule et même partie (B). Le contrat peut, par exemple, effectuer un renvoi à la fois à des conditions générales et particulières. Les contenus de ces dernières peuvent alors entrer en contradiction.

A) La contradiction entre les deux cocontractants

107. - **Exposé de la problématique** – Il est récurrent, dans les contrats conclus entre professionnels, que les parties renvoient respectivement à leurs conditions générales, de vente pour l'une et d'achat pour l'autre. Un contentieux relatif aux clauses contradictoires peut alors voir le jour. Chacun des cocontractants souhaite, en effet, voir appliquer ses propres conditions. Leurs contenus ne sont, toutefois, pas nécessairement d'une exacte similitude. Il est donc des cas où des contradictions peuvent voir le jour entre les contractants s'agissant du contenu des obligations référencées.

108. - L'exemple de la clause de réserve de propriété – La question de l'obligatorité de la clause de réserve de propriété³⁸⁰ a souvent été sujette à contradiction dans les conditions générales proposées respectivement par les cocontractants³⁸¹. La logique voudrait que le traitement juridique de l'existence de deux clauses croisées réside dans leur neutralisation. S'en suivrait alors un retour à la règle de droit commun. S'agissant des contrats de vente, la règle de principe invite au transfert instantané de propriété³⁸². Les clauses de réserve de propriété constituent donc une exception contractuelle. Le traitement de la problématique relative aux contradictions concernant le caractère obligatoire d'une telle stipulation contractuelle a fait l'objet d'une évolution³⁸³.

La Cour de cassation estimait³⁸⁴, initialement, que, dès lors que les conditions générales d'achat de l'acheteur excluaient l'application d'une clause de réserve de propriété, cette dernière ne pouvait pas être obligatoire et ce, même s'il en était

³⁸⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 912, V° Réserve (-De propriété (-Clause de) : « Clause destinée à retenir la propriété d'un bien à titre de garantie, qui suspend, dans un contrat, l'effet translatif de celui-ci jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en est la contrepartie, sûreté réelle conventionnelle, mobilière ou immobilière qui permet au créancier, à défaut de complet paiement à l'échéance de se faire restituer le bien et d'en disposer, et qui, le cas échéant, se reporte sur l'indemnité d'assurance ou la créance du prix de vente » - C. civ., art. 2367 et s.

³⁸¹ V. en ce sens : D. VOINOT, « Réserve de propriété », Rép. com. Dalloz, 2015.

³⁸² C. civ., art. 1583 : « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

³⁸³ V. P. DE CANDE, « L'évolution de la jurisprudence en matière de clause de réserve de propriété », RJ com. 1993, p. 133.

³⁸⁴ Cass. com., 12 juill. 1994, n° 92-10761 : Bull. civ. IV, n° 268 ; D. 1996, somm. 212, obs. F. PEROCHON : « Vu l'article 1583 du Code civil et l'article 121, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 ;

Attendu que, pour dire valable et opposable aux tiers la clause de réserve de propriété, l'arrêt relève que si les conditions générales d'achat invoquées par l'administrateur judiciaire peuvent être interprétées comme excluant implicitement l'application d'une telle clause, il convient de souligner que la société Leroy Somer a toujours accusé réception des commandes sur ses propres documents, aux recto et verso desquels figure la clause de réserve de propriété, identique à celle figurant dans les conventions signées le 9 mars 1989, et retient que les acheteurs n'ont émis aucune protestation ou réserve et ont donné suite à la commande, renonçant de la sorte à faire jouer les conditions générales d'achat et, a fortiori, à les faire prévaloir sur les conditions générales de vente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'exécution de la vente par l'acheteur n'impliquait pas l'abandon de ses conditions générales d'achat, et que la vente faite purement et simplement opère transfert immédiat et inconditionnel de la propriété, la cour d'appel a violé les textes susvisés » – V. déjà en ce sens : CA Paris, 20 juin 1990 : JurisData n° 1990-022335 ; Gaz. Pal. 1991, p. 16, note Ch. H. GALLET : « Le vendeur est mal fondé dans son action en revendication lorsque l'acheteur ayant exclu toutes clauses de réserve de propriété dans ses conditions générales d'achat, il ne lui appartenait pas de dénoncer cette clause, mais qu'il incombait au vendeur d'établir un accord exprès des parties sur sa mise en œuvre ».

autrement dans les conditions générales de vente transmises par le vendeur. L'exécution de la vente par ce dernier qui accusait réception des commandes sur ses propres documents – sur lesquels était stipulée une clause de réserve de propriété – n'impliquait pas l'abandon par l'acheteur de ses conditions générales d'achat. La vente étant, ainsi, parfaite, elle opérait un transfert de propriété immédiat et inconditionnel de la chose. En résumé, pour qu'une clause de réserve de propriété soit obligatoire, le vendeur devait impérativement la faire expressément accepter par l'acheteur³⁸⁵ ou lui notifier explicitement son « refus au refus » de caractère obligatoire³⁸⁶.

Presque un an plus tard, et probablement dans un souci de protection du vendeur, la Cour de cassation³⁸⁷ a adopté une vision différente du problème. Elle a, ainsi, effectué un revirement de jurisprudence. Ce dernier est, toutefois, à tempérer puisqu'il n'est que partiel en ce sens que la Haute juridiction a contredit ses solutions passées mais cantonné son nouveau raisonnement à la situation particulière des procédures collectives³⁸⁸.

La solution apportée était, d'une part, différente en ce que la Cour de cassation a réglé la difficulté relative au caractère obligatoire des clauses de réserve de propriété en ne se plaçant plus du point de vue du refus de l'acheteur mais de la connaissance de celui-ci par le vendeur. Il a, en effet, été énoncé que « *la clause par laquelle l'acheteur refuse toute réserve de propriété s'impose au fournisseur du seul fait qu'elle est portée à*

³⁸⁵ Cass. com., 25 oct. 1994, n° 92-21807 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les conditions générales de vente de la société L'Alsacienne et les conditions générales d'achat de la société Codéc étaient contradictoires et que la société L'Alsacienne avait, le 10 mai 1990, signé pour l'année 1990 un document dénommé fiche " accord " matérialisant son adhésion aux conditions financières de la société Codéc, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la signature des bons de livraison ou l'apposition sur ces bons du cachet de la société Codéc ne pouvait valoir acceptation tacite et univoque de la clause, le refus antérieurement exprimé ne pouvant être rétracté que par une acceptation expresse ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

³⁸⁶ F. PEROCHON, « L'irrecevabilité de la revendication exercée hors délai entraîne l'inopposabilité du droit de propriété du créancier évincé à la procédure collective du débiteur et l'absence de droit sur le prix de vente du bien », D. 1996, p. 217.

³⁸⁷ Cass. com., 11 juill. 1995 (1^{er} arrêt), n° 93-10570 : Bull. civ. IV., n° 211 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY – Cass. com., 11 juill. 1995 (2^{ème} arrêt), n° 93-10102 : Bull. civ. IV. n° 212 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY – Cass. com., 11 juill. 1995 (3^{ème} arrêt), n° 93-10105 : D. 1996, somm. p. 212 et p. 223, obs. F. PEROCHON.

³⁸⁸ Cass. com., 11 juill. 1995 (1^{er} arrêt), n° 93-10570 : Bull. civ. IV., n° 211 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY – Cass. com., 11 juill. 1995 (2^{ème} arrêt), n° 93-10102 : Bull. civ. IV. n° 212 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY – Cass. com., 11 juill. 1995 (3^{ème} arrêt), n° 93-10105 : D. 1996, somm. p. 212 et p. 223, obs. F. PEROCHON.

sa connaissance ». Un raisonnement *a contrario* de cette solution laissait donc entendre que le refus de l'acheteur quant à l'application d'une clause de réserve de propriété serait inopérant s'il n'est pas démontré qu'il a été porté à la connaissance du vendeur. Il ne serait, dès lors, plus question d'acceptation d'une clause de réserve de propriété mais de refus d'une clause de non réserve de propriété³⁸⁹. Le principe est, donc, devenu exception et inversement.

La qualification de revirement partiel de jurisprudence s'explique, d'autre part, par la limitation du champ d'application de la solution. Chaque arrêt concerné intervient, en effet, en présence d'une procédure collective. Ce constat semble tout à fait logique dans la mesure où aucune difficulté relative au paiement du prix ne se pose, le caractère obligatoire des clauses de réserve, ou de non-réserve de propriété, importe peu. Est-il donc possible de déduire que deux solutions distinctes soient applicables aux clauses contradictoires en fonction de l'ouverture ou non d'une procédure collective³⁹⁰ ? Dans l'affirmative, si les arrêts de la Chambre commerciale limitent bien la solution au cas des procédures collectives, faut-il revenir au principe de l'anéantissement des clauses croisées dans les autres situations ? Dans cette hypothèse, le transfert instantané de propriété de la chose lors de l'échange des consentements primerait donc à condition qu'aucune procédure collective ne soit mise en place. A l'inverse, et dans ce fameux souci de protection du vendeur, il faudrait appliquer la solution des arrêts de 1995 dès l'ouverture d'une procédure collective et donc faire primer les clauses de réserve de propriété – à condition bien entendu qu'il n'y ait pas de clause de non réserve de propriété. Le législateur a appuyé la solution apportée aux contradictions relatives aux clauses de réserve de propriété par la loi du 1^{er} juillet 1996³⁹¹, et particulièrement en son article 19 qui est venu compéter le deuxième alinéa de l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985³⁹². Précision est alors faite qu'en cas de procédure collective, « *Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de*

³⁸⁹ V. en ce sens : D. MAINGUY, « Arrêts Codex : de l'acceptation d'une clause de réserve de propriété ou de son refus » (à propos de : Cass. com., 11 juill. 1995 (1^{er} et 2^{ème} arrêts)), JCP 1996, II, n° 22583.

³⁹⁰ V. en ce sens : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, coll. *Manuel*, 5^{ème} éd., 2007, p. 131, n° 160, note 603.

³⁹¹ L. n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 *sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*.

³⁹² L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises* : JORF du 26 janv. 1985, p. 1097.

l'écarter ou de la modifier »³⁹³. La restriction du champ d'application de la solution des arrêts de la Cour de cassation aux procédures collectives est alors consacrée. Il apparaît, parallèlement, que le vendeur peut stipuler une clause de réserve de propriété sans que l'acheteur ne puisse s'y opposer.

Il a fallu attendre l'ordonnance du 23 mars 2006³⁹⁴, faisant suite à la loi du 26 juillet 2005³⁹⁵, pour que cette formulation soit abrogée. La clause de réserve de propriété sera alors qualifiée de sûreté et ne trouvera application qu'à la condition qu'elle soit contractuellement prévue par les deux parties³⁹⁶. Cette solution, consacrée à l'article L. 624-16 alinéa 2 du Code de commerce³⁹⁷, ne concerne cependant que les situations où une procédure collective a été ouverte. Mais qu'en est-il des situations où aucune procédure collective n'est ouverte ? En allant plus loin, qu'en est-il des contradictions entre deux obligations autres que les clauses de réserve de propriété ? Le constat est sans appel : aucune règle générale n'encadre la problématique relative aux clauses croisées³⁹⁸.

109.- Si l'existence de la problématique des clauses croisées entre deux professionnels se comprend aisément, il est aussi des situations où un seul et même cocontractant peut se contredire en utilisant les clauses par référence.

³⁹³ Ancien C. com., art. L. 621-122, al. 2.

³⁹⁴ Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 *relative aux sûretés* : JORF du 24 mars 2006, p. 4475.

³⁹⁵ L. n° 2005-842 du 26 juill. 2005 *pour la confiance et la modernisation de l'économie* : JORF du 27 juill. 2005, p. 12160.

³⁹⁶ P. CROCQ, « La réserve de propriété », JCP G 2006 hors-série, n° 20, p. 23.

³⁹⁷ C. com., art. L. 624-16 al. 2 : « *Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* » – C. civ., art. 2368 : « *La réserve de propriété est convenue par écrit* ».

³⁹⁸ V. *Infra* n°180.

B) Le contradiction émise par un seul des cocontractants

110. - Exposé de la problématique – S'il est compréhensible que des contradictions puissent être révélées entre deux cocontractants, il est des cas où une seule et même partie se contredit elle-même. Ce constat est particulièrement présent lorsque l'un des cocontractants se réfère à plusieurs documents – dont il est le rédacteur – précisant le contenu des obligations. Dans cette situation, en effet, il arrive qu'une même obligation soit retranscrite plusieurs fois mais de manières différentes. En matière d'assurance, ce contentieux est réel et provoqué par le renvoi effectué par l'assureur à ses conditions générales et particulières.

111. - Contradictions entre les conditions générales et particulières : l'exemple du droit des assurances – Les contrats d'assurance comportent souvent un nombre conséquent de documents et, par extension, de clauses par référence³⁹⁹. Si la rédaction laisse planer un doute quant à l'interprétation du contrat, les règles juridiques applicables sont la recherche de la commune intention des parties⁴⁰⁰ et, à défaut, l'application de la clause qui donne un effet au contrat⁴⁰¹. Il existe, toutefois, des situations où une réelle inconciabilité existe, notamment concernant les conditions générales et particulières, et que ces règles d'interprétation sont difficilement applicables. Quelle solution adopter alors lorsque deux clauses se contredisent ? Dans ce cas particulier, les juges vont retenir une solution spécifique. Il s'agira, ainsi, de faire primer les conditions particulières sur les conditions générales⁴⁰². La raison est simple.

³⁹⁹ H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. *Traités*, 2008, p. 360, n° 698.

⁴⁰⁰ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1017, n° 2712.

⁴⁰¹ J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ et K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, t. III : Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 417, n° 865 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1017, n° 2712.

⁴⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1972, n° 70-12133 : RGAT 1972, p. 537, note J. DE MALEVILLE : « *Après avoir relevé que, dans la police la garantie était expressément limitée aux accidents causés aux tiers, la cour d'appel énonce que par tiers il faut entendre, sauf dérogation, les personnes qui n'invoquent pas à l'égard de l'assuré d'obligations nées d'un contrat* ;

Plus les conditions sont particulières, plus il sera considéré qu'elles sont le reflet le plus juste de la volonté des parties et inversement⁴⁰³. Cette solution est, cependant, soumise à la constatation d'une réelle inconciliabilité⁴⁰⁴. Elle ne pourra, en effet, être appliquée que si les deux clauses se contredisent clairement et qu'aucune solution n'est prévue dans le contrat ou autre document contractuel – à l'image d'une hiérarchie applicable. Peut-être serait-il, alors, nécessaire, pour les assureurs, de s'armer et de prévoir des clauses explicitant la force de chaque stipulation les unes par rapport aux autres ou, simplement, d'être attentif à la rédaction de leurs conditions en évitant toute contradiction. Il n'y a, cependant, pas vraiment de difficulté qui se pose du point de vue de ce contractant puisqu'il s'agit des stipulations contractuelles dont il est l'auteur.

Attendu, cependant, que l'arrêt a constaté que ladite police, dans ses conditions particulières et dérogatoires, énumérait au nombre des personnes qui doivent être considérées comme des tiers les fournisseurs et clients des sociétés assurées » – Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, n° 86-16262 : RGDA 1989, p. 641, note J. DE MALEVILLE : « que la cour d'appel, ayant estimé que cette renonciation, qu'elle interprétait strictement, ne s'étendait pas à la compagnie "La Lutèce", assureur de la responsabilité de la locataire, a répondu aux conclusions invoquées, sans méconnaître la primauté des conditions particulières de la police d'assurance litigieuse ni dénaturé, par omission, l'avenant du 18 avril 1978 » – Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2001, n° 99-21617 : RGDA 2001, p. 683, note A. FAVRE-ROCHEX : « Attendu que les clauses des conditions particulières d'une police d'assurance prévalent sur celles des conditions générales au cas où les premières sont inconciliables avec les secondes » – J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ et K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, t. III : Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 422, n° 876 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1017, n° 2712 – F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 150 et s., n° 173 et s.

⁴⁰³ H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. *Traités*, 2008, p. 360-361, n° 699.

⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 1999, n° 96-22399 : RGDA 1999, p. 322, note J. DE MALEVILLE : « Mais attendu que les clauses des conditions générales du contrat d'assurance se bornaient à imposer l'indication, dans les conditions particulières, d'une extension expresse de la garantie personnelle du conducteur à d'autres conducteurs que le souscripteur ; que les conditions générales et les conditions particulières n'étaient dès lors pas inconciliables » – Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, n° 98-14033 : RGDA 2001, p. 295, note J. DE MALEVILLE : « Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a retenu que l'assureur ne pouvait opposer les conditions générales du contrat puisque les conventions spéciales précisaient expressément qu'elles avaient pour objet, nonobstant toute disposition contraire des conditions générales, d'accorder à l'assuré la garantie des risques qu'elles définissaient et que l'article 2.1 de ces conventions spéciales garantissait, sans autre condition, les dommages immatériels causés à l'assuré ;

Attendu, cependant, que les conventions spéciales stipulaient, pour leur application, des définitions applicables « outre les définitions insérées à l'article 1^{er} des conditions générales » et que ce dernier texte définissait le dommage immatériel comme tout préjudice pécuniaire résultant de la privation de jouissance d'un droit, de l'interruption d'un service rendu par une personne ou par un bien meuble ou immeuble ou de la perte d'un bénéfice et qu'entraîne directement la survenance de dommages corporels ou matériels garantis ; qu'en se déterminant comme elle a fait, la cour d'appel a dénaturé la convention des parties et ainsi violé le texte susvisé ».

Il semble, dès lors, logique que les conditions générales soient précisées par les conditions particulières et que ces dernières priment.

Ce n'est, toutefois, pas tout à fait la même chose du point de vue de son cocontractant. A moins de connaître, en effet, la règle applicable en pareil cas, comment l'assuré peut-il maîtriser le contenu de son engagement contractuel ? Comment peut-il savoir qu'il est de jurisprudence constante que les conditions particulières priment sur les conditions générales ? La solution étant, par ailleurs, uniquement jurisprudentielle, il n'est pas à l'abri d'un revirement s'agissant de son cas particulier. Une obligation de renseignement pèserait-elle, une fois de plus, sur le profane ?

112. - Les clauses contradictoires ne sont pas les seules problématiques découlant de la mise en œuvre des clauses par référence, l'évolution dans le temps du contenu des obligations référencées en étant une autre.

II. L'évolution dans le temps du contenu des obligations référencées

113. - Exposé de la problématique – Certains contrats dans lesquels est utilisée la technique de la clause par référence renvoient à des obligations dont le contenu est susceptible d'évoluer dans le temps. Si les parties en sont conscientes, puisqu'une telle situation est bien souvent précisée, et y consentent – dans l'objectif d'éviter le renouvellement des consentements en cas de modification –, cette situation est source d'insécurité. Si les parties ont accepté de se soumettre à une obligation susceptible de modification, il est impossible d'affirmer qu'elles s'engagent en toute connaissance de cause. Si elles acceptent le principe de la modulation de leurs obligations, elles n'en connaissent pas, par avance, le contenu.

114. - Illustrations de la problématique dans les contrats conclus entre professionnels – Plusieurs illustrations peuvent être envisagées s'agissant de l'existence d'obligations référencées susceptibles d'évoluer au cours de la relation contractuelle entre deux professionnels. Il s'agira d'envisager certains contrats de distribution, d'une part, et le contrat de fret, d'autre part.

Concernant, d'une part, les contrats de distribution, certaines données comme l'évolution de la société, des mœurs, la vitesse des innovations, ou encore l'arrivée de nouveaux opérateurs sur le marché doivent nécessairement être prises en considération dans les relations contractuelles. Il est, alors, nécessaire d'envisager des contrats dont le contenu est susceptible de s'adapter le plus rapidement possible à ces éléments. Plusieurs exemples seront envisagés. Le contrat de distribution sélective peut prévoir une référence au cahier des charges qui détermine les normes et précautions du fournisseur nécessaires à la satisfaction de la clientèle et au développement de l'image de marque, de la notoriété et des ventes des produits. Il est évident que la version en vigueur au jour de la signature du contrat sera celle qui sera référencée et acceptée mais elle n'en demeurera pas moins susceptible d'évolution au cours de l'exécution du contrat. Le distributeur devra, dès lors, respecter des obligations qui pourront être adjointes, retranchées ou modulées par rapport au contenu initialement prévu⁴⁰⁵. S'agissant du contrat de concession commerciale, la référence est souvent faite à la liste des produits soumis à l'exclusivité, liste pouvant être complétée ultérieurement⁴⁰⁶. Les contrats de distribution de jeux vidéo en ligne se réfèrent, eux aussi, à un catalogue des jeux susceptibles d'évolution au cours de la relation contractuelle⁴⁰⁷. Ces exemples illustrent bien l'idée selon laquelle le contenu d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite peut évoluer dans le temps et s'imposer aux parties. Le cocontractant devra, ainsi, adapter son exécution du contrat, bien qu'il ait consenti à un autre contenu le jour de sa conclusion.

Concernant, d'autre part, les contrats de transport de marchandises conclus avec la SNCF, ils sont soumis à l'application des conditions générales, particulières⁴⁰⁸ ou tarifs publiés par la société. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle sera le

⁴⁰⁵ « Contrat de distribution sélective », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), Lamy, FI. 232-5, 2011.

⁴⁰⁶ « Contrats de concession commerciale », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), Lamy, 2012, FI. 230-30.

⁴⁰⁷ J.-P. GASNIER, « Contrat de distribution de jeux vidéo en ligne », in *Formulaires ProActa Droit de l'immatériel (depuis 2005)*, P. SIRINELLI, M. VIVANT et J. DE ROMANET (dir.), Lamy, FII. 565-5, 2008.

⁴⁰⁸ B. KERGUELLEN-NEYROLLES (dir.), *Lamy transport, t. II : Commission de transport, Mer, fer, air, commerce extérieur*, Lamy, 2015, n° 1024.

caractère obligatoire de leurs éventuelles évolutions sur les contrats en cours d'exécution. La logique voudrait qu'une nouvelle acceptation soit nécessaire. La Cour de cassation en a, toutefois, décidé autrement dans un arrêt du 9 décembre 1986⁴⁰⁹. La SNCF et la société Le Chevalier étaient, en l'espèce, en relations contractuelles suivies. La première acheminait régulièrement les marchandises de la seconde. Une majoration des tarifs est intervenue et entrée en vigueur durant la relation contractuelle. La SNCF en a donc demandé le règlement à son cocontractant. La société Le Chevalier s'est opposée au paiement de la somme demandée en arguant du fait qu'elle n'avait pas eu connaissance de la modification, et n'y avait donc pas consenti. Selon elle, la SNCF ne pouvait, donc, pas lui en demander le paiement rétroactif. Le tribunal de première instance a appuyé ce raisonnement. La Cour de cassation a sanctionné le jugement. Elle a constaté que, selon le Cahier des charges de la SNCF⁴¹⁰, approuvé par décret⁴¹¹, les tarifs de la société ferroviaire sont publiés au Bulletin des tarifs avant leur entrée en vigueur dont la date est d'ailleurs indiquée. La Haute juridiction a donc considéré que, dès lors que les conditions de transport et de prix sont publiées, elles deviennent imposables aux usagers. La société Le Chevalier avait, donc, l'obligation d'adapter son exécution du contrat aux évolutions du contenu de ses obligations sans que leur caractère obligatoire ne soit soumise à une réitération de son consentement.

Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont donc bien susceptibles d'évolution dans le temps dans les rapports entre professionnels. Il s'agit alors de s'intéresser à la solution retenue en matière de droit de la consommation.

115. - Illustrations de la problématique dans les contrats de consommation – Concernant les contrats de consommation, il semble que l'appréciation de l'évolution du contenu des obligations référencées soit quelque peu

⁴⁰⁹ Cass. com., 9 déc. 1986, n° 84-17605 : Bull. civ. IV, n° 237, JCP E, 1987, I, p. 16075 – M. ALLEGRET, « Transport ferroviaire interne », J.-Cl. Commercial, fasc. 616, 1989 – B. MERCADAL, « Contrat de transport », Rép. com. Dalloz, 2014, pt. 107.

⁴¹⁰ Cahier des charges de la SNCF, art. 26, al. 2 annexe du D. n°83-817 du 13 sept. 1983 *portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français SNCF* : JORF du 14 sept. 1983, p. 2789 : « *Les prix applicables au transport des marchandises résultent, soit de l'application de tarifs publiés avant leur mise en œuvre, soit de contrats ou accords particuliers établis conformément aux articles 25 à 27 ci-après* ».

⁴¹¹ D. n°83-817 du 13 sept. 1983 *portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français SNCF* : JORF du 14 sept. 1983, p. 2789.

différente. Un arrêt⁴¹² récent impliquant la société Free illustre la méfiance et, de surcroît, le rejet par les juges du caractère obligatoire de telles obligations. Monsieur X a, en l'espèce, souscrit un contrat d'abonnement lui offrant un accès Internet auprès de la société Free en août 2009. En avril 2011, la société a adressé un e-mail à ses abonnés les informant qu'à partir du 1^{er} juin suivant, les conditions contractuelles seraient modifiées, et, notamment, s'agissant des frais de résiliation. Free invitait alors les utilisateurs à se référer aux nouvelles stipulations sur leur interface de gestion. En novembre de la même année, Monsieur X a fait part à son cocontractant de sa volonté de résilier son abonnement. Le professionnel lui a alors réclamé les frais de résiliation nouvellement mis en place. Après que Monsieur X ait saisi une juridiction de proximité exonérant le demandeur des frais de résiliation demandés, l'affaire a été portée devant la Cour de cassation.

La société Free a invoqué alors son respect de l'article L. 121-84 du Code de la consommation⁴¹³ qui lui impose d'informer ses consommateurs de toute modification des conditions contractuelles et d'explicitier l'idée selon laquelle l'abonné a la possibilité de résilier son contrat sans frais jusqu'à quatre mois après l'entrée en vigueur du changement à condition qu'il ne l'ait pas accepté. Le professionnel a alors effectué un calcul simple. Cinq mois s'étant écoulés entre l'application de la modification et la résiliation par Monsieur X, les frais de résiliation étaient dus. La Haute juridiction a, quant à elle, appréhendé les faits différemment. Elle a, en effet, soulevé le non-respect de la disposition légale consumériste par la société Free qui n'avait en aucun cas précisé, dans l'e-mail envoyé à ses utilisateurs, de leur possibilité de résilier sans frais leur abonnement dans le délai de quatre mois. Les magistrats ont constaté que, pour trouver cette « porte de sortie » qui leur était offerte, les usagers étaient dans l'obligation de se livrer à des recherches complexes et que, même si ces dernières aboutissaient, la rédaction utilisée ne leur permettait pas de comprendre, sur le fond, cette opportunité. Il semble donc que les obligations non matérialisées par renvoi

⁴¹² Cass. civ. 1^{ère}, 2 juill. 2014, n° 13-18062 : RLDI 2014/107, obs L. COSTES.

⁴¹³ C. consom., art. L. 121-84 : « *Tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ».

explicite dont le contenu est susceptible d'évoluer au cours de la relation contractuelle sont prohibées s'agissant des contrats de consommations.

Il est alors possible de pousser le raisonnement un peu plus loin en se demandant si la Cour de cassation n'a pas rejeté l'éventuelle existence d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite d'adhésion aux modifications des conditions générales si l'adhérent ne résilie pas son abonnement avant le délai posé par l'article L. 121-84 du Code de la consommation. L'arrêt montre bien que, dès lors que le consommateur adhère à des conditions contractuelles, cela ne signifie en aucun cas qu'il soit obligé de consentir à toute modification unilatérale de son contrat. Il ne s'agit ici que d'un pur reflet de la liberté contractuelle, choisir de contracter ou non dans certains termes. Lorsqu'existent des documents contractuels, il est dès lors inenvisageable d'imposer à son cocontractant toute obligation qui ne serait pas matérialisée, en l'espèce, l'obligation d'adhérer aux modifications des conditions contractuelles.

116. - Si le consommateur est protégé, l'évolution des obligations référencées est bien une donnée à prendre en compte et le cocontractant se doit, une fois de plus, d'y être vigilant.

*

117. - Bilan – Il est nécessaire, lorsqu'un contrat est conclu, que les parties aient eu la possibilité de s'engager en toute connaissance de cause. Elles doivent, à ce titre, pouvoir maîtriser l'intégralité du contenu obligationnel qui sera obligatoire. Si elles sont de pratique courante, les obligations non matérialisées par renvoi explicite posent des difficultés quant à cette exigence auxquelles leurs conditions de validité ne pallient pas. Les difficultés relatives à l'accès à leur contenu et à leur exécution ne permettent pas, en effet, à l'un ou à l'ensemble des contractants, de s'engager de manière totalement éclairée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

118. - Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite est reconnue par le droit positif. Le recours au mécanisme contractuel qu'est la clause par référence est une pratique utilisée tant dans les contrats conclus entre professionnels que dans les autres relations contractuelles. La reconnaissance de sa validité par le droit de la consommation appuie l'idée selon laquelle ces stipulations présentent des avantages juridiques qui ne sont pas remis en cause par un manque de sécurité. Les consommateurs et non-professionnels correspondant à une catégorie de personnes surprotégées, si la pratique des obligations non matérialisées par renvoi explicite présentait, pour le législateur, des dangers, il aurait certainement choisi de les prohiber s'agissant de ces contrats en particulier.

Le conditionnement du caractère obligatoire de telles obligations semble, d'ailleurs, protéger le consentement des cocontractants. Imposer, en effet, que les parties aient conscience du fait que le contenu référencé appartient au champ contractuel et exiger qu'elles soient en mesure d'en avoir pris connaissance avant la conclusion du contrat impliquent qu'elles se sont engagées en toute connaissance de cause.

119. - Des difficultés relatives à leur mise en œuvre sont, toutefois, constatables et révèlent les lacunes de l'encadrement des clauses par référence, notamment s'agissant de sa seconde condition de validité. Le fait, en effet, de donner la possibilité aux contractants de connaître le contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite n'implique pas, en pratique, une prise de connaissance effective. La SNCF, par exemple, donne la possibilité à ses usagers de se référer à ses conditions générales de vente sur Internet – sans qu'il ne soit nécessaire que le contrat ait été conclu de façon électronique. En le précisant, la société remplit la condition de validité imposée s'agissant des clauses par référence qui sera, dès lors, obligatoire. Malgré ce postulat, il ne peut pas être établi que ses cocontractants aient pu avoir matériellement – en l'absence, par exemple, de connexion Internet avant la conclusion du contrat – ou intellectuellement – s'agissant, par exemple, de leur complexité rédactionnelle – accès au contenu référencé.

120. - Si elles posent des difficultés en pratique, les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont juridiquement valables et donc imposables aux parties dès lors que leurs conditions d'existence sont remplies. Il s'agit, alors, de s'intéresser à leur fondement afin de comprendre les raisons de leur effet contraignant.

Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite

121. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont obligatoires dans le cadre d'une relation contractuelle dès lors qu'il existe une clause par référence. Cette dernière, prévue dans l'acte instrumentaire mis en place par les parties, n'en retranscrit, toutefois, pas le contenu. Lorsque les contractants signent le contrat, ils acceptent donc le mécanisme de la clause contractuelle et, ainsi, le fait que le contenu obligationnel est complété par d'autres stipulations que celles qui sont prévues par écrit. Les conditions de validité des clauses par référence n'imposent pas une acceptation spécifique de l'obligation référencée, seulement la conscience, pour les parties, qu'elle est intégrée au contenu obligationnel et le fait, pour celle qui l'oppose, d'avoir mis son cocontractant en mesure d'en prendre connaissance. L'acceptation porte donc d'avantage sur l'idée selon laquelle le contenu de l'engagement doit être complété par d'autres obligations que sur le contenu référencé à proprement parler. Il semble donc que ce dernier ait un effet contraignant parce que le contrat conclu contient une clause par référence qui s'impose aux parties.

Le fait que la stipulation contractuelle ait force obligatoire justifie donc le caractère obligatoire de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite (Section 1). Cette idée reste cependant limitée par les difficultés résultant de la mise en œuvre de ce mécanisme contractuel (Section 2). La force obligatoire est liée à l'intégrité du consentement des contractants des parties. Or, l'absence, parfois constatable en pratique, de connaissance ou de compréhension du contenu obligationnel obligatoire – liées aux difficultés d'accès et d'exécution du contenu de ces obligations – remet le caractère éclairé du consentement des parties en question.

Section 1 : L'obligatorité des obligations non matérialisées justifiée par le principe de la force obligatoire

122. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont valables et qui s'impose aux parties dès lors que leurs conditions de validité sont respectées. Il s'agit alors de se demander ce qui justifie juridiquement leur effet contraignant. Retenir la force obligatoire comme fondement du caractère obligatoire des obligations référencées

s'explique à deux égards, s'agissant à la fois de sa notion (Paragraphe 1) et de son champ d'application (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notion de force obligatoire

123. - La justification de l'identification de la force obligatoire comme fondement du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite s'explique par l'étude de sa notion. Il s'agira, à ce titre, d'en analyser le contenu (I) ainsi que les sources (II).

I. Le contenu de la notion de force obligatoire

124. - **La force obligatoire, les cocontractants et les obligations non matérialisées par renvoi explicite** – La force obligatoire est inspirée de l'adage *pacta sunt servanda*⁴¹⁴ qui correspond à « *une prescription tirée par les canonistes du fondement moral qu'ils assignaient aux rapports juridiques et d'après lequel les promesses ont force obligatoire par elles-mêmes* »⁴¹⁵.

En droit positif, définir la force obligatoire invite à se tourner vers l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du Code civil. Ce dernier explique que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». La lecture de cette disposition implique que, dès lors qu'un contrat est valablement⁴¹⁶ conclu, il s'impose aux parties au même titre que la loi. Le parallèle effectué avec cette dernière a pour objectif d'exprimer la force de l'engagement conclu par les parties. Ayant manifesté leur volonté de créer le contrat, elles doivent, ainsi, en respecter les stipulations comme une loi. Monsieur le Professeur Pascal Ancel explique simplement que « *la force obligatoire est ramenée, de manière plus ou moins consciente, à l'idée que le contrat crée des*

⁴¹⁴ « *Les conventions doivent être respectées* ».

⁴¹⁵ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 613, n° 308.

⁴¹⁶ Un contrat valablement conclu est celui qui respecte les conditions de formation imposées par le Code civil (C. civ., art. 1108), qui est adéquation avec l'ordre public et les bonnes mœurs (C. civ., art. 6) et qui ne peut pas être neutralisé par une loi impérative (V. J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil », RTD civ. 2001, p. 265).

obligations pour les parties »⁴¹⁷. C'est donc l'accord de volonté qui va créer les obligations qui s'imposeront aux contractants⁴¹⁸. Ces derniers doivent, donc, exécuter ce à quoi ils se sont engagés⁴¹⁹.

La force obligatoire correspond, en résumé, au caractère obligatoire d'un contrat et, par extension de son contenu obligationnel. C'est son effet contraignant. Autrement dit, « *ce que les parties ont voulu s'impose à elles dans les conditions même où elles l'ont voulu* »⁴²⁰. Les parties doivent, ainsi, respecter le contenu de l'engagement contractuel auquel elles ont consenti. A ce titre, si elles ont été consentantes pour renoncer à la matérialisation du contenu d'une obligation, tout en faisant jouer le mécanisme d'une clause par référence, c'est qu'elles ont choisi de s'y soumettre. Au nom de la force obligatoire, elles devront donc l'exécuter dans le cadre de leur relation contractuelle.

125. - La force obligatoire, le juge et les obligations non matérialisées par renvoi explicite – Si la force obligatoire a des effets entre les parties qui doivent respecter leur engagement, elle en produit aussi s'agissant le juge. Ces derniers sont révélés par le principe de non-immixtion⁴²¹ qui empêche le pouvoir judiciaire de s'ingérer dans la sphère contractuelle⁴²². A moins d'user de son pouvoir modérateur qui lui octroie la possibilité de modifier des clauses contractuelles excessives ou abusives⁴²³, ou de son pouvoir d'interprétation lui dictant de rechercher la volonté des parties⁴²⁴ – bien qu'en

⁴¹⁷ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

⁴¹⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 25.

⁴¹⁹ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 335-10 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 25.

⁴²⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 485, n° 438.

⁴²¹ M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 95.

⁴²² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 686, V° *Non-immixtion* : « *Non-ingérence, non-intervention dans les affaires d'autrui* ».

⁴²³ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 361, n° 753 – Sur le pouvoir modérateur du juge, V. *Infra* n° 549 et s.

⁴²⁴ C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » – Sur le pouvoir d'interprétation du juge, V. *Infra* n° 555 et s.

pratique ce ne soit pas toujours le cas⁴²⁵ –, la liberté contractuelle empêche toute intervention du juge dans la détermination du contenu des contrats.

Il peut donc être considéré comme un « *Ministre de la volonté des parties* »⁴²⁶ en recherchant justement ce qu'était leur commune intention et en leur imposant de respecter les obligations contractées. C'est donc bien au nom de la force obligatoire du contrat que le juge reconnaîtra le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Si les parties ont, ainsi, consenti à se soumettre à certain un contenu obligationnel en stipulant une clause par la référence, et que, de surcroît, elle a été insérée dans l'écrit principal accepté par les parties, c'est bien par application du principe de la force obligatoire que le juge pourra en imposer l'exécution. C'est donc, en premier lieu, la stipulation contractuelle qui sera dotée de force obligatoire et, par extension, le contenu qui y est référencé.

126. - Bilan – La force obligatoire est donc le mécanisme qui va imposer aux parties de respecter le contenu des obligations auxquelles elles ont consenti. Elle s'appliquera sans distinction de la matérialisation ou non du contenu obligationnel. C'est, ainsi, parce que les parties ont consenti au caractère obligatoire d'une obligation dont le contenu est référencé et qu'elles ont choisi de ne pas la retranscrire qu'elles devront la respecter – par elles-mêmes ou par l'intervention du juge.

La force obligatoire de la clause par référence justifie donc le caractère obligatoire du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Les sources de ce principe vont, elles aussi, appuyer le choix de ce fondement.

⁴²⁵ V. Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 122, n° 140 : « combler le vide contractuel [pour le juge] ne consiste pas toujours à rechercher les volontés probables des parties » – V. *Infra* n° 564 et s.

⁴²⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 25.

II. Les sources de la force obligatoire

127. - La source de la force obligatoire : un grand débat – S'il est plutôt aisé de comprendre la notion même de la force obligatoire, il en va différemment concernant sa source. A ce sujet, il est possible de constater que « *la lecture des ouvrages ou articles consacrés au fondement de la force obligatoire du contrat, laisse dans l'esprit un étrange malaise. Cette question est une de celles qui semblent comporter des développements aussi vagues que dogmatiques* »⁴²⁷. Quelle que soit la source retenue, elle apparaîtra comme une justification supplémentaire s'agissant de l'identification du fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Il convient donc d'envisager les différentes propositions émises quant au fondement de la force obligatoire. Si les unes présentent un caractère traditionnel (A), d'autres en présentent une analyse renouvelée (B).

A) Les analyses traditionnelles des sources de la force obligatoire

128. - L'analyse traditionnelle des sources de la force obligatoire invite à envisager l'autonomie de la volonté (1) et la loi (2).

1. L'autonomie de la volonté

129. - La consécration de l'autonomie de la volonté comme source de la force obligatoire – A la fin du 19^{ème} siècle⁴²⁸, la force obligatoire des contrats était envisagée comme fondée par le principe de l'autonomie de la volonté.

L'Homme est considéré comme capable de se dicter sa propre loi. Il est, de ce fait, libre de contracter en des termes qu'il choisit et de se soumettre à ce à quoi il s'est engagé. Ce serait, donc, parce que la volonté des contractants est autonome qu'elle peut faire du contrat une loi propre. Autrement dit, c'est parce que l'Homme choisit de

⁴²⁷ M.-J. RUSTAN, *Le fondement de la force obligatoire du contrat*, thèse, Montpellier, 1949, p. 1.

⁴²⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912 – R. TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien droit français*, thèse, Paris, 1931.

s'engager et de le faire d'une certaine façon qu'il est obligé⁴²⁹. La force de l'engagement conclu par les parties résidant dans l'exécution des stipulations prévues, et donc dans la bonne exécution du contrat, elle trouverait sa justification dans le fait que ces mêmes contractants ont manifesté leur volonté de créer le contrat, et de le respecter comme une loi. Si l'autonomie de la volonté est reconnue comme source de la force obligatoire, cela justifie que cette dernière soit appliquée aux obligations non matérialisées par renvoi explicite. Puisque la volonté des parties est de se soumettre à une clause par référence et de ne pas matérialiser le contenu de leur obligation, c'est bien la stipulation contractuelle qui a force obligatoire. Le contenu référencé est donc obligatoire parce que la clause a force obligatoire.

Le fait d'avoir érigé la volonté des individus au rang de justification de la force obligatoire a, toutefois, connu ses limites par la multiplication des interventions législatives restreignant les libertés des individus.

130. - Les limites de l'autonomie de la volonté comme source de la force obligatoire – Le fait que le contrat s'impose aux parties est indéniablement lié à leur volonté de conclure un contrat et donc à l'autonomie de la volonté. Il est, en effet, impossible de contraindre un individu à contracter ou à ne pas contracter. S'il est certain que de forts liens existent entre la force obligatoire et l'autonomie de la volonté, qualifier la seconde de fondement de la première peut être discutable. Portalis rejetait, d'ailleurs, déjà la doctrine qui attribue la force obligatoire des contrats à l'autonomie de la volonté. Il expliquait, à ce titre, que « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi* »⁴³⁰. La pratique, qui révèle de plus en plus de mécanismes portant atteinte à l'autonomie de la volonté⁴³¹, met en relief

⁴²⁹ P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, E. Bruylant, 2000, p. 33 et s., spéc. p. 46 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 32, n° 21.

⁴³⁰ J.-E.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi sur le titre préliminaire du Code civil*, CE, Séance du 4 ventôse An XI.

⁴³¹ V. Notamment toutes les lois d'ordre public.

l'idée selon laquelle la « *puissance de la volonté n'est pas absolue* »⁴³². Certaines obligations vont, dès lors, être dotées de force obligatoire sans que les parties ne l'aient décidé⁴³³ et, à l'inverse, la force obligatoire de ce qu'elles ont convenu peut être supprimée⁴³⁴. L'immutabilité absolue du contenu obligationnel remise en cause, la qualification de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire apparaît, dès lors, limitée et réductrice.

Concernant les obligations non matérialisées par renvoi explicite, il est, d'ailleurs, possible de s'interroger sur l'objet de la volonté des parties. Ne porterait-elle, en effet, pas plus sur les avantages induits par ce recours que sur la référence en elle-même ? Il est envisageable de considérer que le recours à cette technique contractuelle serait de répondre à des impératifs extérieurs, et notamment de nature économique⁴³⁵. L'autonomie de la volonté relève ici plus de leur recherche d'intérêts⁴³⁶ que du mécanisme de la clause par référence à proprement parler.

131. - Parallèlement, a été développée l'idée selon laquelle la prise en considération de la seule volonté des parties est insuffisante puisqu'ils ne peuvent le faire que parce que la loi le leur permet⁴³⁷. Selon cette idée, en concluant un contrat, les individus

⁴³² Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 748.

⁴³³ V. par ex. : C. consom., art. L. 121-20-12 I al. 1^{er} concernant les contrats à distance, « *Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités* » : le délai de rétractation dans les contrats à distance est une obligation d'ordre public dont le contenu (la durée) s'impose aux parties sans qu'elles ne l'aient choisie.

⁴³⁴ V. par ex. : C. consom., art. L. 313-10 : « *Un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* » : en sanctionnant les contrats dans lesquels la caution a pris un engagement manifestement disproportionné à ses biens et revenus, la loi restreint bien l'autonomie de la volonté des parties puisqu'elles ne seront plus liées par ce qu'elles ont convenu.

⁴³⁵ Sur les intérêts du recours aux obligations non matérialisées par renvoi explicite, V. *Supra* n° 58.

⁴³⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

⁴³⁷ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LDGJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 25, n° 13.

décident de se soumettre à un cadre juridique⁴³⁸ plus qu'au contrat⁴³⁹. Cette dernière est, ainsi, parfois défendue comme source de la force obligatoire.

2. La loi

132. - La consécration de la loi comme source de la force obligatoire – Si la loi a le pouvoir de restreindre les libertés contractuelles des individus, cela signifie que le poids de leur volonté n'est pas absolu. Si leur volonté n'est pas absolue, elle ne peut être considérée comme le fondement de la force obligatoire. Cette idée est particulièrement illustrée par la rédaction de l'article 1134 du Code civil. Ce dernier ne vise en effet les « *conventions légalement formées* ». Cette formulation suppose une conformité du contrat à la loi et donc une soumission à des règles qui trouvent leur origine en dehors de la volonté propre des contractants⁴⁴⁰. Kelsen⁴⁴¹ avait déjà effectué ce rapprochement entre la force obligatoire et la loi. Selon le philosophe du droit, la force obligatoire ne serait pas légitimée par la volonté des parties mais par celle du législateur de les sanctionner⁴⁴². Il justifie son postulat par l'application du mécanisme de la hiérarchie des normes. Les parties à un contrat pourraient, ainsi, le former uniquement parce que le droit positif leur en donne la possibilité. Selon cette vision, c'est donc uniquement grâce à la loi que l'exécution forcée peut être imposée et, ainsi, la force obligatoire justifiée. La volonté des parties ne peut, expliquait Portalis, prendre le pas sur « *la sainteté des*

⁴³⁸ A mettre en parallèle avec la justification de la création de la société selon HOBBS : la société est ainsi créée parce que « *j'autorise cet homme ou cette assemblée et je lui donne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et que tu autorises toutes ses actions de la même manière* » : T. HOBBS, *Léviathan*, 1651, rééd. Dalloz, 1999, spéc. chap. XVIII, p. 177. Ainsi, suivant cette idée, si un contrat est formé, c'est que j'accepte de me soumettre à la loi et que mon cocontractant en fait de même.

⁴³⁹ P. RAYNAUD, « Préface », in J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1971, p. 62, n° 47.

⁴⁴⁰ V. en ce sens : M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 106 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 357, n° 748.

⁴⁴¹ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD, 1940, p. 33 s., spéc. p. 47.

⁴⁴² J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

lois »⁴⁴³. Messieurs les Professeurs Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck expliquent que cette doctrine reprend l'idée selon laquelle « *la volonté ne créerait pas les obligations contractuelles ; son rôle serait exclusivement d'accepter ou de refuser de se soumettre aux différents statuts qu'organisent la loi, les usages et les contrats typés* »⁴⁴⁴. Autrement dit, l'autonomie de la volonté justifie l'engagement contractuel, la formation du contrat, mais c'est la loi qui lui donne force obligatoire⁴⁴⁵. C'est donc elle qui dote son contenu obligationnel au contrat d'un effet contraignant. Dans cette hypothèse, si une obligation non matérialisée par renvoi explicite est obligatoire, c'est parce que la loi reconnaît la validité de la clause par référence. Si la loi est, ainsi, la source de la force obligatoire, c'est bien cette dernière qui fonde le caractère obligatoire de la technique contractuelle qui impliquera, alors, l'effet contraignant du contenu de l'obligation référencée.

133. - Les limites de la loi comme source de la force obligatoire – Envisager la loi comme source de la force obligatoire semble, toutefois, constituer une vision présentant certaines limites. S'il est certain que la loi impose aux parties la force obligatoire de leur engagement, il s'agit de se demander si elle peut réellement en être qualifiée de source. Il apparaît, en effet, peut-être plus juste de qualifier la loi de mécanisme permettant de faire respecter un engagement valable⁴⁴⁶ plutôt que de justification de la force obligatoire d'un contrat.

⁴⁴³ J.-E.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi sur le titre préliminaire du Code civil*, CE, Séance du 4 ventôse An XI : « *Toutes ces dangereuses doctrines [qui justifient la force obligatoire par l'autonomie de la volonté] (...) doivent disparaître devant la sainteté des lois* ».

⁴⁴⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 748 – G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965.

⁴⁴⁵ Ch.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, vol. 6 : suivant l'ordre du Code civil*, Warée oncle et Warée fils aîné, Paris, 1824, p. 4, n° 3 : « *Il y en a d'autres [des obligations] que la loi n'impose que par le moye ou par la suite de cette volonté qu'elle sanctionne. Ce sont les obligations conventionnelles produites immédiatement par les contrats* » et p. 200, n° 191 : « *La loi sanctionne les conventions ; elle leur prête toute sa force ; en un mot, elle les érige en lois, comme le dit énergiquement l'article 1134* ».

⁴⁴⁶ V. en ce sens : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 126, n° 156.

134. - La source de la force obligatoire a alors été rattachée à des considérations plus sociétales. Il était important de prendre en considération l'Homme. Monsieur le Professeur Laurent Aynès⁴⁴⁷ a rappelé que s'il y a un contrat, c'est avant tout parce qu'une partie a besoin de l'autre et réciproquement. Des analyses renouvelées des sources de la force obligatoire ont, alors, été développées.

B) Les analyses renouvelées des sources de la force obligatoire

135. - Face à la désuétude pratique des notions traditionnellement considérées comme source de la force obligatoire, des analyses modernes sont nées. Un rattachement du principe aux notions d'utile⁴⁴⁸ (A) et à celle d'attente légitime (B) ont, ainsi, été envisagées. Ces nouveaux fondements appuient, eux aussi, le choix de la force obligatoire s'agissant de la justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

1. L'utile

136. - L'utile – La notion d'utile peut, d'une part, être considérée comme une source de la force obligatoire des contrats. L'idée est simple. Le contrat est « *un instrument essentiel des relations des hommes dans la société (...)* [il présente une] *utilité sociale* »⁴⁴⁹. Monsieur le Professeur David Deroussin a expliqué la pensée de Bentham

⁴⁴⁷ L. AYNES, « A propos de la force obligatoire du contrat », RDC 2003/1, p. 323.

⁴⁴⁸ Remarque : La notion d'utile peut être associée à celle de juste (V. en ce sens : J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147 – J. GHESTIN, « La relativité du contrat », in *Travaux de l'association H. CAPITANT*, Journées nationales Nantes 1999, LGDJ, 2000, p. 223 et s., spéc. p. 235 – Sur la notion de juste, V. *Infra* n° 422. Il est, toutefois, permis de penser qu'il s'agit plutôt d'une condition pour que la loi octroie une force obligatoire à un contrat. En effet, Monsieur le Professeur Jacques GHESTIN (J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron. I, p. 1 et s) explique que « *le contrat n'est obligatoire que s'il est juste* ». Autrement dit, le juste n'est pas la raison pour laquelle il est nécessaire que le contrat soit pourvu de force obligatoire mais la condition à laquelle il le sera. L'utilité, plus que le juste, peut donc être considérée comme une source de la force obligatoire des contrats. – V. *Contra* : M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2013, pt. 108 : « *Ce sont donc les notions d'utile et de juste (...) qui justifieraient la force obligatoire du contrat* ».

⁴⁴⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 193, n° 254.

qui inspire cette idée. Il s'agit de placer la force obligatoire « à la jonction de l'utilité particulière et de l'utilité générale »⁴⁵⁰.

Il s'agit de s'intéresser, dans un premier temps, à l'utilité générale. Le caractère utile d'un contrat réside dans sa fonction d'échange. La multiplication des échanges permet d'encourager le commerce et, ainsi, un bon fonctionnement du marché qui est bénéfique pour l'économie et donc pour la société. L'échange n'est, toutefois, possible que parce que des contrats sont conclus et donc que des obligations sont créées et, surtout, respectées⁴⁵¹. Un contrat ne peut pas, dès lors, présenter d'utilité générale s'il est dépourvu de force obligatoire⁴⁵². Autrement dit, c'est parce que le contrat est utile qu'il est doté de son effet contraignant.

Si l'utilité générale est garantie par la force obligatoire, elle n'est pas la seule. L'utilité particulière est, elle aussi, dans un second temps, protégée par l'effet contraignant du contrat en ce qu'elle permet aux contractants de bénéficier d'une bonne réputation. Elle favorise, ainsi, un élément indispensable aux relations contractuelles, celui de la confiance du créancier. Pour s'engager dans une relation contractuelle, il est nécessaire d'avoir confiance en son cocontractant par la certitude qu'il respectera ses obligations. C'est bien la force obligatoire qui va ici le permettre. Si la force obligatoire subit un déclin, une baisse de confiance du créancier sera corrélative et ce dernier conclura plus de contrat.

137. - Il existe, donc, un lien certain entre l'utilité particulière, l'utilité générale ou publique⁴⁵³ et la force obligatoire. En l'absence de cette dernière, en effet, le créancier perdrait toute confiance et il ne s'engagerait plus. Or, si les opérations contractuelles diminuaient, les échanges suivraient la même courbe et la pérennité du commerce et de l'économie en seraient alors altérés. La force obligatoire semble donc justifiée à la fois par l'utilité particulière et par l'utilité générale en ce qu'elle permet de protéger et

⁴⁵⁰ D. DEROUSSIN, « Bentham, l'utilitarisme et le contrat », in *Histoire, théorie et pratique du droit*, Etudes offertes à M. VIDAL, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 431 et s., spéc. p. 441 et s.

⁴⁵¹ J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147.

⁴⁵² L. AYNES, « A propos de la force obligatoire du contrat », RDC 2003/1, p. 323 : « *Mais aucune société ne peut exister, humaine, sans un respect scrupuleux du contrat* ».

⁴⁵³ J. BENTHAM, *Défense de l'usure ou lettre sur les inconvénients des lois qui fixent le taux de l'intérêt de l'argent*, Malher et compagnie, Paris, 1828, p. 91 – J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron. I, p. 1 et s.

d'encourager les opérations contractuelles. Autrement dit, c'est parce que le contrat présente une utilité, qu'il doit être pourvu de force obligatoire. L'utilité apparaît donc, sans qu'il ne soit réellement nécessaire de parler de source, comme une justification de la force obligatoire des contrats.

138. - L'utile, la force obligatoire et les obligations non matérialisées par renvoi explicite – L'utilité peut donc être considérée comme une source de la force obligatoire des contrats de manière moins contestable que les précédentes. S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, l'utile comme source de la force obligatoire est intéressante à développer. Les clauses par références présentent, en effet, des caractères d'utilité générale et particulière. Utilité générale d'une part, puisque les obligations non matérialisées par renvoi explicite facilitent la conclusion des contrats et participe au bon fonctionnement de l'échange visé. Utilité particulière, d'autre part, puisque la force obligatoire de la clause par référence garantit au créancier que le contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite sera respecté. C'est donc parce que la clause par référence est utile qu'elle est dotée de force obligatoire et, partant, que le contenu de l'obligation référencée s'impose aux parties.

139. - Si l'utile apparaît comme une justification moderne de la force obligatoire, peu contestable, fondant juridiquement le caractère obligatoire des clauses par référence, l'idée d'attente légitime a, parallèlement, été développée.

2. L'attente légitime

140. - La consécration de l'attente légitime comme source de la force obligatoire – L'attente légitime du contractant peut être définie comme « *un sentiment d'anticipation conforme au droit, éprouvé par une partie au contrat – qu'elle soit créancière ou débitrice – en vertu d'un contrat* »⁴⁵⁴. Le Doyen Carbonnier⁴⁵⁵ et

⁴⁵⁴ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse, Amiens, 2008, p. 309, n° 419.

⁴⁵⁵ J. CARBONNIER, « Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 oct. 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1986, p. 29 et s., spéc. p. 34 et s. – J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, A. Colin, 1972, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, PUF, 2004, p. 134.

Monsieur le Professeur Hervé Lecuyer⁴⁵⁶ ont, notamment, eu l'occasion de reprendre cette notion afin de la mettre en relation avec celle de force obligatoire. Il s'agit de considérer le contrat comme un acte de prévision et de se placer du point de vue du créancier. La raison pour laquelle le contrat doit avoir force obligatoire réside alors dans l'idée selon laquelle le créancier doit pouvoir obtenir ce à quoi il s'attend⁴⁵⁷. Intervient alors le qualificatif « légitime ». Le débiteur ne serait tenu que par ce à quoi le créancier pouvait légitimement s'attendre en considération de la relation contractuelle.

Il est possible d'illustrer cette idée par le contrat de cautionnement. L'article L. 341-4 du Code de la consommation⁴⁵⁸ sanctionne le cas dans lequel un créancier professionnel conclut un contrat aux termes duquel une personne s'est portée caution d'une autre à hauteur d'un montant disproportionné par rapport à ses facultés contributives. Il est ici un exemple du rapport entre la force obligatoire des contrats et l'attente légitime du créancier⁴⁵⁹. Le législateur attend du créancier professionnel qu'il apprécie, au moment de la conclusion du contrat, l'absence de disproportion entre le montant de l'engagement et les revenus et biens de la caution⁴⁶⁰. L'attente légitime de la banque étant le remboursement du montant cautionné en cas de défaillance du débiteur principal, son obligation de vérifier la proportionnalité entre le montant garanti et les

⁴⁵⁶ H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », LPA 4 mai 1998, p. 44.

⁴⁵⁷ J. CARBONNIER, « Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 oct. 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1986, p. 29 et s., spéc. 35 : « *ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçu* ».

⁴⁵⁸ C. consom., L. 341-4 : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ».

⁴⁵⁹ V. en ce sens : H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », LPA 4 mai 1998, p. 44, spéc. à propos de Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14105 : JCP E 1997, 1007, note D. LEGEAIS ; JCP G 1998, I. 103, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE : « *Mais attendu qu'après avoir retenu que M. X... avait souscrit un aval de 20 000 000 francs, " manifestement disproportionné " à ses revenus, d'un montant mensuel de 37 550 francs, et à son patrimoine, d'un montant inférieur à 4 000 000 francs, la cour d'appel, tout en estimant que M. X... n'avait pas commis d'erreur, viciant son consentement, a pu estimer, en raison de " l'énormité de la somme garantie par une personne physique ", que, dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, " sans aucun rapport " avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ; qu'ainsi, et abstraction faite des motifs surabondants, relatifs au caractère perpétuel de l'engagement litigieux, critiqués par la seconde branche, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

⁴⁶⁰ Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-18106 : Contrats, conc., consom. 2011, n° 176, obs. G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 2863, note S. PIEDELIEVRE : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors que la disproportion s'apprécie lors de la conclusion de l'engagement au regard du montant de l'engagement et des biens et revenus de la caution, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

capacités de remboursement de la caution y fait bien référence. En refusant de donner force obligatoire au contrat qui ne prend pas en considération ce qu'aurait pu légitimement attendre le créancier⁴⁶¹, le législateur met en exergue le lien entre les deux notions.

S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite la prise en considération de l'attente légitime peut se faire. Si l'une des parties insère, dans le contrat, une clause par référence – pour laquelle elle est créancière du contenu – elle s'attend légitimement à ce que le contenu de l'obligation soit exécuté par son cocontractant. Si l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est obligatoire, c'est donc parce que la clause qui s'y réfère a force obligatoire du fait de l'attente légitime de son créancier. Cette dernière notion ne peut, toutefois, pas s'appliquer à l'ensemble des situations générées par ces obligations. Qu'en est-il, par exemple, des clauses contradictoires ? De quel point de vue faudrait-il se placer afin de choisir celle qui sera obligatoire si chacune des parties souhaite imposer une obligation dont elle est créancière ?

Concernant les obligations non matérialisées par renvoi explicite, les limites de l'attente légitime se révèlent, ainsi, s'agissant du fondement de la force obligatoire. Plus généralement, si le lien entre l'attente légitime et la force obligatoire n'est pas remis en question, il s'agit de se demander si la première peut réellement être qualifiée de source de la seconde.

⁴⁶¹ V. en ce sens : Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67814 : Bull. civ. IV, n° 112 ; D. 2010, p. 1985, note D. HOUTCIEFF et actu., p. 1620, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2010, p. 552, obs. C. CHAMPAUD et J. DANET et 2011, p. 171, obs. A. MARTIN-SERF ; RTD civ. 2010, p. 593, obs. P. CROCQ ; JCP E 2010, n° 1678, note D. LEGEAIS ; Contrats, conc., consom. 2010, n° 263, obs. G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2010. 2195, obs. S. PIEDELIEVRE ; RJDA 2010, n° 1107 ; Banque et Droit sept.-oct. 2010, p. 59, obs. F. JACOB ; RD bancaire et financier 2010, n° 172, obs. D. LEGEAIS ; Dr. et patr. sept. 2010, p. 89, obs. J. DUPICHOT ; RJ com. 2011, p. 326, obs. F. MACORIG-VENIER ; RLDA sept. 2010, p. 35, note H. GUYADER ; RLDC sept. 2010, p. 12, obs. C. LE GALLOU et p. 36, obs. A. MARRAUD DES GROTTES ; Bull. Joly 2010, p. 808, obs. D. HOUTCIEFF ; Dr. et procéd. nov. 2010, suppl. Droit du recouvrement, p. 21, obs. O. SALATI ; RDC 2010, p. 1351, obs. D. HOUTCIEFF ; RDC 2011, p. 137, obs. D. FENOUILLET : « *Attendu, en second lieu, que selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement ; qu'il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion ; qu'ayant retenu que l'engagement de la caution était manifestement disproportionné à ses biens et revenus, la cour d'appel a, à bon droit, rejeté la demande de la caisse* »

141. - Les limites de l'attente légitime comme source de la force obligatoire – Monsieur le Professeur Mathias Latina⁴⁶² effectue une double critique s'agissant de l'identification de l'attente légitime comme source de la force obligatoire. Il met en relief, d'une part, le fait que l'attente légitime est un « *standard de comportement* » et pointe du doigt sa qualité de justification d'une notion. Il s'attarde, d'autre part, sur l'adjectif « légitime ». L'auteur explique qu'une attente ne peut être légitime que parce qu'elle est protégée par la loi. Aucun texte, toutefois, ne protège l'attente du créancier en droit des contrats. Selon Monsieur Gaëtan Guerlin, « *c'est donc la force obligatoire du contrat qui justifie la légitimité de l'attente, et non l'attente légitime qui fonde la force obligatoire du contrat* »⁴⁶³.

142. - La qualification de l'attente légitime comme source de la force obligatoire des contrats est donc quelque peu discutable. Il est, toutefois, indéniable que les deux idées sont en lien. Il peut être, en effet, constaté que le champ d'application de la force obligatoire d'une convention – autrement dit, le contenu de l'obligation à laquelle nous sommes obligés – peut être modifié au nom, justement, de l'attente légitime du créancier.

143. - De multiples sources de la force obligatoire sont donc développées par la doctrine. Si chacune présente à la fois des points positifs et négatifs, il paraît difficile de déterminer avec certitude le fondement à retenir. La force obligatoire semble, ainsi, emprunter une justification dans l'ensemble d'entre elles. Finalement, quelle que soit sa source, la force obligatoire demeure le principe justifiant le caractère obligatoire d'un contrat et, par extension, de son contenu.

144. - L'analyse de la notion de force obligatoire a permis de justifier le choix de la force obligatoire comme fondement du caractère obligatoire du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Il s'agit, dès lors, de s'intéresser à son champ d'application.

⁴⁶² M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 111.

⁴⁶³ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse, Amiens, 2008, p. 482 et s., n° 632.

Paragraphe 2 : Le champ d'application de la force obligatoire : le contenu contractuel

145. - La nécessité d'identifier le champ contractuel – La force obligatoire est le mécanisme imposant le caractère obligatoire des contrats. A l'heure où les contrats consensualistes sont en déclin⁴⁶⁴ et qu'une multiplication des documents contractuels – autres que l'acte instrumentaire – est constatée, il s'agit de s'interroger sur le champ d'application de la force obligatoire. Autrement formulée, la question est celle de la localisation du contenu obligationnel. Monsieur le Professeur Guillaume Wicker explique que la délimitation de ce dernier doit être effectuée en considération à la fois de la contrepartie attendue et des motifs qui fondent l'engagement⁴⁶⁵. L'idée serait alors de déterminer ce qu'ont voulu les cocontractants afin d'établir les obligations contractuelles qui auront force obligatoire. Il s'agira d'identifier la composition du contenu contractuel (I) afin d'expliquer la raison pour laquelle les obligations non matérialisées par renvoi explicite s'imposent sur le fondement de la force obligatoire (II).

I. L'identification du contenu contractuel obligationnel

146. - L'analyse du champ contractuel nécessite de s'interroger sur la nature de son contenu (A) puisqu'il ne s'agit de l'envisager que de son seul point de vue obligationnel. Une fois délimité, il sera alors nécessaire de s'interroger sur sa localisation (B).

⁴⁶⁴ V. *Infra* n° 299.

⁴⁶⁵ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 151 et s., spéc. p. 157, n° 7.

A) La nature obligationnelle du contenu contractuel

147.- La distinction entre le contenu obligationnel et non-obligationnel du contrat – Monsieur le Professeur Pascal Ancel⁴⁶⁶ a analysé le champ d'application de la force obligatoire. Selon lui, la force obligatoire doit être considérée en fonction du contrat et non en considération des obligations. Il part de l'idée selon laquelle les obligations ont une source commune qu'est le contrat mais que ce dernier ne se limite pas aux seules obligations. Il faut, à ce titre, distinguer le contenant du contenu et appréhender le contrat de manière générale en l'envisageant comme un ensemble, indépendamment de l'existence des obligations⁴⁶⁷. La force obligatoire s'applique, dès lors, au contenant – le contrat en tant que norme juridique créée par les parties – sans considération de la nature de son contenu. Les obligations générées par le contrat ne sont que le fruit de son effet normatif. Le champ d'application de la force obligatoire ne doit donc pas être limité, selon cette vision, au seul contenu obligationnel du contrat mais nécessite la prise en considération d'un contenu non-obligationnel.

Le contenu obligationnel, d'une part, renvoie directement à la notion d'obligation, entendue, au sens technique du terme, à savoir le « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres, le ou les créanciers, en vertu d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi* »⁴⁶⁸. Cette notion découle de la lecture stricte de l'article 1101 du Code civil⁴⁶⁹ qui implique que le principal effet du contrat serait l'obligation⁴⁷⁰. Le contenu obligationnel serait donc celui qui résulte du contrat en tant que créateur d'obligations et, donc, doté d'un effet normatif qui suppose un rapport entre un créancier et un débiteur⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

⁴⁶⁷ J.-L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, *Droit des obligations, Le contrat*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010, p. 96.

⁴⁶⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 699, V° *Obligation*.

⁴⁶⁹ C. civ., art. 1101 : « *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* ».

⁴⁷⁰ F. HELO, *La jurisprudence française conférée avec le droit romain, t. II*, E. Loyson, 1665, p. 122.

⁴⁷¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 170 à 194, rééd. LGDJ-Bruylant, coll. *La pensée juridique*, 1999 – H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD 1940, p. 33 et s.

Il coexisterait un contenu non obligationnel, d'autre part, qui serait autre que la création d'obligations que Monsieur le Professeur Pascal Ancel illustre notamment par les contrats extinctifs de droits, et plus particulièrement au travers de la remise de dettes⁴⁷². Cette dernière est un « *acte par lequel (une partie), renonçant volontairement à recevoir paiement, libère (l'autre partie) de son obligation*⁴⁷³ ». Cette convention a la même force obligatoire qu'un contrat de vente ou de bail, cependant, elle ne comporte pas d'obligation positive ou d'abstention de l'une partie envers l'autre. Il s'agit uniquement d'un acte extinctif de droit – le droit de réclamer sa dette – mais en aucun cas d'une obligation de ne pas en réclamer le paiement. Le contenu de la remise de dette serait donc, à ce titre, non obligationnel puisque les parties ne peuvent pas être qualifiées de créancières et ou de débitrices.

Cette appréhension de la dualité du contenu contractuel confond les notions de contrat et de convention en ce qu'elles se distinguent respectivement, en droit positif, par leur restriction, ou non, aux obligations⁴⁷⁴. Elle est, toutefois, en accord avec le projet de réforme de droit des contrats⁴⁷⁵.

148. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite : partie du contenu obligationnel – Seul le contrat générateur d'obligations, et, ainsi, le contenu obligationnel, intéresseront les présents raisonnements. Il s'agit, en effet, de démontrer en quoi le champ d'application de la force obligatoire permet d'envisager cette dernière comme le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Ces dernières n'étant envisagées qu'en considération d'un rapport créancier-débiteur, seul le contenu obligationnel sera étudié.

149. - La nature du contenu contractuel envisagé, il s'agit de s'intéresser à sa localisation ou, autrement dit, d'en situer la provenance.

⁴⁷² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771, pt. 14.

⁴⁷³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 890-891, V° *Remise de dette*.

⁴⁷⁴ V. *Supra* n° 2.

⁴⁷⁵ V. *Supra* n° 2.

B) *La localisation du contenu contractuel*

150. - L'identification du contenu contractuel – Le champ contractuel obligationnel comprend tous les éléments qui devront être respectés par les contractants durant la relation contractuelle à laquelle ils se sont engagés. En d'autres termes, il s'agit de « *l'ensemble des engagements et obligations souscrits par les parties et qui s'imposent à elles comme au juge* »⁴⁷⁶. Son identification devra être effectuée en considération à la fois de l'*instrumentum* et du *negocium*.

151. - Identification de l'*instrumentum* – En latin, l'*instrumentum* désigne l'acte qui contient la convention⁴⁷⁷ et donc de l'acte instrumentaire qui constate la conclusion d'un contrat et dans lequel sont retranscrites les obligations auxquelles les parties sont soumises⁴⁷⁸. Autrement dit, il s'agit de la description de l'opération que les contractants souhaitent réaliser et des termes dans lesquels ils en prévoient l'exécution⁴⁷⁹. En résumé, l'*instrumentum* désigne l'« *écrit contractuel* »⁴⁸⁰ principal⁴⁸¹ constatant le contenu obligationnel et non-obligationnel⁴⁸² de l'opération qui lie les deux cocontractants.

Lorsque l'*instrumentum* existe, toutes les obligations qui y sont retranscrites ont donc force obligatoire. Ce postulat constitue une logique juridique puisque l'écrit principal est celui qui est signé et donc explicitement accepté par les parties qui souhaitent mettre en œuvre leur liberté contractuelle. Il existe, toutefois, des tempéraments à cette affirmation en fonction de la validité du contenu des obligations visées. Ces dernière

⁴⁷⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, p. 10-11, n° 4 – F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 2.

⁴⁷⁷ P. FLOBERT (dir.), F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot, Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 2000, p. 843, V° *Instrumentum*.

⁴⁷⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 557, V° *Instrumentum* : « Terme lat. signifiant « document », « pièce », utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate ».

⁴⁷⁹ F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 50.

⁴⁸⁰ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 116, n° 129.

⁴⁸¹ Remarque : les documents contractuels autres que l'écrit principal font partie du *negocium* : V. en ce sens : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 7, n° 9.

⁴⁸² V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

n'auront, en effet, pas automatiquement force obligatoire du seul fait de leur retranscription. Tel est, par exemple, le cas des clauses abusives qui sont réputées non écrites⁴⁸³ dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel. Elles ne peuvent, donc, pas s'imposer au cocontractant sous couvert du principe de la force obligatoire au seul motif qu'elles ont été incluses dans l'écrit principal et donc explicitement acceptées. Les obligations contenues de l'*instrumentum* s'imposent donc aux parties sur le fondement de leur force obligatoire, à condition qu'elles soient juridiquement valables.

S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, l'*instrumentum* est donc le document dans lequel sera stipulée la clause par référence.

152. - Le contenu contractuel ne se limite pas à l'*instrumentum* – L'*instrumentum* est, donc, le document écrit récapitulant le contenu obligationnel dont les parties sont débitrices au cours de leur relation contractuelle. Il ne constate, toutefois, pas nécessairement l'ensemble des obligations auxquelles les parties sont tenues. Il est, d'ailleurs, des contrats où il n'existe pas d'*instrumentum* – à l'image de l'ensemble des contrats consensuels – mais qui n'en perdent pas pour autant leur effet normatif. Dans une telle situation, ou, lorsqu'il s'agit de compléter l'*instrumentum*, il sera nécessaire de se référer aux documents qui « *contribuent à la formation ou à la réalisation du contrat, et par là engagent à titre d'élément du contrat* »⁴⁸⁴. Ce sont donc ceux qui effectuent un apport à l'opération contractuelle et qui composent le *negocium*.

⁴⁸³ C. consom., art. L. 132-1 : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.*

(...)

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public. » – Sur la notion de clause abusive, V. *Supra* n° 55 et s.

⁴⁸⁴ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse, Aix-Marseille, 1981, p. 198, n° 164 – P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s., spéc. p. 276-277 – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 6, n° 7 – G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 151 et s., p. 157, n° 6.

Le contenu obligationnel d'un contrat correspond, donc, à l'« *ensemble des engagements et des obligations souscrits par les parties* »⁴⁸⁵, qu'ils relèvent de l'*instrumentum* et/ou du *negocium*.

153. - Identification du *negocium* – Le *negocium*⁴⁸⁶ désigne l'opération contractuelle en elle-même⁴⁸⁷. Il permet, à ce titre, de déduire les obligations applicables à la relation. Son identification va permettre de déceler les obligations imposées du contrat⁴⁸⁸ mais aussi les obligations voulues par les parties grâce au recours aux autres documents contractuels.

Le *negocium* contient, donc, d'une part, l'ensemble des obligations, qu'elles soient essentielles ou accessoires, permettant la réalisation de l'opération contractuelle voulue par les parties. Il est donc nécessaire de différencier les obligations à caractère essentiel et accessoire. Le critère de distinction entre ces deux obligations, comme expliqué précédemment⁴⁸⁹, concerne leur influence sur la qualification du contrat. Si les obligations essentielles sont supprimées, le contrat perdra sa qualification, à l'inverse des obligations accessoires⁴⁹⁰. Ces dernières ont, en effet, vocation à offrir un regain de sécurité aux contrats et à pérenniser l'opération visée par les parties. Qu'elles soient essentielles ou accessoires, ce sera parce que les contractants ont voulu s'engager contractuellement et réaliser une opération en particulier qu'elles verront ces obligations s'imposer à eux.

Il est possible d'illustrer cette idée à travers l'étude du contrat de vente, et plus particulièrement s'agissant du vendeur. L'obligation essentielle de ce cocontractant sera

⁴⁸⁵ F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 3.

⁴⁸⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 681, V° *Negocium* : « Terme latin signifiant « occupation », « affaire », utilisé pour désigner, dans l'acte juridique, l'opération en laquelle il consiste ».

⁴⁸⁷ F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 9 et 15 – F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 104, n° 110.

⁴⁸⁸ Sur la notion d'obligation imposée, V. *Supra* n° 23 et s.

⁴⁸⁹ Sur les notions d'obligations essentielles et accessoires : V. *Supra* n° 24 et s. et n° 27 et s.

⁴⁹⁰ V. en ce sens : F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 41.

de délivrer la chose objet du contrat⁴⁹¹. Sans cette dernière, l'opération ne pourra pas, en effet, recevoir la qualification d'un contrat de vente – la question ne se portant pas sur une inexécution de l'obligation mais bien sur son inexistence. Les obligations du vendeur ne s'y limitent, toutefois, pas. Pour citer trois exemples, il est tenu par la loi de garantir les vices cachés de la chose⁴⁹² et par la jurisprudence d'une obligation d'information⁴⁹³ et de sécurité⁴⁹⁴ vis-à-vis de l'acheteur. Ces deux dernières font bien partie du contenu contractuel du fait de la nature même du contrat de vente. Leur inexistence n'aura, cependant, pas de conséquence sur la qualification de contrat de vente qui sera toujours retenue – d'où le caractère accessoire de ces obligations – mais l'opération sera risquée.

Le *negocium* contient, d'autre part, certaines obligations voulues par les parties. Elles seront, généralement, identifiées dans les documents contractuels autres que l'*instrumentum*⁴⁹⁵. S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, il s'agit donc des écrits auxquelles se réfère l'*instrumentum*. Leur caractère obligatoire sera, toutefois, conditionnée aux exigences relatives à l'existence du recours à cette technique contractuelle⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ M. BURGARD, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA 22 sept. 2010, p. 7 – F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 173, n° 203.

⁴⁹² C. civ., art. 1641 : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

⁴⁹³ V. V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'information dans la vente de produits mobiliers*, Thèse, Paris 2, 1987 – M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014.

⁴⁹⁴ V. : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 96-12078 : Bull. civ. I, n° 95 ; R., p. 277 ; D. 1999, p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; JCP 1998, II, 10049, rapp. S. SARGOS et I, 144, n° 18, obs. G. VINEY ; Gaz. Pal. 1998, 2, 720, note E. FOUASSIER ; RTD civ. 1998, p. 683, obs. P. JOURDAIN : « Mais attendu que le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; qu'il résulte des énonciations de la cour d'appel, que le préjudice subi par M. X... est imputable aux caractéristiques mêmes de l'enveloppe non digestible du comprimé qui, en stagnant dans l'intestin de la victime, a provoqué l'inflammation et ses suites ; que la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le défaut de ce produit, a légalement justifié sa décision ».

⁴⁹⁵ V. en ce sens : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 7, n° 9 – Sur une étude plus approfondie de la notion de document contractuel : V. *Infra* n° 192 et s.

⁴⁹⁶ Sur les conditions d'existence des clauses par référence : V. *Supra* n° 60 et.

154. - Bilan – En résumé, le contenu obligationnel se révèle à la fois dans *l'instrumentum* et dans le *negocium*. Il comprend, donc, l'ensemble des éléments nécessaires à l'exécution du contrat voulu par les parties et tel que voulu par elles, tant du point de vue de l'accomplissement de l'opération, de son encadrement et de sa sécurisation.

II. Le contenu contractuel : un renfort à la qualification de fondement de la force obligatoire s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite

155. - La clause par référence stipulée dans *l'instrumentum* – Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont, du fait de leur nature, reportées dans l'acte instrumentaire par le jeu des clauses par référence. S'il existe un *instrumentum*, comme c'est le cas s'agissant des obligations visées, l'ensemble contractuel sera, notamment, composé de l'écrit principal. Si, dans cet acte instrumentaire, est utilisée une méthode de renvoi, les contenus de l'ensemble des documents qui y seront référencés de manière claire et précise seront obligatoires. S'il peut parfois être compliqué de délimiter avec précision le *negocium*, il en va différemment concernant *l'instrumentum*. L'écrit est la preuve par excellence du contenu de l'engagement contractuel en matière contractuelle⁴⁹⁷. Le juge analysera, dès lors, *l'instrumentum* en priorité et fera appliquer, par principe, les obligations qui y sont contenues. Comment mieux déceler la commune intention des parties qu'en leur opposant l'écrit qu'elles ont accepté. Partant, si la force obligatoire est le fondement du caractère contraignant de l'écrit principal, lorsqu'il existe, elle est, par extension, aussi celui des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

L'identification des clauses par référence dans *l'instrumentum* n'est pas le seul indice permettant d'affirmer que les obligations non matérialisées par renvoi explicite trouvent leur fondement dans la force obligatoire. Les critères d'incorporation d'un document extérieur dans le contenu contractuel appuient, en effet, cette justification.

⁴⁹⁷ C. civ., art. 1341, al. 1^{er} : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre ».

156. - Les critères d'incorporation d'un document extérieur dans le contenu contractuel – Madame le Professeur Françoise Labarthe⁴⁹⁸ explique qu'un document, pour être considéré comme partie de l'ensemble contractuel, doit répondre à deux conditions cumulatives. Chacun des cocontractants doit, d'une part, avoir conscience que le document en question fait partie du contrat. Ils doivent, d'autre part, être en mesure d'en prendre connaissance. Cette double exigence n'est pas sans rappeler les conditions de validité des obligations non matérialisées par renvoi explicite⁴⁹⁹ qui lui sont identiques. Si ces dernières sont remplies, le document retranscrivant le contenu obligationnel référencé fera partie du contenu contractuel. S'il existe, de surcroît, une clause par référence dans l'*instrumentum*, elle sera nécessairement obligatoire. Les deux conditions réunies mêlées à l'insertion d'une clause par référence dans l'*instrumentum* répondent aux impératifs exigés pour que le contenu de l'obligation soit obligatoire. C'est, donc, parce que la force obligatoire s'applique au contenu contractuel et que les obligations non matérialisées en font partie qu'elles seront obligatoires. Le champ d'application de la force obligatoire tient donc ici aussi de renfort à sa qualification de fondement.

157. - Le contenu de l'obligation référencée dans le *negocium* – Le *negocium* est composé, en partie, par les documents autres que l'écrit principal et contenant des stipulations que les contractants ont souhaité doter d'un caractère obligatoire. Si l'*instrumentum* contient, alors, une clause par référence, et si la double exigence relative à la validité des obligations non matérialisées par renvoi explicite est respectée, le contenu obligatoire sera retranscrit dans le *negocium* de la relation contractuelle. Cette localisation du contenu obligationnel appuie, elle aussi, le choix de la force obligatoire comme fondement du caractère obligatoire de ces obligations.

⁴⁹⁸ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 208 et s., n° 336 et s. – V. en ce sens : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 687, n° 920.

⁴⁹⁹ V. *Supra* n° 60 et s.

*

158. - Bilan – Les obligations non matérialisées par renvoi explicite se justifient donc par le mécanisme de la force obligatoire. Le fait, en effet, pour les parties, d'accepter l'effet contraignant du principe d'une clause par référence stipulée dans l'*instrumentum* a pour effet de doter le contenu obligationnel auquel l'écrit principal renvoie, et qui est localisé dans le *negocium*, du caractère obligatoire escomptée. Si la force obligatoire apparaît comme le fondement de la force contraignante des obligations non matérialisées par renvoi explicite, l'idée se doit cependant d'être nuancée.

Section 2 : Les limites de l'application de la force obligatoire : la remise en cause du caractère éclairé du consentement des parties

159. - La force obligatoire est le mécanisme qui va doter d'effet contraignant le contenu d'un contrat. Il a été précédemment établi que, s'il peut s'avérer critiquable de qualifier l'autonomie de la volonté de source de la force obligatoire, il n'en demeure pas moins qu'elles ont des liens étroits⁵⁰⁰. Pour qu'il y ait force obligatoire, il est, en effet, nécessaire qu'un contrat soit conclu. Si tel est le cas, il est indispensable que deux parties aient consenti à s'engager dans une relation contractuelle⁵⁰¹. La force obligatoire intervenant après l'expression de l'autonomie de la volonté⁵⁰², il est donc fondamental que les parties s'engagent en toute connaissance de cause.

Il s'agira, alors, de comprendre les raisons pour lesquelles le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite, que constitue la force obligatoire, peut être limité par la remise en cause du consentement éclairé des parties (Paragraphe 1) avant d'en constater la révélation pratique (Paragraphe 2).

⁵⁰⁰ V. *Supra* n° 129 et s.

⁵⁰¹ C. civ., art. 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le **consentement** de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

⁵⁰² Il est à noter que cela ne signifie pas nécessairement que l'autonomie de la volonté est la source de la force obligatoire mais uniquement que les deux notions ont des liens.

Paragraphe 1 : La justification de la limitation de la force obligatoire

160. - Le statut de fondement de la force obligatoire est limité par la remise en cause du consentement éclairé des parties s'agissant du recours aux clauses par référence. Il apparaît, en effet, que les contractants n'ont pas systématiquement la maîtrise absolue du contenu obligationnel qui est obligatoire.

Cette idée nécessite de développer la notion de consentement éclairé (I) ainsi que par le lien qu'elle entretient avec la force obligatoire et donc, par extension, avec les obligations non matérialisées par renvoi explicite (II).

I. L'identification de la notion par la distinction entre les caractères libre et éclairé du consentement

161. - La distinction entre les caractères libre et éclairé du consentement s'effectue tant du point de vue de leurs notions (A) que des protections qui leur sont offertes (B). Expliciter ces deux aspects permettra de comprendre le concept de consentement éclairé.

A) La distinction relative aux notions de caractères libre et éclairé du consentement

162. - Distinction entre le consentement libre et le consentement éclairé – Le consentement est un « *accord de volontés en vue de créer des effets de droit ; rencontre de ces volontés qui est la condition de formation du contrat* »⁵⁰³. Lorsque les parties s'engagent dans une relation contractuelle, il s'agit, pour elles, à la

⁵⁰³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 244, V° *Consentement* – D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 74, n° 80: « *Le consentement désigne la manifestation de volonté, émanant d'un contractant, identifiant son acquiescement à la conclusion du contrat projeté* ».

fois de comprendre ce à quoi elles s'engagent – l'intelligence⁵⁰⁴ – et de décider de conclure le contrat – la volonté⁵⁰⁵. Il faut, donc, « *savoir à quoi on consent [et] vouloir y consentir* »⁵⁰⁶. Le consentement doit, à ce titre, être donné de manière éclairée et libre⁵⁰⁷. Il apparaît, alors, nécessaire de distinguer les deux qualificatifs.

163. - Le caractère libre du consentement – De manière libre, d'une part, les parties doivent pouvoir « *agir [et] décider sans contrainte* »⁵⁰⁸ de s'engager dans une relation contractuelle. Leurs consentements doivent, en conséquence, être exempt de tout vice⁵⁰⁹ et revêtir un caractère sain⁵¹⁰. Les contractants doivent, ainsi, avoir été en mesure de le donner librement, sans aucune pression extérieure – contrainte, menace – et consciemment – sans incapacité relative à l'âge ou aux facultés mentales⁵¹¹. Concernant les vices du consentement, ce pan semble donc plus concerner la violence

⁵⁰⁴ Reprenant SAINT THOMAS D'AQUIN, R. TOMAS CALDERA, explique que le religieux envisage l'acte de volonté comme « *une inclination spirituelle (...) intelligible dans l'esprit* (« *Intelligibiliter in intelligente* ») » : R. TOMAS CALDERA, *Le jugement par inclination chez Saint Thomas d'Aquin*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, coll. *Problèmes et controverses*, 1980, p. 85 – V. en ce sens : J. WEBERT, « « *Reflexio* », étude sur les opérations réflexives dans la psychologie de Saint Thomas d'Aquin », in *Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du Moyen Age*, Mélanges P. MANDONNET, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, coll. *Bibl. Thomiste*, 1930, p. 285 et s., spéc. 314.

⁵⁰⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 120, n° 93.

⁵⁰⁶ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. *Droit Fondamental*, 2^{ème} éd., 2014, p. 60, n° 41.

⁵⁰⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, 22^{ème} éd., 2000, p. 96-97, n° 40 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 210, n° 233 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 240, n° 496.

⁵⁰⁸ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1453, V° *Libre* – G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 612, V° *Libre* : « *non contraint en fait* ».

⁵⁰⁹ C. civ., art. 1109 : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* » – H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 156, n° 157 – M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. *Cours*, 3^{ème} éd., 2014, p. 126, n° 285 – Y. STRICKLER, « *Acquiescement* », Rep. civ. Dalloz, mars 2010, pt. 15.

⁵¹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 239, n° 494.

⁵¹¹ C. civ., art. 1123 : « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* » – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 289, n° 318.

que le dol et l'erreur puisqu'elle représente bien un « *acte de force* »⁵¹² imposant à sa victime de contracter sans qu'elle ne l'ait réellement souhaité. La question de l'incapacité, par ailleurs, bien que constitutive d'un critère distinct dans la rédaction de l'article 1108 du Code civil⁵¹³, intéresse, elle aussi, le caractère libre du consentement puisqu'elle empêche la partie qui en est touchée d'avoir conscience de la mesure de son engagement.

164. - Le caractère éclairé du consentement – Le consentement doit, d'autre part, revêtir un caractère éclairé⁵¹⁴. Au sens commun, est éclairé l'esprit « *dont la raison s'est formée par l'acquisition de l'instruction et l'exercice de l'esprit critique* »⁵¹⁵. Juridiquement, cela implique que les parties se soient engagées en toute connaissance de cause⁵¹⁶. Concernant les vices du consentement, il est possible d'effectuer un rapprochement avec l'erreur⁵¹⁷ et le dol⁵¹⁸. Ces derniers remettent, en effet, en cause la parfaite maîtrise du contenu de son engagement par au moins l'un des cocontractants, que l'erreur soit spontanée ou provoquée. De manière plus générale, le caractère éclairé du consentement est en lien avec l'information. Qu'il s'agisse de la complète information ou de sa véracité, elle apparaît comme la véritable clé du caractère éclairé

⁵¹² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 269, n° 242.

⁵¹³ C. civ., art. 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

⁵¹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 231, n° 472.

⁵¹⁵ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 810, V° *Eclairé*.

⁵¹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 231, n° 472.

⁵¹⁷ « *Fait de se tromper qui, le plus souvent, entache d'un vice la formation de l'acte accompli sous l'empire de cette fausse représentation* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 412, V° *Erreur*.

⁵¹⁸ « *Comportement malhonnête, le plus souvent d'un contractant envers l'autre, sous forme de manœuvres, mensonges, feintes, collusion, etc., destinés à surprendre le consentement de l'autre partie* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 362-363, V° *Dol*.

du consentement. Un contrat suffisamment détaillé et expliqué sera, ainsi, gage d'un consentement éclairé⁵¹⁹.

165. - Bilan – La liberté du consentement concerne donc des éléments « extérieurs » au contrat – la violence et l'incapacité – tandis que son caractère éclairé est en lien avec son contenu, qu'il s'agisse de sa maîtrise ou de sa véracité. Ce critère de distinction est, d'ailleurs, appuyé par les outils juridiques de protection du consentement.

B) La distinction relative aux mécanismes de protection des caractères libre et éclairé du consentement

166. - Les outils de protection du consentement au service de la distinction – Les outils de protection du consentement appuient la distinction entre ses caractères libre et éclairé. Ils peuvent être divisés en deux catégories. La première, intervenant en amont de la conclusion du contrat, garantit spécifiquement le caractère éclairé du consentement. La seconde, prolongeant la protection en aval de la conclusion du contrat, en assure les deux qualités lorsqu'elle est envisagée de manière générale mais appuie la distinction lorsqu'elle est étudiée de manière plus approfondie.

167. - Les outils de protection intervenant en amont – En amont de la formation du contrat, le droit de la consommation a, notamment, développé des mécanismes de prévention permettant de garantir le caractère éclairé du consentement du consommateur. Les réglementations relatives aux tromperies⁵²⁰, à l'information⁵²¹ ou

⁵¹⁹ A. BANCK, « Données de paiement : mythes et réalités », RD bancaire et financier 2013, p. 16 – Y. PICOD, « A propos de l'article L. 121-62 du Code de la consommation », Commentaire, in *Code de la consommation*, Dalloz, 2015 – F. VIALLA, « Bref retour sur le consentement éclairé », D. 2011, p. 292.

⁵²⁰ C. consom., L. 213-1 : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :
1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;
2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;
3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

encore au délai de rétractation⁵²² en constituent les principaux exemples⁵²³. Ces instruments d'origine consumériste vont, progressivement, investir le droit commun des contrats⁵²⁴, et principalement s'agissant de l'obligation d'information⁵²⁵ dont la

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits » – S'agissant spécialement des contrats conclus à distance : C. consom., art. L. 121-1 et s.

⁵²¹ C. consom., art. L. 111-1 et s.

⁵²² C. consom., art. L. 121-20-12 : « I. – Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir :

1° Soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu ;

2° Soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L. 121-20-11, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1°.

II. – Le droit de rétractation ne s'applique pas :

1° A la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier ainsi qu'aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 du même Code ;

2° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation ;

3° Aux contrats de crédit immobilier définis à l'article L. 312-2 ;

4° Aux contrats de prêts viagers hypothécaires définis à l'article L. 314-1.

III. – Le présent article ne s'applique pas aux contrats mentionnés à l'article L. 121-60.

IV. – Pour les contrats de crédit affecté définis au 9° de l'article L. 311-1 conclus selon une technique de communication à distance, le délai de rétractation de quatorze jours ne peut pas être réduit.

L'exercice du droit de rétractation n'emporte résolution de plein droit du contrat de vente ou de prestation de services que s'il intervient dans un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat de crédit. De plus, lorsque le consommateur, par une demande expresse, sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, l'exercice du droit de rétractation n'emporte résolution de plein droit du contrat de vente ou de prestation de services que s'il intervient dans un délai de trois jours à compter de la conclusion du contrat de crédit. Toute livraison ou fourniture anticipée est à la charge du vendeur qui en supporte tous les risques ».

⁵²³ M. POUmarede, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. *Cours*, 3^{ème} éd., 2014, p. 137 et s., n° 316 et s.

⁵²⁴ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.

⁵²⁵ Par ex. concernant l'obligation d'information dans le contrat de vente, V. : C. civ., art. 1602, al. 1^{er} : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* » – Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1993, n° 91-16344 : *D.* 1994, p. 211 et p. 115, par A. BENABENT et somm. 237, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP* 1994, I, 3757, n° 6, obs. M. BILLIAU : « *Vu l'article 1602 du Code civil ;*

Attendu que le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » – Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n° 99-17666 : *Bull. civ. III*, n° 22 ; *D.* 2002, somm. 932, obs. G. PIGNARRE ; *AJDI* 2002, p. 412, obs. F. COHET-CORDEY : « *Vu l'article 1602 du Code civil ;*

Attendu que le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » – O. BARRET, « Vente (3° effets) », *Rép. civ. Dalloz*, 2014, pts. 705 et s. – V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'information dans la vente de produits mobiliers*, thèse, Paris 2, 1987 – M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie générale de l'information dans les contrats*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014 – D. MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 637 et s., spéc. p. 642.

généralisation est prévue par le projet de réforme du droit des contrats⁵²⁶. Ces différentes protections vont permettre de minimiser les cas où les parties concluraient un contrat sans en maîtriser le contenu, et donc sans avoir conscience de ce à quoi elles s'engagent. Il s'agit de permettre aux contractants d'être en possession de l'ensemble des données nécessaires pour s'engager dans la relation contractuelle et éviter des désagréments postérieurs à la formation du contrat. Ces dispositions préventives permettent bien d'anticiper d'éventuelles difficultés relatives spécifiquement au caractère éclairé du consentement. Il ne s'agit, en effet, pas ici de permettre aux cocontractants de conclure un contrat sans contraintes extérieures mais bien de leur donner les moyens de maîtriser au mieux le contenu de leur engagement contractuel. Le caractère libre du consentement n'est, donc, pas concerné par ces mécanismes de protection intervenant en amont de la conclusion du contrat qui se limitent à en garantir le caractère éclairé.

Si, toutefois, ces dispositions étaient insuffisantes pour permettre aux parties de s'engager de manière suffisamment éclairée, une autre protection est prévue par le Code civil.

168. - Les mécanismes de protection intervenant en aval – En aval de la conclusion du contrat, les dispositions relatives aux vices du consentement⁵²⁷ permettent d'en protéger les qualités requises. Si cette protection vise à protéger à la fois ses caractères libre et éclairé, le classement de ces vices met en exergue la distinction. Il existe trois vices du consentement que sont la violence, l'erreur et le dol⁵²⁸. Leur sanction permettra de protéger le consentement des parties en s'appliquant spécifiquement à l'une ou l'autre de ses caractéristiques. Comme il l'a été

⁵²⁶ Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1129 : « Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

⁵²⁷ C. civ., art. 1109 et s.

⁵²⁸ C. civ., art. 1109 : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par **erreur** ou s'il a été extorqué par **violence** ou surpris par **dol** ».

précédemment expliqué⁵²⁹, la sanction de la violence tend à garantir un consentement libre tandis que l'erreur et le dol protègent son caractère éclairé.

169. - Bilan – L'analyse des différentes protections du consentement des parties à un contrat a, ainsi, permis d'illustrer et de clarifier la distinction entre les caractères libre et éclairé du consentement.

S'agissant, spécifiquement, de l'exigence relative au consentement éclairé, l'existence des deux mécanismes de protection, intervenant respectivement en amont et en aval de la conclusion du contrat, démontrent que la sanction relative aux vices du consentement n'est pas nécessairement suffisante puisqu'elle se doit d'être complétée. Il ne faut, donc, pas restreindre la définition du consentement éclairé aux seuls dol et erreur mais bien l'étendre à des considérations plus larges permettant aux parties de s'engager en toute connaissance de cause.

L'idée de consentement éclairé identifiée, il s'agit de s'intéresser à son statut de justification de la force obligatoire.

II. La nécessité d'un consentement éclairé pour la mise en œuvre de la force obligatoire

170. - Liberté contractuelle, consentement éclairé et force obligatoire – Identifier les liens entre la force obligatoire et le caractère éclairé du consentement va permettre à la fois d'approfondir la notion appréhendée et d'en faire le lien avec les obligations non matérialisées par renvoi explicite.

Pour qu'un contrat soit doté de force obligatoire, il est nécessaire qu'il ait été valablement formé. L'article 1108 du Code civil dispose, à cet effet, qu'il est, entre autre, indispensable que les parties aient donné leur consentement. Le consentement est un « accord de volontés en vue de créer des effets de droit »⁵³⁰. Autrement dit, il est le choix des parties de s'engager dans une relation contractuelle aux termes d'un contenu

⁵²⁹ V. *Supra* n° 163.

⁵³⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 244, V° *Consentement* – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 508, n° 1023 : « Le principe de liberté contractuelle laisse les parties libres d'organiser le contrat à leur guise, de forger selon leur désir et leur intérêt la loi qui les tiendra » – V. *Supra* n° 162 et s.

spécifique⁵³¹. Il s'agit ici d'une traduction de la liberté contractuelle⁵³², principe à valeur constitutionnelle⁵³³, selon laquelle, chacun a le droit de conclure ou non un contrat, et, dans l'affirmative, d'en choisir le contenu et son cocontractant⁵³⁴. Elle représente, donc, l'autonomie laissée aux individus de s'engager ou non dans un rapport contractuel qui leur sera spécifique et respectueux de ce qui est imposé par la loi⁵³⁵. Lorsque les parties choisissent de conclure un contrat et qu'il est valable, intervient, alors, la force obligatoire qui leur impose de le respecter dans les termes prévus. Ce postulat n'implique pas de placer l'extériorisation de la liberté contractuelle – le consentement – au rang de justification de la force obligatoire⁵³⁶. Il s'agit, en effet, de l'envisager comme l'une de ses conditions d'application, de validité⁵³⁷. Si la liberté contractuelle est exercée par les parties, la force obligatoire intervient, alors, au titre d'obligation de respecter la parole donnée⁵³⁸. Il est, toutefois, nécessaire d'apporter une subtilité à ce

⁵³¹ D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 371 et s., spéc. p. 374 et s., n° 8 et s.

⁵³² Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 446, n° 860 – D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 75, n° 81.

⁵³³ P.-Y. Gahdoun, *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31, Dossier : le droit des biens et des obligations, mars 2011 : L'auteur explique que la consécration de la liberté contractuelle comme principe constitutionnel s'est faite en trois temps. Elle a d'abord été rejetée : Cons. constit., 3 août 1994, n° 94-348 DC : D. 1996, p. 45, obs. X. PRETOT et 1995, p. 344, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN et p. 351, obs. P. GAÏA ; RTD civ. 1996, p. 151, obs. J. MESTRE : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle » – ensuite elle a été timidement reconnue : C. constit., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033 ; RTD civ. 1998, p. 797, obs. N. MOLFESSIS et 1999, p. 78, obs. J. MESTRE ; D. 2000, somm. p. 60, obs. L. FAVOREU : « la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 » – enfin elle a été explicitement consacrée : Cons. constit., 19 déc. 2000, n° 2000-237 DC : D. 2001, p. 1766, obs. D. RIBES ; GADS 2010, n° 110-111 ; GAJF, 5^{ème} éd., 2009, n° 7 ; RDSS 2001, p. 89, obs. P.-Y. VERKINDT ; RTD civ. 2001, p. 229, obs. N. MOLFESSIS ; Rec. p. 176. : « la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ».

⁵³⁴ M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 71 et s. – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 33, n° 24.

⁵³⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 95, n° 110.

⁵³⁶ Sur les liens entre l'autonomie de la volonté et la force obligatoire : V. *Supra* n° 129 et s.

⁵³⁷ V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2007, p. 460, n° 643 : « si l'échange des consentements constitue le critère du contrat, il ne fournit en aucune manière une justification à la force obligatoire du contrat ».

⁵³⁸ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 22, n° 28.

postulat. Ce n'est pas, en effet, parce qu'un individu donne sa parole qu'elle doit la respecter mais la donner est la condition qui l'obligera à la respecter. S'il émet, ainsi, un consentement libre et éclairé de s'engager – en application de sa liberté contractuelle –, le contrat sera valablement formé. Si le contrat est valablement formé, il aura force obligatoire⁵³⁹ et son exécution s'imposera aux parties⁵⁴⁰. Le contrat a, donc, un effet contraignant à condition que les parties aient, notamment, consenti de manière éclairée. Il s'agit donc bien d'une exigence de mise en œuvre de la force obligatoire.

La liberté contractuelle s'extériorise donc par le consentement qui est une condition de la mise en œuvre de la force obligatoire. Quid, dès lors, des obligations non matérialisées par renvoi explicite ?

171. - Consentement éclairé, force obligatoire et obligations non matérialisées par renvoi explicite – La force obligatoire est considérée comme le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite⁵⁴¹. Leur effet contraignant est, en effet, tiré de leur incorporation dans le contenu obligationnel d'une relation contractuelle dont l'écrit principal est doté de force obligatoire. Cette dernière va donc s'étendre à la clause par référence stipulée dans *l'instrumentum* et, par conséquent, au contenu référencé. Si l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est, dès lors, dotée de force obligatoire, elle doit répondre aux conditions qui encadrent la mise en œuvre de son effet contraignant. Le caractère obligatoire du contenu référencé doit, ainsi, nécessairement avoir été consenti, de manière libre et éclairée par les parties⁵⁴². Il s'agit, une fois de plus, de l'expression de la liberté contractuelle des contractants. Cette dernière ne se limite pas, en effet, à donner la possibilité aux individus de choisir de conclure ou non un contrat avec un certain cocontractant mais s'étend au contenu de

⁵³⁹ C. civ., art. 1134, al. 1^{er} : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁵⁴⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 25.

⁵⁴¹ V. *Supra* n° 155 et s.

⁵⁴² P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, E. Bruylant, 2000, p. 33 et s., spéc. p. 54.

leur engagement – sous réserve de ce qui est autorisé par la loi⁵⁴³. Si les conditions relatives aux obligations non matérialisées par renvoi explicite⁵⁴⁴ sont respectées et que les parties ont émis leur consentement libre et éclairé de se soumettre à leur contenu, elles seront, ainsi, dotées d'un effet contraignant.

Le caractère libre du consentement ne présente aucune difficulté spécifique à ces obligations puisqu'il n'est remis en cause que par la contrainte et l'incapacité, et donc par des éléments « extérieurs » au contenu du contrat.

Le recours au mécanisme de la clause par référence ne répond, toutefois, pas nécessairement et automatiquement à l'exigence relative au caractère éclairé du consentement. Lorsque cette technique contractuelle est mise en œuvre, il est, en effet, possible de constater que les parties n'ont pas toujours une maîtrise absolue du contenu de leur engagement au jour de la conclusion du contrat. Cette idée peut, de prime abord, paraître surprenante lorsqu'elle est mise en parallèle avec les conditions de validité des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Pour qu'une clause par référence soit obligatoire, il est, en effet, nécessaire que les parties aient conscience que son contenu fait partie du contenu contractuel et qu'elles aient été mises en mesure de le connaître. Théoriquement, il semble, donc, impossible que le contenu obligationnel référencé s'impose aux parties sans que leur consentement n'ait été éclairé. La pratique révèle, toutefois, certaines situations dans lesquelles il peut être remis en cause en présence d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite.

Paragraphe 2 : La révélation de la limitation de la force obligatoire

172. - Pour qu'un contrat soit valablement formé, il est nécessaire que les parties s'engagent en toute connaissance de cause et, partant, qu'elles maîtrisent le contenu obligationnel qui est obligatoire. Bien qu'encadrée, le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite présente, toutefois, des insuffisances remettant en cause cette exigence relative au caractère éclairé du consentement des

⁵⁴³ M. LATINA, « Contrat (Généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 73 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1176, n° 3667 : « La liberté contractuelle demeure : les parties ont la possibilité d'aménager les rapports contractuels selon le dessein particulier qu'elles poursuivent ».

⁵⁴⁴ V. *Supra* n° 60 et s.

contractants. Les parfaites compréhension (I) et connaissance (II) du contenu de l'engagement contractuel peuvent, ainsi et dans certains cas, présenter des lacunes.

I. La remise en cause du caractère éclairé du consentement par l'absence de compréhension du contenu des obligations

173. - Notion de compréhension – La révélation de la remise en cause du consentement éclairé des parties par l'absence de compréhension du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessite, au préalable, de s'intéresser à cette notion de « compréhension ». Cette dernière se définit, dans le langage courant, comme « *la faculté de comprendre, d'embrasser par la pensée* »⁵⁴⁵. Le verbe « comprendre », quant à lui, correspond à la capacité « *de faire correspondre quelque chose à une idée claire* »⁵⁴⁶. Il s'agit, donc, de se servir de son esprit, de son intelligence, de son raisonnement, de sa logique pour saisir le sens, le fonctionnement ou encore la nature de quelque chose. En matière contractuelle, la compréhension correspond à la capacité, pour une partie, d'appréhender le contenu des obligations dont elle est débitrice ou créancière. Si ce n'est pas le cas, le caractère éclairé de son consentement pourra être remis en question puisque cela implique qu'elle ne maîtrise pas, intellectuellement, ce à quoi elle s'est engagée. Cette problématique peut se révéler s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

174. - La distinction entre l'accès technique et la compréhension du contenu de l'obligation – Un strict encadrement est constaté s'agissant de la communication du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite⁵⁴⁷. Pour que le mécanisme de la clause par référence soit valable, il est, en effet, nécessaire que le contractant ait conscience que le document référencé fait partie de son engagement et qu'il ait été mis en mesure d'en avoir pris connaissance⁵⁴⁸. C'est à propos de la seconde

⁵⁴⁵ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 492, V° *Compréhension*.

⁵⁴⁶ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 492, V° *Comprendre*.

⁵⁴⁷ V. *Supra* n° 92 et s.

⁵⁴⁸ V. *Supra* n° 61 et s.

condition qu'une remise en cause du caractère éclairé du consentement des parties peut être constatée. Cette exigence suggère, en effet, à la fois l'accès technique et intellectuel au document référencé.

Concernant, d'une part, l'accès technique au contenu référencé, il existe bien une problématique s'agissant de sa mise en œuvre. Cette dernière est, toutefois, relative à la révélation d'une obligation de renseignement. Il apparaît, en effet, qu'il appartient à la partie à laquelle l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est opposée d'effectuer les diligences nécessaires à sa prise de connaissance⁵⁴⁹. Dès lors, cependant, que le contractant a été mis en mesure de pouvoir accéder au contenu de son obligation, il semble difficile de remettre en cause le caractère éclairé de son consentement. Le fait, en effet, de disposer de son contenu donne, techniquement, la possibilité à la partie d'avoir une connaissance de son engagement contractuel.

D'un point de vue intellectuel, d'autre part, le recours au mécanisme de la clause par référence n'est pas automatiquement garant du caractère éclairé du consentement des parties. L'accès technique à un document n'implique pas, en effet, nécessairement la compréhension de son contenu. Pour qu'elle se soit engagée en toute connaissance de cause, la partie à laquelle l'obligation est opposée doit avoir eu accès à son contenu mais aussi l'avoir compris. La seule mise à disposition de l'obligation référencée n'impliquant pas automatiquement sa compréhension, l'accès technique au contenu de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite n'est pas synonyme de compréhension. C'est, justement, ce second point qui peut remettre en cause le caractère éclairé du consentement des parties.

175. - L'insuffisance des mécanismes de protection du caractère éclairé du consentement – L'obligation d'information pesant sur le professionnel, les règles d'interprétation des contrats et la protection relative à certains vices du consentement – le dol et l'erreur –, représentent un gage de protection du caractère éclairé du consentement des contractants⁵⁵⁰. Ces mécanismes ne le garantissent, toutefois, pas de manière absolue, et ce pour différentes raisons.

⁵⁴⁹ V. *Supra* n° 98.

⁵⁵⁰ V. *Supra* n° 167.

Pour que ces procédés soient appliqués, il est, d'une part, nécessaire qu'une action en justice soit intentée. Les désavantages d'ordres temporel⁵⁵¹ et financier⁵⁵² ne permettent, cependant, pas à tous les individus d'assigner leur cocontractant.

Il est, d'autre part, des cas où le respect de son obligation d'information par le professionnel ne suffise pas à éclairer le consentement de l'autre partie. Lorsqu'il existe une obligation non matérialisée par renvoi explicite, le cocontractant qui la soumet doit nécessairement mettre son contenu à la disposition de l'autre partie ou lui en communiquer l'emplacement⁵⁵³. Rien n'est, toutefois, précisé s'agissant de l'explication du document référencé. Si, sur le fond, il est nécessaire qu'il puisse être compris par le plus grand nombre⁵⁵⁴, la pratique peut en révéler autrement. Si, par exemple, le cocontractant a respecté son obligation d'information et que l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est rédigée de manière claire et accessible, mais que la partie à laquelle elle est opposée n'a pas réellement conscience du contenu de son engagement, comment convient-il de procéder ?

176. - Le paradoxe entre les exigences de forme et de fond des obligations référencées – La mise en œuvre des clauses par référence met en exergue un paradoxe entre les exigences de forme et de fond de l'accessibilité intellectuelle au contenu de l'obligation. A ce sujet, le droit de la santé est précurseur puisqu'il permet de s'assurer de l'accès intellectuel aux différentes données. La matière insiste, en effet, sur le fait que l'information donnée au patient doit l'être de manière intelligente et adaptée permettant de « *hausser [son] niveau de perception et de compréhension* »⁵⁵⁵. S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, un paradoxe peut, à ce sujet, être constaté. Si les conditions de forme sont strictement encadrées⁵⁵⁶, les

⁵⁵¹ V. sur ce point : S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2002.

⁵⁵² V. sur ce point : D. JE NGOMA, *L'avance des frais du procès civil*, thèse, Nantes, 1993.

⁵⁵³ V. *Supra* n° 92 et s.

⁵⁵⁴ G. PAISANT, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in *Mélanges en l'honneur du Doyen R. DECOTTIGNIES*, PUG, 2003, p. 233 et s., spéc. p 241, n° 15.

⁵⁵⁵ CCNE, Avis n° 58 du 12 juin 1998 *consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche* – E. MARTINEZ et F. VIALLA (dir.), *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*, LGDJ, coll. *Les grandes décisions*, 2^{ème} éd., 2014, p. 148, n° 69.

⁵⁵⁶ V. *Supra* n° 92 et s.

exigences de fond l'apparaissent, en effet, beaucoup moins. Pour qu'une clause par référence soit valable, et ainsi le contenu de l'obligation obligatoire, il est nécessaire, d'une part, que le cocontractant ait conscience de son appartenance au champ contractuel et, d'autre part, qu'il ait été mis en mesure d'en prendre connaissance⁵⁵⁷. Ces exigences n'envisagent, donc, pas explicitement la question de la compréhension du contenu obligationnel référencé. Sur ce point, si l'obligation d'information apparaît comme un renfort à la protection du consentement des parties elle ne s'applique, toutefois, pas de manière spécifique aux obligations par renvoi explicite. Elle est, en effet, applicable, en droit positif, non pas en fonction de la nature de l'obligation – obligation par référence ou au contenu matérialisé – mais en fonction de la nature du contrat⁵⁵⁸ ou de la qualité du cocontractant⁵⁵⁹. Si aucune obligation d'information n'est prévue en considération de la spécificité de la relation contractuelle, elle ne sera donc pas applicable du fait de l'existence d'une clause par référence. Autrement dit, les obligations par renvoi explicite n'exigent pas une obligation d'information particulière. Il sera, ainsi, des situations où aucune exigence quant au caractère intellectuel du contenu obligationnel ne sera préalablement exigée et que la seule interprétation *contra proferentem* permettra, éventuellement, de remédier à un

⁵⁵⁷ Y. BOYER, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, PUAM, 1978, n° 131 s. – J.-Y.. CHOLEY-COMBE, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion : étude de droit français et de droit comparé*, thèse, Aix-en-Provence, 1974 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 687, n° 920 – D. NOGUERO, « Clause de renvoi et opposabilité à l'assuré des conditions générales » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, n° 07-19234), RDI 2009, p. 369 ; RDI 2009, p. 369, note D. NOGUERO – Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1987, n° 85-12530 : Bull. civ. I, n° 156 : « Mais attendu qu'ayant constaté que le règlement des eaux annexé à la convention conclue entre le syndicat des communes de la banlieue de Paris et la CGE, qui imposait une responsabilité personnelle à l'abonné pour les parties des branchements situées sur sa propriété, n'avait pas été porté à la connaissance des époux Feldzer, la cour d'appel en a justement déduit que la CGE n'était pas fondée à s'en prévaloir pour s'exonérer de sa responsabilité dans les dommages subis par ses abonnés ; d'où il suit qu'en aucune de ses deux branches le moyen n'est fondé » – Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 00-11939 : RGDA 2002, 357, note L. FONLLADOSA : « Mais attendu que la cour d'appel a constaté que le véhicule bénéficiait d'une garantie contractuelle et que celle-ci n'était pas expirée lors du sinistre ; qu'ayant ensuite relevé que la société Toyota France, qui ne contestait pas le principe de la garantie, ne rapportait pas la preuve de l'adhésion de M. Y... aux conditions générales de vente limitant cette garantie, la cour d'appel a exactement décidé, sans contradiction de motifs, que la garantie contractuelle devait jouer, tout en déclarant inopposables à cet acheteur les clauses limitatives de garantie » – V. *Supra* n° 60 et s.

⁵⁵⁸ V. par ex. : contrat d'assurance vie : C. assu., art. L. 132-5-2 – contrat de franchise : C. com., art. L. 330-1.

⁵⁵⁹ V. par ex : consommateur : C. consom. art. L. 111-1 et s. – patient : CSP, art. L. 1111-2 et s. et R. 1111-1 et s.

problème de compréhension. Les exigences de forme et le manque, dans certaines situations, d'impératifs relatifs au fond révèlent d'un certain paradoxe. Que le document soit difficilement lisible – au sens strict du terme – ou non, la compréhension du fond n'évoluera pas proportionnellement. Un contenu obligationnel clairement présenté ne constitue, donc, pas une garantie du caractère éclairé du consentement du cocontractant.

Il semble alors nécessaire de renforcer les conditions de validité s'agissant du fond des obligations par renvoi explicite par la mise en place d'une l'obligation d'information qui leur serait spécifique.

Les difficultés relatives à l'absence de généralité de l'obligatorité de l'obligation d'information ne semblent, d'ailleurs, pas se limiter aux obligations qui font l'objet de la présente étude. La loi du 16 février 2015⁵⁶⁰, qui a habilité le gouvernement à procéder à la réforme, prévoit, en effet, l'instauration d'un « *devoir d'information* »⁵⁶¹ qui sera ajouté aux règles de droit commun relatives à la validité du contrat⁵⁶² et sera, à ce titre, généralisé à l'ensemble des relations contractuelles⁵⁶³. Lorsque la réforme entrera en vigueur, les problématiques relatives à la compréhension des obligations non matérialisées par renvoi explicite, et, partant, au contenu contractuel de manière générale, devraient donc être tempérées puisque le caractère éclairé du consentement sera d'avantage encadré.

⁵⁶⁰ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* : JORF du 17 févr. 2015, p. 2961.

⁵⁶¹ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* : JORF du 17 févr. 2015, p. 2961 : art. 8 2° : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et, à cette fin :*
(...)

2° *Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* ».

⁵⁶² *Projet de loi Sénat, n° 175, 2013-2014 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.*

⁵⁶³ D. MAINGUY, « *Droit d'inventaire : En route vers la réforme du droit des contrats et des obligations !* », Le blog de Daniel MAINGUY, 10 févr. 2015, <http://www.daniel-mainguy.fr/article-la-reforme-du-droit-des-contrats-et-des-obligations-en-2014-122087833.html> – N. MOLFESSIS, « *Droit des contrats : l'heure de la réforme* », JCP G 2015, n° 7, doctr. 199.

177. - Si les obligations non matérialisées par renvoi explicite posent des difficultés relatives à leur compréhension, cette maîtrise du contenu obligationnel, gage du caractère éclairé du consentement, nécessite, au préalable, sa connaissance.

II. La remise en cause du caractère éclairé du consentement par l'absence de connaissance du contenu des obligations

178. - **Notion de connaissance** – Afin de comprendre en quoi le consentement éclairé peut être remis en question par l'absence de connaissance, par les parties, du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessite, au préalable, de s'intéresser à la notion de « connaissance ». Cette dernière correspond, dans le langage courant, au « fait, [à la] manière de connaître »⁵⁶⁴. Le verbe « connaître », quant à lui, se définit comme le fait de « se faire une idée claire de »⁵⁶⁵. En matière contractuelle, il s'agit donc, pour les contractants, de savoir, au jour de la conclusion du contrat, ce à quoi ils s'engagent. Il est, donc, question de pouvoir identifier avec exactitude les tenants et aboutissants de son engagement.

L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi explicite dans un contrat ne permet, malheureusement, pas nécessairement aux parties de connaître les caractéristiques et les spécificités du contenu de leur engagement contractuel lorsqu'elles y consentent. Les problématiques relatives aux clauses contradictoires (A) et susceptibles d'évolution dans le temps (B) en sont les parfaites illustrations.

A) Les clauses contradictoires

179. - **Clauses contradictoires et consentement éclairé** – L'existence de clauses contradictoires dans une relation contractuelle met en exergue une problématique relative à la connaissance, par les parties, du contenu de leur engagement au jour de la conclusion du contrat. S'il existait une solution générale applicable à cette situation

⁵⁶⁴ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 511, V° *Connaissance*.

⁵⁶⁵ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 512, V° *Connaître*.

spécifique, aucune difficulté ne se poserait puisque les contractants auraient la possibilité de savoir, à l'avance, laquelle des obligations serait applicable. La pratique démontre, toutefois, qu'en fonction de la situation contractuelle ou de la nature des obligations, les solutions divergent. Il semble, donc, complexe, pour les parties, d'avoir une idée claire et certaine du contenu obligationnel qui sera obligatoire, dans le cadre de leur engagement, s'il existe une contradiction.

En l'absence de règle générale et au vu des évolutions qu'ont subi certaines des solutions retenues, il est, dès lors, difficile pour les parties de maîtriser le contenu de leur engagement contractuel au jour de la conclusion de leur contrat. Dans l'impossibilité de connaître tous les tenants et aboutissants du contrat conclu, le consentement des cocontractants ne peut, ainsi, pas être considéré comme éclairé.

180. - La constatation de solutions divergentes – Les traitements juridique et judiciaire des clauses contradictoires ne permettent pas de mettre un exergue une règle uniforme applicable à l'ensemble des situations⁵⁶⁶. Il s'agira, donc, d'analyser les solutions apportées à différentes situations spécifiques afin de constater ces divergences.

En 1958, tout d'abord, la Cour d'appel de Paris avait évoqué l'idée selon laquelle il « *est admis en principe que des clauses contradictoires (...) s'annihilent et s'annulent réciproquement pour laisser le droit commun reprendre son empire* »⁵⁶⁷. Si la juridiction de second degré semble apporter une solution générale à l'existence de clauses contradictoires dans le cadre d'une relation contractuelle, l'idée est, cependant, à tempérer. L'arrêt concernait, en effet, spécifiquement, les clauses d'attribution de compétence. Lorsqu'une telle situation se présente, le retour au droit commun est encadré par deux conditions. La Cour impose, d'une part, la présence d'une réelle contradiction. Cette dernière se constate, en pratique, par une formulation similaire entre les deux clauses et l'absence d'indices démontrant que la commune intention des parties était de faire primer le contenu de l'une sur l'autre. Il est, d'autre part, nécessaire qu'aucun indice ne révèle la volonté de l'un des cocontractants d'adhérer à l'obligation telle que prévue par l'autre partie. En résumé, la solution retenue est le retour au droit

⁵⁶⁶ F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 75 : « *Les solutions dégagées en jurisprudence n'ont rien d'univoque* ».

⁵⁶⁷ CA Paris, 25 juin 1958, n° : Gaz. Pal. 1958, 2, p. 125.

commun, à moins que l'analyse de la commune intention des parties ne révèle leur volonté d'appliquer spécifiquement l'un des contenus litigieux. Un principe assouvi d'une exception est, donc, posé s'agissant spécifiquement des clauses contradictoires relatives à une attribution de compétence⁵⁶⁸.

Une contradiction peut, ensuite, être relevée entre deux obligations référencées par une seule et même partie. Ce peut être le cas, par exemple, s'agissant des contrats d'assurance où des incompatibilités peuvent être constatées entre les conditions générales et particulières de l'assureur⁵⁶⁹. La Cour de cassation⁵⁷⁰ a, dans cette situation particulière, estimé que les conditions particulières⁵⁷¹ priment sur les conditions générales. Cette solution semble justifiée et légitime eu égard aux dispositions relatives aux règles d'interprétation des contrats⁵⁷². La Cour de cassation justifie, en effet, cette

⁵⁶⁸ Cass. req., 5 févr. 1934 : Gaz. Pal. 1934, 1, p. 638 et s. – Cass. com., 7 nov. 1956 : Gaz. Pal. 1957, I, p. 227 et s. – Cass. com., 20 nov. 1984, n° 83-15956 : Bull. civ. IV, n° 313 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les deux clauses attributives de juridiction figurant sur les instruments contractuels étaient inconciliables, que des 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 textes susvisés* ».

⁵⁶⁹ V. *Supra* n° 111.

⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1972, n° 70-12133 : RGAT 1972, p. 537, note J. DE MALEVILLE : « *Après avoir relevé que, dans la police la garantie était expressément limitée aux accidents causés aux tiers, la cour d'appel énonce que par tiers il faut entendre, sauf dérogation, les personnes qui n'invoquent pas à l'égard de l'assurée d'obligations nées d'un contrat ;*

Attendu, cependant, que l'arrêt a constaté que ladite police, dans ses conditions particulières et dérogatoires, énumérait un nombre des personnes qui doivent être considérées comme des tiers les fournisseurs et clients des sociétés assurées » – Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, n° 86-16262 : RGDA 1989, p. 641, note J. DE MALEVILLE : « *que la cour d'appel, ayant estimé que cette renonciation, qu'elle interprétait strictement, ne s'étendait pas à la compagnie "La Lutèce", assureur de la responsabilité de la locataire, a répondu aux conclusions invoquées, sans méconnaître la primauté des conditions particulières de la police d'assurance litigieuse ni dénaturé, par omission, l'avenant du 18 avril 1978* » – Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 1999, n° 96-22399 : RGDA 1999, p. 322, note J. DE MALEVILLE : « *Mais attendu que les clauses des conditions générales du contrat d'assurance se bornaient à imposer l'indication, dans les conditions particulières, d'une extension expresse de la garantie personnelle du conducteur à d'autres conducteurs que le souscripteur ;*

Que les conditions générales et les conditions particulières n'étaient dès lors pas inconciliables » – Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2001, n° 99-21617 : RGDA 2001, p. 683, note A. FAVRE-ROCHEX : « *Attendu que les clauses des conditions particulières d'une police d'assurance prévalent sur celles des conditions générales au cas où les premières sont inconciliables avec les secondes* » – J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ et K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, t. III : Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 422, n° 876 – F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 150 et s., n° 173 et s. – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1017, n° 2712.

⁵⁷¹ L. MAYAUX, « Contrat d'assurance », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 109.

⁵⁷² Spéc. C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

hiérarchisation en estimant que les premières reflètent le plus justement la commune intention des parties en ce sens que les secondes, étant d'application générale, sont obligatoire à l'égard de l'ensemble des contrats conclus. Plus les conditions sont, ainsi, particulières, plus elles se rapprochent des spécificités de la relation contractuelle voulue par les parties. Dans ce cas précis, la constatation de clauses contradictoires ne sera, donc, pas résolue par un retour au droit commun mais par la recherche de la commune intention des parties.

Des contradictions peuvent, enfin, apparaître lorsque chacune des parties renvoie à ses propres obligations. Cette situation peut se révéler lorsque le contrat se réfère à la fois à des conditions de vente et d'achat des parties. L'article L. 441-6 alinéa 3 du Code de commerce répond à cette problématique particulière. Il dispose, en effet, que les conditions générales de vente « *constituent le socle de la négociation commerciale* ». Littéralement, un socle désigne une « *Base sur laquelle repose* » quelque chose⁵⁷³. Cette formulation met, donc, en évidence l'idée selon laquelle il est admis que le contenu des conditions générales de vente est privilégié. Lorsqu'une contradiction est constatée, une hiérarchisation doit, ainsi, être effectuée entre les contenus obligationnels rédigés respectivement par chacun des contractants.

La disparité des solutions applicables en droit interne⁵⁷⁴ invite à se demander si une règle générale peut être décelée dans d'autres réglementations. La convention de Vienne⁵⁷⁵, d'une part, semble en laisser apparaître l'espoir en matière de vente internationale de marchandises. Si rien n'est prévu s'agissant spécifiquement des difficultés relatives aux clauses contradictoires, la règle de la contre-offre⁵⁷⁶, prévue en

⁵⁷³ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 2385, V° *Socle*.

⁵⁷⁴ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Regards comparatifs sur les conditions générales du contrat*, in Mélanges offerts à A. COLOMER, Litec, 1993, p. 415 et s., spéc. p. 420.

⁵⁷⁵ Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, ratifiée en France par la L. n° 82-482 du 11 avr. 1980 *autorisant l'approbation de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* et entrée en vigueur suite au D. n° 87-1034 du 22 déc. 1987 *portant publication de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980* : JORF du 27 déc. 1987, p. 15241.

⁵⁷⁶ P. SCHLECHTRIEM et C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2008, p. 145 et s., n° 145 et s.

son article 19⁵⁷⁷, peut s'y appliquer. La contre-offre est assimilée, par principe, à un rejet de l'offre, ce qui a pour conséquence d'empêcher la formation du contrat⁵⁷⁸. Par exception, toutefois, la modification de clauses contractuelles non substantielles peut mener à une « *battle of forms* » réglée par l'application de la théorie du dernier mot⁵⁷⁹. Le raisonnement est simple. Une partie fait une offre. Si l'autre partie l'accepte en y apportant des modifications non substantielles et que l'offrant exécute le contrat, on considèrera alors qu'il a accepté les changements. Si, en revanche, il renvoie ses propres conditions – et donc rejette les modifications proposées – et que l'acceptant exécute le contrat, ce seront les conditions de l'offrant qui seront appliquées. Cette règle, inspirée par le système de la Common law⁵⁸⁰, est aussi désignée comme la « *last shot rule* »⁵⁸¹ et pourrait constituer une solution générale applicable aux clauses contradictoires.

⁵⁷⁷ Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, art. 19 : « 1) Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre.

2) Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation.

3) Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre ».

⁵⁷⁸ Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, art. 19 1) : « Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre » – K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : Commentaire*, Cedidac, Lausanne, 1993, p. 184 et s., n° 6.

⁵⁷⁹ Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, art. 19 2) : « Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation ».

⁵⁸⁰ R. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015, p. 123, n° 116.

⁵⁸¹ V. FORT, « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », RIDC 3/2008, p. 729 – Ch. MOULY, « La formation du contrat », in *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Paris, 1^{er} et 2 déc. 1989, Y. DERAÏNS et J. GHESTIN (dir.), LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 1990, p. 57 et s., spéc. p. 64 s. – F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 21.32.

Cette règle présenterait, toutefois, une double limite. Elle se bornerait, d'abord, à résoudre la seule hypothèse d'une divergence entre les deux parties. Elle se restreindrait, ensuite, aux obligations non substantielles. S'agissant des contradictions portant sur les éléments qui revêtent un caractère essentiel, elles sont considérées comme une contre-offre et le contrat ne pourrait, donc, pas être conclu⁵⁸².

Les principes UNIDROIT⁵⁸³ et les principes de droit européen des contrats⁵⁸⁴ prévoient, d'autre part, une règle bien plus simple, celle de l'anéantissement automatique des clauses contradictoires. Les parties sont, ainsi, et sauf volonté contraire, contractuellement liées par l'ensemble du contenu contractuel, à l'exception des clauses présentant des divergences. Ces dernières seront exclues du champ obligationnel et le droit commun trouvera application sur le point envisagé. Il s'agit, alors, d'un « *dissentiment partiel* »⁵⁸⁵ qui rejette l'application de la théorie du dernier mot. Cette solution apparaît plus adaptée en ce sens qu'elle peut avoir une portée générale.

⁵⁸² Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, art. 19 1) : « Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre » – K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : Commentaire*, Cedidac, Lausanne, 1993, p. 184 et s., n° 6.

⁵⁸³ Principes UNIDROIT, art. 2.1.22 : « Lorsque les parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat ».

⁵⁸⁴ Commission de droit européen des contrats, O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, art. 2 : 209 : « (1) Lorsque les parties sont parvenues à un accord mais que l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales incompatibles, le contrat est néanmoins conclu. Les conditions générales font partie du contrat pour autant qu'elles sont pour l'essentiel communes aux parties.

(2) Le contrat, cependant, n'est pas formé si une partie

(a) a indiqué à l'avance, explicitement et non dans ses conditions générales, qu'elle ne veut pas être liée par le contrat en vertu de l'alinéa 1er,

(b) ou informe ultérieurement et sans retard l'autre partie qu'elle n'entend pas être liée par le contrat.

(3) Les conditions générales du contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties ».

⁵⁸⁵ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004, p. 284 et s., n° 561 et s.

181. - L'absence d'une réglementation générale remettant en cause le caractère éclairé du consentement des parties – La constatation des divergences de solutions en droit interne a pour conséquence de remettre en cause le caractère éclairé du consentement des parties en présence de clauses contradictoires. L'absence d'une réglementation générale ne permet pas, en effet, d'avoir, au moment de la formation du contrat, une idée du contenu contractuel qui sera obligatoire durant la relation. Seule une action en justice permettrait de répondre à cette interrogation. Les parties ne peuvent, dès lors, en présence de clauses contradictoires, avoir une parfaite connaissance du contenu de leur engagement au jour de la formation du contrat et leur consentement ne peut, de fait, être considéré comme éclairé.

182. - S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, les clauses contradictoires ne sont pas les seules à remettre en cause la connaissance, par les parties, du contenu qui sera obligatoire lors de la conclusion du contrat. Les clauses susceptibles d'évolution dans le temps peuvent, en effet, elles aussi, remettre en cause le caractère éclairé de leur consentement au jour de leur engagement.

B) Les clauses susceptibles d'évolution dans le temps

183. - Les clauses susceptibles d'évolution dans le temps : l'exemple du contrat de franchise – La révélation d'une problématique relative à l'évolution du contenu des obligations par renvoi explicite a été précédemment évoquée⁵⁸⁶. Il s'agit, ici, d'en relever les conséquences s'agissant du caractère éclairé du consentement des parties⁵⁸⁷. Un contrat contenant une clause par référence est conclu. Il est alors stipulé que l'obligation référencée sera susceptible d'évolution au cours de la relation contractuelle.

⁵⁸⁶ V. *Supra* n° 113 et s.

⁵⁸⁷ Remarque : les contrats conclus avec des consommateurs seront écartés des présents raisonnements puisque cette catégorie de personne est protégée de l'évolution dans le temps du contenu de ses obligations par un strict encadrement : V. Cass. civ. 1^{ère}, 2 juill. 2014, n° 13-18062 : RLDI 2014/107, obs. L. COSTES – C. consom., art. L. 121-84 : « *Tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* » - V. *Supra* n° 115.

L'exemple du contrat de franchise sera utilisé afin d'illustrer cette idée. La franchise peut se définir comme « *une technique contractuelle par laquelle des revendeurs, prestataires de service ou fabricant traitent avec le propriétaire de signes distinctifs (enseigne, marque), détenteur d'un savoir-faire technique et/ou commercial, afin d'obtenir de lui la communication permanente de ce savoir-faire, une assistance commerciale ou technique, et le droit d'utiliser ces signes distinctifs* »⁵⁸⁸. Il s'agit de réitérer une réussite commerciale⁵⁸⁹ grâce à la communication, par le franchiseur, de son savoir-faire au franchisé contre rémunération. Ce dernier doit alors appliquer le système mis au point par son cocontractant en exploitant « *obligatoirement et totalement* » la « *collection de produits ou de services (...) selon des techniques commerciales préalablement expérimentées et constamment mises au point* »⁵⁹⁰. L'utilisation de l'expression « *constamment mises au point* » implique donc l'éventuelle adaptation du savoir-faire à des techniques, des produits, un agencement (...) permettant de parfaire la réussite commerciale voulue. Une certaine évolution des procédés utilisés – au sens large du terme – est donc envisageable dans le cadre d'un contrat de franchise. Que se passerait-il alors si le franchisé refusait de procéder à ces changements ? Si les normes prescrites ne sont pas appliquées par son franchiseur, il peut voir sa responsabilité contractuelle engagée ou son contrat résilié à ses torts exclusifs⁵⁹¹. Le franchisé est, donc, face à un choix. Soit il applique les évolutions prescrites par son cocontractant, soit il est sanctionné. S'agissant de l'approvisionnement, par exemple, certains contrats de franchise prévoient une clause stipulant que le franchisé accepte expressément que de nouveaux produits peuvent être ajoutés à la gamme initialement prévue ou abandonnés s'ils ne répondent plus aux qualités requises ou ne paraissent plus adaptés aux besoins de la clientèle. Dans une telle situation, le franchisé consent au principe d'une éventuelle évolution de ses obligations durant la relation contractuelle mais pas au contenu de l'évolution. S'il refuse de s'y soumettre, il en sera sanctionné. Au jour de la conclusion du contrat,

⁵⁸⁸ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, p. 1651, n° 4546.

⁵⁸⁹ D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 7^{ème} éd., 2014, p. 387, n° 701.

⁵⁹⁰ CJCE, 28 janv. 1986, n° 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* : Rec. CJCE, p. 353, att. 18 et 19.

⁵⁹¹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, p. 1680, n° 4646.

le franchisé n'a, donc, pas une parfaite connaissance de son engagement – qui est susceptible de modifications – et son consentement ne peut être considéré comme véritablement éclairé.

184. - Le « droit de savoir » – Cette hypothèse d'absence de connaissance, par les contractants, d'une partie du contenu obligationnel qui sera obligatoire révèle un paradoxe avec le « droit de savoir » qui leur est reconnu.

De manière restrictive, le « droit de savoir » peut être considéré comme un « corollaire de l'obligation d'information »⁵⁹². C'est sur ce fondement de ce droit que le preneur doit, par exemple, remettre au bailleur le compte-rendu de diagnostic⁵⁹³.

Le « droit de savoir » ne se cantonne, toutefois, pas uniquement au domaine d'application de l'obligation d'information tel qu'il est actuellement défini⁵⁹⁴ et en

⁵⁹² Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, spéc. Le « *droit de savoir* » du preneur, § 1.1.1.1.1.1.1.

⁵⁹³ L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* : JORF du 26 mars 2014, p. 5809, art. 1^{er}, 6° : insère à la L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la L. n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière* : JORF du 8 juill. 1989, p. 8541, un art. 3-3 ainsi rédigé : « *Un dossier de diagnostic technique, fourni par le bailleur, est annexé au contrat de location lors de sa signature ou de son renouvellement et comprend :*

1° *Le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du Code de la construction et de l'habitation ;*

2° *Le constat de risque d'exposition au plomb prévu aux articles L. 1334-5 et L. 1334-7 du Code de la santé publique ;*

3° *Une copie d'un état mentionnant l'absence ou, le cas échéant, la présence de matériaux ou produits de la construction contenant de l'amiante. Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent 3°, notamment la liste des matériaux ou produits concernés ;*

4° *Un état de l'installation intérieure d'électricité et de gaz, dont l'objet est d'évaluer les risques pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes. Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent 4° ainsi que les dates d'entrée en vigueur de l'obligation en fonction des enjeux liés aux différents types de logements, dans la limite de six ans à compter de la publication de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.*

Dans les zones mentionnées au 1 de l'article L. 125-5 du Code de l'environnement, le dossier de diagnostic technique est complété à chaque changement de locataire par l'état des risques naturels et technologiques.

Le locataire ne peut se prévaloir à l'encontre du bailleur des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique, qui n'a qu'une valeur informative.

Le propriétaire bailleur tient le diagnostic de performance énergétique à la disposition de tout candidat locataire ».

transcende les barrières. S'il n'est, ainsi, pas reconnu d'obligation d'information à la charge du preneur, un « droit de savoir » au profit du bailleur trouve application. A ce propos, la Cour de cassation a pu expliquer l'idée selon laquelle « *La bonne exécution des droits et obligations du bail suppose que la transparence exigée du bailleur [en application du « droit de savoir » du preneur] s'applique aussi au locataire. Il en résulte que le bailleur a le droit de recevoir certaines informations relatives, soit à la situation personnelle du locataire soit aux conditions dans lesquelles celui-ci fait usage des biens loués* »⁵⁹⁵.

De même, en matière de contrat d'assurance, si aucune obligation d'information ne pèse sur l'assuré, l'assureur bénéficie de ce « droit de savoir ». Sur le fondement de ce dernier, « *il incombe à l'assuré de signaler ensuite à l'assureur, fût-ce avant la conclusion du contrat, les circonstances nouvelles, connues de lui, qui ont pour conséquence d'aggraver le risque ou d'en créer de nouveaux et qui rendent caduques ou inexacts les déclarations initiales* »⁵⁹⁶.

L'existence et la mise en œuvre du « droit de savoir » sont paradoxales avec le caractère obligatoire d'obligations susceptibles d'évolution au cours de la relation

⁵⁹⁴ Sur la généralisation du « devoir d'information » : V. L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures : JORF du 17 févr. 2015, p. 2961 : art. 8, 2° : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et, à cette fin :*

(...)

2° *Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre* ».

⁵⁹⁵ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, spéc. Le « droit de savoir » du bailleur, § 1.1.1.1.1.2.

⁵⁹⁶ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, spéc. Le « droit de savoir » de l'assureur, § 1.1.1.1.3.2 – Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2004, n° : Bull. civ. 2004, II, n° 12 : « *Mais attendu, sur les deux premiers griefs du moyen, que l'arrêt attaqué qui constate que M. X... n'avait pas signalé à l'assureur la circonstance nouvelle de la révélation de sa séropositivité entre le moment où il avait répondu au questionnaire de santé et celui de l'acceptation de l'offre de prêt conditionnant la prise d'effet des garanties prévues au contrat, retient à bon droit que, tenu en vertu de l'article L. 113-2 du Code des assurances de répondre exactement aux questions posées, notamment dans le formulaire de déclaration du risque lors de la conclusion du contrat d'assurance, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur des risques qu'il prend en charge, l'assuré doit déclarer ensuite, serait-ce avant la conclusion du contrat, les circonstances nouvelles connues de lui qui ont pour conséquence, soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et qui rendent de ce fait caduques ou inexacts les réponses faites à l'assureur* ».

contractuelle. Si chacun des cocontractants peut, en effet, bénéficier de ce droit, comment est-il envisageable qu'une partie puisse être sanctionnée en cas de non-respect de l'évolution du contenu de l'une de ses obligations ?

185. - Evolution dans le temps et consentement éclairé – Les obligations non matérialisées par renvoi explicite susceptibles d'évolution dans le temps mettent, donc, en évidence une lacune relative au caractère éclairé du consentement des parties. Si l'une des parties sait que le contenu de son obligation peut évoluer mais qu'elle ne maîtrise pas le fond de son évolution, elle ne peut, en effet, pas connaître les tenants et aboutissants de son engagement. Dès lors, son consentement ne peut pas être considéré comme éclairé au jour de la conclusion du contrat.

*

186. - Bilan – Le caractère contraignant des obligations non matérialisées par renvoi explicite se justifiant par la force obligatoire dont est dotée la clause par référence, il est nécessaire, pour les parties, d'y avoir consenti de manière suffisamment éclairée. Elles doivent, en effet, être en mesure, au jour de la conclusion du contrat, de maîtriser avec précision les tenants et aboutissants de leur engagement contractuel. La mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite nuance, toutefois, cette exigence. Qu'il s'agisse de sa compréhension ou de sa connaissance, le contenu obligationnel référencé n'est pas nécessairement acquis par les contractants. Ne pouvant, dès lors, affirmer qu'ils se sont engagés en toute connaissance de cause, le caractère éclairé de leur consentement est limité et, partant, la relation contractuelle peut être source d'insécurité.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

187. - L'obligatorité des obligations non matérialisées par renvoi explicite est justifiée par le mécanisme de la force obligatoire. Référencées par une stipulation contractuelle retranscrite dans un acte instrumentaire, c'est cette dernière qui va les doter de leur effet contraignant. En acceptant l'*instrumentum*, les parties vont, en effet, choisir de faire jouer la clause par référence. Le contenu obligationnel auquel elle renvoie sera, donc, par extension, doté d'un effet contraignant. C'est donc la force obligatoire de la clause par référence qui justifie l'effet contraignant du contenu de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite.

A la charge des parties dans le cadre de leur relation contractuelle, le contenu obligationnel référencé doit répondre à certaines exigences s'agissant de sa connaissance et de sa compréhension. Cette nécessité répond à l'exigence relative au caractère éclairé du consentement. Les contractants doivent, en effet, être en mesure, au jour de la conclusion du contrat, de maîtriser l'intégralité des obligations qui leurs seront obligatoires au cours de leur engagement. Le recours aux obligations non matérialisées par renvoi explicite ne garantit, toutefois, pas nécessairement ce postulat indispensable. Pouvant remettre en cause l'intégrité du consentement des parties auxquelles elles sont opposées, elles peuvent se révéler, de fait, source d'insécurité juridique. Cette idée est la conséquence des insuffisances relatives à ses conditions d'encadrement. Si l'accès technique au contenu référencé semble strictement encadré par sa double condition de validité – le contractant doit avoir conscience que l'obligation fait partie du champ contractuel et il doit avoir été en mesure d'en prendre connaissance –, aucune exigence ne garantit réellement son accès intellectuel.

Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont, donc, juridiquement valables sur le fondement de la force obligatoire. Leur encadrement lacunaire peut, toutefois, s'avérer dangereux pour les parties qui n'en auraient pas les pleines connaissances et compréhensions.

CONCLUSION DU TITRE 1

188. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont celles qui sont référencées dans l'acte instrumentaire mais dont le contenu n'y est pas matérialisé. Leur effet contraignant, justifiée par le mécanisme de la force obligatoire, est soumise à une double exigence aux termes de laquelle les parties doivent avoir conscience que leur contenu fait partie du champ contractuel et qu'elles aient été en mesure d'en prendre connaissance.

Présentant des avantages pratiques, elles sont usuellement utilisées mais présentent des lacunes en terme de sécurité juridique auxquelles il apparaît nécessaire de remédier. Leurs conditions d'existence doivent, *a minima*, être renforcées dans un souci de protection du caractère éclairé du consentement des parties. Il est, en effet, indispensable de garantir aux contractants auxquels elles sont opposées, une parfaite connaissance et compréhension de leur contenu. La mise en place d'une obligation d'information spécifique aux obligations non matérialisées par renvoi explicite semble être la solution la plus opportune. Permettant de renforcer la maîtrise, par les parties, du contenu de leur engagement, elle garantirait le caractère éclairé de leur consentement.

Cette problématique n'est, toutefois, pas particulière aux obligations envisagées et peut être décelée dans un certain nombre de contrats. L'accès intellectuel au contenu obligationnel peut, en effet, constituer une difficulté, que les obligations soient matérialisées ou non dans l'acte instrumentaire. Il apparaît alors nécessaire de mettre en place une obligation générale d'information qui serait applicable à l'ensemble des situations contractuelles, indépendamment de la qualité des parties, de la nature du contrat ou encore de l'obligation. Cette solution apparaît d'autant plus indispensable qu'elle est prévue par le projet de réforme relatif au droit des contrats. Est, en effet, prévu un nouvel article 1129 du Code civil⁵⁹⁷ qui érige le « *devoir d'information* » en condition de validité du contrat. Envisagé dans la sous-section relative au consentement, ce nouveau devoir constitue une assurance relative à son intégrité. Le projet n'étant,

⁵⁹⁷ Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1129 : « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé* ».

toutefois, pas encore entré en vigueur, il s'agira d'être attentif à la parfaite mesure de leur engagement par les parties.

Les obligations non matérialisées expressément visées par les parties dans l'acte instrumentaire par la stipulation d'une clause par référence participent, donc, à la délimitation du contenu contractuel obligatoire. Si cette idée se justifie, justement, par le caractère explicite de la référence effectuée, leurs coexistent d'autres obligations non matérialisées s'imposant aux contractants par le mécanisme d'un renvoi implicite.

Titre 2 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite

189. - Le contenu obligationnel d'un contrat est composé d'une somme d'obligations, imposées⁵⁹⁸ et volontaires⁵⁹⁹, que les parties doivent respecter au cours de leur relation. S'agissant de celles que les contractants choisissent d'insérer dans le champ de leur engagement, elles ne sont pas nécessairement retranscrites dans un acte instrumentaire. Si certaines des obligations non matérialisées sont obligatoires du fait du recours à une clause par référence, d'autres le sont par le mécanisme d'un renvoi implicite. Elles vont, ainsi, faire « *virtuellement* »⁶⁰⁰ partie du contenu obligationnel sans, toutefois, y être expressément retranscrites ou référencées.

La révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite (Chapitre 1) va inviter à s'interroger sur leur fondement (Chapitre 2). Ne relevant pas de la catégorie des obligations imposées, elles ne peuvent pas être justifiées par des mécanismes « externes » au contrat, à l'image de la loi, des usages ou de l'équité. Elles feraient, alors, partie de la catégorie des obligations voulues par les parties. Leur caractère obligatoire s'expliquerait, donc, par le mécanisme de l'autonomie de la volonté. Ce serait parce que les parties ont voulu les insérer dans le contenu obligationnel qu'elles seraient obligatoires. N'étant, cependant, pas explicitement visées par les contractants, il apparaît difficile de leur attribuer ce fondement « classique ».

⁵⁹⁸ Sur la notion d'obligation imposée, V. *Supra* n° 23 et s.

⁵⁹⁹ Sur la notion d'obligation volontaire, V. *Supra* n° 40 et s.

⁶⁰⁰ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1287, V° *Implicite* : « *Qui est virtuellement contenu dans une proposition, un fait, sans être formellement exprimé, et peut en être tiré par déduction, induction* ».

Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite

190. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées et, si elles sont considérées comme voulues par les parties, elles ne sont ni retranscrites ni référencées dans un acte instrumentaire. Ce dernier point implique que leur existence n'est pas conditionnée à l'existence d'un *instrumentum*. Si la volonté des contractants de s'y soumettre n'est, ainsi, pas explicitement formulée dans l'écrit principal, ces obligations demeurent obligatoires dans le cadre de leur relation contractuelle.

Le contenu obligationnel d'un contrat ne se limite, donc, pas à son écrit principal qui peut être complété ou dont l'absence peut être palliée par d'autres documents précisant les termes du contrat. Ces derniers peuvent être qualifiés de documents contractuels. Sans que leur étude n'ait pour objectif d'être exhaustive, il s'agira de révéler l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite qu'elles soient (Section 1) ou non (Section 2) contenues dans un document contractuel.

Section 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant du contenu des documents contractuels

191. - Le contenu obligationnel d'un contrat ne se limite pas à son *instrumentum*⁶⁰¹. Le *negocium*⁶⁰² doit, en effet, lui aussi être pris en considération s'agissant de la détermination des obligations que les parties doivent exécuter durant leur relation contractuelle. Il vise l'ensemble des éléments nécessaires à l'exécution du contrat voulue par les parties et telle que voulue par elles, qu'ils soient retranscrits ou non par écrit. S'il concerne, notamment, les obligations imposées, il ne s'y limite pas puisqu'il est, aussi, constitué des obligations non matérialisées par renvoi implicite. A la différence de celles qui s'imposent par le mécanisme de la clause par référence, ces dernières obligations ne sont pas référencées dans un acte instrumentaire puisqu'il n'en existe pas, mais sont, généralement, retranscrites dans un autre document. Ces derniers,

⁶⁰¹ Sur la notion d'*instrumentum*, V. *Supra* n° 151.

⁶⁰² Sur la notion de *negocium*, V. *Supra* n° 153.

ne constituant pas un acte instrumentaire doivent, pour revêtir un caractère contraignant, être qualifiés de documents contractuels (Paragraphe 1) et se révèlent sous différentes formes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notion de document contractuel

192. - L'analyse de la notion de documents contractuels est nécessaire puisqu'ils constituent, du fait de leur nature, des obligations non matérialisées par renvoi implicite (I). Le caractère obligatoire de leur contenu n'est toutefois pas automatique et est, de ce fait, strictement conditionnée (II).

I. La justification de l'analyse des documents contractuels : des obligations non matérialisées par renvoi implicite par nature

193. - **La distinction entre l'*instrumentum* et les documents contractuels** – Lors de la conclusion d'un contrat, le seul échange de documents relatant le contenu des obligations de chacune des parties semble rejeter, de fait, l'existence d'obligations non matérialisées. Le simple fait que ces dernières soient retranscrites semble, en effet, contradictoire avec la qualification envisagée. Il apparaît, ainsi, nécessaire de distinguer l'acte instrumentaire des autres documents applicables à la relation entre les parties. Ces derniers, qualifiés de « contractuels » dès lors que leur effet contraignant est reconnu, empruntent un qualificatif qui peut laisser penser à leur assimilation avec l'acte instrumentaire. Ce postulat se doit, toutefois, d'être nuancé. L'*instrumentum* correspond à l'écrit principal⁶⁰³. Les autres documents contractuels sont ceux qui le précisent, le complètent et en fixent, éventuellement, les modalités d'exécution. Ils permettent, ainsi, de palier à l'absence ou aux lacunes d'un acte instrumentaire en reprenant les contours de la relation contractuelle, des obligations qui la composent et leur contenu⁶⁰⁴ sans, toutefois, emporter la qualification d'acte instrumentaire.

⁶⁰³ V. *Supra* n° 151.

⁶⁰⁴ V. *Supra* n° 156.

Lors de la conclusion d'un contrat, d'autres documents que l'écrit principal peuvent, donc, compléter le contenu obligationnel de l'engagement⁶⁰⁵. Leur caractère obligatoire peut se justifier de deux manières. Leur valeur contractuelle peut, d'une part, être explicitement prévue par les parties lorsqu'elles stipulent une clause par référence dans l'écrit principal⁶⁰⁶. Les documents référencés sont, alors, considérés comme des « *documents annexes* »⁶⁰⁷. Ces derniers ne seront pas envisagés dans la suite des raisonnements puisque leur contenu reçoit la qualification d'obligation non matérialisée par renvoi explicite, catégorie précédemment envisagée⁶⁰⁸. L'absence de référence n'a, toutefois, pas nécessairement pour conséquence d'ôter le caractère contractuel des documents visés. Il est, en effet, des situations où le caractère obligatoire de leur contenu sera, d'autre part, justifiée par l'idée d'un renvoi implicite.

194. - Les documents contractuels sources d'obligations non matérialisées par renvoi implicite – S'il n'existe pas d'*instrumentum* ou lorsqu'il est incomplet, les obligations qui sont contenues dans les documents contractuels peuvent être qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Ces dernières sont, en effet, dotées d'un effet obligatoire qui ne se justifie ni par le mécanisme d'une clause par référence⁶⁰⁹, ni par la retranscription de leur contenu dans un écrit principal. Leur caractère contraignant ne peut, ainsi, qu'être justifié de manière sous-entendue par la nature contractuelle des documents qui les contiennent. Il n'est, de ce fait, nullement nécessaire qu'une référence ou que leur contenu ne soient formellement énoncés pour leur attribuer un caractère contraignant. C'est parce qu'un document reçoit le qualificatif de « contractuel » que son contenu sera applicable à la relation entre les parties.

⁶⁰⁵ Les documents contractuels appraissent, en effet, comme des « *compléments écrits qui précèdent la conclusion du contrat et qui sont incorporés en annexe de l'acte instrumentaire* » : F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 124-125, n° 139.

⁶⁰⁶ V. *Supra* n° 58.

⁶⁰⁷ Sur la qualification de « *document annexe* » conditionnée à l'existence d'une clause par référence, V. : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 212, n° 342 – F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 73.

⁶⁰⁸ V. *Supra* n° 45 et n° 56 et s.

⁶⁰⁹ Sur leur référence par une « *clause de renvoi tacite* », V. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004, p. 142, n° 264.

Les obligations non matérialisées par renvoi implicite peuvent donc être celles qui sont retranscrites dans un document autre que l'écrit principal et qui s'imposent du fait de la nature contractuelle de leur contenant. Leur retranscription ou leur référence dans un écrit principal n'étant pas nécessaire à leur caractère obligatoire, elles ne sont donc pas conditionnées à l'existence d'un *instrumentum*. Leur effet contraignant sera, dès lors, justifié de manière tacite, d'où leur qualification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

195. - Si les obligations non matérialisées par renvoi implicite peuvent être décelées dans le contenu des documents contractuels, c'est à la condition que ces derniers soient obligatoires. Il est, dès lors, nécessaire de s'intéresser aux exigences encadrant leur effet contraignant.

II. Les conditions du caractère obligatoire des documents contractuels

196. - Définition de la notion de document contractuel – La notion de document contractuel a été mise en évidence par la thèse de Madame le Professeur Françoise Labarthe. Selon elle, ils sont « *ceux qui contribuent à la formation du contrat ou à la réalisation du contrat, et par là engagent à titre d'élément du contrat* »⁶¹⁰. Si l'*instrumentum* et ses annexes⁶¹¹ peuvent être considérés comme des documents contractuels⁶¹², cette dernière qualification ne s'y limite pas. D'autres documents, peuvent, en effet, avoir une valeur contractuelle.

La question qui se pose donc est celle de savoir comment ces autres documents contractuels peuvent être identifiés. Faut-il lier cette qualification aux documents que le pouvoir judiciaire peut prendre en considération lorsqu'il agit comme interprète de la commune intention des parties et qu'il définit, ainsi, le contenu obligationnel ? Autrement dit, un document doit-il être considéré comme doté d'un effet contraignant et

⁶¹⁰ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 6, n° 7.

⁶¹¹ V. en ce sens : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 212, n° 342 - F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 73.

⁶¹² F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 73.

partant, ayant un caractère contractuel, s'il peut être utilisé par le juge dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs ? Effectuer une telle corrélation semble difficile à deux égards. La question de l'interprétation relève, d'une part, d'un large champ d'application qui ne se restreint pas aux seuls documents contractuels. Le juge peut, par exemple, imposer aux parties des obligations imposées, qu'elles soient essentielles⁶¹³ ou accessoires⁶¹⁴ indépendamment de l'existence d'un document contractuel qui en préciserait le caractère obligatoire. Les documents contractuels tels qu'envisagés dans les présents raisonnements ne sont, toutefois, pas ceux dont le caractère obligatoire est commandée aux parties. Il apparaît, donc, compliqué de considérer que leur qualification dépend du domaine de l'exercice de ses pouvoirs par le juge. Lier ces deux questions serait, d'autre part, source d'insécurité. Le fait de laisser au juge le pouvoir souverain de qualifier un document de contractuel ou non aurait, en effet, deux conséquences principales. Cela impliquerait, d'abord, de rejeter totalement le rôle de la volonté des parties s'agissant de la délimitation du contenu obligationnel qui s'impose à leur engagement. Il s'agirait, ensuite, de reconnaître au pouvoir judiciaire le pouvoir de forcer le contrat et d'en délimiter, unilatéralement, le contenu.

L'identification des documents contractuels nécessite, donc, une analyse objective. Leur qualification dépend, ainsi, de la réunion de deux conditions cumulatives.

197. - Critères des documents contractuels – Pour qu'un document autre que l'écrit principal ou l'une de ses annexes ait un caractère obligatoire, et donc, considéré comme ayant une nature contractuelle, deux conditions de validité doivent être réunies. Il est, d'une part, nécessaire que les contractants aient conscience que le contenu du document fait partie du champ contractuel⁶¹⁵. Il s'agit, donc, d'un premier élément de nature psychologique. Il est, d'autre part, indispensable que le document ait été communiqué

⁶¹³ Sur les obligations imposées essentielles : V. *Supra* n° 24 et s.

⁶¹⁴ Sur les obligations imposées accessoires : V. *Supra* n° 27 et s.

⁶¹⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 687, n° 920.

avant la conclusion du contrat⁶¹⁶. Ce second élément est, ainsi, de nature matérielle. Cette double condition⁶¹⁷ est similaire à celle qui encadre la validité des obligations non matérialisées par renvoi explicite⁶¹⁸. Puisqu'elles sont identiques, et qu'elles ont été analysées dans les précédents développements, il n'apparaît pas nécessaire de les envisager une seconde fois.

L'encadrement du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite contenues dans les documents contractuels présente, par ailleurs et du fait de cette similitude, les mêmes problématiques que celles liées à la mise en œuvre des clauses par référence. Leur effet contraignant pourra, ainsi, entraîner des difficultés relatives à l'accès aux documents⁶¹⁹, au moment de leur transmission⁶²⁰, aux clauses contradictoires⁶²¹, à l'évolution⁶²² et à la complexité⁶²³ de leur contenu.

⁶¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1987, n° 85-12530 : Bull. civ. I, n° 156 : « *Mais attendu qu'ayant constaté que le règlement des eaux annexé à la convention conclue entre le syndicat des communes de la banlieue de Paris et la CGE, qui imposait une responsabilité personnelle à l'abonné pour les parties des branchements situées sur sa propriété, n'avait pas été porté à la connaissance des époux Feldzer, la cour d'appel en a justement déduit que la CGE n'était pas fondée à s'en prévaloir pour s'exonérer de sa responsabilité dans les dommages subis par ses abonnés ; d'où il suit qu'en aucune de ses deux branches le moyen n'est fondé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 00-11939 : RGDA 2002, 357, note L. FONLLADOSA : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que le véhicule bénéficiait d'une garantie contractuelle et que celle-ci n'était pas expirée lors du sinistre ; qu'ayant ensuite relevé que la société Toyota France, qui ne contestait pas le principe de la garantie, ne rapportait pas la preuve de l'adhésion de M. Y... aux conditions générales de vente limitant cette garantie, la cour d'appel a exactement décidé, sans contradiction de motifs, que la garantie contractuelle devait jouer, tout en déclarant inopposables à cet acheteur les clauses limitatives de garantie* ».

⁶¹⁷ Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, PUAM, 1978, n° 131 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 687, n° 920 – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 208, n° 336 – G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, Presse universitaire du Septentrion, 2001, n° 87 et s. – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 228, n° 202.

⁶¹⁸ V. *Supra* n° 60 et s.

⁶¹⁹ V. *Supra* n° 92 et s.

⁶²⁰ V. *Supra* n° 96 et s.

⁶²¹ V. *Supra* n° 106 et s.

⁶²² V. *Supra* n° 113 et s.

⁶²³ V. *Supra* n° 100 et s.

198. - Si les conditions de qualification des documents contractuels ne nécessitent, donc, pas d'être détaillées puisque les raisonnements sont identiques à ceux précédemment développés s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, il s'agit de s'intéresser à leur identification.

Paragraphe 2 : L'identification des documents contractuels

199. - Les documents contractuels « *contribuent à la formation du contrat ou à la réalisation du contrat, et par là engagent à titre d'élément du contrat* »⁶²⁴. Leur identification nécessite, donc, de distinguer ceux qui participent à la formation (I) et à l'exécution (II) du contrat.

I. Les documents contractuels participant à la formation du contrat : les documents précontractuels

200. - Les documents précontractuels peuvent contribuer à la formation du contrat. Il est possible de les subdiviser en deux catégories. Certains permettent de préparer la relation contractuelle. Il s'agira de les envisager au travers de l'exemple des pourparlers (A). D'autres apportent des informations, descriptions et indications relatives à l'engagement (B).

A) Les documents préparatoires : l'exemple des pourparlers à forme contractuelle

201. - **Etude portant sur les pourparlers** – Durant la période précontractuelle, les parties peuvent mettre en place des documents qui leur permettront de préparer une éventuelle relation contractuelle durant la période des pourparlers.

⁶²⁴ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 6, n° 7.

Les pourparlers sont qualifiés d'« *avant-projets* »⁶²⁵ au contrat définitif. Considérés comme de simples négociations, les parties sont donc, par principe, libres d'en reprendre, d'en modifier ou d'en abandonner les termes si elles choisissent de conclure le contrat⁶²⁶. Selon la théorie de Jhering⁶²⁷, un contrat se formerait dès le début des négociations entre les parties. Ces dernières seraient, ainsi, soumises à certaines obligations et s'engageraient à répondre de leur faute en cas d'échec par l'engagement de leur responsabilité civile contractuelle. Ce dernier postulat implique que les pourparlers font partie du champ contractuel. Comprendre cette idée nécessite d'effectuer une distinction en fonction de leur nature, non-contractuelle ou contractuelle⁶²⁸.

202. - Notion de pourparlers à forme non-contractuelle – Les pourparlers à forme non contractuelle⁶²⁹, ou pourparlers informels⁶³⁰, sont de simples invitations à discuter⁶³¹, des offres de négociations. Leur contenu n'a, ainsi, pas vocation à intégrer la sphère contractuelle en ce qu'ils ne revêtent pas le caractère d'offre de contrat⁶³². Cette idée est d'autant plus justifiée par l'engagement de la responsabilité civile délictuelle et non contractuelle de la partie à l'origine d'une rupture fautive des

⁶²⁵ Cass. com., 30 nov. 1971, n° 70-13070 : D. 1972, p. 209 : « *C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond estiment, pour rejeter une action en paiement d'honoraires, que le demandeur ne fait pas la preuve qu'une demande d'étude lui ait été adressée et retiennent que le plan proposé par lui pouvait être considéré comme un **avant-projet** en vue de l'établissement d'un contrat définitif* ».

⁶²⁶ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 122, n° 122.

⁶²⁷ R. VON JHERING, *Œuvres choisies, t. II*, trad. par O. DE MEULENAERE, A. Mrescq, Paris, 1893, n° 21.

⁶²⁸ J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Etudes offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 503 et s., spéc. p. 509 – J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001, n° 341, p. 199.

⁶²⁹ J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Etudes offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 503 et s., spéc. p. 509.

⁶³⁰ M. GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse, Paris II, 1985, n° 241.

⁶³¹ L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 20, 2005, pt. 29.

⁶³² Cass. com., 3 juin 2003, n° 00-17008 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que le document intitulé « protocole d'accord » ne comporte aucune signature non plus que la télécopie de transmission et qu'il n'avait reçu aucun commencement d'exécution ; qu'en l'état de ces constatations, dont il ressortait que la Banque du Phénix n'avait pas eu la volonté de s'engager en cas d'acceptation de la société IMCO, la cour d'appel, qui n'a subordonné le consentement des parties et la formation du contrat à aucune condition de forme, en a souverainement déduit que les documents litigieux ne constituaient pas une offre, mais une simple base de négociation* ».

pourparlers non contractuels⁶³³. La distinction mise en place entre ces deux régimes de responsabilité a, en effet, pour objectif de distinguer les situations rattachées à un contrat ou non⁶³⁴. Si le contrat n'est pas formé, la responsabilité contractuelle ne peut, ainsi, pas être engagée⁶³⁵. Si la notion utilisée pour justifier la sanction de la rupture fautive des pourparlers, la bonne foi⁶³⁶, n'est pas sans rappeler une exigence en matière d'exécution des contrats⁶³⁷, il n'en demeure pas moins que l'article 1382 du Code civil et la responsabilité civile délictuelle qui y affère en restent le fondement⁶³⁸.

Puisque les pourparlers à forme non contractuelle n'ont pour, seule vocation, que « *d'explorer la possibilité de conclure le contrat envisagé* »⁶³⁹. Leur incorporation dans la sphère du contrat ne pourra, de ce fait, être envisageable que si une nature contractuelle leur est reconnue. En l'absence d'une telle qualification ces négociations

⁶³³ Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14154 : JCP 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. DURRY : « *Que, par motifs propres, la cour d'appel (...) a retenu qu'il (...) il fallait observer que des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone, d'ailleurs plus que problématique, que c'était donc a bon droit que les premiers juges avaient constaté la rupture abusive des pourparlers par les établissements Vilber-Lourmat (...)*

Attendu que par ces énonciations (...) la cour d'appel (...) a pu retenir à l'encontre de la société Vilbert-Lourmat une responsabilité délictuelle et a ainsi justifié la condamnation de cette société » – Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18275 : Contrats, conc., consom. 2000, n° 174, note L. LEVENEUR : « *Vu l'article 1382 du Code civil ;*

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de M. Y... fondée sur la rupture abusive des pourparlers par M. X..., l'arrêt retient qu'en l'absence de mauvaise foi manifeste de ce dernier, qui n'était pas guidé par une volonté de nuire, cette rupture n'est pas fautive ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés, que M. X... n'avait pas hésité à présenter M. Y... comme son associé et que celui-ci était considéré comme tel par les tiers, qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un « excès de prudence », la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ».

⁶³⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 845, n° 2311.

⁶³⁵ H. MAZEAUD, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », RTD civ. 1929, p. 550.

⁶³⁶ Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz, 2009, pt. 32 et s. – V. par ex. : Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20361 : D. 1999, p. 514, note P. Chauvel et somm. p. 127, obs. J. Schmidt-Szalewski : « *le principe de la liberté de ne pas contracter qui inclut la liberté de rompre à tout moment les pourparlers trouve sa limite dans le devoir de bonne foi et de loyauté de chacun des interlocuteurs* » – CA Paris, 19 janv. 2001 : D. 2001, p. 677 : « *le principe de la liberté de ne pas contracter, qui inclut la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, trouve sa limite dans le devoir de bonne foi et de loyauté de chacun des interlocuteurs* ».

⁶³⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, L'essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 111-112, n° 121 – C. civ., art. 1134 al. 3 : « *[Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* ».

⁶³⁸ P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », Dr. et patr. 1996, p. 36.

⁶³⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 217, n° 464.

ne peuvent être dotées de force obligatoire et être, ainsi, qualifiées d'obligations non matérialisées explicites. Aucune des parties ne pourra, dès lors, s'en prévaloir lors de la période d'exécution du contrat puisque le consentement mutuel des parties de voir leur contenu obligatoire n'aura pas pu être constaté en ce qu'il ne s'agit que de simples négociations.

203. - Si les parties souhaitent, toutefois, formaliser leurs négociations, elles peuvent recourir à une forme contractuelle de pourparlers en mettant en place des conventions provisoires⁶⁴⁰. Leurs contenus pourront, alors, être qualifiés de documents contractuels (1) et, par extension, d'obligations non matérialisées par renvoi implicite (2).

1. L'identification des pourparlers à forme contractuelle

204. - **La notion pourparlers à forme contractuelle** – Selon le principe de la liberté contractuelle, chacun est libre de conclure ou de ne pas conclure un contrat⁶⁴¹. Il n'est pas rare que les futures parties décident de formaliser leurs négociations⁶⁴², sans pour autant que ces écrits ne soient gages d'un engagement contractuel futur. Ces conventions permettent aux parties de préparer, de manière formelle, la conclusion d'un éventuel contrat⁶⁴³.

Les pourparlers revêtent, en pareille hypothèse, une forme contractuelle. Cette qualification emporte des conséquences sur la responsabilité engagée par les parties. La Cour d'appel de Paris⁶⁴⁴ a, ainsi, expliqué l'idée selon laquelle lorsque deux individus concluent des accords de négociation⁶⁴⁵ – forme de pourparlers contractuels –,

⁶⁴⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 122, n° 123.

⁶⁴¹ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 79, n° 87.

⁶⁴² L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 20, 2005, pt 31.

⁶⁴³ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 122, n° 123.

⁶⁴⁴ CA Paris, 18 janv. 1996 : D. affaires 1996, p. 292 : « la responsabilité encourue peut aussi être de nature contractuelle lorsque, pour faciliter la conclusion du contrat, les parties passent des accords dits de négociation tendant à les obliger à entreprendre, à poursuivre ou à organiser cette négociation ».

⁶⁴⁵ Sur la notion d'accord de négociation : V. *Infra*, n° 205.

s'il est démontré qu'une obligation n'a pas été exécutée⁶⁴⁶, la responsabilité encourue est de nature contractuelle. La sanction de l'obligation de négocier prévue dans des accords de négociations, sera, ainsi, fondée sur l'article 1134 du Code civil et non plus sur son article 1832⁶⁴⁷. La théorie de Jhering⁶⁴⁸ devient, ainsi, applicable s'agissant les pourparlers à forme contractuelle.

Ces derniers peuvent revêtir différentes formes et impliquent, de fait, l'application de réglementations spécifiques. Si les accords de négociation⁶⁴⁹ semblent en être la forme principale, les accords de principe⁶⁵⁰, les lettres d'intention et de confort^{651 652} et protocoles d'accord⁶⁵³ comptent, aussi, parmi les pourparlers à forme contractuelle.

205. - Les accords de négociation – Les accords de négociation sont ceux qui créent « à la charge des parties l'obligation d'entreprendre et de poursuivre la négociation d'un futur contrat en vue de sa conclusion, selon des modalités généralement précisées dans l'acte »⁶⁵⁴. Ces documents permettent, ainsi, aux contractants de préparer la conclusion d'un éventuel contrat en encourageant la tenue des négociations⁶⁵⁵. Il ne s'agit donc pas d'un engagement de contracter mais simplement de négocier. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 janvier 1996⁶⁵⁶ a appuyé cette idée en expliquant que les « *accords dits de négociation tendent à obliger [les parties] à entreprendre, à*

⁶⁴⁶P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », RTD com. 1998, p. 243, pt. 12.

⁶⁴⁷ CA Paris, 7 nov. 2002 : JurisData n° 2002-219702 : « *constitue une faute contractuelle le fait de ne pas négocier alors que cette obligation est prévue dans un accord de négociations* » – J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265.

⁶⁴⁸ R. VON JHERING, *Œuvres choisies, t. II*, trad. par O. DE MEULENAERE, A. Mrescq, Paris, 1893 – V. *Supra*, n° 201.

⁶⁴⁹ L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 20, 2005, pt. 31 et 32.

⁶⁵⁰ Ph. LE TOURNEAU, « La rupture des négociations », RTD com. 1998, p. 479, pt. 24.

⁶⁵¹ L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 20, 2005, pt. 30 et 40.

⁶⁵² L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 20, 2005, n° 31.

⁶⁵³ A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992, n° 853.

⁶⁵⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 123, n° 125.

⁶⁵⁵ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 123, n° 125.

⁶⁵⁶ CA Paris, 18 janv. 1996 : D. Affaires 1996, p. 292.

poursuivre ou à organiser cette négociation ». Ils interviennent, par conséquent, non pas sur le fond d'un potentiel contrat, mais sur son éventuelle conclusion⁶⁵⁷. Le juge ne peut, donc, pas obliger les parties à conclure le contrat suite à un accord de négociation⁶⁵⁸.

Les accords de négociation sont qualifiés de pourparlers à forme contractuelle en raison de la nature de la responsabilité engagée. L'inexécution de l'obligation de négociation engage, en effet, la responsabilité civile contractuelle des parties⁶⁵⁹. Ce postulat implique l'idée selon laquelle les juges considèrent que de tels accords relèvent du champ contractuel⁶⁶⁰. Ils seraient, ainsi, aspirés dans la sphère contractuelle dès lors que le contrat serait effectivement conclu⁶⁶¹. Leur qualification de document contractuel se justifie par cette idée. Si les accords de négociation sont intégrés au contenu contractuel, sans être, toutefois, retranscrits ou référencés dans un éventuel *instrumentum*, ils deviennent obligatoires de manière sous-entendue.

206. - Les accords de principe – L'accord de principe se définit comme la « *convention liée, expressément ou tacitement à une étape juridique finale entrée déjà dans le champ contractuel* »⁶⁶². Il s'agit, pour les parties, à la fois de fixer les éléments d'un futur contrat – pour lesquels elles donneraient d'ores et déjà leur consentement – et

⁶⁵⁷ J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46 – F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 136, n° 211.

⁶⁵⁸ Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26149 : RDI 2012, p. 222 ; RTD civ. 2012, p. 311, obs. B. FAGES ; RTD com. 2012, p. 174, obs. D. LEGEAIS : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'un accord de principe donné par une banque « sous les réserves d'usage » implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁶⁵⁹ CA Paris, 18 janv. 1996, D. Affaires 1996, p. 292 : « **la responsabilité encourue peut aussi être de nature contractuelle** lorsque, pour faciliter la conclusion du contrat, les parties passent des accords dits de négociation tendant à les obliger à entreprendre, à poursuivre ou à organiser cette négociation » – P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 125, n° 127.

⁶⁶⁰ C. MESTRE, « L'obligation d'information dans les droits allemand et français des contrats », in *Droits et obligations d'information en Droit allemand et français*, 27^{ème} séminaire des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, 22 juin-4 juill. 1995, Heidelberg, Juristische fakultät der Universität Heidelberg, 1996, p. 109 et s., spéc. p. 118.

⁶⁶¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, 22^{ème} éd., 2000, p. 75 et s., n° 28.

⁶⁶² I. NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991, chron. p. 57.

de s'engager à négocier les points non encore établis⁶⁶³. Les contractants – accordés sur l'idée de la conclusion d'un contrat – s'engagent, donc, par l'accord de principe, à discuter des éléments non encore acquis⁶⁶⁴. Il ne s'agit donc pas d'un engagement de conclure⁶⁶⁵ mais d'une obligation⁶⁶⁶ de négocier, de bonne foi, le contenu d'une future convention⁶⁶⁶.

L'idée d'un accord de principe est, donc, pour les parties, de s'accorder sur les éléments qui seront obligatoires dans le cadre de leur futur engagement. Les points négociés entreront, ainsi, naturellement dans le champ contractuel lorsque le contrat sera conclu. Ils constitueront, de ce fait, des documents contractuels.

207. - Les lettres d'intention – La lettre d'intention telle qu'envisagée dans cette étude ne doit pas être confondue avec celle de l'article 2322 du Code civil⁶⁶⁷ mais considérée comme celle signée par les parties en amont de la conclusion d'un contrat⁶⁶⁸. Elle a alors vocation à faire état de l'avancée des négociations à la différence du soutien

⁶⁶³ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 166 – Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 284, n° 763.

⁶⁶⁴ C'est « l'engagement contractuel de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé » : J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 520, n° 717 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 208, n° 439 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 204, n° 186 – Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n° 12-16563 : « Mais attendu qu'ayant constaté que l'accord du 22 juillet 1998, dont l'essentiel des modalités restaient à finaliser, n'emportait aucun engagement ferme et définitif entre les repreneurs, sauf à mener les négociations de bonne foi ».

⁶⁶⁵ Cass. soc., 24 mars 1958, n° 1080 : JCP G 1958, II, 10868, obs. J. CARBONNIER : « Attendu que Marchal reproche encore au jugement attaqué d'avoir décidé que la Régie Renault ne s'était pas véritablement engagée à le réintégrer, alors que les lettres des 19 janvier et 24 mai 1945 contiennent un accord de principe d'examiner la possibilité de le réintégrer dès la reprise d'activité de l'entreprise et que la Régie reconnaît avoir recruté son personnel de 1946 à 1951 sans avoir examiné son cas ; Mais attendu que les juges du fond ont estimé que les lettres litigieuses ne contenaient aucun engagement de la Régie de procéder à la réintégration de Marchal de façon ferme, ni dans le premier poste vacant, ni dès la réalisation de certaines circonstances précises ».

⁶⁶⁶ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 00-13459 : RTD civ. 2003, p. 76, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « Attendu, (...) que la cour d'appel a retenu, dans des motifs qui ne sont pas critiqués par le pourvoi, que la lettre du 16 novembre 1990 ne constituait qu'un accord de principe obligeant seulement la banque à poursuivre, de bonne foi, les négociations entreprises avec la SCI ».

⁶⁶⁷ C. civ., art. 2322 : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

⁶⁶⁸ B. DONDERO, « La valeur d'une lettre d'intention », D. 2011, p. 2848, pt. 1.

financier qu'elle apporte en droit des sociétés⁶⁶⁹. Il s'agit, donc, d'une « *lettre par laquelle une partie à la négociation entend préciser à l'autre partie un point de la négociation en cours ou à venir, jugé suffisamment important pour éprouver le besoin de se procurer un écrit* »⁶⁷⁰. La lettre d'intention peut, ainsi, constituer une offre ou une acceptation assorties ou non de conditions.

Si le contrat est conclu, il est nécessaire de s'interroger sur la valeur de la lettre d'intention dans la détermination de la volonté des parties, et ainsi dans le contenu de leur engagement. Si un tel procédé n'a pas de « *caractère définitivement liant* »⁶⁷¹, son utilisation dans la recherche de la commune intention des parties dépend de sa clarté et de sa précision. Si la lettre d'intention est floue, elle peut, éventuellement, constituer un indice dans l'intention des parties de contracter, mais ne peut en aucun cas déterminer le contenu de leur accord. Dans un arrêt du 6 novembre 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, ainsi, rappelé qu'une lettre d'intention conditionnant la fixation du prix de la cession de parts sociales à un bilan ultérieurement mis en place révèle le caractère indéterminé et indéterminable du prix⁶⁷². Une lecture *a contrario* de cet arrêt permet d'imaginer que, si la lettre d'intention avait été précise concernant le prix de la transaction, elle aurait été imposée aux parties et aurait, de ce fait, constitué une obligation non matérialisée par renvoi implicite. La Haute juridiction a, par ailleurs, précisé qu'en l'espèce, s'agissant du prix, « *un nouvel accord de volonté des parties* » était nécessaire. Ce postulat implique l'existence d'un « ancien » accord de volonté entre les parties qui ne peut être constitué que par la lettre d'intention susvisée. Elle peut donc, dans certains cas, constituer des documents contractuels.

⁶⁶⁹ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 150, n° 238.

⁶⁷⁰ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 141, n° 220.

⁶⁷¹ B. DONDERO, « La valeur d'une lettre d'intention », D. 2011, p. 2848, spéc. à propos de : CA Versailles, 2 oct. 2003, n° 2001-5382 : JCP E 2001, Actu. p. 53.

⁶⁷² Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-26582 : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé qu'aux termes de la « lettre d'intention » du 3 octobre 2008, il était indiqué : « Nous vous proposons que le prix de cession définitif soit déterminé (...) sur la base d'une situation comptable en forme de bilan qui serait établie de manière contradictoire, à la date du 30 septembre 2008, destinée notamment à déterminer le passif envers les tiers » et constaté que le montant du passif était inconnu au jour de la lettre d'intention, ce dont il résultait que la fixation du prix des parts sociales impliquait un nouvel accord de volonté des parties, la cour d'appel en a exactement déduit que le prix n'était ni déterminé, ni déterminable suivant les seules stipulations de l'acte du 3 octobre 2008* ».

208. - Les protocoles d'accord –Le protocole d'accord représente un « *véritable contrat, synallagmatique et obligatoire, (...) un contrat portant sur les conditions essentielles, un contrat principal, un but déjà atteint, auquel manquent les détails de mise en œuvre et d'application* »⁶⁷³. A la différence de la lettre d'intention qui n'émane que de l'un des contractants, le protocole d'accord est synallagmatique⁶⁷⁴. Il constitue un véritable engagement de conclure un contrat dont le contenu devra encore être fixé par les parties.

Considéré comme un contrat, son contenu s'impose aux parties. Si, toutefois, son contenu apparaît incomplet, il sera nécessaire de rechercher la commune intention des parties en s'inspirant de l'ensemble des autres documents préparatoires établis entre les parties. Le protocole d'accord, s'il n'est pas transformé en *instrumentum*, constitue, dès lors, un document contractuel. Dans la situation inverse, s'il ne peut pas recevoir une telle qualification – puisqu'il constitue l'acte instrumentaire –, les éléments utilisés pour en combler les lacunes le pourront.

209. - Les différentes illustrations proposées s'agissant des pourparlers à forme contractuelle – sans qu'elles ne revêtent un caractère exhaustif – ont pour objectif de démontrer que de tels documents ont une valeur contractuelle. Ce postulat justifie l'identification, dans leur contenu, d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

2. La justification de l'utilisation pratique des pourparlers à forme contractuelle comme des obligations non matérialisées par renvoi explicite

210. - Exposé de la problématique – Différentes formes de pourparlers empruntent la qualification de document contractuel. Ils sont insérés, à ce titre, dans le contenu obligationnel de l'engagement. Lorsqu'ils ne sont ni retranscrits, ni référencés dans un écrit principal, ils constituent donc des obligations non matérialisées par renvoi implicite⁶⁷⁵. Il s'agit de se demander comment cette solution est justifiée.

⁶⁷³ I. NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991, chron. p. 57.

⁶⁷⁴ I. NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991, chron. p. 57 – *Contra* : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 148, n° 231.

⁶⁷⁵ V. *Supra*, n° 46.

Les pourparlers à forme contractuelle sont, principalement, utilisés en cas de litige nécessitant la recherche de la commune intention des parties. Si l'article 1156 du Code civil dispose que l'« *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* », ces documents semblent être les plus à même de préciser un silence contractuel, notamment si le point litigieux y avait été envisagé. Pour autant, les pourparlers contractuels constituent-ils de réelles obligations non matérialisées par renvoi implicite ?

211.- Simples indices ou réelles obligations non matérialisées par renvoi explicite ? – Les points envisagés par les cocontractants durant la période précontractuelle constituent, *a minima*⁶⁷⁶, des indices quant à la recherche de leur commune intention⁶⁷⁷. L'article 1161 du Code civil impose au juge d'interpréter, en priorité, les clauses « (...) *les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». Si cette méthode ne fonctionne pas, il pourra, alors, se référer à d'autres éléments d'appréciation. La Cour de cassation rappelle, à cet effet, l'idée selon laquelle les magistrats doivent rechercher la commune intention des parties « *dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester* »⁶⁷⁸. L'emploi de l'expression « *comportements ultérieurs* » fait, clairement, référence à la période des pourparlers précédant la formation du contrat. Si la Haute juridiction semble considérer les pourparlers comme de simples indices, il apparaît, toutefois, que les éléments utilisés pourront s'imposer aux parties en cas de litige relatif à l'exécution du contrat.

⁶⁷⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 512, n° 706.

⁶⁷⁷ V. en ce sens : L. GAREIL-SUTTER, « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 20, 2005, pt. 12 et s. – Cass. com., 8 déc. 1987, n° 85-16216 : La Cour de cassation rejette le moyen selon lequel « *l'arrêt ne pouvait donc procéder à une interprétation de la volonté commune des parties à l'aide d'éléments extrinsèques constitués par une correspondance de pourparlers* » – Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 1991, n° 89-18548 : « *Mais attendu qu'après avoir souverainement retenu, sans inverser la charge de la preuve, que n'était pas établi [en se basant sur les pourparlers engagés] l'engagement de la SARL relatif à l'évaluation du bien selon sa valeur vénale, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en évaluant, compte tenu des circonstances particulières de la cause et des conclusions de l'expert dont il lui appartenait d'apprécier la portée, le montant de la « juste indemnité » devant être allouée à Madame X* ».

⁶⁷⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, n° 69-12443 : D. 1971, p. 281, rapp. M. CORNUEY – Cass. civ. 1^{ère}, 22 avr. 1992, n° 90-17091 – Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, n° 92-20763.

Monsieur le Professeur Pascal Puig rappelle que les pourparlers contractuels sont dotés d'une certaine proximité avec le contrat définitif. S'ils ne présentent pas tous un consentement préalable à la conclusion du contrat définitif, ils mettent à la charge des parties des obligations tant s'agissant de la continuation des négociations que du fond de la future convention⁶⁷⁹. Ils peuvent, donc, bien être qualifiés de documents contractuels et, partant, d'obligations non matérialisées par renvoi implicite, puisqu'ils ont un impact sur le contenu du contrat. Il semble donc logique que de tels points doivent être pris en considération lors de la recherche de la commune intention des parties, et plus encore, s'imposer à elles en cas de silence contractuel. Les pourparlers contractuels peuvent, donc, apparaître comme de véritables obligations non matérialisées par renvoi implicite.

212. - Les pourparlers à forme contractuelle ne constituent pas les seuls documents contractuels facilitant la formation d'un contrat. Ils peuvent, en effet, s'accompagner de documents informatifs, descriptifs ou indicatifs.

B) Les documents informatifs, descriptifs et indicatifs

213. - Les documents informatifs, descriptifs et indicatifs peuvent s'illustrer par les devis et les factures pro forma (1) ainsi que par les documents publicitaires (2).

1. Les devis et les factures pro forma

214. - **Définitions des devis et facture pro forma** – Le devis est un « *état généralement détaillé d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix, soit par nature de travail ou corps d'état, soit à forfait* »⁶⁸⁰. Il s'agit, donc, pour la personne qui le dresse, de prévoir les travaux à effectuer en vue d'atteindre un résultat précis et d'en évaluer le coût.

⁶⁷⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015, p. 123, n° 123.

⁶⁸⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 343, V° *Devis*.

La facture pro forma, quant à elle, est le « *nom donné en pratique – pour le distinguer de la facture ordinaire*⁶⁸¹ - à un document portant évaluation de biens ou de services qui, établi par un fournisseur offrant de traiter aux conditions indiquées pour un client éventuel, est destiné à être remis par celui-ci, à titre d'information, à des tiers, afin d'en obtenir divers avantages »⁶⁸². Autrement dit, il s'agit du document qui « *porte à la connaissance du partenaire éventuel les éléments du contrat projeté* »⁶⁸³.

215. - Distinction et natures contractuelles des devis et factures pro forma – Les définitions littérales des deux mécanismes ne permettent pas réellement de les distinguer. La différence entre les devis et facture pro forma s'effectuera s'agissant de la qualité de leur contenu. Le devis, d'une part, à moins d'être ferme et précis – et, partant, de constituer une offre –, ne présente que des caractères estimatifs⁶⁸⁴ ou descriptifs⁶⁸⁵. Cela signifie que celui qui le dresse ne donne qu'une approche approximative de la description des travaux nécessaires ainsi que de leur prix. Il s'agit, ainsi, d'une simple proposition de contracter qui ne revêt aucun caractère précis. Le contenu de la facture pro forma, quant à lui, est doté de cette dernière qualité. Elle constitue, ainsi, une véritable offre de contracter. Si le cocontractant l'accepte, les parties seront, ainsi, engagées dans les termes qui y sont prévus. Si aucun autre document relatif au contenu de l'engagement contractuel n'est établi, la facture pro forma constituera, de fait et sous réserve de son acceptation, un document contractuel⁶⁸⁶.

Les devis au contenu ferme et précis⁶⁸⁷ et les factures pro forma⁶⁸⁸ engageront leur émetteur au même titre qu'une offre. Leur acceptation les dotera, dès lors, d'une valeur

⁶⁸¹ Sur l'appréhension « *ordinaire* » notion de facture, V. *Infra* n° 229.

⁶⁸² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 444, V° *Facture (pro forma)*.

⁶⁸³ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 449, n° 866.

⁶⁸⁴ A.-C. CHIARINY-DAUDET, « Approche juridique du devis », LPA 8 août 2007, p. 3.

⁶⁸⁵ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 194, n° 307.

⁶⁸⁶ T. com. Paris, 22 oct. 1997 : Gaz. Pal. 1998. 2, somm., p. 431.

⁶⁸⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 619 et s., n° 843 et s.

⁶⁸⁸ V. THOMAS, « La facture pro forma », RTD com. 1977, p. 671.

contractuelle et les éléments qui y sont prévus établiront le contenu de l'engagement. Cette qualification ne les érigeant, toutefois, pas à celle d'*instrumentum*, le contenu obligatoire sera composé d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

216. - La qualification de document contractuel des devis et facture pro forma est, donc, conditionnée à leur acceptation. Il s'agit, dès lors, de s'intéresser aux documents publicitaires.

2. Les documents publicitaires

217. - **Notion de documents publicitaires** – Les documents publicitaires sont ceux qui sont « *remis directement au client* »⁶⁸⁹ et qui contiennent des informations incitant à conclure un contrat. Lorsqu'ils sont suffisamment précis et détaillés, ils influent le consentement du cocontractant⁶⁹⁰ ce qui justifie l'attribution de leur caractère contractuel.

218. - **Nature contractuelle des documents publicitaires**⁶⁹¹ – La nature contractuelle des documents publicitaires est accueillie positivement par la

⁶⁸⁹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1200, n° 3713.

⁶⁹⁰ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 687 et s., n° 920 et s. – P. GUIOMARD, « Valeur contractuelle de documents publicitaires » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n°08-14461), D. 2010, actu jurispr. 1^{er} juin 2010.

⁶⁹¹ Sur la nature contractuelle des documents publicitaires, V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 100 et s., n° 136 et s.

jurisprudence⁶⁹². La première Chambre civile de la Cour de cassation a, toutefois, précisé le conditionnement de cette qualification en expliquant que « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont une influence sur le consentement du cocontractant* »⁶⁹³. Lorsque ces critères sont réunis, revêtant les caractères d'une offre⁶⁹⁴, une acceptation suffit à ce que son diffuseur soit contractuellement engagé par ce qui est publié⁶⁹⁵, indépendamment de

⁶⁹² F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 78 – V. par ex. : Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11164 : Bull. civ. 1997, IV, n° 195 ; D. 1998, p. 248, note G. PIGNARRE et G. PAISANT ; JCP E 1997, II, n° 1022, note F. LABARTHE : « *ayant relevé, d'un côté que la société S avait garanti dans ses documents publicitaires que les chèques libellés au moyen de la machine litigieuse étaient infalsifiables et, d'un autre côté, que la société T, malgré l'utilisation de cette machine qu'elle avait achetée à la société S, avait été victime de chèques falsifiés, l'arrêt a exactement retenu que la société S avait manqué à son engagement* » – Cass. civ. 3^{ème}, 17 juill. 1997, n° 95-19166 : Bull. civ. 1997, III, n° 174 ; RJDA 1998, n° 6 ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE : « *Ayant relevé que la bande de terrain litigieuse avait été représentée et mentionnée comme espace vert sur le plan de commercialisation et le plan de masse du lotissement qui avaient été remis aux époux G., lesquels avaient pris en considération l'environnement immédiat pour se déterminer, la cour d'appel a pu retenir qu'en faisant figurer sur le plan de masse et le plan de commercialisation la mention d'espaces verts situés en bordure de la parcelle acquise par les époux G, sur le terrain dont il avait la maîtrise, M. P. avait souscrit un engagement et qu'il ne l'avait pas respecté* » – Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-14603 : Bull. civ. 1997, IV, n° 308 ; Contrats, conc., consom. 1998, comm. n° 43, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt constate que la disquette, insérée au milieu du journal et fixée à ce support, ne pouvait être physiquement dissociée avant que l'acquisition de la revue permette d'en disposer ; qu'il relève également que cette revue comportait sur la couverture un encart publicitaire, mentionnant la présence de la disquette gratuite, destiné à favoriser la vente de la revue, que sur cette disquette figurait le logo " Soft et micro " faisant apparaître la participation de la société Exa publications dans sa distribution ; que, de ces constatations, la cour d'appel a déduit justement que la disquette constituait l'un des éléments du contrat de vente, et que la société Exa publications était dès lors tenue, en ce qui la concernait, des obligations légales du vendeur* ».

⁶⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461 : Gaz. Pal. 2010, 2, 2403, note D. HOUTCIEFF ; Contrats, conc., consom. 2010, n° 200 ; JCP 2010, n° 38, p. 922, note F. LABARTHE ; JCP E 2010, p. 1834, note F. LABARTHE ; RTD civ. 2010, p. 580, obs. P.-Y. GAUTHIER ; RDC 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1197, obs. D. MAZEAUD ; D. Actu. 2010, obs. P. GUIOMARD.

⁶⁹⁴ D. MAZEAUD, « Document contractuel » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461), RDC 2010/4, p. 1197 : « *Il est clair, en effet, que la valeur contractuelle de ces documents, qui sont destinés à stimuler le désir contractuel et à séduire d'éventuels futurs contractants, repose sur deux conditions. La première réside dans le contenu de ces documents ; pour être intégrés dans le contrat, ils doivent être précis et détaillés. Autant dire que, fermeté de la volonté de s'engager en moins, ils doivent avoir l'apparence d'une offre de contracter. C'est ce luxe de précisions et de détails sur le contrat à conclure qui emportera l'incorporation des documents publicitaires dans la sphère contractuelle, et qui leur confèrera une valeur contractuelle et, donc, obligatoire. La seconde condition consiste dans l'influence exercée par les documents sur le consentement du contractant. Le destinataire de ces documents devra apporter la preuve qu'ils l'ont déterminé à conclure le contrat dont ils avaient précisément pour fonction d'inciter à la formation* ».

⁶⁹⁵ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 325-15.

l'existence d'un *instrumentum*⁶⁹⁶. Cette obligatorité se justifie à la fois par l'idée de confiance d'une partie envers celle qui délivre le document publicitaire et l'obligation de renseignement de l'annonceur professionnel⁶⁹⁷.

Il s'agit bien d'obligations dont le contenu n'est ni retranscrit, ni référencé dans un acte instrumentaire. Les documents publicitaires constituent, de ce fait, des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

219. - Les documents précontractuels, qu'ils soient préparatoires, informatifs, descriptifs ou explicatifs, peuvent donc, à certaines conditions, être considérés comme des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Il s'agit à présent d'envisager la nature contractuelle des documents intervenant en aval de la conclusion du contrat.

II. Les documents contractuels participant à l'exécution du contrat

220. - Les documents contractuels peuvent participer à l'exécution du contrat. Ils permettent, à ce titre, de préciser des éléments relatifs au contenu obligationnel de l'engagement des parties sans être, toutefois, retranscrits ou référencés dans un *instrumentum*. S'il semble nécessaire que leur caractère obligatoire soit conditionnée à leur existence en amont de la conclusion du contrat (A) afin de garantir l'intégrité du consentement des parties, des documents post-contractuels peuvent, aussi, jouer ce rôle (B).

A) Les documents existant en amont de la conclusion du contrat

221. - Des documents contractuels facilitant l'exécution du contrat peuvent exister avant la conclusion du contrat. Leur contenu sera alors obligatoire dans le cadre de la relation sans qu'il ne soit nécessaire de le retranscrire ou de le référencer dans un acte

⁶⁹⁶ G. PIGNARRE et G. PAISANT, « A propos de la valeur contractuelle des documents publicitaires », D. 1998, p. 248.

⁶⁹⁷ O. TOURNAFOND, « Les conditions de la valeur contractuelle d'un document publicitaire dans le cadre d'une vente de boutiques » (à propos de : CA Paris 3 mai 1994, n° 03-051994), D. 1996, p. 11.

instrumentaire. Ce postulat révèle leur qualité d'obligations non matérialisées par renvoi implicite et sera illustré par les conditions générales (1) et le cahier des charges (2).

1. Les conditions générales

222. - Notion de conditions générales – Monsieur le Professeur Daniel Mainguy explique que les conditions générales peuvent revêtir deux sens⁶⁹⁸. Elles concernent, d'une part, « *le support de l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer* ». Dans cette hypothèse, il s'agit donc des documents qui retranscrivent le contenu obligationnel du contrat conclu mais sans recevoir la qualification d'*instrumentum*. Cette définition les envisage, donc, du point de vue du contrat. Les conditions générales concernent, d'autre part, les « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire* »⁶⁹⁹. Cette définition implique de se placer du point de vue du contractant qui souhaite imposer ses conditions. Ces dernières sont alors celles qui sont prévues avant qu'un contrat ne soit formé et que l'une des parties souhaite intégrer au contenu obligationnel d'une relation contractuelle à venir.

En résumé, et en considération de ces deux visions, les conditions générales sont les documents rédigés par l'une des parties contenant des obligations difficilement négociables qui seront intégrées dans une multitude de contrats à venir⁷⁰⁰ sans qu'il ne soit nécessaire qu'elles soient retranscrites ou référencées dans un acte instrumentaire.

223. - Le caractère contractuel des conditions générales – Lorsque les conditions générales sont référencées⁷⁰¹ ou retranscrites dans un écrit principal leur caractère contractuel ne pose aucune difficulté. La question qui se pose est, donc, celle de savoir

⁶⁹⁸ D. MAINGUY, « Conditions générales de vente et contrats types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012, pt. 1.

⁶⁹⁹ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 621 et s., spéc. p. 622.

⁷⁰⁰ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004, p. 12-13, n° 10.

⁷⁰¹ V. *Supra* n° 68.

ce qu'il en est dans le cas inverse. Leur caractère contractuel sera reconnu à la double condition qu'elles soient connues et acceptées⁷⁰² par la partie à laquelle elles sont opposées.

Il s'agit, alors, de s'interroger sur la preuve de la réunion de ces deux exigences. Si la signature du document en est la plus évidente et la moins contestable, quid des autres situations ? La jurisprudence a précisé, à ce propos, que le seul fait d'être en relations d'affaires suivies et, donc, d'avoir l'habitude de se voir imposer les conditions générales de son cocontractant, ne suffit pas à démontrer leur acceptation⁷⁰³. Il s'agit, alors, de se tourner vers d'autres critères. Il a, ainsi, été statué que, si les conditions générales prévoient une obligation indispensable à l'exécution du contrat, elles seront considérées comme acceptées par la partie à qui on les oppose⁷⁰⁴. S'il est, par ailleurs, démontré que les parties ont signé un document, autre qu'un *instrumentum*, référant le caractère obligatoire des conditions générales, elles seront tout autant considérées comme faisant partie du contenu contractuel⁷⁰⁵. La situation dans laquelle les conditions générales ne

⁷⁰² V. *Supra* n° 52.

⁷⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21491 : Bull. civ. I, n° 203 : « la connaissance éventuelle par l'une des parties, à l'occasion d'opérations antérieures, des conditions générales de l'autre partie contenant une clause de juridiction ou la connaissance de l'existence d'une telle clause dans des documents étrangers à l'opération litigieuse, ne suffit pas, même en cas de relations d'affaires suivies, à lui rendre opposable cette clause si le contrat n'y fait aucune référence, directement ou indirectement » – Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 03-18647 : Bull. civ. I, n° 377 ; RTD civ. 2006, p. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGE : « en se fondant exclusivement sur les relations d'affaires suivies, sans relever que la vente conclue le 21 septembre 1994 se serait référée, de façon directe ou indirecte, à la clause limitative de garantie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes précités » – Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-14960 : Bull. civ. I, n° 286 : « Mais attendu que même si les sociétés étaient en relation d'affaires depuis quelques années, la société Ceramiche Ragno Spa n'avait versé aux débats qu'un tarif de juin 1995 comportant les conditions générales de vente incluant une clause attributive de juridiction, la cour d'appel, sans avoir à procéder à la recherche visée par le moyen, n'a pu qu'en déduire que la société Samse matériaux n'avait pas accepté cette clause ; que le moyen ne peut être accueilli » – *Contra* : CA Rouen, 10 févr. 1967 : RTD Com. 1967, p. 925, obs. M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE.

⁷⁰⁴ J. MESTRE, « Les documents contractuels », RTD civ. 1997 p. 118.

⁷⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 1996, n° 94-14918 : Contrats, conc., consom. 1996, n° 113, obs. L. LEVENEUR ; JCP 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET : « en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions particulières de la police, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions particulières de la police aux conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

peuvent pas échapper à la vue du cocontractant aura, aussi, pour conséquence, de les doter d'un effet contraignant⁷⁰⁶.

Ces différentes illustrations portant sur la preuve de l'acceptation des conditions générales et, partant, leur caractère contractuel, présement d'un amalgame entre la connaissance et la compréhension de leur contenu. En réalité, les exemples présentés démontrent que la preuve porte sur l'accès technique au document et non sur son accès intellectuel. Le caractère obligatoire des conditions générales en tant qu'obligations non matérialisées par renvoi implicite entraîne, ainsi, des difficultés similaires à celles précédemment envisagées s'agissant les clauses par référence⁷⁰⁷ et ne trouve pas d'avantage de solution.

224. - Les conditions générales constituent, ainsi, des documents contractuels et, partant, reçoivent la qualification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite lorsque leurs conditions d'obligatorité sont réunies. Elles permettront, alors, de préciser le contenu obligationnel de la relation contractuelle. Il s'agit, à présent, de s'intéresser au cahier des charges.

2. Le cahier des charges

225. - **Notion de cahier des charges** – Le cahier des charges contient les « *conditions particulières imposées aux parties* »⁷⁰⁸ dans le cadre de leur relation contractuelle. Son contenu pourra, ainsi, porter sur les caractéristiques de l'objet du contrat ou sur les modalités d'exécution de l'engagement. La reconnaissance de sa valeur contractuelle ne

⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1969 : D. 1969, p. 492 – Pour une lecture *a contrario* : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14689 : Bull. civ. I, n° 128 ; D. 1980, IR, p. 262, obs. J. GHESTIN : « *Mais attendu que les juges du fond constatent que la clause de l'article VIII se trouvait au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande signé au recto seulement par Gillet, qui, en signant ce bon, et faute de référence précise, n'avait certainement pas remarqué qu'il portait au verso diverses dispositions ; qu'ils ont pu en déduire que Gillet n'avait pas donné son accord à ces dispositions et que celle-ci ne lui étaient pas opposables ; que le moyen n'est donc pas fondé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988 : Bull. civ. I, n° 57 – *Contra* : CA Paris, 5 janv. 1996 : JCP 1996, II, 22679, note Th. HASSLER.

⁷⁰⁷ V. *Supra*, n° 60 et s.

⁷⁰⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 175, V° *Charge (-s, Cahier des)*.

pose pas de difficultés lorsqu'il est référencé dans un acte instrumentaire⁷⁰⁹ à condition que la double exigence relative aux clauses par référence soit respectée⁷¹⁰. La question qui se pose est, donc, celle de savoir si son contenu est obligatoire dans le cas inverse et, ainsi, s'il peut donner lieu à la révélation d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

226. - Valeur contractuelle du cahier des charges non référencé – La valeur contractuelle d'un cahier des charges en l'absence de son référencement dans un acte instrumentaire a été mise en exergue dans un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 23 octobre 1989⁷¹¹. Un contrat d'adhésion de fourniture de courant électrique avait, en l'espèce, été conclu entre l'E.D.F. et le Cabinet Granger. Suite à différentes coupures de courant durant plusieurs jours – sans information préalable –, l'installation informatique de l'adhérent avait été perturbée. Ce dernier a, alors, assigné son fournisseur en justice. La question – qu'il ne convient pas de détailler – portait sur la nature de l'obligation à la charge de l'E.D.F.. Les parties n'ayant pas rédigé d'acte instrumentaire, il incombait au Tribunal d'identifier le contenu obligationnel applicable à la relation contractuelle. Considérant qu'il s'agissait d'un contrat de vente, le juge a appliqué l'article 1587 du Code civil. Ce dernier, dispose que « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier* ». Le juge a, en l'espèce, constaté l'existence d'un cahier des charges relatif à la concession de la distribution de l'énergie électrique dans une zone déterminée. Il a, alors, doté son contenu d'un effet contraignant en l'appliquant à l'engagement en « *calquant [le contenu de la relation contractuelle] sur les dispositions du cahier des charges* »⁷¹². Si aucune référence ou retranscription n'était prévue, par les parties, dans un écrit principal, le juge a doté le

⁷⁰⁹ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 04-15512 : JCP G 2007, I, n° 139, spéc. n° 11, Rev. arb. 2006, p. 1082, RTD civ. 2007, p. 111, note J. MESTRE et B. FAGES : interprétation d'une clause prévue dans un cahier des charges auquel l'écrit principal se référait – M. VIVANT, « Les documents contractuels », in *Le Lamy droit du numérique, Guide pratique*, L. COSTES, S. MARCELIN, J.-B. AUROUX, R. PERRAY et P. SALEN (dir.), Lamy, 2015, n° 3382.

⁷¹⁰ V. *Supra*, n° 60 et s.

⁷¹¹ T. com., Paris, 23 oct. 1989 : JCP G 1990, II, 21573, obs. G. PAISANT ; JCP E 1989, p. 19283.

⁷¹² G. PAISANT, « Obs. sous T. com., Paris, 23 oct. 1989 », JCP G 1990, II, 21573.

cahier des charges d'une valeur contractuelle. Il est, donc, possible d'affirmer qu'un tel document peut constituer une obligation non matérialisée par renvoi implicite.

227. - Si les conditions générales et le cahier des charges peuvent être qualifiés de documents contractuels, notamment en ce qu'ils existent en amont de la conclusion du contrat, d'autres éléments, de nature post-contractuelle, peuvent, aussi, faciliter l'exécution de l'engagement.

B) Les documents post-contractuels

228. - **Notion de document post-contractuel** – Les documents post-contractuels sont ceux qui sont remis postérieurement à la conclusion du contrat. De prime abord, puisque le contrat a déjà été conclu, il semble difficile d'envisager la possibilité d'y constater de nouvelles obligations. La pratique en démontre, toutefois, autrement. Monsieur le Professeur Jacques Ghestin⁷¹³ et Madame le Professeur Françoise Labarthe⁷¹⁴ utilisent les exemples des factures et des lettres de confirmation afin d'illustrer la possible valeur contractuelle du contenu des documents post-contractuels (1). Ces exemples, généraux, ne sont, cependant, pas isolés. Les parties peuvent, en effet, échanger d'autres documents spécifiques à la nature de leur relation contractuelle postérieurement à la conclusion du contrat dont le contenu sera obligatoire. Cette idée sera illustrée par le connaissance en matière de contrat de transport maritime de marchandises (2).

1. L'existence de documents post-contractuels « généraux » : les exemples de la facture et de la lettre de confirmation

229. - **La facture** – Une facture est « *une pièce comptable donnant le détail des marchandises fournies ou des travaux exécutés, avec indication en regard du prix de chaque objet ou service et qui, en matière commerciale, fait preuve du contrat* »

⁷¹³ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 695 et s., n° 928 et s.

⁷¹⁴ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 224 et s., n° 364 et s.

lorsqu'elle est acceptée et de la libération du débiteur lorsqu'elle est acquittée »⁷¹⁵. Selon cette définition, un tel document ne peut pas, à lui seul, créer un contrat puisqu'il est nécessaire qu'il soit accepté. La seule réception d'une facture comprenant de nouvelles obligations ou apportant des précision à celles qui ont déjà été prévues ne peut pas, ainsi, en doter le contenu d'un effet contraignant sans un accord expresse⁷¹⁶ du cocontractant⁷¹⁷.

Seule la démonstration de la connaissance et de l'acceptation avant la conclusion du contrat du contenu des stipulations retranscrites sur la facture lui attribuera une valeur contractuelle⁷¹⁸. La facture constitue, donc, au mieux, une preuve de l'existence du

⁷¹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 444, V^o *Facture*.

⁷¹⁶ Cass. com., 17 déc. 1957 : Bull. civ. III, n^o 350 – Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1959 : Bull. civ. II, n^o 424 – Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 1963 : Bull. civ. II, n^o 656 : « *Que l'arrêt observe que le premier juge avait déclaré, à juste titre, que la clause litigieuse [portée sur la facture] ne pouvait être opposée par la société contredisante à son cocontractant pour ne pas avoir été portée à sa connaissance antérieurement à la signature du contrat* » – Cass. com., 16 oct. 1967 : D. 1968, p. 193, note G. PLAISANT : « *Qu'elle a pu dès lors décider que les mentions imprimées sur des factures postérieures, donnant compétence au tribunal de la Seine et dont l'acceptation en cours d'exécution du contrat n'était aucunement établie, étaient insuffisantes pour modifier valablement les règles de compétence qui s'imposaient dès l'origine des conventions* » – Cass. com., 14 janv. 1975, n^o 73-13212 : Bull. civ. IV, n^o 11 : « *Qu'en se déterminant par cette seule énonciation, sans rechercher si le taux ainsi retenu avait été accepté par la société Lacombe et Hubert, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » – Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2013, n^o 12-12169 : « *Attendu qu'ayant relevé que la facture du 20 juin 2001, mentionnant des pénalités avec des intérêts au taux de 1,2 % par mois, avait été établie unilatéralement par M. X... et adressée à la société Portofino et que cette société s'était acquittée en juin 2001 des trois premières lettres de change avec des intérêts, la cour d'appel, qui a pu en déduire que la société maître de l'ouvrage ne s'était pas obligée à régler des pénalités de retard alors qu'en juin 2001 aucun litige n'était né entre les parties et que son silence ou son absence de protestation après réception de la facture ne pouvait pas constituer un accord sur des pénalités au taux de 1,2 % par mois, a légalement justifié sa décision* ».

⁷¹⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 697 et s., n^o 930 et s.

⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1954 : JCP 1955, II, 8565 – Cass. civ. 1^{ère} 28 nov. 1966 : D. 1967, p. 99 – Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1969 : JCP 1969, II, 16102 – Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 1971 : D. 1972, somm., p. 4 – Cass. com., 16 juill. 1980 : Bull. civ. IV, n^o 300 – Cass. com., 24 janv. 1983 : Bull. civ. IV, n^o 322 ; RTD com. 1984, p. 321, obs. CABRILLAC et B. TEYSSIE – Cass. com., 3 déc. 1985 : Bull. civ. IV, n^o 289 – Cass. com., 25 févr. 2003, n^o 00-20956 : « *Mais attendu que l'arrêt relève qu'aucune protestation n'a été formalisée à la réception des factures, que la société FNC a elle-même accepté de procéder au règlement forfaitaire d'un acompte de 30 000 francs à valoir sur les sommes réclamées, qu'un tel règlement ne peut se concevoir en l'absence de toute prestation de la société Quattro, que l'absence de bons de commande et de livraison n'est pas inhabituelle dans le secteur d'activité concerné et qu'enfin, dans un courrier du 29 mai 1997, M. X..., ancien fondateur et actionnaire de la société FNC confirme avoir effectivement passé commande des travaux de photogravure présentement contestés ; qu'en l'état de ses constatations, la cour d'appel, qui ne s'est pas bornée à énoncer que les factures émises par la société Quattro étaient susceptibles de valoir preuve de l'existence et du contenu de contrats conclus, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* » – Cass. com., 19 févr. 2008, n^o 06-19310 : « *Mais attendu que c'est après avoir constaté que la société Thusy avait apposé son cachet et la signature de son représentant sur les factures litigieuses que l'arrêt en a déduit que celle-ci les avait acceptées de façon expresse et sans réserve* ».

contrat mais le caractère obligatoire de son contenu ne peut être constatée qu'à la condition où le cocontractant l'ait accepté⁷¹⁹.

230. - La lettre de confirmation⁷²⁰ – La lettre de confirmation est « *celle qui va corroborer l'existence d'une convention conclue oralement ou par un procédé jugé insuffisamment fiable par les parties* »⁷²¹. Si ce document a, initialement, une fonction probatoire⁷²², il est des cas où l'une des parties va s'en servir afin de préciser les obligations applicables à la relation contractuelle. Il s'agit, donc, de se demander sous quelles conditions la lettre de confirmation peut revêtir un caractère contractuel. Selon la définition envisagée, elle ne pourra avoir valeur contractuelle que si les parties l'ont acceptée ou si les usages le prévoient. Les cas où un usage en impose l'effet contraignant étant rares⁷²³, il s'agit de se concentrer sur la question de son acceptation. En matière civile, d'une part, puisque le silence ne vaut pas, par principe, acceptation⁷²⁴, cette dernière doit revêtir un caractère expresse afin que le contenu de la lettre de confirmation soit doté d'une valeur contractuelle. Dans cette dernière hypothèse, n'étant ni référencé, ni retranscrit dans l'acte instrumentaire, son contenu sera considéré comme composé par des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Si, en matière civile cette règle est difficilement contournable, il en va différemment, d'autre part, en la matière commerciale. Dans les rapports entre commerçants, si aucun usage n'en prévoit autrement, l'absence de contestation du contenu de la lettre de confirmation aura pour

⁷¹⁹ J. COILLOT, « Les factures », JCP CI 1965, n° 86737, pt. 7.

⁷²⁰ Sur la lettre de confirmation, V. B. GROSS, « La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation », in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes offertes à R. ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 434 et s.

⁷²¹ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994, p. 230, n° 374.

⁷²² J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982, n° 203.

⁷²³ V. Par ex. : Cass. com., 22 janv. 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 43.

⁷²⁴ Cass. req., 14 avr. 1942 : S. 1942, 1, p. 123.

conséquence de lui attribuer une valeur contractuelle⁷²⁵. Son contenu sera obligatoire et recevra, par conséquent, la qualification d'obligation non matérialisée par renvoi implicite.

231. - Les factures et lettres de confirmation peuvent donc, à certaines conditions, être qualifiées de documents contractuels et révéler, à ce titre, des obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'analyse des documents post-contractuels ne doit pas leur être restreinte. Il s'agit, en effet, de constater que certains d'entre eux, intervenant de manière spécifique à la nature de la relation contractuelle, peuvent recevoir cette qualification. Cette idée sera illustrée par le connaissance en matière de contrats de transport maritime de marchandises.

2. L'existence de documents post-contractuels « spécifiques »: l'exemple du connaissance

232. - **Notion de connaissance** – Le contrat de transport maritime de marchandises est un contrat consensuel par principe⁷²⁶. Il est précisé que, bien que certains arrêts imposent la remise de la marchandise comme condition de formation du contrat⁷²⁷, et en feraient, à ce titre un contrat réel⁷²⁸, le débat portant sur sa qualification n'aura aucun impact sur les prochains raisonnements. L'identification des obligations non

⁷²⁵ V. par ex. : Cass. req., 22 mars 1920 : S. 1920, 1, p. 208 – Cass. req., 15 mars 1944 : S. 1945, 1, 40 – Cass. com., 7 nov. 1950 : Bull. civ. III, n° 321 – Cass. civ., 6 mai 1954 : Bull. civ. 1954, II, n° 165 – Cass. com., 9 janv. 1956 : Bull. civ. III, n° 17 – Cass. com., 21 oct. 1958 : Bull. civ. III, n° 355 – Cass. civ. 2^{ème}, 6 juill. 1966 : Bull. civ. II, n° 737 – Cass. com., 8 févr. 1994 : RJDA 1994, n° 766, p. 612 – Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-21555 : Bull. civ. 2003, IV, n° 82 ; JCP G 2003, IV, 2208 ; Contrats, conc., consom., 2003, comm. 124, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2003, p. 727, obs. P.Y. GAUTIER ; D. 2004, p. 414, note J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ : « l'arrêt retient que l'établissement et l'envoi, par le courtier au vendeur et à l'acheteur de la "lettre de confirmation" sans qu'il y ait de leur part un accord formel équivalait suivant l'usage ancien et constant en Bordelais, à une vente parfaite, sauf protestation dans un très bref délai fixé par les usages loyaux et constants de la profession à 48 heures de la réception de cette lettre dont l'envoi est à la charge du courtier ; que la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

⁷²⁶ CA Aix-en-Provence, 31 oct. 1991 : BTL 1992, p. 478.

⁷²⁷ Par ex. : CA Paris 28 mars 1991 : DMF 1991, 516 et 1992, 97, obs. P. BONASSIES ; BTL 1991, 780, obs. Y. ASSOULINE.

⁷²⁸ P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, « Commerce maritime, Contrat de transport de marchandises, Notion, Formation », J.-Cl. Transport, fasc. 1255, 1993, pt. 79.

matérialisées par renvoi implicite relevant des documents contractuels est, en effet, indifférente s'agissant de l'existence ou de l'absence d'un acte instrumentaire.

Le connaissement est le document attestant la prise en charge des marchandises par le transporteur⁷²⁹. Il constate à la fois le contrat de transport et représente la marchandise concernée⁷³⁰. Il ne contient, toutefois, en principe, aucune des obligations applicables à la relation contractuelle. Le contenu obligationnel est composé, de ce fait, des obligations légales encadrant le contrat de transport maritime de marchandises. Ce postulat invite, donc, à s'interroger sur la possible existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans de tels contrats.

233. - Le caractère contractuel du contenu du connaissement : la constatation d'obligations non matérialisées par renvoi implicite – Un large contentieux s'est développé concernant les clauses attributives de compétence stipulées dans les connaissements. Il s'agissait de se demander si le destinataire dudit document était lié par une telle clause dans l'hypothèse où il n'aurait pas exprimé sa volonté de s'y soumettre. La Chambre commerciale de la Cour de cassation⁷³¹ a répondu par l'affirmative. Elle explique que le connaissement représente le contrat de transport – sans, toutefois, recevoir la qualification d'*instrumentum*. Les obligations qui y sont retranscrites par écrit sont, par conséquent, obligatoires, le consentement des parties étant « *présumé exister* ». Par cet arrêt, la Chambre commerciale met fin au débat qui l'oppose⁷³² à la première Chambre civile⁷³³. Contrairement à cette dernière

⁷²⁹ J. GATSI, « Vente commerciale, Obligation de délivrance du vendeur, Mise à disposition de la chose », J.-Cl. Commercial, fasc. 290, 2009, pt. 44.

⁷³⁰ C. transp., art. L. 5422-3 : « *Le transporteur ou son représentant délivre au chargeur, sur sa demande, un écrit dénommé connaissement. Ce document vaut présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises, telles qu'elles y sont décrites. Toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissement a été transféré à un tiers de bonne foi* ».

⁷³¹ Cass. com., 12 mars 2013, n° 10-24465 : RTD com. 2014, 456, obs. DELEBECQUE ; D. 2013, p. 1603, note C. PAULIN et p. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE et 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE.

⁷³² Cass. com., 29 nov. 1994, n° 92-19987 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans constater que la clause [insérée dans le connaissement] avait été acceptée par les destinataires au plus tard au moment où ils avaient reçu livraison de la marchandise, la cour d'appel a violé les dispositions de la convention internationale susvisée* ».

qui n'érige pas le caractère exprès du consentement en condition au caractère obligatoire du contenu du connaissance, la Chambre commerciale l'exigeait. Elle justifie, dorénavant, sa solution en se fondant sur l'économie du contrat de transport maritime de marchandise⁷³⁴, en érigeant la stipulation relative à la compétence en une sorte de « *clause naturelle* »⁷³⁵. Si le fondement, ou le bien fondé de cet arrêt importent peu pour les prochains raisonnements, il est à relever que l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite est constatée. Si une problématique est liée à l'expression du consentement du chargeur, il n'en demeure pas moins, en effet, que la clause litigieuse est bel et bien obligatoire. Le connaissance emporte donc l'application des obligations et effets légaux applicables au contrat de transport maritime de marchandises et génère d'autres obligations non matérialisées dans un acte instrumentaire.

*

234. - Bilan – Les éléments obligatoires contenus dans les documents contractuels, s'ils ne sont pas référencés ou retranscrits dans un acte instrumentaire, reçoivent la qualification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Leur effet

⁷³³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, n° 84-17745 : Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON, DMF 1987, p. 706, note P.-Y. NICOLAS : « *Mais attendu, d'abord, que l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction ; que cette clause s'impose aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français subrogé et doit produire ses effets ; que le premier grief n'est donc pas fondé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1992, n° 90-19441 : D. 1992, p. 225 : exigence de signature du connaissance par le chargeur afin que la clause lui soit opposable – Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 98-21591 : Bull. civ. I, n° 224 ; D. 2001, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD com. 2001, p. 1063, obs. Ph. DELEBECQUE ; DMF 2001, p. 621, note Ph. DELEBECQUE : « *Mais attendu, sur la première branche, que le juge français, qui n'était pas saisi de la licéité de la clause de juridiction, a exactement décidé que la détermination des effets du connaissance à l'égard du destinataire de la marchandise s'effectuait selon la loi applicable au contrat de transport, en l'occurrence la loi de Singapour régissant les contrats litigieux selon leur stipulation expresse, au surplus conforme à l'article 4 de la convention de Rome précitée* ».

⁷³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 98-21591 : Bull. civ. I, n° 224 : « *l'insertion d'une clause de **juridiction** étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie du contrat de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé* » – *Contra* : Cass. com., 25 juin 2002 : RTD com. 2003, p. 212, obs. Ph. DELEBECQUE : « *les clauses attributives de compétence, quoiqu'on ait pu dire, **ne participent pas de l'économie du contrat** de transport maritime de marchandises où les règles de responsabilité sont d'ordre public* ».

⁷³⁵ X. DELPECH, « Opposabilité de la clause attributive de juridiction au tiers porteur d'un connaissance maritime » (à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2008, n° 07-18834 et Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-10460), D. 2009, p. 89.

contraignant est, toutefois, conditionné à la conscience par les contractants qu'ils font partie du champ contractuel et au fait qu'ils soient en mesure d'en prendre connaissance. L'encadrement est donc similaire à celui qui est prévu s'agissant des clauses par référence et entraîne, par conséquent, des difficultés identiques.

Si l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite est révélée dans le contenu des documents contractuels, il s'agit de se demander si leur identification doit y être cantonnée.

Section 2 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relevant pas du contenu des documents contractuels

235. - Si l'identification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite a été constatée s'agissant du contenu des documents contractuels, l'idée est, à présent, de se demander si elles leurs sont limitées. Autrement dit, leur révélation est-elle dépendante de l'existence de tels documents ?

236. - **Distinction entre les contrats formels et non formels** – Si l'existence d'un acte instrumentaire était indifférente s'agissant du caractère obligatoire des documents contractuels, la révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite qui leurs sont indépendantes implique de distinguer, à ce sujet, deux situations. Il s'agit, en effet, d'effectuer une dichotomie entre les contrats qualifiés de « formels » ou non.

Cet adjectif sera utilisé s'agissant des contrats devant impérativement être conclus par écrit à peine de sanction. La nature de cette dernière ne sera pas déterminante dans la mise en place de cette catégorie. Seront, ainsi, qualifiés de formels l'ensemble des contrats solennels imposant l'existence d'un *instrumentum* à peine de nullité ainsi que ceux qui sont assortis d'une autre sanction, à l'image de la requalification.

Les contrats non formels seront donc ceux pour lesquels la constatation ou non d'un écrit n'entraînera pas de sanction à l'égard des parties. Il est à noter que ce postulat n'écarte pas l'existence d'un acte instrumentaire. S'il n'est pas imposé par la loi, les parties peuvent, en effet, choisir de recourir à une forme écrite pour constater leur relation contractuelle. Cette formalisation relèvera, toutefois, à la différence des contrats formels, d'un choix des contractants.

237. - La révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite doit, ainsi, s'effectuer tant s'agissant des contrats formels (Paragraphe 1) que des contrats non formels (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels

238. - La révélation des obligations non matérialisées dans les contrats non formels nécessite, au préalable, d'en justifier le caractère obligatoire (I). Il s'agit, en effet, de démontrer que les deux mécanismes ne sont pas incompatibles pour, ensuite, en constater l'existence (II).

I. La justification des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels

239. - Les contrats non formels sont ceux pour lesquels le recours ou l'absence de recours à un écrit n'est pas sanctionné par la loi. Les parties sont, alors, libres de retranscrire ou non le contenu de leur engagement dans un acte instrumentaire. Il s'agit, donc, de justifier l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans ces deux situations. Il sera démontré, d'une part, que leur révélation n'est pas incompatible avec la situation dans laquelle aucun *instrumentum* n'est établi par les parties (A). Seront, d'autre part, envisagés les rapports entre de telles obligations et les contrats formalisés. Ces derniers sont considérés comme ceux pour lesquels le recours à l'écrit dépend de la volonté des parties. Se justifiant par un impératif de sécurité et, partant, de protection des cocontractants, ce choix de forme n'apparaît, toutefois, pas incompatible avec l'identification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite (B).

A) La compatibilité entre les obligations non matérialisées par renvoi implicite et les contrats non formalisés

240. - Absence d'acte instrumentaire – La nature non formelle de certains contrats donne la possibilité aux parties de ne pas établir d'*instrumentum*. Le choix d'une absence de formalisation de la relation contractuelle est au service de la liberté contractuelle en ce qu'elle en facilite l'exercice⁷³⁶. Expression du consensualisme, cette technique présente, en effet, des avantages d'ordre moral et économique⁷³⁷.

D'un point de vue moral, d'une part, le consensualisme permet de contourner d'éventuelles irrégularités de forme⁷³⁸ et renforce, ainsi, le respect de la parole donnée. Inspiré du droit canonique, ce dernier postulat se justifie en ce qu'il constitue une protection pour chacune des parties de voir son cocontractant respecter ses engagements. Gage de bonne foi, l'absence de formalisation impose à chaque partie d'honorer à la fois sa parole et son contenu. Les contractants ne peuvent, à ce titre, se soustraire à leur engagement. Cet avantage sous-tend, toutefois, un inconvénient, celui de la preuve de l'existence et du contenu du contrat, et notamment s'agissant du système de la preuve littérale en matière de contrats civils supérieurs à 1.500 euros⁷³⁹.

D'un point de vue économique d'autre part, le consensualisme connaît de nombreux avantages et notamment en termes de rapidité et de coût des contrats. Il constitue, principalement, un mécanisme au service des professionnels. L'idée de libéralisme économique s'allie, par conséquent, à la nécessité de maintien d'une certaine part de

⁷³⁶ « *la liberté contractuelle postule le consensualisme* » : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 24 – V. en ce sens : M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, t. I : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis droit*, 3^{ème} éd., 2012, p. 195, n° 80.

⁷³⁷ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 79, n° 101.

⁷³⁸ « *L'honnête homme, ignorant des affaires, se trouve à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, car qui sait se servir de la forme, s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté* » : R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. III*, Maresq, 3^{ème}, 1880, n° 50, p. 173.

⁷³⁹ C. civ., art. 1341 : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».

consensualisme, tout au moins dans les relations entre professionnels⁷⁴⁰. Gage de liberté, il permet, en effet, une favorisation des échanges et, partant, de l'économie.

L'hypothèse selon laquelle il n'existerait pas d'acte instrumentaire invite à s'interroger sur l'identification des obligations obligatoires dans le cadre d'un engagement contractuel qu'aucun écrit ne constate. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant des documents contractuels et celles qui sont de nature imposée intègrent, naturellement, le contenu obligationnel des contrats non formalisés. Si ces dernières ne posent pas de difficultés spécifiques aux contrats non formalisés, la question est de savoir si d'autres obligations peuvent s'y adjoindre.

241. - L'absence de formalisation compatible avec les obligations non matérialisées – Des obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relevant pas des documents contractuels peuvent-elles intégrer le contenu obligationnel d'un contrat non formalisé ? L'absence d'acte instrumentaire permet de ne pas enfermer les obligations obligatoires à une relation contractuelle dans un écrit. Cette situation facilitera, par conséquent, l'intégration d'autres éléments – que les seules obligations imposées ou découlant des documents contractuels – dans le contenu obligationnel du contrat. L'idée qu'il existe des obligations non matérialisées par renvoi implicite n'est, de ce fait, pas incompatible – au contraire – avec le choix d'un contrat non formalisé par les parties.

B) La compatibilité entre les obligations non matérialisées par renvoi implicite et les contrats formalisés

242. - Objectif de la formalisation : la protection des parties et de leur relation – Le caractère formel d'un contrat n'exclut pas l'établissement d'un acte instrumentaire qui relèvera de la volonté des parties. Le choix des contractants de constater, par écrit, le contenu obligationnel qui s'impose à leur engagement s'explique par une volonté de se protéger eux-mêmes et de protéger leur relation contractuelle. Le recours à une

⁷⁴⁰ C. LARROUMET, *Les obligations, t. III : Le contrat, 1^{ère} partie : Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd., 2007, p. 93, n° 111.

formalisation permet, en effet, de palier aux dangers du consensualisme qui se constatent de trois manières⁷⁴¹.

Conclure un contrat par le simple échange des consentements, et donc, sans recourir à un acte instrumentaire, peut, tout d'abord, empêcher les parties de mesurer la portée de leur engagement. Ce dernier n'étant pas formalisé, les contractants peuvent être dans l'impossibilité de maîtriser l'ensemble des tenants et aboutissants relatifs à leur relation contractuelle. Le consensualisme peut, ainsi, desservir l'exigence d'un consentement libre et éclairé.

L'absence de formalisation ne permet, ensuite, pas toujours aux cocontractants de connaître la nature exacte de leur engagement. Le contenu du contrat n'étant pas instrumentalisé, il n'est pas certain que les parties soient en mesure d'identifier la nature exacte de chacune des obligations qui s'imposent à elles.

En cas de conflit, enfin, l'absence de matérialisation du contrat, et, partant, de son contenu obligationnel, confèrera au juge le pouvoir de l'interpréter. Bien que le rôle de ce dernier soit strictement encadré⁷⁴², l'absence d'instrumentalisation ouvre la voie de l'interventionnisme judiciaire – ou administratif – qui peut avoir pour conséquence un recul de la volonté des parties s'agissant de l'identification des obligations qui s'imposent à leur relation contractuelle⁷⁴³.

La formalisation permet, en conséquent, d'anticiper ces risques en offrant d'avantage de garanties permettant de s'assurer que les parties à un contrat y ont consenti de

⁷⁴¹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 80, n° 101.

⁷⁴² Pour exemples, l'article 1162 du Code civil dispose que l'interprétation à retenir est celle la plus favorable au débiteur, l'alinéa second de l'article 1602 du même Code impose, dans les contrats de vente, une interprétation contre le vendeur, l'alinéa second de l'article L. 133-2 du Code de la consommation explique, quant à lui, qu'en matière de contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, les clauses du contrat s'interprètent toujours en faveur du consommateur et non de son cocontractant professionnel.

Si ces dispositions semblent poser des règles générales, il n'en demeure pas moins que le principe de la force obligatoire impose au juge de rechercher, en priorité, la commune intention des parties. Pour ce faire, l'article 1161 du Code civil leur impose d'interpréter, en premier lieu, les clauses « (...) *les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* » avant de se référer à d'éventuels autres éléments d'appréciation. A cet effet, la Cour de cassation a pu rappeler l'idée selon laquelle les magistrats doivent rechercher la commune intention des parties « *dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester* » - V. *Infra*, n° 555 et s.

⁷⁴³ V. *Infra*, n° 572 et s.

manière libre et éclairée⁷⁴⁴. Jhering a, d'ailleurs, repris cette idée en expliquant qu'« *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »⁷⁴⁵. Elle permet, ainsi, aux parties de retranscrire leur volonté et de se protéger, notamment, contre l'arbitraire du juge⁷⁴⁶. Ce gage de protection des parties et de leur relation contractuelle justifie le recours aux contrats formalisés.

243. - La formalisation compatible avec les obligations non matérialisées – L'idée d'un contrat formalisé semble rejeter l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Si les parties choisissent, en effet, d'établir un acte instrumentaire, il semble logique qu'elles y retranscrivent l'ensemble des obligations qui s'imposent à leur relation contractuelle.

Il est, toutefois, envisageable, pour les parties, d'allier à la fois le mécanisme du consensualisme et celui de la formalisation. C'est, justement, cette hypothèse qui semble justifier l'absence d'incompatibilité entre les contrats formalisés et les obligations non matérialisées par renvoi implicite. Si la formalisation et le consensualisme présentent chacun des aspects positifs, il serait intéressant d'envisager l'existence de contrats « consensualo-formalisés ». Il s'agirait d'allier deux impératifs, la protection des parties garantie par la formalisation, d'une part, et les impératifs économiques et moraux sus-évoqués assurés par le consensualisme, d'autre part. Il s'agit, donc, de contrats formalisés par les parties mais dans le cadre desquels des obligations peuvent s'imposer sans qu'elles ne soient pour autant retranscrites ou référencées dans un *instrumentum*.

244. - Si le mécanisme d'un contrat non formel n'entre pas, en théorie, en contradiction avec l'obligatorité d'obligations non matérialisées par renvoi implicite, il s'agit d'en révéler l'existence pratique.

⁷⁴⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 231, n° 205.

⁷⁴⁵ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, Maresq, 3^{ème}, 1880.

⁷⁴⁶ B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998, p. 498, pt. 36.

II. La constatation de l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels

245. - L'étude pratique des obligations non matérialisées par renvoi implicite s'agissant des contrats non formels n'a pas pour objectif d'être exhaustive. Face à la multitude des situations envisageables, il s'agit, en effet, d'en démontrer l'existence à travers différentes illustrations. Il est, à ce titre, nécessaire de distinguer deux situations. La première hypothèse envisagée répond à l'idée selon laquelle l'existence et l'exécution d'un contrat serait « *liée* »⁷⁴⁷ à celle d'un autre contrat. Envisagé isolément, le contrat « *lié* » est donc celui qui ne se suffit pas à lui-même. Cette hypothèse correspond aux ensembles contractuels – contrats interdépendants économiquement, groupes de contrats, etc. – et révèle l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite (A). Ces dernières ne se limitent, toutefois, pas à une telle situation puisqu'elles peuvent s'identifier s'agissant des contrats « *indépendants* »⁷⁴⁸ (B). Cette dernière qualification concerne les contrats autonomes, ceux qui n'ont pas besoin qu'un autre contrat soit conclu ou exécuté pour exister.

A) L'hypothèse du contrat « lié » à un autre contrat

246. - L'étude de la révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite s'agissant des contrats « *liés* » peut s'illustrer grâce à deux exemples. Il s'agira, alors, d'envisager les contrats économiquement interdépendants (1) et les contrats-cadres et d'applications (2).

⁷⁴⁷ V. sur l'emploi de la notion : B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 205-87 – F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2003.

⁷⁴⁸ F.-X. TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2003, p. 6, n° 9.

1. Les contrats interdépendants

247. - L'étude du mécanisme d'interdépendance contractuelle (a) permettra de justifier l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite (b).

a) Le mécanisme de l'interdépendance contractuelle

248. - **Notion de contrats interdépendants** – Les contrats interdépendants⁷⁴⁹ sont les « *contrats (concomitants ou successifs) dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils se rattachent, certaines clauses figurant dans l'un étendant, à diverses conditions, leur effet aux autres, et la nullité de l'un pouvant entraîner la caducité des autres* »⁷⁵⁰. Autrement dit, ils sont ceux qui répondent à une économie générale commune⁷⁵¹. N'ayant aucune raison d'être les uns sans les autres, ils ne peuvent, par conséquent, pas exister de manière indépendante.

Monsieur le Professeur Philippe Delebecque illustre l'interdépendance par ses effets en expliquant l'idée selon laquelle « *si un contrat du groupe est nul ou résolu, le vice gangrène le tout : l'indivisibilité fonde ainsi la théorie des dominos* »⁷⁵². Effectuer un parallèle entre cette situation contractuelle et les dominos met en exergue le lien de dépendance entre différents éléments qui peut donner lieu à une réaction en chaîne puisque si l'un tombe, ils tombent tous. Cette idée est applicable à l'interdépendance juridique puisque cette dernière lie l'exécution, et, ainsi, les effets d'un contrat à un autre.

249. - **L'appréciation de l'interdépendance contractuelle** – Le mécanisme général établi, il s'agit de s'interroger sur l'appréciation de la situation d'interdépendance contractuelle. Un débat jurisprudentiel est, alors, né, certains juges appréhendant la situation de manière subjective et, d'autres, d'un point de vue objectif.

⁷⁴⁹ V. J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité des actes juridiques*, Litec, 1999.

⁷⁵⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., PUF, 2014, p. 261, V^o *Contrats interdépendants*.

⁷⁵¹ Sur l'interdépendance contractuelle : V. R. PELLE, *Notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2007.

⁷⁵² Ph. DELEBECQUE, « L'indivisibilité », in *La réforme du régime général des obligations*, L. ANDREU (dir.), Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 45 et s., spéc. p 46.

L'approche subjective⁷⁵³, d'une part, limite l'interdépendance des contrats à la seule volonté des parties de mettre en place un projet économique commun. Le juge doit, selon cette vision, rechercher si la volonté des parties de rendre leurs contrats interdépendants ressort sans ambiguïté des clauses de l'acte⁷⁵⁴.

L'approche objective⁷⁵⁵, d'autre part, ne lie pas l'interdépendance à la volonté des parties mais au contexte économique envisagé dans son ensemble⁷⁵⁶. Le juge doit, donc, se détacher de la volonté des parties, ou, à tout le moins, l'objectiver, pour prendre en compte l'économie générale de l'opération, en fonction des différents contrats qui la soutiennent. Les contrats interdépendants sont, alors, ceux qui se servent mutuellement

⁷⁵³ V. en ce sens : Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-14585 et n° 93-15671 : D. 1996, p. 141, note S. PIQUET ; D. 1995, somm. p. 231, obs. L. AYNES ; Contrat, conc. consom., juin 1995, comm. n° 105 ; D. 1996, p. 141, note S. PIQUET et somm. comm. p. 231, obs. L. AYNES ; JCP E 1996, I, 523, obs. J.-B. SEUBE : « *l'indivisibilité des conventions [repose] sur la considération de chacune d'entre elles par les parties comme une condition de l'existence des autres et non pas sur la nature spécifique de l'objet loué par rapport aux utilisations envisagées* ».

⁷⁵⁴ V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-68014 : D. 2011, p. 566, note D. MAZEAUD : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que 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 mandait le locataire pour exercer tout recours à l'encontre du fournisseur, que le loueur 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* » – S. BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », D. 2009, chron. p. 960.

⁷⁵⁵ V. en ce sens : Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-19793 : Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, somm. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 2000, I, 272, n° 9 et s., obs. A. CONSTANTIN ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP E 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; LPA 29 déc. 2000, note G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ : « *Attendu, en second lieu, que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient que le crédit-bailleur était informé que le matériel pris à bail était destiné à être exploité par la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit-bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images, ce dont il déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit-bail devait être prononcée ; qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision* ».

⁷⁵⁶ V. en ce sens : Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17407 : JCP 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET : « *Mais attendu qu'ayant retenu que les quatre contrats litigieux étaient interdépendants, dans la mesure où ils poursuivaient tous le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres, les prestations de maintenance et de formation ne se concevant pas sans les licences sur lesquelles elles portaient et l'acquisition de ces licences par la société Faurecia n'ayant aucune raison d'être si le contrat de mise en œuvre n'était pas exécuté, la cour d'appel n'avait pas à relever que la société Oracle en était informée, dès lors que cette société avait elle-même conclu les quatre contrats concernés ; qu'ainsi l'arrêt n'encourt aucun des griefs formulés au moyen ; que ce dernier n'est pas fondé* ».

de cause en ce sens que, lorsqu'ils sont envisagés l'un sans l'autre, aucune cohérence ne peut être constatée⁷⁵⁷.

Face au débat, une Chambre mixte de la Cour de cassation est intervenue. Elle a, par deux arrêts en date du 17 mai 2013, consacré la vision unitaire à retenir⁷⁵⁸. Deux contrats de partenariat avaient, en l'espèce, été conclus entre la société Bar le Paris et la société Media vitrine. La société Media vitrine s'engageait à installer chez son cocontractant un « *réseau global de communication interactive* » par la mise en place d'un ensemble informatique et vidéo « *avec un contenu interactif pour les clients et un contenu en diffusion médiatique* », contenant, notamment, des spots publicitaires ainsi qu'à s'acquitter d'une redevance. En contrepartie, la société Bar le Paris garantissait à la société Media vitrine l'exclusivité de l'exploitation du partenariat publicitaire. La société Leaseo, détenteur du matériel nécessaire à l'exécution des précédents contrats, a consenti à la société Bar le Paris un contrat de location en contrepartie du paiement d'un loyer. La société Leaseo a, par la suite, cédé le matériel à la société Siemens lease services, qui a apposé sa signature sur le contrat de location en qualité de bailleur substitué. Ce contrat de location prévoyait une clause d'indépendance par rapport aux contrats que la société Bar le Paris avait conclu avec la société Media vitrine. Le système ne fonctionnant pas, la société Bar le Paris a arrêté de verser les loyers dus à la société Siemens lease services. Cette dernière l'a, alors, mise en demeure de lui régler les loyers impayés. La Cour d'appel de Paris, le 6 avril 2011, a écarté l'application de la clause d'indépendance et a prononcé la résiliation de l'ensemble des contrats conclus. La société Siemens lease services a, alors, formé un pourvoi en cassation.

Il s'agissait, pour la Haute juridiction, de mettre en balance la commune intention des parties – par l'application des clauses d'indépendance des contrats de location financière – et l'économie générale du contrat. Autrement dit, s'il est constaté de

⁷⁵⁷ D. MAZEAUD, « Contrats et conventions » (à propos de : Cass. com., 15 févr. 2000, n° 09-68014), Defrénois 2000, p. 1118.

⁷⁵⁸ Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR.

manière objective que les contrats sont interdépendants, les parties peuvent-elles renoncer de manière expresse aux effets de cette situation et aux conséquences qui en résultent par la stipulation d'une clause contractuelle ? La Cour de cassation a répondu par la négative, et, par conséquent, rejeté le pourvoi en expliquant que les stipulations contractuelles litigieuses étant en contradiction avec la constatation d'une situation d'interdépendance. En écartant l'application des clauses d'indépendance présentes dans chacune des deux espèces, la Cour de cassation a, très clairement, fait primer l'économie générale du contrat sur la volonté des parties. Il est, ainsi, établi que les clauses d'indépendance sont inconciliables avec une situation d'interdépendance contractuelle et doivent, par conséquent, être réputées non écrites.

La conception objective de la situation d'interdépendance a, de ce fait, été retenue⁷⁵⁹ par la Haute juridiction.

250. - L'interdépendance dans les projets de réforme – Si le droit positif ne résout, actuellement, pas les difficultés liées aux contrats interdépendants⁷⁶⁰, il s'agit de se tourner vers les différents projets de réforme en envisageant la situation.

L'article 13 du Projet de la Chancellerie, d'abord, prévoit que « *Sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent* »⁷⁶¹. Si les conséquences liées à l'absence d'exécution de l'un des contrats ne diffèrent aucunement⁷⁶² des arrêts de 2013⁷⁶³, le projet apporte des précisions quant à l'interprétation du contenu

⁷⁵⁹ F. BUY, « L'interdépendance contractuelle à l'honneur » (à propos de Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927), JCP G 2013, p. 673.

⁷⁶⁰ V. en ce sens : D. MAINGUY, « Droit d'inventaire : En route vers la réforme du droit des contrats et des obligations ! », Le blog de Daniel MAINGUY, 10 févr. 2015 : <http://www.daniel-mainguy.fr/article-la-reforme-du-droit-des-contrats-et-des-obligations-en-2014-122087833.html>.

⁷⁶¹ La Chancellerie, *Projet de réforme du droit des obligations*, Newsletter n° 4, févr. 2009.

⁷⁶² La Chancellerie, *Projet de réforme du droit des obligations*, Newsletter n° 4, févr. 2009, art. 100 : « *Lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité si la nullité rend leur exécution impossible ou prive le contrat de tout intérêt pour l'une des parties* ».

⁷⁶³ Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR.

obligationnel des contrats visés. Ainsi, et selon l'article 153 du Projet, « *Toutes les clauses des contrats s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés* ». La lecture de cette dernière disposition, fortement inspirée de l'article 1156 du Code civil⁷⁶⁴, semble consacrer une vision subjective de l'interdépendance puisqu'elle suppose que la volonté des cocontractants soit recherchée⁷⁶⁵. Il est, toutefois, possible de se demander s'il n'est pas plutôt fait référence au contexte des contrats, et donc à leur économie, cette interprétation invitant, alors, à une appréhension objective de l'interdépendance.

S'agissant, ensuite, du Projet Catala, la définition des contrats interdépendants est envisagée de façon presque identique au Projet de la Chancellerie et aux arrêts de 2013⁷⁶⁶. Son article 1172 vise, en effet, « *Les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée* ». Si, de manière générale, le Projet consacre l'appréhension objective de l'interdépendance en ce qu'il explique que « *les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés* »⁷⁶⁷, l'approche subjective n'est pas totalement délaissée. S'agissant, en effet, du caractère obligatoire des stipulations contractuelles, il est expliqué que « *Les clauses organisant les relations des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles y ont été reproduites et acceptées par les autres contractants* »⁷⁶⁸. Le Projet Catala apparaît, d'un point de vue littéral, beaucoup plus tranché que le Projet de la

⁷⁶⁴ C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

⁷⁶⁵ V. en ce sens : S. BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », D. 2009, chron. p. 960.

⁷⁶⁶ P. CATALA, *Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La Documentation française, 2006.

⁷⁶⁷ P. CATALA, *Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La Documentation française, 2006, art. 1137, al. 2.

⁷⁶⁸ P. CATALA, *Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La Documentation française, 2006, art. 1172-1.

Chancellerie en se référant explicitement à la volonté des parties. L'exposé des motifs tempère, toutefois, cette idée puisqu'est envisagée une présomption d'acceptation. Bien que limitée à une liste de clauses énumérées – clause relative à la responsabilité, clause compromissoire et clause d'attribution de compétence –, il semble qu'une approche objective de la situation d'interdépendance soit consacrée. La disposition précitée relative à l'interprétation doit, ainsi, se lire en corollaire de l'article 1172-2 du même Projet qui dispose que « *Toutefois, certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves* ». Un principe et des exceptions se dessinent, ainsi, s'agissant de l'obligatorité des clauses contractuelles stipulées dans un contrat en situation d'interdépendance.

Si le Projet de réforme de la Chancellerie et le Projet Catala proposent d'encadrer l'interdépendance, il semble regrettable de constater que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – proposé suite à la loi du 16 février 2015⁷⁶⁹ habilitant le gouvernement à le faire – n'offre aucune disposition traitant de cette situation contractuelle.

251. - Les contrats économiquement interdépendants compatibles avec l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite – Lorsqu'un contrat est « *lié* », économiquement, à un autre contrat, une partie du contenu obligationnel de chacun des cocontractants est soumis à la logique contractuelle de l'interdépendance. Si des obligations ne sont pas prévues par l'acte instrumentaire mais ont un effet contraignant du fait de l'économie générale des opérations envisagées, les parties en seront alors débitrices par un mécanisme de renvoi implicite. Il s'agira, alors, d'en envisager certaines manifestations.

⁷⁶⁹ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* : JORF du 17 févr. 2015, p. 2961.

b) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite

252. - le caractère obligatoire d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats interdépendants peut s'illustrer à travers deux exemples. La disparition d'un contrat faisant partie de l'ensemble contractuel révèle, d'une part, le caractère obligatoire d'obligations implicites de tacite caducité s'agissant des contrats qui lui coexistent (α). Le règlement d'un éventuel litige, d'autre part, donne lieu à l'inter-applicabilité de clauses de compétence et ce, indépendamment de leur retranscription par écrit (β).

α – La révélation d'une obligation implicite de tacite caducité

253. - **La reconnaissance d'une caducité liée à une résiliation** – Si deux contrats sont considérés comme relevant d'une situation d'interdépendance, c'est parce que les opérations envisagées ne sauraient exister l'une sans l'autre. L'intérêt pratique d'une telle qualification réside, notamment, dans la résolution du conflit relatif au fait de savoir quelles seraient les conséquences de la résiliation de l'une des relations contractuelles sur l'autre. Afin de répondre à cette problématique, la Cour de cassation a, dans un arrêt de 2001⁷⁷⁰, reconnu une extension du champ d'application de la notion d'interdépendance. Cette dernière, initialement prévue par le Code civil s'agissant, restrictivement, des obligations⁷⁷¹, a, ainsi, été étendue aux contrats au visa des articles 1217⁷⁷² et 1218⁷⁷³ du même Code. Mme X, pharmacienne, a, en l'espèce, conclu un contrat avec la société Design creation marketing. Il lui a, alors, été donnée la

⁷⁷⁰ Cass. com., 23 oct. 2001, n° 99-11432 : Dr. et patr. 2002, p. 108, obs. P. CHAUVEL – V. en ce sens : Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-14585 et n° 93-15671 : D. 1996, p. 141, note S. PIQUET ; D. 1995, somm. p. 231, obs. L. AYNES ; Contrat, conc. consom., juin 1995, comm. n° 105 ; D. 1996, p. 141, note S. PIQUET et somm. comm. p. 231, obs. L. AYNES ; JCP E 1996, I, 523, obs. J.-B. SEUBE : « *l'indivisibilité des conventions [repose] sur la considération de chacune d'entre elles par les parties comme une condition de l'existence des autres et non pas sur la nature spécifique de l'objet loué par rapport aux utilisations envisagées* ».

⁷⁷¹ J.-M. MARMAYOU, « Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats », RJ com. 1999, p. 292.

⁷⁷² C. civ., art. 1217 : « *L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle* ».

⁷⁷³ C. civ., art. 1218 : « *L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle* ».

possibilité d'avoir accès au réseau télématique de son cocontractant, et, ainsi, de diffuser des messages d'information et de publicité dans son local professionnel. Cette diffusion n'était possible que grâce à l'utilisation d'un matériel spécifique que la société louait à Mme X. Il a été convenu, entre les parties, que le contrat était conclu pour une durée de quatre ans moyennant une rémunération s'élevant à 30% des recettes de publicités enregistrées. Il était, par ailleurs, contractuellement précisé que le locataire souscrivait un contrat de location auprès d'un organisme de financement locatif d'un montant de 1.696 francs par mois. Mme X a, par conséquent, conclu un contrat de location avec la société Central financement pour une durée de quatre ans. Le même jour, la société Central financement a cédé le contrat de location à la société Slificom.

La société Design creation marketing, placée en liquidation judiciaire, a cessé de fournir ses prestations. Mme X ne pouvant plus, dès lors, diffuser les messages visés, elle a interrompu le paiement des loyers relatifs à l'équipement dont elle n'avait plus besoin en l'absence d'exécution du contrat initial.

La société Slificom a assigné Mme X en paiement des sommes contractuellement dues. La Cour d'appel a écarté la prétention de Mme X selon laquelle les contrats étaient interdépendants et donc, l'absence d'exécution du premier par la société Design creation marketing lui permettait d'arrêter de payer les loyers dus au titre du contrat de location. Les juges de seconde instance ont, en effet, considéré qu'au vu des objets distincts des deux contrats, de l'ignorance supposée des sociétés Central financement et Slificom quant à l'existence du premier contrat et de la différence entre les sommes dues dans chacun des deux contrats, ces derniers ne pouvaient être considérés comme interdépendants. Mme X était, ainsi, dans l'obligation de payer les loyers dus à la société Slificom. Suite au pourvoi formé par cette dernière, la Cour de cassation a estimé que les contrats devaient être considérés comme interdépendants dans la mesure où le matériel en question ne pouvait avoir d'autre usage que le réseau télématique prévu par la convention initiale. Elle a ajouté que cette spécificité était connue par la

société Slificom qui ne pouvait, donc, ignorer ce caractère interdépendant. L'anéantissement du premier contrat entraîne, dès lors, la caducité du second⁷⁷⁴.

La Cour de cassation a, en 2014, précisé cette conséquence de l'interdépendance s'agissant de l'anéantissement des contrats. Elle a, en effet, insisté sur le fait que la disparition du premier contrat est un préalable nécessaire à la caducité du second⁷⁷⁵. Cette idée, qui se justifie aisément, reçoit une application extrêmement stricte. La Haute juridiction a, en effet, eu l'occasion de préciser, par exemple, que le simple placement de l'un des contractants en liquidation judiciaire ne justifie pas la disparition du contrat conclu avec lui. Ce simple constat n'entraîne, de ce fait, pas la caducité du contrat avec lequel il est en situation d'interdépendance⁷⁷⁶.

S'agissant des contrats concernés par la qualification, si, jusqu'à présent, seuls ceux qui étaient conclus entre professionnels étaient concernés, la solution a été récemment

⁷⁷⁴ V. en ce sens : Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20380 : D. 2007, p. 1723, obs. X. DELPECH ; RTD civ. 2007, p. 569, obs. B. FAGES ; RTD com. 2008, p. 173, obs. B. BOULOC ; JCP 2007, II, 10184, obs. Y.-M. SERINET ; Dr. et patr. 2007, p. 89, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité* » – Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR – Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24270 : D. actu. 24 nov. 2014, obs. X. DELPECH : « *Mais attendu que lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location* ».

⁷⁷⁵ Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24270 : D. actu. 24 nov. 2014, obs. X. DELPECH : « *Mais attendu que lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location* » – V. en ce sens : Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18052.

⁷⁷⁶ Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-24807 : « *Mais attendu que lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location financière ; que le contrat de fourniture des matériels n'étant pas résolu du seul fait de la liquidation judiciaire de la société Intrasyss et cette résolution n'ayant pas été demandée par la société API, il ne pouvait être fait droit à la demande de cette dernière tendant à la résolution du contrat de location financière, comme une conséquence de son interdépendance avec le contrat de fourniture des matériels ; que par ces motifs de pur droit, substitués, après avertissement donné aux parties, à ceux critiques, l'arrêt se trouve justifié* ».

étendue. Le 10 septembre 2015⁷⁷⁷, la première Chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, considéré qu'un contrat de prêt conclu afin de financer un contrat de vente engageant, tous deux, des personnes civiles, constituait une situation d'interdépendance. Elle a, alors, appliqué les effets y afférant en considérant que la disparition du contrat de vente anéantissait le contrat de prêt.

254. - Une obligation implicite de tacite caducité – La seule manière de faire constater la caducité d'un contrat faisant partie d'un ensemble contractuel interdépendant du fait de la disparition de l'autre réside dans l'action en justice. Il s'agit, alors, de se demander s'il est vraiment nécessaire de saisir le juge.

Si la situation d'interdépendance est reconnue, l'anéantissement du contrat numéro 1 emporte, automatiquement, le même sort s'agissant contrat numéro 2. Ce postulat induit-il la révélation d'une obligation implicite de tacite caducité ? S'il est admis que les contrats interdépendants se servent mutuellement de cause, la résiliation de l'un entraîne la disparition d'un élément essentiel à la validité du second⁷⁷⁸.

Puisqu'aucune régularisation n'est envisageable, la sanction du second contrat est inévitable. Ne s'agirait-il donc pas d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite répondant à la logique contractuelle visée ? Dans cette hypothèse, il ne serait plus nécessaire d'intenter une action en justice. Une simple constatation de la situation serait, dès lors, suffisante au règlement du litige.

Admettre l'existence d'une obligation implicite de tacite caducité fera, toutefois, naître une difficulté relative à la reconnaissance de la situation d'interdépendance par les parties. La pratique démontre, en effet, que les rédacteurs des contrats peuvent

⁷⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-13658 : LEDC 2015, p. 1, obs. M. LATINA : « *Mais attendu qu'ayant constaté que l'offre de crédit était affectée au contrat principal et avait été renseignée par le vendeur, et que le prêteur avait remis les fonds empruntés entre les mains de ce dernier, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'une indivisibilité conventionnelle entre les contrats de vente et de prêt au sens de l'article 1218 du Code civil ; que, par ce motif de pur droit, substitué au motif justement critiqué par le premier moyen, l'arrêt se trouve légalement justifié* » – Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-17772 : LEDC 2015, p. 1, obs. M. LATINA : « *Mais attendu que la Cour d'appel, qui n'a pas appliqué les dispositions du code de la consommation, a fait ressortir l'indivisibilité des contrats litigieux en énonçant, d'une part, que le contrat de crédit était l'accessoire du contrat de vente auquel il était subordonné, d'autre part, que l'emprunteur avait attesté de l'exécution du contrat principal afin d'obtenir la libération des fonds par le prêteur, lequel avait mis ceux-ci à la disposition du vendeur ; qu'elle en a justement déduit que la résolution du contrat principal emportait l'anéantissement du contrat accessoire* ».

⁷⁷⁸ Sur la caducité, V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 109 et s., n° 82.

stipuler des clauses d'indépendance. Si ces dernières sont réputées non écrites par les juges lorsqu'est qualifiée l'interdépendance, il est possible de relever un paradoxe s'agissant de leur insertion, par les parties, dans le contenu du contrat. Stipuler une telle clause semble, d'avantage, se justifier dans un objectif de protection – en cas d'inexécution de l'autre contrat – que de consécration d'une volonté commune de réfuter l'existence d'une situation d'interdépendance⁷⁷⁹. Si les parties ne craignent pas de voir leur contrat anéanti du fait de la non-exécution d'un autre contrat, pourquoi, alors, prévoir une clause d'indépendance des conventions si ce n'est parce qu'elles sont déjà convaincues de l'état d'interdépendance des contrats visés ? La conscience d'appartenir à un ensemble interdépendant entraîne la connaissance du risque de voir prononcer la caducité de son contrat en cas de disparition de l'autre⁷⁸⁰. Prévoir une clause d'indépendance apparaît, donc, comme un moyen, pour les parties, de faire obstacle aux conséquences de la qualification de la situation. Cette idée semble, ainsi, appuyer l'existence d'une obligation implicite de tacite caducité que les parties souhaitent contourner par la stipulation contractuelle. La clause d'indépendance apparaît, finalement, comme une clause de non-caducité.

Les obligations implicites de tacite caducité ne sont pas les seules obligations non matérialisées qui peuvent être constatées dans les contrats interdépendants. Elles se révèlent, en effet, aussi, à l'aune de l'inter-applicabilité des clauses de règlement des litiges.

β – La reconnaissance de l'inter-applicabilité de clauses compromissaires

255. - La reconnaissance prétorienne de clauses de règlement des litiges par renvoi implicite – S'agissant des conséquences de la qualification d'une interdépendance contractuelle, il serait trop limitatif d'envisager la seule idée selon laquelle l'un des contrats ne peut pas survivre à la disparition de l'autre. Lorsqu'une telle situation est, en effet, qualifiée, il s'agit d'en envisager l'impact concernant le caractère obligatoire des stipulations contractuelles et, partant, de la délimitation des

⁷⁷⁹ J.-B. SEUBE, « Clauses d'indivisibilité et de divisibilité entre deux conventions » (à propos de : Cass. civ. 3^{ème}, 6 déc. 2011, n° 10-21832), RDC 2012, p. 518.

⁷⁸⁰ M. LATINA, « L'indivisibilité du contrat de prêt et du contrat de vente reconnue en droit commun ! » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-13658 et n° 14-17772), LEDC 2015, p. 1.

contenus obligationnels. Il s'agit, à cet égard, de se demander si une clause prévue dans l'un des contrats peut s'appliquer à l'ensemble des relations relevant de l'ensemble contractuel interdépendant. La réponse apparaît positive et sera illustrée à propos des clauses compromissoires.

256. - L'inter-applicabilité des clauses compromissoires – Dans une situation d'interdépendance, la première Chambre civile de la Cour de cassation a, par un arrêt en date du 30 mars 2004⁷⁸¹, rejeté le pourvoi d'une partie s'opposant à la reconnaissance du caractère obligatoire d'une clause compromissoire qui n'était pas stipulée dans le contrat de fourniture qu'elle avait conclu. La Haute juridiction a justifié sa décision en expliquant que « *par une appréciation souveraine de la clause d'arbitrage (...), [la Cour d'appel] a estimé que les deux contrats étant indissociables en vue d'assurer la viabilité économique de l'opération et que la soumission à l'arbitrage concernait tous les litiges et divergences pouvant naître du contrat de coopération ou en liaison avec celui-ci, comme l'était le contrat de fourniture, de sorte que la clause compromissoire était tacitement mais nécessairement incluse dans le contrat n° 1* ». La qualification de la situation d'interdépendance a donc, en l'espèce, eu pour conséquence l'extension du caractère obligatoire d'une clause compromissoire stipulée par l'un des contrats à l'autre. La solution se justifie par la nature des liens contractuels. Traiter d'un contrat indivisible d'un autre nécessite, en effet, de les apprécier dans leur ensemble. Il apparaît, par conséquent, indispensable que soit reconnue l'inter-applicabilité des clauses compromissoires et, par extension, des clauses de compétence.

Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 25 novembre 2008⁷⁸² a confirmé cette solution. La société A, acheteuse, et la société B, vendeuse, ont, en l'espèce, conclu un contrat portant sur la vente d'équipements de boulangerie et contenant une clause compromissoire. La société A s'est, par la suite, faite consentir un crédit-bail par la société C portant sur les mêmes matériels. Ces derniers étaient, alors, vendus par la société B à la société C. Lors d'un dysfonctionnement des équipements relevant du crédit-bail, la société A a engagé une action contre la société B en exécutant la clause compromissoire prévue dans le contrat de vente initial. Le défendeur s'est

⁷⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14311 : Bull. civ. I, n° 95.

⁷⁸² Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-21888 : JCP, II, 10023.

opposé à l'application de la stipulation contractuelle en expliquant que les matériaux ayant fait l'objet d'un crédit-bail, le crédit-bailleur en était devenu propriétaire et que le contrat de vente applicable était, donc, celui conclu entre la société B et la société C. Ce dernier ne prévoyant pas de clause compromissoire, il était, dès lors, inopportun d'en appliquer une. La Cour de cassation a rejeté ce moyen et a retenu « *qu'est seule de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ; qu'une telle clause, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, sauf stipulation contraire, par l'inefficacité de cet acte* ».

L'inter-applicabilité des clauses compromissoires appuie l'idée selon laquelle l'économie générale d'une relation contractuelle prime sur la volonté des parties. Une telle stipulation contractuelle doit, en effet, et sous peine de nullité, être stipulée par écrit ou référencée dans la convention principale⁷⁸³. S'il n'existe pas, en l'espèce, de renvoi explicite dans le contrat de crédit-bail au contrat de vente initial portant sur l'équipement de boulangerie, elle ne devrait pas être obligatoire. C'est donc la logique contractuelle qui justifie le caractère obligatoire de cette obligation non matérialisée.

257. - Conséquences de l'inter-applicabilité – Monsieur le Professeur Daniel Mainguy relève, dans cette solution, l'opposition entre « *le principe de l'effet relatif des conventions et la réalité des modèles contractuels modernes* »⁷⁸⁴. L'article 1134 du Code civil consacre l'idée d'intangibilité des contrats. Leur caractère autonome justifie leur effet relatif et le conditionnement du contenu contractuel au consentement des parties. L'idée selon laquelle la volonté des contractants puisse être mise à l'écart au profit d'une logique contractuelle atténuée, de fait, le principe de la force obligatoire lorsqu'une situation d'interdépendance est qualifiée⁷⁸⁵.

La réitération des clauses compromissoires dans chaque contrat faisant partie d'un ensemble contractuel interdépendant devient, ainsi, inutile puisque sa seule retranscription dans un contrat suffit à l'appliquer aux autres engagements contractuels

⁷⁸³ CPC, art. 1443, al. 1^{er} : « *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel il se réfère* ».

⁷⁸⁴ D. MAINGUY, « L'extension de la clause compromissoire dans l'opération de crédit-bail », JCP G 2009, p. 10023.

⁷⁸⁵ S. BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », D. 2009, chron. p. 960.

relevant de la situation d'interdépendance. Il semble, dès lors, que le fait de s'engager dans une situation d'interdépendance constitue un consentement implicite de se soumettre aux obligations dont l'inter-applicabilité est justifiée par le contexte contractuel.

Si la constatation de l'inter-applicabilité ne se résume qu'aux clauses relatives aux règlements des litiges, le raisonnement de la Cour de cassation se justifie en ce qu'il est judiciairement plus simple de régler un conflit comprenant deux contrats interdépendants par un même arbitre ou un même juge. Qu'en est-il, cependant, des autres clauses contractuelles ? Le contrat, dès lors qu'il serait reconnu comme appartenant à un ensemble contractuel interdépendant, risque-t-il d'être modifié, complété par le juge selon la logique contractuelle ?

258. - Les contrats en situation d'interdépendance ne sont pas les seuls contrats « liés » à révéler l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit d'envisager le cas des contrats-cadre et d'application.

2. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite consacrées dans les contrats-cadre et d'application

259. - **Le rejet jurisprudentielle antérieure du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite : illustration par les clauses de réserve de propriété** – Dans les relations contractuelles, et particulièrement entre professionnels, il est des cas où le lien juridique perdure dans le temps et donne lieu à différentes opérations. En pratique, le droit met à la disposition des cocontractants le système des contrats-cadre et d'application⁷⁸⁶. Les parties vont, d'une part, conclure un accord général, reprenant les grandes lignes de leur relation contractuelle en en précisant l'objet et les conditions générales. Il s'agit du contrat-cadre. De manière plus

⁷⁸⁶ CREDA, *Le contrat-cadre, vol. 2 : La distribution*, A. SAYAD (dir.), Litec, 1995 – C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », RTD com. 1963, p. 451 – J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1996 – J. GHESTIN, « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent », Cah. dr. entr. 1997/3, p. 7 – F. POLLAUD-DULIAN et A. ROZANO, « Le contrat-cadre, par delà les paradoxes », RTD com. 1996, p. 179.

particulière, d'autre part, elles vont consentir à des contrats d'application relatifs aux opérations subséquentes⁷⁸⁷.

Ces derniers peuvent porter sur une opération de vente. Il n'est, dans cette hypothèse, pas rare que les contractants aient recours au système de la clause de réserve de propriété. Encadrée par les articles 2367 et suivants du Code civil, la clause de réserve de propriété est celle par laquelle les parties s'entendent pour retarder l'effet translatif de propriété de la chose objet du contrat au jour du paiement intégral du prix, et ce, bien que la délivrance ait été effectuée⁷⁸⁸. Il s'agissait, alors, de savoir si la stipulation d'une telle clause dans le contrat-cadre était suffisante pour s'appliquer à l'ensemble de la relation contractuelle ou s'il était nécessaire qu'elle soit retranscrite dans chaque contrat d'application. Le législateur étant longtemps resté muet quant à cette question, il était nécessaire de se tourner vers la jurisprudence. Dans un arrêt du 17 mars 1992⁷⁸⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en censurant une Cour d'appel, a expliqué, au visa de l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985⁷⁹⁰ – depuis abrogé⁷⁹¹ –,

⁷⁸⁷ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, n° 899 et s.

⁷⁸⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 912, V° *Réserve de propriété (-De propriété (-Clause de))* : « Clause destinée à retenir la propriété d'un bien à titre de garantie, qui suspend, dans un contrat, l'effet translatif de celui-ci jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en est la contrepartie ».

⁷⁸⁹ Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-16207 : Rev. jur. dr. aff. 1992, n° 517, p. 411 – V. en ce sens : Cass. com., 9 janv. 1985 : Bull. civ. IV, n° 21, p. 16 – Cass. com., 15 nov. 1988 : Bull. civ. IV, n° 309, p. 207 – Cass. com., 3 janv. 1989 : Bull. civ. IV, n° 8, p. 4 — Cass. com., 3 nov. 1992 : Bull. civ. IV, n° 346, p. 247 ; D. 1993, somm., p. 287, obs. F. PEROCHON – E. ROBINE, *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980*, Litec, coll. *Jurisprudence française*, 1990, p. 25, n° 20.

⁷⁹⁰ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises : JORF 26 janv. 1985, p. 1097, art. 121 : « Peuvent être revendiquées, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire.

Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier.

La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité.

« qu'en statuant ainsi, sans constater que pour chacune des ventes intervenues, prises isolément, la clause avait été convenue dans un écrit [correspondant à un contrat d'application] adressé à l'acheteur au plus tard au moment de la livraison et acceptée par lui, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La clause de réserve de propriété stipulée dans le contrat-cadre était, ainsi, considérée comme dénuée d'effet obligatoire si elle n'était pas reprise dans les suivants. Autrement dit, chaque opération sous-tendant au contrat principal nécessitait la retranscription de la clause de réserve de propriété pour qu'elle soit obligatoire⁷⁹².

Cette position jurisprudentielle peut diviser. Si elle se comprend par les conditions de formes relatives aux clauses de réserve de propriété – un écrit⁷⁹³ accepté par chacune des parties au plus tard au moment de la livraison⁷⁹⁴ – elle est, toutefois, critiquable du point de vue du but recherché par le recours aux contrats-cadre et d'application. Si ce système est choisi pour encadrer une relation contractuelle, l'idée est de prévoir les règles générales applicables à l'ensemble de la relation contractuelle – tous contrats d'application confondus – dans le contrat principal. Si les parties ont consenti à une clause de réserve de propriété dans le contrat-cadre, il apparaît logique d'en déduire qu'elles souhaitent en voir le mécanisme appliqué à l'ensemble des contrats sous-jacents. Il ne semble, dès lors, pas justifié, du point de vue de la logique contractuelle et de la commune intention des contractants, d'ôter le caractère obligatoire de cette clause parce que non réitérée dans les contrats suivants. C'est certainement pour ces raisons que le législateur est intervenu à ce sujet.

Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture ».

⁷⁹¹ Ord. n° 2009-912 du 18 sept. 2000 relative à la partie législative du Code de commerce : JORF du 21 sept. 2000, p. 14783.

⁷⁹² M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, coll. *Traité des contrats*, 1999, p. 254, n° 501 et 502.

⁷⁹³ C. civ., art. 2368 : « La réserve de propriété est convenue par écrit ».

⁷⁹⁴ A. LEVI, A. SAYAD, P. GARBIT, J. AZEMA, J.-L. VALLENS, J.-F. MARTIN et M. FILIOL DE RAIMOND, *Lamy droit commercial*, Lamy, coll. *Lamy droit économique*, 2014, n° 3861.

260. - Le caractère obligatoire légalement consacré des obligations non matérialisées par renvoi implicite – Le législateur est, ainsi, intervenu afin de mettre un point final à cette solution quelque peu critiquable par la loi du 1^{er} juillet 1996⁷⁹⁵. L'article L. 624-16 du Code de commerce⁷⁹⁶ dispose, dès à présent⁷⁹⁷, que la clause de réserve de propriété s'imposera à la relation dès lors qu'elle figure par écrit dans le contrat-cadre, sans qu'il ne soit nécessaire que les contrats d'application ne la reprennent. Cette disposition semble révéler l'existence d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite. Il est, en effet, permis de se voir imposer une obligation – repousser le transfert de propriété d'une chose – sans qu'elle ne soit retranscrite dans le contrat qui règle les conditions particulières de l'opération en question. Il s'agit, donc, bien d'un renvoi au contrat-cadre mais sans qu'aucune référence ne soit stipulée de manière explicite dans le contrat d'application.

261. - L'étude – non exhaustive – de ces différentes illustrations relatives aux contrats « liés » révèle l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit, à présent, de s'intéresser aux contrats « libres ».

B) L'hypothèse des contrats « autonomes » : l'exemple de la clause tacite d'intransmissibilité du contrat intuitu personae en cas de fusion

262. - Identification des contrats « autonomes » – Les contrats « autonomes », à l'inverse de ceux qui sont « liés », ne sont rattachés à aucun autre contrat. Ne ressortant pas d'un ensemble de contrats – entendu comme ceux qui sont « unis par une unité

⁷⁹⁵ L. n° 96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁷⁹⁶ C. com., art. L. 624-16, al. 2 : « Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier ».

⁷⁹⁷ Disposition transférée à l'art. L. 621-122 du C. com. par L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises puis à l'art. L. 624-16 du C. com. par Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

d'objet ou de cause »⁷⁹⁸ –, leurs formation et exécution s'effectueront de manière autonome. Un contrat de travail, par exemple, ne nécessite pas l'existence d'un autre contrat pour évoluer. Il vit, ainsi, indépendamment de toute autre relation contractuelle.

Il s'agira, concernant les contrats « *autonomes* », d'illustrer l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite par la clause tacite de non-transfert du *contrat intuitu personae* en cas de fusion.

263. - Mécanisme de la fusion : le transfert universel du patrimoine – La fusion est « *l'opération par laquelle une société en annexe une autre, l'annexant et l'annexée ne faisant plus qu'une et même société* »⁷⁹⁹. La mise en œuvre d'un tel mécanisme répond au principe de la transmission universelle du patrimoine⁸⁰⁰. Dès lors que la société annexée aura été dissoute⁸⁰¹, l'opération aura, ainsi, pour effet, de transférer automatiquement l'ensemble de l'actif et du passif de l'absorbé vers l'absorbant⁸⁰². Puisqu'il est envisagé comme une universalité⁸⁰³, le patrimoine sera, en effet, transmis dans son intégralité⁸⁰⁴. Ce postulat inclut, donc, par principe, les contrats conclus antérieurement à la fusion⁸⁰⁵. Il est possible d'illustrer cette idée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 janvier 2014⁸⁰⁶. La société Altadis (fournisseur) a, en l'espèce, consenti un crédit de stock à la société Seven (débitrice principale). La société Européenne de cautionnement (caution) s'est alors

⁷⁹⁸ D. MAINGUY, « L'extension de la clause compromissoire dans les groupes de contrats », à paraître.

⁷⁹⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 28^{ème} éd., 2015, p. 729, n° 1476.

⁸⁰⁰ V. M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris X, 1994 – M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, GLN Joly-Litec, 1991, p. 287 et s.

⁸⁰¹ D. GIBIRILA, « Sociétés, Transformation, fusion, scission et prorogation », J.-Cl. Commercial, fasc. 1109, 2015, pt. 84.

⁸⁰² V. en ce sens : R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2011.

⁸⁰³ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, n° 430-31.

⁸⁰⁴ C. com., art. L. 236-1, al. 1^{er} : « Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ».

⁸⁰⁵ A. ALBORTCHIRE, *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales*, thèse, Université d'Auvergne, 2005, p. 20, n° 21 – L. AYNES, *La cession et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, coll. *Droit civil*, 1984.

⁸⁰⁶ Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20204.

portée caution du paiement des factures auprès du fournisseur. Le 3 décembre 2002, la Banque populaire nord de Paris (sous-caution avant fusion) s'est rendue caution du débiteur principal au titre du paiement des sommes qu'il pourrait devoir à la caution. La Banque populaire rives de Paris (sous-caution après fusion) a, les 8 et 9 novembre 2004, absorbé la Banque populaire nord de Paris.

Le 7 novembre 2006, suite à une défaillance de la part du débiteur principal, la caution a réglé les factures impayées au fournisseur et a assigné la Banque populaire rives de Paris en exécution de sa garantie. La Cour d'appel de Paris, le 11 avril 2012, a fait droit à la demande. Le défendeur s'est alors pourvu en cassation. Selon lui, une fusion a pour conséquence un transfert du patrimoine dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de la fusion. S'agissant des dettes, l'absorbant ne sera, ainsi, tenu que de celles qui sont nées avant la réalisation de l'opération. Puisque la dette liée au contrat de sous-cautionnement est née postérieurement à la fusion – car elle date du jour où la caution a payé le fournisseur –, la Banque populaire rives de Paris n'est pas tenue de la rembourser.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en expliquant « *qu'aux termes de l'article L. 236-3, I du Code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ; qu'il s'ensuit qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement (...) la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci ; qu'ayant relevé que le contrat de sous-cautionnement avait été conclu antérieurement à la fusion, la cour d'appel en a exactement déduit que la Banque populaire rives de Paris était tenue de l'exécuter* ». Il ressort, donc, de cet arrêt qu'une fusion a pour conséquence le transfert de l'intégralité des contrats en cours d'exécution dont la conclusion est antérieure à la réalisation de l'opération. L'absorbant sera, ainsi, tenu de les exécuter dans les termes convenus par l'absorbé et son cocontractant.

Cette règle, qui constitue le principe s'agissant de la continuation des relations contractuelles en cas de fusion, est, toutefois, à nuancer concernant, notamment, les contrats *intuitu personae*.

264. - L'exception marquée par les contrats *intuitu personae* – Le transfert automatique des contrats de l'absorbé vers l'absorbant peut être limité par une clause d'intransmissibilité. Les parties ont, en effet, la possibilité de choisir de limiter les effets de l'opération en renonçant explicitement à une éventuelle transmission de leur engagement contractuel. Cette idée se justifie, d'une part, par le principe de la liberté contractuelle selon lequel chacun est libre de conclure ou non un contrat, et, dans l'affirmative, d'en choisir le contenu et, ce qui nous intéresse, son cocontractant⁸⁰⁷. Lorsqu'une fusion est, en effet, constatée, la société absorbée ne sera plus partie au contrat puisque c'est l'absorbante qui le deviendra. Le cocontractant est, par conséquent, libre de renoncer à cette modification de sa relation au nom de la liberté contractuelle. L'article L. 236-1 du Code de commerce, d'autre part, n'étant pas d'ordre public, rien n'interdit aux parties d'y déroger par voie contractuelle. Les contractants ont, ainsi, la possibilité d'empêcher le transfert de leur contrat en prévoyant une clause d'intransmissibilité. Cette dernière n'est, toutefois, pas la seule limitation au principe de la transmission universelle du patrimoine en cas de fusion.

Il est reconnu que les contrats *intuitu personae* ne peuvent pas être automatiquement transférés lors d'une telle opération⁸⁰⁸. Cette catégorie contractuelle regroupe les engagements pris en considération de la personne de l'autre partie⁸⁰⁹. Ses qualités personnelles étant indispensables à la conclusion du contrat, elles entrent dans le champ contractuel⁸¹⁰. La fusion entraînant un changement de cocontractant, il semble justifié que leur transmission ne présente pas un caractère automatique et nécessite, ainsi, un

⁸⁰⁷ Sur la liberté contractuelle, V. *Infra*, n° 386.

⁸⁰⁸ V. en ce sens : Rép. min. n° 16073 : JO Sénat Q, 30 sept. 1999, p. 3236 : « *Comme le rappelle l'honorable parlementaire, la transmission universelle de patrimoine qu'entraîne, par application de l'article 372-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, la fusion de sociétés ne peut porter sur les conventions conclues intuitu personae* » – P.-Y. BERNARD, « Les fusions à l'épreuve de l'intuitus personae », RTD com. 2007, p. 279 – Ph. FORTUIT, « Le sort des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion », Rev. sociétés 1998, p. 324 – X. JASPAR et N. METAIS, « Les limites de la transmission universelle du patrimoine, les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », Bull. Joly Sociétés 1998, p. 447.

⁸⁰⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 571 V° *Intuitu personae* : « *Expression lat. signifiant « en considération de la personne » employée pour caractériser les opérations dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service rendu d'elle, etc.* ».

⁸¹⁰ C. PRIETO, « Evénements affectant la personne de la société contractante », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, PUAM, 1997, p. 81 et s., spéc. p. 84, n° 5.

accord exprès de la part de la partie concernée⁸¹¹. Deux hypothèses relatives au caractère *intuitu personae* des contrats doivent être distinguées. Monsieur Julien Roque⁸¹² explique, en effet, que cette caractéristique contractuelle peut être « *voulue* » ou « *subie* » par les parties.

265. - *Intuitu personae* « *voulu* » révélant l'existence d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite d'intransmissibilité – « *Voulu* », d'une part, le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut être expressément prévu par les parties. Ces dernières ont, en effet, la possibilité d'intégrer, dans le contenu de leur engagement, une stipulation contractuelle précisant que « *Le présent contrat a été établi en considération de la personne A dont les qualités personnelles ou sociales constituent pour B une des raisons essentielles de la signature du présent contrat. Il est donc expressément rappelé par les parties contractantes que le présent contrat est conclu intuitu personae* »⁸¹³. Pareille clause, dotant le contrat d'un caractère *intuitu personae*, aura pour conséquence d'en empêcher la transmission en cas de fusion. C'est ainsi que, dans un arrêt du 13 décembre 2005⁸¹⁴, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu « *qu'après avoir précisé que le contrat (...) prévoyait qu'il était « conclu intuitu personae » (...), l'arrêt retient que si la fusion a emporté la transmission universelle de patrimoine de la société Garage Loustaunau Jean Marie [société absorbée] à la société créée Garage Loustaunau [société absorbante], les stipulations du contrat mettaient obstacle à sa transmission sans l'accord de la société Lavillauroy [cocontractant de la société absorbée] ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a justement décidé qu'en l'absence d'un tel accord, la société absorbante ne pouvait se prévaloir du contrat en cause et a légalement justifié sa décision* ». Dans cette hypothèse, le choix des contractants de qualifier leur contrat d'*intuitu personae* induit – par un renvoi implicite –, donc, l'existence d'une obligation non matérialisée d'intransmissibilité en cas de fusion.

⁸¹¹ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 102-43.

⁸¹² J. ROQUE, « Sort des contrats conclus avec une société lors d'une fusion », à paraître, pt. 4 et 13 et s.

⁸¹³ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 156-105.

⁸¹⁴ Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16878.

266. - *Intuitu personae* « *subi* » révélant l'existence d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite d'intransmissibilité – « *Subi* », d'autre part, le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut s'imposer aux parties sans qu'elles ne l'aient précisé. Ce sera, alors, le juge qui appréciera le caractère déterminant de la personne des contractants s'agissant de leur volonté de conclure le contrat. Dans cette situation, le contrat, ne pourra, du fait de sa nature, pas être transmis en cas de fusion. La Chambre commerciale de la Cour de cassation⁸¹⁵ a illustré cette idée s'agissant du contrat de franchise en expliquant « *qu'ayant retenu à bon droit le caractère « intuitu personae » du contrat de franchise conclu par la société Maxi distribution et la nécessité de l'accord du co-contractant en vue de sa transmission par l'effet des apports partiels d'actifs, la cour d'appel qui a constaté l'absence d'un tel accord, en a justement déduit que le contrat liant les parties n'avait pas été transmis* ». Le seul caractère *intuitu personae* du contrat décelé par le juge renvoie, ainsi, implicitement à une obligation non matérialisée d'intransmissibilité du contrat en cas de fusion.

267. - L'exécution de contrats ne répondant pas à une exigence légale de formalisme démontre, donc, de l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit, à présent, d'effectuer une tentative de révélation similaire s'agissant des contrats formels.

Paragraphe 2 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels

268. - Le consensualisme est opposé au formalisme s'agissant du conditionnement de la formation d'un contrat. Le premier est le principe et le second l'exception⁸¹⁶. A la différence du consensualisme, le formalisme impose une forme particulière au contrat

⁸¹⁵ Cass. com., 7 janv. 2014, n° 10-18319 – V. en ce sens : Cass. com., 3 juin 2008 n° 06-13761 et n° 06-18007 : Bull. civ. IV, n° 110 et 111 ; BRDA 2008, n° 12 ; JCP E 2008, 2210, note H. HOVASSE : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchiseur* » – F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2009, p. 303 et s., n° 435 et s.

⁸¹⁶ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, p. , n°132 et s., n° 168.

comme condition de validité. La formation de l'engagement ne se limite, ainsi pas au seul échange des consentements mais, nécessite l'accomplissement de formalités. Parmi ces dernières, l'établissement d'un écrit tient une place importante. Les contrats formels seront, ainsi, ceux dont la matérialisation constitue une obligation conditionnant leur existence. De façon imagée, cette forme serait « l'écorce » de la « nudité » du consensualisme⁸¹⁷.

Imposer une instrumentalisation se révèle comme un instrument à la fois probatoire et de sécurisation au service des parties. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite semblent incompatibles avec cette catégorie de contrats (I). Il apparaît, en effet, contradictoire de justifier l'existence de telles obligations lorsqu'il est imposé aux parties de constater leur engagement et, partant, son contenu, par écrit. Ce postulat ne constitue, toutefois, qu'une apparence puisque les obligations non matérialisées se révèlent dans les contrats formels (II).

I. L'apparente incompatibilité entre les contrats formels et les obligations non matérialisées par renvoi implicite

269. - L'incompatibilité apparente entre les contrats formels et les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'illustre, d'une part, s'agissant des mécanismes envisagés. Est, en effet, révélée une contradiction entre l'idée d'exiger un écrit constatant le contenu du contrat et celle de se voir imposer une obligation qui n'y est pas matérialisée (A). La constatation de la prohibition légale de ces dernières dans certaines situations contractuelles (B) appuie, d'autre part, l'idée d'antinomie entre les deux dispositifs.

⁸¹⁷ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Objectif droit*, 2^{ème} éd., 2011, p. 263, n° 178.

A) La contradiction apparente entre le formalisme et l'absence de matérialisation

270. - Deux mécanismes incompatibles – La contradiction entre la nécessité d'un formalisme particulier – l'écrit – et l'absence de matérialisation se révèle, d'une part, d'un point de vue étymologique. Le verbe matérialiser vient du terme latin *materiae*⁸¹⁸ qui considère ce qui est matériel. A l'inverse, l'absence de matérialisation désigne ce qui n'est pas fait de matière⁸¹⁹. Le formalisme est issu du latin *legulejus*⁸²⁰ qui signifie attaché aux formes⁸²¹. Il s'agit, ainsi, de « *l'exigence de forme poussée au plus haut degré qui consiste à subordonner la valeur d'un acte à l'accomplissement de formalités déterminées requises à peine de nullité* »⁸²².

L'antinomie se dévoile, d'autre part, s'agissant de la mise en œuvre du formalisme. Il existe, à cet égard, différentes formes et forces de formes imposées par le législateur. Il est, ainsi, nécessaire de préciser celles qui seront concernées par les présents développements. Concernant la forme, d'une part, il s'agira d'envisager l'exigence d'établir un contrat par écrit. Il peut, en effet, être nécessaire, pour les parties, de matérialiser leur engagement. C'est, par exemple, le cas du contrat de mariage. L'article 1394 alinéa 1^{er} du Code civil dispose, en effet, que « *Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire* », l'emploi du verbe « *rédiger* » induisant la nécessité d'établir un écrit. Dans cette hypothèse, si le législateur impose l'existence d'un acte instrumentaire constatant le contenu de l'engagement, comment justifier que des obligations qui n'y sont pas retranscrites puissent s'imposer ? La contradiction entre le mécanisme du contrat formel et les obligations non matérialisées se révèle, ainsi, s'agissant de la forme. S'agissant de la force de l'exigence de formalisme, d'autre part, il sera envisagé celui qui revêt un caractère *ad validitatem* pour lequel l'absence d'écrit est sanctionnée par la nullité du contrat. Si le contrat doit,

⁸¹⁸ L. QUICHERAT, *Dictionnaire français – latin*, 1858, rééd. rev. corr. et augm. par E. CHATELAIN, Hachette, 1929, rééd. Hachette, 1967, p. 862.

⁸¹⁹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1551, V^o *Matérialiser*.

⁸²⁰ L. QUICHERAT, *Dictionnaire français – latin*, 1858, rééd. rev. corr. et augm. par E. CHATELAIN, Hachette, 1929, rééd. Hachette, 1967, p. 634.

⁸²¹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1076, V^o *Formalisme*.

⁸²² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 472, V^o *Formalisme*.

pour exister, être constaté par un acte instrumentaire, l'idée d'obligatorité d'obligations non matérialisées apparaît, de fait, comme inconciliable. L'écrit probatoire sera, par ailleurs, pris en considération dans les prochains raisonnements. Si le défaut de mise en place d'un acte instrumentaire n'est, dans cette hypothèse, pas une condition de formation, il se révèle une sorte d'obligation imposée au caractère implicite de mise en place d'un écrit. S'il est, en effet, nécessaire de prouver, par écrit, le contrat et son contenu, le législateur pousse, de fait, les parties à constater, sous cette forme, leur engagement contractuel. Ce postulat semble, dès lors, difficilement compatible avec la reconnaissance d'obligations non matérialisées par renvoi implicite puisque la preuve de leur caractère obligatoire ne peut pas être apportée.

Le contrat formel tel qu'envisagé dans les présents raisonnements est, donc, celui pour lequel la mise en place d'un acte instrumentaire est imposée par le législateur, peu importe la sanction qui lui est assortie. Les mécanismes de contrat formel et d'obligation non matérialisée par renvoi implicite entrent, apparaissent, ainsi, contradictoires, caractère accentué par les objectifs respectivement poursuivis.

271. - Des objectifs antinomiques – Le recours à un écrit a pour objectif de protéger les cocontractants. Il met, en effet, les parties en mesure d'être conscientes, d'abord, des termes et de l'étendue de leur engagement et, ensuite, d'en prouver l'existence et le contenu. La protection des contractants et de l'opération contractuelle sont donc deux impératifs auxquels répond l'exigence d'une forme⁸²³. A l'inverse, l'absence de matérialisation du contenu obligationnel renvoie vers l'idée de consensualisme et des dangers y afférant⁸²⁴.

Le raisonnement relatif à l'incompatibilité entre les deux mécanismes s'agissant des objectifs poursuivis est différent de celui qui a été développé au sujet des contrats formalisés⁸²⁵. Si la volonté des parties était prédominante concernant ces derniers, il en va autrement des contrats formels. L'écrit n'est, en effet, non plus envisagé en tant que choix mais comme une condition légale de forme⁸²⁶. Si le législateur impose le recours

⁸²³ Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », Defrénois 2000, p. 911, pt. 20 – V. *Supra* n° 242.

⁸²⁴ V. *Supra* n° 242.

⁸²⁵ V. *Supra* n° 243.

⁸²⁶ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalism », Defrénois 2000, p. 880.

à l'écrit, il semble que le seul concept d'obligation non matérialisée par renvoi implicite soit impensable. L'objectif de protection poursuivi s'agissant de l'obligation d'établir un acte instrumentaire⁸²⁷ ne serait, en effet, qu'atténué par le recours à ces obligations. Les justifications du caractère formel d'un contrat s'effaçant, il n'y aurait plus d'utilité de l'imposer.

272. - Si les mécanismes de formalisme et d'absence de matérialisation apparaissent, ainsi, incompatibles, la constatation de la prohibition légale des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans certains contrats renforce ce caractère.

B) La prohibition légale des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans certains contrats formels

273. - **Le contrat** – Sans utiliser la qualification d'obligation non matérialisée par renvoi implicite, le législateur en a prohibé le caractère obligatoire dans certaines situations contractuelles à caractère formel. Pour ce faire, il a su utiliser deux procédés. Imposer un encadrement strict du contenu obligationnel d'un contrat par sa délimitation, d'une part, lui permet de rejeter, indirectement, l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite. En les réputant non écrites, d'autre part, le législateur en prohibe le caractère obligatoire de manière directe.

274. - **Le rejet indirect des obligations non matérialisées par renvoi implicite : l'exemple du contrat de bail d'habitation** – L'idée de protection recherchée par l'exigence du caractère formel d'un contrat, pour le législateur, peut s'illustrer s'agissant du contrat de bail d'habitation. Le strict encadrement de son contenu exclut, de fait, le caractère obligatoire d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'article 3 de la loi du 6 juillet 1989⁸²⁸ impose que ce contrat soit établi par écrit et

⁸²⁷ G. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 498, pt. 30 et s.

⁸²⁸ L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* : JORF du 8 juill. 1989, p. 8541, art 1 ; modifié par L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* : JORF du 26 mars 2014, p. 5809, art. 3, al. 1^{er} : « *Le contrat de location est établi par écrit et respecte un contrat type défini par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de concertation* ».

comporte des mentions obligatoires. La loi Alur de 2014⁸²⁹, portant modification de la loi de 1989, renforce cette exigence d'instrumentalisation en prévoyant la publication d'un contrat type mis en place par décret en Conseil d'Etat. Au nom de la liberté contractuelle⁸³⁰, le Ministre du logement⁸³¹ a précisé que ce contrat type pourra, éventuellement, être complété par les parties à condition que ce soit par écrit et que les prescriptions légales soient respectées⁸³². La loi de 2014 renforce, par ailleurs, le caractère formel du contrat de bail en prévoyant une formulation type de l'état des lieux. Ce dernier doit être impérativement joint au contrat principal⁸³³, tout comme une «

⁸²⁹ D. n° 2015-587 du 29 mai 2015 *relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale : principale* : JORF du 31 mai 2015, p. 9035, art 1 : « *Le contrat type figurant en annexe n° 1 du présent décret s'applique aux locations soumises au titre I^{er} de la loi du 6 juillet 1989 susvisée, à l'exception des locations de logement faisant l'objet d'une convention passée en application de l'article L. 351-2 ou de l'article L. 321-8 du Code de la construction et de l'habitation, des locations de logement appartenant aux organismes d'habitation à loyer modéré ne faisant pas l'objet d'une convention passée en application de l'article L. 351-2 susmentionné et des colocations formalisées par la conclusion de plusieurs contrats entre les locataires et le bailleur.*

*En Guadeloupe, à la Martinique, en Guyane, à La Réunion et à Mayotte, le contrat type figurant en annexe n° 1 ne s'applique pas aux locations de logement des sociétés d'économie mixte agréées conformément à l'article L. 481-1 du Code de la construction et de l'habitation, construit, acquis ou amélioré avec le concours financier de l'Etat prévu à l'article R. 372-1 du même Code » ; art. 2 : « *Le contrat type figurant en annexe n° 2 du présent décret s'applique aux locations soumises au titre I^{er} bis de la loi du 6 juillet 1989 susvisée, à l'exception des colocations de logement meublé formalisées par la conclusion de plusieurs contrats entre les locataires et le bailleur.**

⁸³⁰ V. sur les arguments invoqués, AN première séance du 11 sept. 2013 : JOAN 2013, n° 100, p. 8692.

⁸³¹ Comm. aff. économiques, séance du 23 juill. 2013, Compte rendu n°104, p.16 - V. aussi AN deuxième séance du 11 sept. 2013 : JOAN 2013, n° 100, p. 8703.

⁸³² Sur les prescriptions légales, V. J. LAFOND, « Loi Alur : l'impact sur la rédaction des baux régis par la loi du 6 juill. 1989 », JCP N 2014, p. 1161.

⁸³³ L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* : JORF du 8 juill. 1989, p. 8541 mod. par l'art. 1 I 5° de la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* : JORF du 26 mars 2014, p. 5809, art. 3-2 : « *Un état des lieux est établi selon des modalités définies par décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de concertation, dans les mêmes formes et en autant d'exemplaires que de parties lors de la remise et de la restitution des clés. Il est établi contradictoirement et amiablement par les parties ou par un tiers mandaté par elles et joint au contrat de location.*

Si l'état des lieux ne peut être établi dans les conditions prévues au premier alinéa, il est établi par un huissier de justice, sur l'initiative de la partie la plus diligente, à frais partagés par moitié entre le bailleur et le locataire et à un coût fixé par décret en Conseil d'État. Dans ce cas, les parties en sont avisées par l'huissier au moins sept jours à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

À défaut d'état des lieux ou de la remise d'un exemplaire de l'état des lieux à l'une des parties, la présomption établie par l'article 1731 du Code civil ne peut être invoquée par celle des parties qui a fait obstacle à l'établissement de l'acte ou à sa remise à l'une des parties.

Le locataire peut demander au bailleur ou à son représentant de compléter l'état des lieux dans un délai de dix jours à compter de son établissement. Si cette demande est refusée, le locataire peut saisir la commission départementale de conciliation territorialement compétente.

notice d'information relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs ainsi qu'aux voies de conciliation et de recours qui leur sont offertes pour régler leurs litiges »⁸³⁴.

Le législateur renforce, donc, le champ d'application de l'exigence de retranscription, par écrit, du contenu obligationnel du contrat de bail par l'établissement de formules-types. La mise en place de ce procédé bannit, de fait, les obligations non matérialisées du contrat de bail puisque l'intégralité des obligations à la charge du bailleur et du locataire doivent revêtir un caractère formel. Le champ d'application de l'exigence d'un écrit étant étendu, il apparaît, donc, difficile de voir imposées aux parties des obligations qui ne sont ni retranscrites ni référencées dans l'*instrumentum*.

Si, dans le cas du contrat de bail la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi implicite se constate de manière indirecte, le droit de la consommation est bien plus explicite à leur sujet.

275. - Le rejet direct des obligations non matérialisées par renvoi implicite : leur qualification de clause abusive par le droit de la consommation – La réglementation consumériste relative aux clauses abusives⁸³⁵ répute non écrites les obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'article R. 132-1 1° du Code de la consommation dispose, en effet, que « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effets de :*

Pendant le premier mois de la période de chauffe, le locataire peut demander que l'état des lieux soit complété par l'état des éléments de chauffage.

Le propriétaire ou son mandataire complète les états des lieux d'entrée et de sortie par les relevés des index pour chaque énergie, en présence d'une installation de chauffage ou d'eau chaude sanitaire individuelle, ou collective avec un comptage individuel. L'extrait de l'état des lieux correspondant est mis à la disposition de la personne chargée d'établir le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du Code de la construction et de l'habitation qui en fait la demande, sans préjudice de la mise à disposition des factures ».

⁸³⁴ L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, n° 89-462 : JORF du 8 juill. 1989, p. 8541 modifié par l'art. 1 de la L. n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014, p. 5809, art. 3 al. 14 : « Une notice d'information relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs ainsi qu'aux voies de conciliation et de recours qui leur sont ouvertes pour régler leurs litiges est annexée au contrat de location. »

⁸³⁵ Sur le champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives, V. *Supra* n° 72 et s.

1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion». Les consommateurs et non-professionnels ne peuvent, ainsi, se voir imposer une clause qui n'est pas matérialisée dans l'*instrumentum* ou dans un document qui y est référencé et dont le contenu est connu des parties. Il est, ainsi, possible de constater que la prohibition légale s'applique aux clauses correspondant à la définition des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Considérées comme relevant de la liste noire relative aux clauses abusives, elles seront, par conséquent, réputées non écrites.

276. - Ces prohibitions légales à la fois indirectes et directes des obligations non matérialisées par renvoi implicite appuient l'antinomie entre les idées de formalisme et d'absence de matérialisation. Cette idée est, toutefois, à tempérer puisqu'il est des cas où de telles obligations se révèlent dans des contrats formels.

II. La révélation de l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels

277. - Si, en apparence, la conclusion d'un contrat formel semble contradictoire avec le caractère obligatoire d'obligations non matérialisées par renvoi implicite, ces dernières s'y révèlent toutefois. Afin d'illustrer ces propos, deux illustrations seront envisagées, les contrats de consommation – du point de vue du professionnel – d'une part (A), et le contrat de travail, d'autre part (B).

A) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite à la charge du professionnel dans les contrats de consommation

278. - **L'inapplicabilité de la réglementation relative aux clauses abusives au profit du professionnel** – Les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont prohibées par le droit de la consommation en ce qu'elles sont qualifiées de clauses

abusives⁸³⁶. Elles sont, par conséquent, réputées non écrites et ne s'imposent pas aux consommateurs et non-professionnels. Il s'agit, ainsi, de s'interroger sur leur effet contraignant à l'égard de leur cocontractant, le professionnel. Autrement dit, dans un contrat de consommation, est-il possible d'envisager qu'un professionnel soit débiteur d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite ?

La réglementation relative aux clauses abusives prévue par le Code de la consommation ne s'applique pas au profit du professionnel⁸³⁷. Si le cocontractant est une « *personne physique ou morale qui contracte dans l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale, agricole ou autre, du moment qu'elle a un caractère professionnel* »⁸³⁸, il peut, dès lors, se voir opposer une obligation non matérialisée par renvoi implicite. Cette affirmation est issue de la délimitation du champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives et reste, de ce fait, théorique. La question est donc de savoir si la pratique révèle l'existence de telles obligations à la charge du professionnel. Pour répondre à cette interrogation, il s'agit d'envisager l'article L. 211-5 du Code de la consommation.

279. - La consécration des obligations non matérialisées par renvoi implicite à la charge du professionnel : l'article L. 211-5 du Code de la consommation – S'agissant de l'obligation de conformité à la charge du professionnel⁸³⁹, l'article L. 211-5 du Code de la consommation définit ce qu'est un bien conforme⁸⁴⁰ en posant les deux critères d'appréciation. Il s'agit, d'une part, de se

⁸³⁶ C. consom., art. R. 132-1 1°.

⁸³⁷ Sur l'application de la réglementation des clauses abusives aux seuls consommateurs et non-professionnels : V. *Supra* n° 73 et s.

⁸³⁸ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, n° 5142.

⁸³⁹ C. consom., art. L. 211-3 al. 1^{er} : « *Le présent chapitre [« Dispositions générales relatives à la conformité des produits et services »] est applicable aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et l'acheteur agissant en qualité de consommateur* ».

⁸⁴⁰ C. consom., art. L. 211-5 : « *Pour être conforme au contrat, le bien doit :*

1° Être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :

- correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;

- présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ;

référer à ce qui est habituellement attendu du bien⁸⁴¹. Est, ainsi, mis en place un critère objectif déterminé en considération du consommateur moyen⁸⁴². Le texte fait, d'autre part, appel à des éléments de qualification d'ordre subjectif⁸⁴³ en renvoyant aux « *qualités que [le vendeur] a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle* » ainsi qu'« *aux déclarations publiques faites par le vendeur (...) notamment dans la publicité ou de l'étiquetage* »⁸⁴⁴.

Les déclarations publiques faites par le vendeur peuvent, donc, entrer dans le champ contractuel au nom de la garantie de conformité⁸⁴⁵, qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ou non⁸⁴⁶. Un consommateur achète, par exemple, une climatisation dont les qualités silencieuses lui sont vantées oralement par le vendeur mais qui s'avère, finalement, être bruyante. Il lui est, alors, possible d'exercer une action en défaut de conformité – lui permettant d'obtenir le remplacement du bien en question ou un dédommagement⁸⁴⁷ – fondée sur l'absence de concordances entre les déclarations du professionnel et la réalité. Ces déclarations ne sont ni référencées ni retranscrites dans l'*instrumentum*. En prenant le soin de les ajouter à la liste des éléments utilisables s'agissant d'une action en défaut de conformité, le législateur fait entrer, dans le champ contractuel, des éléments absents de l'acte instrumentaire. Si le professionnel est

2° Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté ».

⁸⁴¹ Sur la garantie de conformité, V. notamment : M. TROCHU, « Vente et garantie des biens de consommation », D. 2000, chron. p. 119.

⁸⁴² H. CLARET, « Etiquetage », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 980, 2014, pt. 115.

⁸⁴³ B. FAGES, « Un nouveau droit applicable à la vente de biens de consommation », rev. Lamy dr. civ. 2005, n° 16 – D. MAINGUY, « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur (Après la transposition de la directive du 25 mai 1999 par l'ordonnance du 17 févr. 2005) », JCP E 2005, p. 630, pt. 6 – Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 274, n° 386.

⁸⁴⁴ P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente : ne pas manquer une occasion du progrès », D. 2003, p. 4 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, n° 6138 – D. MAZEAUD, « Transposition de la directive sur la vente : la parole est la défense », D. 2003, p. 6 – O. TOURNAFOND, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », D. 2002, p. 2883.

⁸⁴⁵ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 325-20.

⁸⁴⁶ O. BARRET, « Vente (3°) », Rép. dr. immo. Dalloz, 2015, pt. 379.

⁸⁴⁷ C. consom., art. L. 211-9 al. 1^{er} : « *En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien* ».

susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'une de ses déclarations publiques il existe, donc, bien une obligation non matérialisée par renvoi implicite à sa charge.

280. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont, ainsi, prohibées à l'égard des consommateurs et non-professionnels mais peuvent être imposées aux professionnels. Ce postulat démontre que, si les contrats formels les obligations non matérialisées sont incompatibles en théorie, la pratique en démontre autrement. L'existence de telles obligations dans le contrat de travail confirme, d'ailleurs, cette idée.

B) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans le contrat de travail

281. - **Contrat de travail et convention et accords collectifs** – Concernant les relations de travail, l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite se révèle à propos du caractère obligatoire du contenu des conventions⁸⁴⁸ ou des accords collectifs⁸⁴⁹.

Il existe deux catégories de conventions et accords collectifs, celle dont le caractère obligatoire présente un caractère obligatoire et celle pour laquelle un choix d'adhésion est offert. Les conventions dites « *étendues* » sont celles qui s'imposent aux relations

⁸⁴⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, V^o *Convention collective (du travail)* : « *Convention conclue entre un employeur et un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs des salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérant au groupement, envers leur personnel* » – J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. *Précis*, 27^{ème} éd., 2013, p. 1282, n^o 1224 : « *détermine les conditions de travail et les garanties sociales* ».

⁸⁴⁹ C. trav., art. L. 2221-2 : « *La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble* » – C. trav., art. L. 2221-1 : « *Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* ».

entre l'employeur et ses employés par l'effet de la loi⁸⁵⁰. Elles ne seront pas traitées dans les présents raisonnements puisqu'elles présentent un caractère imposé⁸⁵¹. Les conventions « *non étendues* », en revanche, sont applicables de manière volontaire et peuvent recevoir la qualification d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Le caractère obligatoire d'une convention ou d'un accord « *volontaire* » est soumise à différentes conditions. Une directive européenne⁸⁵² impose, ainsi, à l'employeur de remettre un document écrit – une notice d'information⁸⁵³ – au salarié comportant une référence à la convention collective régissant les relations individuelles de travail⁸⁵⁴. Il doit, par ailleurs, les mettre en mesure de prendre connaissance de la version à jour du document, que ce soit sur le lieu de travail ou sur Internet⁸⁵⁵. Si l'article R. 3243-1 3° du Code du travail⁸⁵⁶ impose que la référence à la convention en question soit indiquée sur

⁸⁵⁰ Le contenu de ces documents est opposable en considération du champ d'application professionnel et territorial lorsque la convention collective est dite « *d'application étendue* » (C. trav., art. L. 2222-1 al. 1^{er} : « *Les conventions et accords collectifs de travail, ci-après désignés « conventions » et « accords » dans le présent livre, déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques* » – Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 97-44897 : Bull. civ. V, n° 295 : « *dans les relations collectives de travail, une seule convention collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise* » – A. DONNETTE, *Le Lamy négociation collective*, Droit et pratique, Lamy, coll. *Lamy droit social*, 2015, pt. 531 – N. GODARD, *Conventions collectives, Mode d'emploi*, Tissot, 2009) – V. par ex : Convention collective nationale des entreprises du paysage, 10 oct. 2008.

⁸⁵¹ V. *Supra* n° 46 et 47.

⁸⁵² Dir. CE n° 91/533/CEE du 14 oct. 1991 *relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail* : JOUE n° L288, 18 oct. 1991, p. 0032-0035, art. 2-1 j) i) et art. 3 ; transposé par D. n° 94-761 du 31 août 1994 *portant transposition de la directive n° 91/533/CEE du Conseil des communautés européennes du 14 octobre 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail et modifiant le Code du travail* : JORF du 2 sept. 1994, p. 12731.

⁸⁵³ C. trav., art R. 2262-1, 1° : « *A défaut d'autres modalités prévues par une convention ou un accord conclu en application de l'article L. 2262-5, l'employeur :*
1° *Donne au salarié au moment de l'embauche une notice l'informant des textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement* » – J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, coll. *Précis*, 27^{ème} éd., 2013, p. 1306, n° 1253.

⁸⁵⁴ B. TEYSSIE, « *Union Européenne, Etablissement des relations de travail* », J.-Cl. Travail Traités, fasc. n° 92-30, 2011, pt. 50.

⁸⁵⁵ C. trav., art R. 2262-1, 2° et 3° : « *A défaut d'autres modalités prévues par une convention ou un accord conclu en application de l'article L. 2262-5, l'employeur :*

(...)

2° *Tient un exemplaire à jour de ces textes à la disposition des salariés sur le lieu de travail ;*

3° *Met sur l'intranet, dans les entreprises dotées de ce dernier, un exemplaire à jour des textes ».*

⁸⁵⁶ C. trav., art. R. 3243-1 3° : « *Le bulletin de paie prévu à l'article L. 3243-2 comporte (...) 3° S'il y a lieu, l'intitulé de la convention collective de branche applicable au salarié ou, à défaut, la référence au Code du travail pour les dispositions relatives à la durée des congés payés du salarié et à la durée des délais de préavis en cas de cessation de la relation de travail* ».

le bulletin de salaire en ce qui concerne les congés payés, les délais de préavis et la cessation des relations de travail, aucune disposition juridique n'en exige, toutefois, la mention sur le contrat de travail⁸⁵⁷. L'employé est, par conséquent, tenu par un contenu qui n'est ni retranscrit, ni référencé dans l'acte instrumentaire mais qui est matérialisé dans un autre document. Il s'agit, ainsi, d'un exemple d'obligation non matérialisée par renvoi implicite. L'article L. 2254-1 du Code du travail⁸⁵⁸ appuie, d'ailleurs, cette idée en expliquant que, sauf stipulations plus favorable, dès lors qu'un employeur est lié par une convention collective, cette dernière s'applique aux salariés qu'il embauche et ce, même si ces derniers ne sont pas syndiqués ou ne font pas partie d'une organisation syndicale signataire⁸⁵⁹.

Le caractère obligatoire du contenu d'un tel document semble, donc, être d'avantage conditionnée à son adhésion par l'employeur⁸⁶⁰ qu'à son acceptation par le salarié.

⁸⁵⁷ B. TEYSSIE, *Droit du travail*, Relations collectives, LexisNexis, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2012, p. 863, n° 1637 : « *Il n'est pas rare, en pratique, que le contrat de travail fasse référence aux stipulations de la convention (...) collective applicable à l'entreprise* » : cette formulation implique qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective soit référencée dans le contrat de travail.

⁸⁵⁸ C. trav., art. L. 2254-1 : « *Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ».

⁸⁵⁹ Cass. soc. 15 janv. 1981, n° 80-60317 : Bull. civ. V, n° 40 : « *faisant application du principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise, quelle que soit son appartenance syndicale, le jugement énonce exactement que tous les accords signés entre les représentants de l'entreprise et les organisations syndicales, lorsque ces dispositions sont plus favorables que celles du Code du travail ou de la convention collective, bénéficient à tous les salariés et à leurs représentants; que par ce motif, et abstraction faite de tous autres, le tribunal a légalement justifié sa décision qui ne rompt pas la règle de l'égalité de traitement dès lors que les organisations syndicales, signataires ou non à l'origine de l'accord qui, en invoquant le bénéfice y adhèrent, sont tenues d'en respecter les conditions* ».

⁸⁶⁰ Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-42026 : Bull. 2003, V, n° 143 : « *Et attendu que la cour d'appel qui a constaté que les bulletins de paie de Madame X... comportaient les mentions « Code APE 741 G » ainsi que « l'entreprise adhère à la convention collective », a pu décider que ces mentions valaient reconnaissance de l'application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, cabinet d'ingénieurs conseils, société de conseils dont le champ d'application s'étend notamment aux activités répertoriées sous le Code 741 G* » – S. NADAL, « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », Rép. trav. Dalloz, 2015, pt. 100 et s.

282. - Contrat à durée déterminée (formel) et obligation non matérialisée par renvoi implicite – Les contrats de travail à durée déterminée relèvent de la catégorie des contrats solennels⁸⁶¹, et plus spécifiquement, des contrats formels. Ils nécessitent, en effet, comme prévu par l'article L. 1242-12 du Code du travail⁸⁶², l'établissement d'un écrit sous peine de requalification en contrat de travail à durée indéterminée⁸⁶³. Ce postulat semble entrer en contradiction avec l'idée selon laquelle le salarié peut se voir opposer une obligation qui n'est ni retranscrite, ni référencée dans l'écrit qu'il accepte. Il a, en effet, été constaté que la référence à la convention collective dans le contrat de travail à durée déterminée n'emporte aucune sanction⁸⁶⁴ bien qu'elle comporte des obligations à la charge des cocontractants. Cette idée semble se justifier par le consensualisme. Chacune des parties consent, en effet, à l'application de la convention collective. L'employeur, d'une part, accepte de s'y soumettre lorsqu'il y adhère. Quel que soit le salarié qu'il embauche, il n'est, donc, pas nécessaire pour lui de ré-exprimer son consentement de manière individuelle. L'employé, d'autre part, bien qu'il n'émette pas de consentement réellement explicite, ne peut ignorer son existence du fait de l'obligation d'information à la charge de l'employeur – qui lui impose d'indiquer les textes conventionnels applicables à la relation de travail⁸⁶⁵ et de le mettre

⁸⁶¹ Cass. soc. 22 oct. 1996, n° 95-40266 : RJS 1996, p. 804, n° 1238 – Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-41992 : Bull. civ. V, n° 399 ; D. 1999, IR 265 ; Dr. soc. 2000, p. 202, obs. ROY-LOUSTAUNAU ; RJS 1999, p. 842, n° 1444 – L. BOYER, Contrats et conventions, Rép. civ. Dalloz, 1993, pt. 48 – Y. CHAUVY, « L'écrit en garantie de l'ordre public social : son incidence sur la durée du temps de travail », D. 1996, p. 565 – H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 59 et s., n° 64 et s.

⁸⁶² C. trav., art. L. 1242-12 : « *Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée* ».

⁸⁶³ Cass. soc. 21 mai 1996, n° 92-43874 et n° 92-43875 : D. 1996, 565, concl. Y. CHAUVY ; JCP 1996, IV, 1589 : « *Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 122-3-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 12 juillet 1990, le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif, à défaut de quoi il est réputé conclu pour une durée indéterminée* ».

⁸⁶⁴ Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-42255 : D. 1999, p. 264 : « *Et attendu, d'autre part, que l'omission de la mention de la convention collective applicable ne peut entraîner la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée* ».

⁸⁶⁵ V. *Supra*, n° 281.

en mesure d'en prendre connaissance⁸⁶⁶. En acceptant de conclure le contrat de travail, il se soumet à l'application de la convention collective de fait. S'il est du devoir de l'employeur de mettre à la disposition de son salarié tous les moyens lui permettant de prendre connaissance des textes conventionnels, il ne lui est cependant pas imposé de les lui transmettre *de mano a mano*, à charge, donc, de l'employé de s'informer. Ce dernier est, donc, présumé avoir connaissance du contenu des conventions collectives applicables à son contrat de travail au jour de sa signature. Cette idée implique qu'il est consentant à leur application.

Si le contrat de travail à durée déterminée est qualifié de contrat formel, il révèle, toutefois, l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. Ces dernières ne se limitent, d'ailleurs, pas au contenu des conventions collectives. Il apparaît, en effet, que ce même raisonnement peut être appliqué au règlement intérieur des entreprises. Il est, en effet, révélé que ce dernier s'imposera au salarié, sans que celui-ci n'ait à exprimer son consentement ou qu'il ne soit retranscrit ou référencé dans le contrat de travail⁸⁶⁷. Le caractère formel d'un contrat n'empêche, ainsi, pas l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite.

⁸⁶⁶ Circ. du 22 sept. 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JORF du 31 oct. 2004, p. 18472, fiche n° 9, art. 2.1 : « Le nouvel article L. 135-7 introduit une « notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'entreprise ou l'établissement ». La notice d'information relative aux textes conventionnels a une vertu pédagogique de la part de l'employeur vis-à-vis de son salarié. C'est l'intérêt même de l'employeur de connaître la convention applicable. La notice est donc un élément de sécurité complémentaire qu'il convient de préparer avec soin. Son contenu relève de la responsabilité de l'employeur, il n'est pas un résumé de la convention. En revanche, il peut contenir, outre les références des textes applicables, le lieu de consultation, des explications sur la nature des textes conventionnels, des informations d'ordre général sur le dialogue social dans l'entreprise ou la branche. Cette notice n'a pas vocation à être un document contractuel supplémentaire. Elle pourra préciser à cette fin dans son texte qu'elle n'a pas de valeur contractuelle. Cette notice n'est en effet qu'un rappel, sans effets juridiques, des textes conventionnels applicables au salarié et, à ce titre, qu'elle n'engage pas, en soi et de facto, l'employeur, notamment parce qu'elle ne comporte pas d'éléments négociables individuellement, à l'instar des textes constituant la couverture conventionnelle des salariés. Néanmoins, à cet égard, il convient de rappeler que la jurisprudence tend de plus en plus à conditionner l'opposabilité à un salarié d'une clause conventionnelle à la preuve de l'information de ce dernier par l'employeur des textes applicables dans l'entreprise. L'intervention de la notice constitue à ce titre une sécurité pour l'employeur et le salarié ».

⁸⁶⁷ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. entr.*, 2008, p. 55, n° 86.

*

283. - Bilan – Les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'identifient, donc, en dehors des documents contractuels. Si leur révélation n'est pas conditionnée à la rédaction d'un acte instrumentaire, il importe peu, de la même façon, que le contrat reçoive une qualification formelle ou non. L'indifférence relative à l'existence d'un écrit constatant le contenu obligationnel de la relation contractuelle soit imposé, choisi ou inexistant, met en exergue le caractère autonome de l'obligatorité des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

284. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite répondent à un mécanisme similaire à celui des obligations imposées à deux égards. Elles s'imposeront, d'une part, en l'absence de retranscription ou de référencement de leur contenu dans un écrit principal. L'inter-applicabilité des clauses compromissoires dans les contrats interdépendants, l'effet contraignant d'une déclaration publique du vendeur professionnel envers le consommateur ou encore le contenu des conditions générales contiennent autant d'obligations qui ne sont pas conditionnées par la forme. L'obligation de garantie, parallèlement, devra être respectée par le vendeur et ce, indépendamment du fait qu'elle ait été explicitement stipulée dans le contrat principal. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite peuvent, d'autre part, par extension à la première similitude, s'identifier aux obligations imposées dans leur mise en œuvre puisque leur caractère obligatoire ne dépend pas de l'existence d'un *instrumentum*. Elles se révèlent, en effet, qu'il existe ou non un acte instrumentaire et, dans l'affirmative, que les contrats aient un caractère formel – lorsque l'écrit est imposé aux parties – ou formalisé – lorsque l'écrit relève du choix des parties.

Si les deux catégories d'obligations répondent à des fonctionnements similaires en s'imposant aux contractants en l'absence de retranscription ou de référencement dans un écrit principal, leurs fondements diffèrent. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir comment se justifie l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite

285. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'imposent aux parties sans qu'elles ne les aient retranscrites ou référencées dans un acte instrumentaire. Ne relevant pas de la catégorie des obligations imposées, il est nécessaire de s'interroger sur le fondement qui en justifie l'effet contraignant.

L'analyse traditionnelle des contrats invite à se tourner vers le consensualisme. Ce dernier dote le contenu contractuel de force obligatoire par le simple échange des consentements et, ainsi, sans qu'aucune condition de forme ne soit requise. Il semble qu'il puisse, dès lors, justifier le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite qui s'imposent de manière identique. Puisque ces dernières relèvent du contenu obligationnel sans constituer des obligations imposées, il semble que seule la volonté des parties de s'y soumettre puisse, par ailleurs, en justifier la mise en œuvre. Le choix de ce fondement traditionnel et son application aux obligations non matérialisées par renvoi implicite apparaît, toutefois, limité en ce sens que la volonté des parties de s'y soumettre ne peut pas, nécessairement, être constatée (Section 1). Il est, ainsi, nécessaire de se tourner vers une analyse renouvelée de leur fondement (Section 2).

Section 1 : L'analyse traditionnelle consensualiste du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite limitée

286. - Le mécanisme des obligations non matérialisées par renvoi implicite semble répondre au fonctionnement du consensualisme. Le consensualisme dote, en effet, d'un effet contraignant le contenu obligationnel sans qu'aucune condition de forme ne soit requise. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'imposent aux parties sans qu'elles n'aient besoin d'être retranscrites ou référencées dans un écrit principal (Paragraphe 1). Justifier le choix de ce fondement nécessite, toutefois, de rattacher le caractère obligatoire de ces obligations à la volonté des parties de s'y soumettre. Ce postulat ne se vérifiant pas à travers l'ensemble des illustrations

proposées, le consensualisme ne présentera pas les caractères d'un fondement homogène et sera, par conséquent, rejeté (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La présomption de consensualisme

287. - Notion de consensualisme – Le consensualisme est le principe selon lequel le contrat ne nécessite aucune forme particulière pour devenir source d'obligations⁸⁶⁸. Par extension, les obligations n'ont, donc, pas besoin d'être matérialisées dans un acte instrumentaire pour s'imposer aux cocontractants. L'étude de ce concept (I) permettra de l'ériger, en apparence, au statut de fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite (II).

I. La notion de consensualisme

288. - Comprendre le consensualisme nécessite d'en effectuer une approche historique préalable (A). Cette étude permettra, en effet, de mieux comprendre sa mise en œuvre (B).

A) L'approche historique du consensualisme

289. - Le consensualisme découle directement du principe de l'autonomie de la volonté, bien qu'apparu postérieurement, selon lequel la volonté de l'homme est apte à se donner sa propre loi et qui lui confère ainsi la liberté de contracter ou non, et de déterminer le contenu de ses engagements, dans la limite des bonnes mœurs et de l'ordre public⁸⁶⁹. S'il a mis un certain temps avant de s'imposer s'agissant des contrats (1), il a été érigé au rang de principe lors la création du Code civil (2).

⁸⁶⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 156, n° 195.

⁸⁶⁹ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

1. L'émergence du principe du consensualisme

290. - Droit romain – Le droit romain ignorait presque totalement le consensualisme. Il conditionnait, en effet, de manière quasiment absolue, la validité des contrats à l'accomplissement de certaines formalités. Le contrat tirait, ainsi, sa force obligatoire non pas du consentement des parties mais de la validité de la formalité accomplie. Cette idée peut s'illustrer par le *mutuum*. Ce dernier était un contrat par lequel une personne prêtait à une autre une chose consomptible, en faisant peser sur le débiteur l'obligation de la restituer en équivalent⁸⁷⁰. Prédécesseur du contrat réel, il se formait par la remise de la chose de main à main ou de « *caisse à main* » et ne pouvait être valable suite au seul échange des consentements.

Si la dominante allait, donc, à l'exécution de formalités particulières, le consensualisme n'était, toutefois, pas totalement ignoré des relations contractuelles. A l'inverse de notre droit positif⁸⁷¹, si le formalisme constituait le principe en droit des contrats, le consensualisme en était l'exception. Le seul échange des consentements pouvait, ainsi, suffire, dans le cadre de certaines relations contractuelles, à engager les parties. Il en était ainsi des contrats innomés – bien que considérés comme des contrats mixtes, à la fois consensuels et réels – et du pacte nu⁸⁷². Il est, toutefois, nécessaire de constater que, si la rencontre des volontés suffisait à leur validité, leur mise en œuvre se trouvait limitée. Concernant, d'une part, les pactes nus, bien que leur effet contraignant ait été reconnu, aucune action judiciaire ne leur était, pour autant, associée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution⁸⁷³ par le débiteur. Ce postulat met en exergue la frilosité du droit romain à l'égard du consensualisme qui n'était pas réellement une « forme » admise en matière de formation des contrats⁸⁷⁴. S'agissant, d'autre part, des contrats innomés, bien que leur caractère consensualiste soit affirmé, il doit, cependant,

⁸⁷⁰ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 670 et s., n° 452 et s.

⁸⁷¹ V. *Infra* n° 302 et s.

⁸⁷² « *Nudum pactum* ».

⁸⁷³ P. OURLIAC et G. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, PUF, 1969, p. 8, n° 69 : « *Ex nudo pacto nulla nascitur actio* » : « *Du pacte nu ne naît aucune action* » : J. PAUL, *Sententiarum receptorum*, Livre 2, Titre 14, § 1.

⁸⁷⁴ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 552, n° 507.

être tempéré. L'une des parties devait, en effet, déjà avoir exécuté le contrat pour que ce dernier soit valablement formé. Ces exemples démontrent donc que le consensualisme n'était que partiellement consacré par le droit romain.

291. - Droit canonique⁸⁷⁵ – Le consensualisme a connu un essor grâce au droit canonique, et notamment s'agissant du système de la foi jurée. Cette dernière se traduisait par le « *respect de la parole donnée* »⁸⁷⁶ et donc la manifestation de la volonté de s'engager par oral. Le maître mot était alors l'intention⁸⁷⁷, sorte d'ancêtre du consensualisme que l'on retrouvait dans l'adage « *solus consensus obligat* »⁸⁷⁸ puis reprise par la célèbre citation de Loysel selon laquelle « *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* »⁸⁷⁹. A cette époque, la mauvaise foi – qui se traduisait donc par le non-respect de ses obligations – étant considérée comme un péché. Le respect de la parole donnée tenait une place extrêmement importante, ce qui justifiait la place centrale du consensualisme. Ce dernier se révélait particulièrement dans les mariages. Adoptant la position de Lombard⁸⁸⁰, le droit canonique admettait que la validité du mariage dépendait de l'échange des consentements des seuls époux – les autres formalités comme la publication des bans ou la bénédiction nuptiale n'affectant pas sa validité, et leur inobservation n'entraînant, donc, pas la nullité du mariage – en considérant qu'ils *s'administraient* eux-mêmes le sacrement du mariage. Concernant les autres contrats, l'Eglise avait mis en place le serment simplifié. Il n'était plus nécessaire, grâce à cette procédure, d'accomplir une formalité particulière – à l'image de la remise de la chose. Il suffisait, en effet, de prononcer la formule « *Je jure* »⁸⁸¹ pour

⁸⁷⁵ A. SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll., *La couleur des idées*, 2005, p. 147.

⁸⁷⁶ J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Domat-Montchrétien, 1933, p. 10.

⁸⁷⁷ A. CASTALDO et Y. MAUSSEN, *Introduction historique au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 4^{ème} éd., 2013, p. 237, n° 702.

⁸⁷⁸ « *Seul le consentement oblige* ».

⁸⁷⁹ A. LOYSEL, *Institutes coutumières, Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, 1607, rééd. Paris, 1846.

⁸⁸⁰ A. CASTALDO et Y. MAUSSEN, *Introduction historique au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 4^{ème} éd., 2013, p. 230, n° 684.

⁸⁸¹ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 781, n° 531.

doter un contrat, et son contenu, d'un effet contraignant. Ce serment avait une force religieuse extrêmement importante et ne pouvait, à ce titre, être transposé comme tel en droit laïc. Il constituait, en effet, un engagement pris envers Dieu et se parjurer était considéré comme un péché mortel. Cette sanction ne pouvait pas être transposée dans un rapport juridique excluant la religion. Cette idée était, cependant, cantonnée aux contrats de bonne foi et en accord avec les bonnes mœurs puisqu'il était aussi nécessaire de ne pas mettre son âme en péril dans le cadre de l'engagement pris. Huguccio a étendu cette idée à l'ensemble des pactes, en incluant ceux qui étaient pris en dehors de tout serment. Il précisait, en l'occurrence, l'idée selon laquelle « *Dieu ne fait pas la différence entre de simples paroles et un serment* »⁸⁸², reprenant ainsi l'Évangile selon Saint-Matthieu dans il était expliqué que « *Tu ne parjureras pas mais tu t'acquitteras envers le Seigneur de tes serments* »⁸⁸³.

Si les moyens de contraintes juridiques étaient plus qu'inadaptés puisque principalement fondés sur la menace de l'excommunication, le consensualisme n'était pas moins un système de formation des contrats acquis par le droit canonique.

292. - Droit coutumier – S'il est admis que le droit coutumier s'inspire fortement du droit romain, et qu'un déclin du consensualisme est à constater, il serait cependant faux d'affirmer qu'il avait totalement disparu. Messieurs les Professeurs Jean-Philippe Lévy et André Castaldo⁸⁸⁴ examinent cette subsistance à la fois dans la pratique contractuelle et dans la jurisprudence du Parlement. Concernant, d'une part, la pratique contractuelle, les auteurs expliquent que l'existence du consensualisme pouvait être constatée en Normandie et particulièrement par le recours à la *plègerie* (aussi appelée *plévine* par les normands). Ce contrat, sorte de cautionnement était, de manière simpliste, celui selon lequel le plège s'engageait soit à payer pour un débiteur, soit à intervenir pour faire payer le débiteur⁸⁸⁵. Il ne nécessitait aucune formalité et le simple accord des parties

⁸⁸² A. CASTALDO et Y. MAUSSEN, *Introduction historique au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 4^{ème} éd., 2013, p.230, n° 684.

⁸⁸³ *L'Évangile selon Saint Matthieu, La Bible de Jérusalem*, La Sainte Bible traduite en français sous la direction de l'École biblique de Jérusalem, Desclée de Brouwer, 1997, spéc. Chap. 5, Verset 33, p. 1439.

⁸⁸⁴ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 782 et s., n° 532 et s.

⁸⁸⁵ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 1054 et s., n° 749.

suffisait, par conséquent, à sa validité. Le consensualisme était, donc, au cœur de la formation du contrat. S'agissant, d'autre part, de la jurisprudence du Parlement, les historiens du droit s'attachent à l'analyse de l'une de ses décisions datant de 1259. Dans cette dernière, se posait la question de savoir si des pourparlers constituaient ou non un accord définitif. Le Parlement s'était alors longuement épanché sur le problème de la preuve, et non sur celui de la forme du contrat. Le défendeur a, finalement, été condamné car le contrat a été considéré comme valable malgré l'absence d'exécution des formalités nécessaires à sa formation. Les auteurs nuancent l'acceptation de l'idée de consensualisme, dans cette décision, en rappelant que le Parlement renvoyait les conditions de validité des contrats aux coutumes applicables dans les régions visées.

Il semble, ainsi, que le droit coutumier n'abandonne pas toute idée de consensualisme.

293. - Droit naturel – Il a fallu attendre le 17^{ème} siècle pour que le consensualisme soit consacré sous l'influence du droit canonique⁸⁸⁶. Ce concept a, ainsi, été largement repris par Domat⁸⁸⁷, Pothier⁸⁸⁸ mais plus particulièrement avancé par Grotius⁸⁸⁹. Ce dernier a, en effet, été l'un des premiers à s'inspirer du droit de l'Eglise. Il a, ainsi, expliqué que les normes du droit naturel ne prennent pas directement leur source dans la volonté de Dieu, mais émanent de la nature humaine et de son caractère sociable⁸⁹⁰. En adoptant une vision laïque du droit naturel, il a pu démontrer que la volonté est une faculté proprement humaine, et ainsi que l'Homme ne peut être commandé que par sa propre volonté. A partir de cette période, le consensualisme s'est inscrit comme le principe régissant le droit des contrats. Le consentement est, ainsi, devenu l'élément

⁸⁸⁶ P. OURLIAC et G. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, PUF, 1969, p. 86, n° 72 – A.-E. GIFFARS ET R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français : Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 1976, p. 145 et s., n° 247 et s. – E. CHARPENTIER, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie des contrats », RUDS 1996, p. 299.

⁸⁸⁷ J. DOMAT, *Œuvres complètes*, Didot Père et fils, Paris, 1828, p. 122 et s., rééd. Hachette-Bnf, 2012.

⁸⁸⁸ R.-J. POTHIER, « Traité des obligations », in M. BUGNET, *Œuvres de Pothier t. II*, 2^{ème} éd., Cosse et Marchal, Paris, 1861, n° 3 et 103 et s., rééd. Dalloz, coll. *Bibliothèque Dalloz*, 2011.

⁸⁸⁹ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, Livre II, Chap. XI, 1625, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, 2012, trad. par P. PRADIER-FODERE.

⁸⁹⁰ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. I, Livre II, Chap. XI, 1625, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, 2012, trad. par P. PRADIER-FODERE.

essentiel du contrat, et plus particulièrement de sa formation⁸⁹¹. Domat a, quant à lui, expliqué l'idée selon laquelle « *le consentement (...) fait la convention* »⁸⁹². Le consensualisme ne pouvait être consacré de manière plus explicite. La teneur de ces philosophies n'est autre que l'application de l'équité naturelle qui veut que la loi humaine implique le respect de ce dont on a convenu⁸⁹³. Cette idée se traduit par l'adage « *Pacta sunt servanda* »⁸⁹⁴.

294. - Le Code civil a pris position s'agissant de ces différentes acceptions de la place du consensualisme en l'érigeant au rang de principe de droit des contrats.

2. L'avènement du principe du consensualisme par le Code civil

295. - **Le Code civil d'inspiration consensualiste** – Les rédacteurs du Code civil n'ont pas expressément repris la notion de consensualisme. Cette dernière est, toutefois, implicitement consacrée et considérée comme l'un des principes directeurs du droit des contrats.

Précédant l'apparition du Code civil, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁸⁹⁵ amorçait, déjà, l'admission du consensualisme par ses notions d'égalité, de rationalité et de poursuite de ses intérêts personnels. Madame le Professeur Judith Rochfeld⁸⁹⁶ explique à ce sujet qu'est reconnue aux citoyens, égaux devant la loi, une rationalité suffisante pour conclure des conventions servant leurs intérêts personnels. Le fait de consentir à une convention, de se soumettre à des obligations, suffit, ainsi, à engager l'Homme puisqu'il est assez raisonnable pour le faire. La seule volonté suffit, par conséquent, à engager les individus puisque ces derniers le feront en adéquation

⁸⁹¹ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 965 et s., spéc. p. 969.

⁸⁹² J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. Coignard Veuve et Fils, Paris, 2^{ème} éd., 1695, t. I, liv. 1^{er}, sect. 1^{ère}, § 10.

⁸⁹³ D. ULPIEN, *Digeste*, in *Corpus Iuris Civilis*, Metz, trad. par H. HULOT, 1803, Livre 2, Titre 14, I – J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010, p. 789, n° 536.

⁸⁹⁴ « *Les pactes doivent être observés* ».

⁸⁹⁵ DDHC, 26 août 1789.

⁸⁹⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2^{ème} éd., 2013, p. 416 et 417.

avec la Raison. Il n'est, de ce fait, plus nécessaire d'imposer des conditions de forme aux contrats.

S'agissant du Code civil, le consensualisme est déduit de l'article 1108 relatif aux conditions de validité d'un contrat⁸⁹⁷ qui ne fait aucune référence à une exigence de forme. Sa place est, par ailleurs, confortée par l'insertion, en 2004, de l'article 1108-1⁸⁹⁸ qui prévoit les règles applicables en cas d'exigence d'un écrit pour un contrat. L'établissement d'un acte instrumentaire constitue, de ce fait, une exception. Une interprétation négative, d'une part, de ces dispositions induit qu'aucune formalité n'est exigée, par principe, pour qu'un contrat soit valablement formé. Le consentement des parties suffit, dès lors, à engager les parties. Une lecture positive de ces articles permet, d'autre part, de déduire que les divers modes d'extériorisation du consentement sont équivalents dès lors qu'ils sont suffisamment expressifs.

296. - Les limites au consensualisme dans le Code civil – Si le Code civil est d'inspiration consensualiste, ce principe n'est pas pour autant absolu. L'existence des contrats réels et solennels pour lesquels le simple accord de volonté entre les parties ne suffit pas à les engager en constitue les principales exceptions. Les limitations au consensualisme se constatent, par ailleurs et indépendamment de la classification des contrats, s'agissant du contenu de l'article 1108 ainsi que dans les règles de preuve régissant les contrats civils. L'article 1108 du Code civil en premier lieu⁸⁹⁹, ne limite pas la formation d'un contrat au seul échange des consentements puisque la réunion de trois autres conditions de validité est nécessaire. Pour qu'un contrat soit valable, les parties doivent, ainsi, être juridiquement capables et le contrat doit avoir une cause existante et licite et un objet certain. Les règles régissant la preuve des contrats civils en second lieu, nécessitent une preuve par écrit s'agissant des contrats inférieurs à une

⁸⁹⁷ C. civ., art. 1108: « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation* ».

⁸⁹⁸ L. n° 2004-57521 du 21 juin 2004 *pour la confiance en l'économie numérique* : JORF du 22 juin 2004, p. 11168.

⁸⁹⁹ B. DURAND, C. CHENE et A. LECA, *Introduction historique au droit*, Montchrétien, coll. *Pages d'Amphi*, 2004, p. 326.

certaine somme d'argent⁹⁰⁰. Si la formalité écrite ne constitue pas une condition de validité, elle a force probante. Il est, dès lors, fortement conseillé aux parties d'établir un acte instrumentaire. Si ce dernier n'a pas les caractères d'une exigence, il n'en demeure pas moins que cette règle constitue une limitation au consensualisme.

297. - Le Code civil a, ainsi, donné au consensualisme la place prépondérante qui était accordée au formalisme durant le droit romain en l'érigeant au rang de principe gouvernant le droit français des contrats. Il s'agit, alors, de se demander si le principe conserve ce statut dans sa mise en œuvre.

B) La mise en œuvre du consensualisme

298. - Sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels⁹⁰¹. Le droit des contrats est, donc, gouverné par le consensualisme dont la place de principe n'est pas explicitement remise en cause par le droit positif (2). Ce postulat se doit, toutefois, d'être tempéré. S'il occupe toujours une place centrale, ce concept fait, en effet, face à un accroissement de ses limites (1).

1. L'accroissement des limites au consensualisme

299. - **Consensualisme, acte instrumentaire et protection des parties** – Qu'elle soit imposée ou choisie, l'instrumentalisation d'un contrat a une visée protectrice⁹⁰². Ce simple constat met en exergue les limites du consensualisme. L'objectif principal de cette matérialisation réside dans la protection des cocontractants, notamment du fait de leur qualité. Salarié, consommateur et caution sont, en effet, autant de parties faibles

⁹⁰⁰ C. civ., art. 1341 : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.*
Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

⁹⁰¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 214, V° *Consensualisme*.

⁹⁰² V. *Supra* n° 242.

reconnues par un droit multipliant les règles relatives à la mise en place d'un écrit. Constaté par cette forme son engagement et son contenu apparaît comme un gage de sécurité puisque cela permet aux parties d'avoir à la fois une meilleure conscience et connaissance de leur engagement. Il s'agit d'illustrer l'expression du déclin du consensualisme s'agissant de l'instrumentalisation des contrats de travail et de cautionnement.

300. - Le contrat de travail – S'agissant du contrat de travail, si l'article L. 1221-1 du Code du travail⁹⁰³ laisse aux parties la liberté de choisir la forme du contrat – à quelques exceptions près⁹⁰⁴ – la directive européenne du 14 octobre 1991⁹⁰⁵ impose la généralisation de l'écrit dans toutes les relations de travail⁹⁰⁶.

Dans les cas particuliers où l'établissement d'un acte instrumentaire est tout de même imposé, la réglementation travailliste sanctionne son défaut par la requalification du contrat visé. Le législateur impose, ainsi, un écrit en ce qui concerne le contrat de travail à temps partiel et à ses éventuels avenants⁹⁰⁷ – et notamment concernant la mention relative aux heures de travail⁹⁰⁸. Si l'absence de respect de cette forme n'est

⁹⁰³ C. trav., art. L. 1221-1: « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

⁹⁰⁴ V. par ex. : Le contrat liant l'entrepreneur de travail temporaire au salarié mis à la disposition d'un utilisateur (C. trav., art. L. 1251-16) – Le contrat de travail à temps partiel (C. trav., art. L. 3123-14) – Le contrat d'engagement du marin (C. trav. mar., art. 10-1) – Le contrat de travail aérien (C. transp., art. L. 6523-1) – Le contrat d'apprentissage (C. trav., art. L. 6222-4) – Le contrat de travail de l'avocat salarié (D. n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat : JORF du 28 nov. 1991, p. 15502, art. 137) – Le contrat de travail à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-12).

⁹⁰⁵ Dir. CE n° 91/533/CEE du 14 oct. 1991 *relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail* : JOUE n° L288, 18 oct. 1991, p. 0032-0035 : « *tout travailleur salarié doit disposer d'un document contenant des informations sur les éléments essentiels de son contrat ou de sa relation de travail* ».

⁹⁰⁶ Y. CHAUVY, « L'écrit en garantie de l'ordre public social : son incidence sur la durée du contrat de travail », D. 1996, p. 565.

⁹⁰⁷ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi* : JORF du 16 juin 2013, p. 9958.

⁹⁰⁸ C. trav., art. L. 3123-14 : « *Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.*

Il mentionne :

1° La qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application de l'article L. 3122-2, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;

2° Les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ;

pas sanctionnée par la nullité du contrat, il sera établi une présomption de contrat à temps plein. Dans un arrêt de 2013⁹⁰⁹, un contrat de travail à temps partiel a été conclu entre un salarié et son employeur. Aucun écrit n'ayant été établi, la Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'un contrat de travail à temps plein. La même année, la Haute juridiction a expliqué que cette présomption de temps de travail s'appliquerait aussi lorsqu'un employeur ne communiquerait pas ses horaires de travail à son employé à temps partiel au début de chaque mois, sauf stipulation de date contraire, par écrit⁹¹⁰. Partant, toute modification non instrumentalisée est sanctionnée.

Si les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne sont pas ici à strictement parler interdites, puisqu'elles n'emportent pas nullité du contrat, elles sont à tout le moins sanctionnées par la requalification. Cette solution fait naître l'idée selon laquelle la matérialisation du contenu des contrats imposée par le législateur – et donc le déclin du consensualisme – n'a autre but que de protéger au moins l'une des deux parties au contrat, en l'espèce, le salarié.

3° *Les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ;*

4° *Les limites dans lesquelles peuvent être accomplis des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat.*

L'avenant au contrat de travail prévu à l'article L. 3123-25 mentionne les modalités selon lesquelles des compléments d'heures peuvent être accomplis au-delà de la durée fixée par le contrat ».

⁹⁰⁹ Cass. soc. 9 janv. 2013, n° 11-16433 : « *Vu l'article L. 3123-14 du Code du travail ;*

*Attendu que selon ce texte le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ; qu'il en résulte que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet » – V. en ce sens : Cass. soc., 14 mai 1987, n° 84-43829 : Bull. civ. 1987, V, n° 337 : « *Mais attendu que l'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel a pour seul effet de faire présumer que le contrat a été conclu pour un horaire normal* » – Cass. soc., 16 janv. 1997, n° 93-45446 et n° 94-43089 : « *en l'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel, ce contrat était présumé conclu pour un horaire normal* » – Cass. soc., 10 nov. 1998, n° 96-45519 : « *l'absence d'écrit fixant la durée du travail a pour effet de faire présumer que le contrat a été conclu pour la durée légale, sauf preuve contraire par l'employeur* ».*

⁹¹⁰ Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-24012 : JCP S 2013, p. 1226, note F. DUMONT : « *Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 3123-14, 3° du Code du travail, le contrat écrit doit mentionner les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié ; que dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ; qu'il en résulte qu'en l'absence de stipulations relatives au jour du mois auxquels sont communiqués par écrit les horaires de travail des salariés des entreprises et association d'aide à domicile, ceux-ci doivent l'être avant le début de chaque mois ; que l'absence d'une telle communication fait présumer que l'emploi est à temps complet* ».

301. - Le contrat de cautionnement – Concernant le contrat de cautionnement par acte sous seing privé, les articles L. 313-7⁹¹¹, L. 341-2⁹¹² et L. 341-3⁹¹³ du Code de la consommation précisent les mentions manuscrites devant impérativement être retranscrites sur l'engagement d'une caution, à peine de nullité de la convention. L'instrumentalisation des obligations est, dans ce cas, bien plus importante que la simple présence d'un acte instrumentaire faisant état de l'engagement de la caution. L'absence de l'une des retranscriptions écrites imposées entraînera, en effet, la nullité du contrat, sans qu'il n'y ait lieu pour le juge de statuer sur la gravité du manquement⁹¹⁴. La Cour de cassation a justifié ce formalisme par l'idée selon laquelle il s'agit « *d'assurer que la partie qui s'engage a eu connaissance certaine de la nature et de l'étendue de son obligation* », et que le recours à la mention manuscrite exprime « *sous une forme quelconque, mais de façon explicite, la connaissance de la nature et* ».

⁹¹¹ C. conso., art. 313-7 : « *La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « 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 et 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 »* ».

⁹¹² C. conso., art. L. 341-2 : « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « 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 et 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 »* ».

⁹¹³ C. conso., art. L. 341-3 : « *Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X, je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X »* ».

⁹¹⁴ CA Orléans, 8 févr. 2007 : JurisData n° 2007-351512 ; Dr. Soc. 2008, comm. 70, note P.-J. COQUELET : « *Que, par ces textes, le législateur a conditionné désormais la validité des actes de cautionnement souscrits par une personne physique, lorsque le créancier est un professionnel tel un banquier, au respect de formalités de nature à assurer la parfaite information du débiteur de l'obligation ; Que l'insuffisance de la mention manuscrite de la caution personne physique, qu'elle soit avertie ou profane, la loi n'opérant pas de distinction selon cette qualité, est indiscutable en l'espèce, ce d'autant plus que le cautionnement a été délivré pour une durée indéterminée, contrairement aux nouvelles dispositions, et doit être sanctionnée automatiquement, en vertu des textes précités, par la nullité du cautionnement, sans que le juge puisse apprécier la gravité ou la portée du manquement constaté* ».

de l'étendue de l'obligation »⁹¹⁵. Si la retranscription des obligations de la caution est nécessaire à peine de nullité, il est dès lors inconcevable de lui imposer des obligations non matérialisées par renvoi implicite et ce, dans un souci de protection.

Si le formalisme semble donc avoir pris le pas sur le consensualisme en pratique en assurant la protection de la partie faible, Monsieur le Professeur Jacques Ghestin adopte une vision alternative. Selon lui « *le consensualisme ne reste un principe que parce qu'il est la règle à défaut de dispositions contraires* »⁹¹⁶.

2. La subsistance du consensualisme au titre de principe

302. - La place de principe du consensualisme en droit positif – La maxime *Solus consensus obligat*⁹¹⁷ reflète le mécanisme du droit français des contrats. Les contrats formels ne le sont que parce que le législateur l'impose. *A contrario*, s'il n'est rien précisé, le contrat est de nature consensuelle, ce qui érige effectivement le consensualisme au rang de principe. Il constitue le droit commun des contrats. L'article 1108-1 du Code civil, introduit par la loi pour la confiance en l'économie numérique⁹¹⁸, reprend implicitement cette idée. L'utilisation de la formule « *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité de l'acte* » appuie l'idée selon laquelle l'écrit est une

⁹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1986, n° 84-16818 : Bull. civ. 1986, I, n° 49 ; D. 1987, p. 342, note L. AYNES – V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1984, n° 82-17077 : Bull. civ. 1984, I, n° 71 ; JCP G 1985, II, 20442, note M. STORCK ; Banque 1984, p. 1307, obs. J.-L. RIVES-LANGE : « *Qu'en ce cas, il résulte de la combinaison des textes susvisés et que l'acte juridique constatant un tel engagement indéterminé doit porter, écrite de la main de la caution, une mention exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée* » – Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1986, n° 84-15263 : Bull. civ. 1986, I, n° 5 ; Banque 1986, p. 401, obs. J.-L. RIVES-LANGE : « *Mais attendu qu'un engagement de caution, pour une somme indéterminée parce que ne pouvant être fixée au moment de l'acte, n'en est pas moins valable, dès l'instant que cette somme est déterminable et que la mention manuscrite apposée par la caution fournit la certitude que le souscripteur a eu, d'une façon explicite et non équivoque, connaissance de la nature et de l'étendue de l'engagement contracté* ».

⁹¹⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 680, n° 911.

⁹¹⁷ « *Le consentement à lui seul suffit à obliger* ».

⁹¹⁸ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique : JORF du 22 juin 2004, p. 11168.

exigence imposée de façon ponctuelle par le législateur et, partant, que le consensualisme constitue le principe du droit des contrats.

Si le Code civil ne proclame pas explicitement ce statut du consensualisme, tant cela était évident lors de sa rédaction, la jurisprudence le réaffirme régulièrement tant de manière générale⁹¹⁹ que particulière⁹²⁰. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation⁹²¹ a, ainsi, pu expliquer l'idée selon laquelle « *un contrat peut être valablement formé par l'échange verbal des consentements [à l'exception de l'existence] d'un texte ou une convention d'où résulterait à peine de nullité l'exigence de la signature d'un écrit* ». Les contrats se concluent, donc, par le seul échange des consentements sauf si le législateur ou les parties en ont décidé autrement. Les Principes européens de droit des contrats confirment, d'ailleurs, cette position en expliquant, en leur article 2 :101 que « *Le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme* ».

⁹¹⁹ V. par ex : Cass. civ. 3^{ème}, 12 juill. 1983 : Bull. civ. III, n° 165, p. 126.

⁹²⁰ Par ex. : *Sur la vente* : Cass. civ. 3^{ème}, 27 nov. 1990, n° 89-14033 : JCP 1990, II, 21808, note Y. DAGORNE-LABBE : « *le consentement des parties à une vente n'est soumis à aucune condition de forme* » – *Sur le prêt consenti par un professionnel du crédit* : Pour une lecture *a contrario* : Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n° 06-19056 : Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2008, AJ p. 1825, obs. X. DELPECH et p. 2008, chron. C. cass. 2363, n° 6, obs. M. CRETON ; JCP 2008, II, 10150, note A. CONSTANTIN ; Gaz. Pal. 2008, 5, 3398, obs. S. PIEDELIEVRE ; Contrats, conc., consom. 2008, comm. n° 255, obs. L. LEVENEUR ; RDC 2008, p. 1129, obs. Y.-M. LAITHIER : « *que la cause du contrat de prêt étant constituée par la remise de la chose, laquelle est aussi une condition de formation du prêt demeure un contrat réel lorsque celui-ci, comme en l'espèce, a été consenti par un particulier* » – Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013 : Contrats, conc., consom. 2013, n° 109, note L. LEVENEUR – *Sur le contrat d'assurance* : Cass. req. 1^{er} juill. 1941 : DC 1943, p. 57, note A. BESSON – Cass. civ. 1^{ère}, 15 févr. 1978, n° 75-15796 : Bull. civ. I, n° 62 : « *la proposition d'assurance avait été acceptée par la compagnie et que le contrat avait été définitivement conclu* » – Cass. civ. 1^{ère}, 22 avr. 1992, n° 89-10822 : Bull. civ. I, n° 126 ; RCA 1992, p. 280 ; RGAT 1992, p. 497, note R. MAURICE : « *Mais attendu que l'arrêt attaqué énonce à bon droit que la modification d'un contrat d'assurance est parfaite dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré* » – Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, n° 96-20190 : Bull. civ. I, n° 80 ; JCP 2000, I, 219, n° 1 et s., obs. J. KULLMANN ; RCA 1999, p. 163, obs. H. GROUDEL : « *Attendu, enfin, que si le contrat d'assurance doit, dans un but probatoire, être rédigé par écrit, il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré* » – *Sur le contrat d'agence commerciale* : Cass. com., 19 janv. 1993, n° 91-15218 : Bull. civ. IV, n° 11 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le contrat d'agent commercial est un contrat consensuel* » – Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-19960 : D. Affaires 1997, p. 1663 : « *Attendu, en second lieu, qu'ayant exactement énoncé que le contrat d'agent commercial est un contrat consensuel* » – *Sur le contrat d'entreprise* : Cass. civ., 23 oct. 1945 : D. 1946, p. 19 – Cass. civ. 3^{ème}, 18 juin 1970, n° 69-10167 : D. 1970, p. 674 : « *le contrat d'entreprise est un contrat consensuel qui n'est soumis à aucune forme déterminée* ».

⁹²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 12 juill. 1983, n° 82-11130 : Bull. civ., III, n° 165.

303. - La place de principe du consensualisme en droit prospectif – Les projets de réforme du droit des obligations érigent, de manière unanime, le consensualisme au rang de principe gouvernant le droit des contrats⁹²². Cette idée est particulièrement explicite dans l'avant-projet Catala⁹²³ dont l'article 1127 dispose qu'« *En principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé* ». Est prévu, dans la disposition suivante, le fait que, « *Par exception, les actes solennels sont assujettis à l'observation de formalités déterminées par la loi, et dont l'inobservation est sanctionnée par l'annulation de l'acte, à moins que celui-ci ne puisse être régularisé* »⁹²⁴. Si l'instrumentalisation est une exception, c'est que le consensualisme conserve sa place de principe en droit commun des contrats.

Si, depuis 2005, les projets de réforme du droit des obligations – l'avant-projet Catala, le projet de la Chancellerie ou encore le projet Terré⁹²⁵ – ont longtemps été considérés comme des mirages, le gouvernement a – enfin – ouvert la voie de la modernisation du Code civil. Le 27 novembre 2013, le Garde des Sceaux a, ainsi, présenté un projet de loi habilitant le gouvernement à réformer le droit des obligations et des contrats par voie d'ordonnance, loi entrée en vigueur en février 2015⁹²⁶. L'article 8, 3° de cette dernière retiendra particulièrement l'attention. Il y est, en effet, indiqué que le gouvernement est habilité à « *Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat* ». S'il est certain que le caractère formel de certains contrats demeurera, et que la formalisation d'autres pourra relever d'un choix des cocontractants, le consensualisme reste à l'heure actuelle le principe directeur en terme de formation des

⁹²² Sur l'affirmation du principe du consensualisme dans l'avant-projet de réforme de la Chancellerie : V. D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675.

⁹²³ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport à P. Clément du Garde des Sceaux, 22 nov. 2005, La Documentation française, 2006 – P. CATALA, « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligation », D. 2006, p. 535.

⁹²⁴ P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport à P. Clément du Garde des Sceaux, 22 nov. 2005, La Documentation française, 2006, art. 1127-1.

⁹²⁵ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009 – F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

⁹²⁶ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* : JORF du 17 févr. 2015, p. 2961.

contrats. Son statut n'a, par conséquent, pas vocation à disparaître le jour où la réforme entrera en vigueur⁹²⁷.

304. - La notion de consensualisme définie et sa place en droit des contrats établie, il est, à présent, plus aisé de comprendre en quoi il apparaît comme un fondement potentiel des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

II. Le fondement apparent de la force obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite

305. - Le consensualisme est envisagé d'un point de vue contractuel en ce qu'il constitue une méthode de formation du contrat. Le seul échange des consentements permet, ainsi, de s'engager dans une relation contractuelle. Il s'agit d'envisager ce concept, non plus s'agissant du contrat mais d'en appliquer le mécanisme au niveau obligationnel (A). Ce glissement constaté, la situation d'interaction entre les notions de force obligatoire et de consensualisme permettra de justifier que ce dernier puisse être considéré comme le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite (B).

⁹²⁷ Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 1127 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain » : aucune exigence de forme n'est requise s'agissant de la validité des contrats, ce qui atteste la place de principe du consensualisme en droit des contrats.

A) Du consensualisme contractuel au consensualisme obligationnel

306. - L'idée de consensualisme obligationnel (2) se justifie par l'idée selon laquelle le contrat est une enveloppe regroupant une somme d'obligations (1).

1. La justification du consensualisme obligationnel : les obligations composantes du contrat

307. - **Les obligations constitutives de contrats** – Le droit anglais distingue deux catégories d'accords de volontés, le contrat et le *gentlemen's agreement*⁹²⁸. Le premier crée des obligations juridiques tandis que le second n'est pas sanctionné par le droit. La question qui se pose, à partir de cet exemple, est celle de savoir si le contrat crée des obligations ou si les obligations auxquelles un individu accepte de se soumettre créent le contrat. Dans le cas d'une vente, le contrat justifie l'économie de la transaction mais n'est envisageable que parce que les parties ont décidé de se soumettre à des obligations. L'opération ne sera, ainsi, exécutée que parce que le vendeur accepte de transférer la propriété de son bien et l'acheteur d'en payer le prix, et qu'ils se soumettent à d'autres obligations encadrant les modalités d'exécution⁹²⁹ – à l'image d'éventuels délais de livraison ou garanties. Le contrat est, par conséquent, une enveloppe contenant diverses obligations. Il est le mécanisme permettant de constater que deux cocontractants souhaitent se mettre en position de créancier et/ou de débiteur en se soumettant à des obligations. Le but du contrat serait alors économique tandis que les obligations seraient le moyen nécessaire d'y parvenir. Un contrat ne pourrait, dès lors, naître que si les cocontractants acceptent de se soumettre aux obligations. Il y aurait, par conséquent, une distinction entre la volonté économique des parties qu'est l'opération envisagée par le contrat, et leur volonté juridique de se soumettre aux obligations nécessaires pour atteindre le résultat escompté. Un contrat ne peut avoir

⁹²⁸ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 50, n° 55.

⁹²⁹ S. FRANCO, « Loi applicable aux obligations contractuelles (matières civile et commerciale) », Rep. dr. com. Dalloz 2013, pt. 173.

d'existence s'il n'y a pas de volonté de s'engager de la part des parties⁹³⁰. Il s'agit donc de savoir comment se traduit cette volonté de s'engager. Cette dernière s'exprime lorsque les parties exécutent leurs obligations. A l'exception du comportement constitutif de mauvaise foi, une partie n'exécutant pas son obligation est, en effet, une partie qui ne se sent pas obligée pour l'unique raison qu'elle ne le souhaite pas. Si un contrat se crée par la volonté de s'engager et que la volonté de s'engager est constituée par celle de se soumettre à des obligations, un contrat est constitué par les obligations.

Un contrat est, donc, une somme d'obligations⁹³¹ puisque sans ces dernières, il n'existerait pas. Il est bien entendu précisé que seul le contenu obligationnel est ici envisagé puisque, si toute obligation constitue un contrat, tout contrat ne contient pas nécessairement que des obligations⁹³².

308. - Du contrat consensuel aux obligations consensuelles – Traditionnellement, le consensualisme est étudié du point de vue de la formation des contrats et, particulièrement, s'agissant de leur classification. Dans la mesure où un contrat constitue un contenant et les obligations en représentent contenu, il s'agira de s'interroger sur l'existence d'un consensualisme obligationnel.

⁹³⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 435 et s. – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 112, n° 122 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 83 et s., n° 63 et s. – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 32 et s., n° 41 – G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, t. I : Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, p. 93, n° 102 – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014, p. 87 et s., n° 113 et s. – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 296 et s., n° 231 et s.

⁹³¹ Ch. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, p. 1 – J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », in in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 oct. 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1985, p. 59 et s.

⁹³² Sur les contenus obligationnel et non obligationnel du contrat : V. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 – V. *Supra* n° 2.

2. La mise en œuvre du consensualisme obligationnel

309. - L'analyse contractuelle du consensualisme – Classiquement, la forme la plus pure du consensualisme est révélée par les contrats qualifiés de consensuels puisqu'ils se forment par le seul échange des consentements. S'opposent à eux les contrats réels, nécessitant la remise de la chose, solennels, impliquant l'accomplissement d'une formalité⁹³³ et formalisés lorsque les parties ont choisi de recourir à un écrit⁹³⁴. Le consensualisme s'apprécie, ainsi, du point de vue du contrat. Il s'agit de se demander s'il est possible d'imaginer un contrat non consensuel par la forme mais dont le contenu relèverait du seul consensualisme. Autrement dit, la qualification du contrat entraîne-t-elle automatiquement la même qualification s'agissant de ses obligations ?

310. - L'analyse obligationnelle du consensualisme – La pratique met en exergue l'existence de contrats non consensuels mais contenant des obligations répondant au principe du consensualisme. Afin d'illustrer ces propos, l'exemple du contrat de gage sera envisagé.

Le gage est « *une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* »⁹³⁵. S'il a longtemps été considéré comme un contrat réel⁹³⁶, l'article 2236 du Code civil⁹³⁷, réformé par une ordonnance de 2006⁹³⁸, conditionne le caractère parfait de ce contrat à la mise en place

⁹³³ V. *Supra* n° 236.

⁹³⁴ Remarque : ces contrats peuvent appartenir à la catégorie des contrats consensuels mais n'en sont pas une « pure » expression en ce sens qu'une forme écrite est choisie par les parties – V. *Supra*, n° 242.

⁹³⁵ C. civ., art. 2333.

⁹³⁶ V. en ce sens : Cass. civ., 18 mai 1898 : DP G II, 1206 ; D. 1900, p. 481, note L. SARRUT ; S. 1898, I, 433, note G. LYON-CAEN – Cass. civ., 21 mars 1938 : DH 1938, p. 257 – Cass. com., 12 nov. 1958 : Bull. civ. III, n° 387.

⁹³⁷ C. civ., art. 2336 : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ».

⁹³⁸ Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 *relative aux sûretés* : JORF du 24 mars 2006, p. 4475.

d'un écrit. Il semble donc d'avantage s'analyser comme un contrat solennel⁹³⁹ – et plus particulièrement formel⁹⁴⁰ – que réel⁹⁴¹, bien que deux tempéraments doivent être apportés à cette idée⁹⁴². Cette forme n'est, d'une part, pas imposée dans une optique de validité mais d'opposabilité⁹⁴³. L'absence de sanction de l'établissement d'un écrit n'enlève, toutefois, en rien le fait qu'une instrumentalisation soit imposée⁹⁴⁴. Sont, d'autre part, dispensés d'écrit les gages portant sur une chose dont la valeur est inférieure à 1.500 euros⁹⁴⁵ et les gages commerciaux⁹⁴⁶. Ces exceptions se comprennent aisément puisque le régime de la preuve par tous moyens⁹⁴⁷ leur est applicable. Il n'est,

⁹³⁹ V. en ce sens : L. AYNES, P. CROCQ, Ph. DELEBECQUE et G. MARRAUD DES GROTTES, *Lamy Droit des sûretés*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2014, n° 231-3 – L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 8^{ème} éd., 2014, p. 251 et s., n° 506 – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014, p. 272, n° 361 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 176, n° 147.

⁹⁴⁰ V. *Supra*, n° 236.

⁹⁴¹ D. GIBIRILA, « Sûretés portant sur un bien », J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse, fasc. 760, 2008, pt 40 – G. LEGIER, « Actes juridiques, Forme, Domaine de la loi applicable à la forme », J.-Cl. Civil Code, fasc. 72, 2007, pt. 37 – B. PETIT, « Contrats et obligations, Définition et classification des contrats », J.-Cl. Civil Code : Art. 1101 à 1108-2, 2013, pt. 45.

⁹⁴² D. GIBIRILA, « Sûretés portant sur un bien », J.-Cl. Banque, Crédit, Bourse, fasc. 760, 2008, pts 46 et 47.

⁹⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 1996, n° 94-18324 : Bull. civ. 1996, I, n° 312 ; D. 1997, somm. p. 252, obs. S. PIEDELIEVRE ; Defrénois 1997, p. 398, obs. L. AYNES ; RTD civ. 1996, p. 955, obs. P. CROCQ : « *l'inscription du gage ne conditionne que son opposabilité aux tiers* ».

⁹⁴⁴ V. *Supra*, n° 242.

⁹⁴⁵ D. n° 80-533 du 15 juill. 1980 *pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil* : JORF du 16 juill. 1980, p. 1788, modifié par le D. n° 2001-476 du 30 mai 2001 *portant adaptation de la valeur en euros du montant exprimé en francs figurant dans le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil* : JORF du 3 juin 2001, p. 8886.

⁹⁴⁶ C. com., art. L. 511-1, al. 1^{er} : « *Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3* ».

C. com., art. L. 110-3 : « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* ».

⁹⁴⁷ Pour le gage portant sur un bien dont la valeur est inférieure à 1500 euros : C. civ., art. 1341, al. 1^{er} : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre* » ; D. n° 80-533 *pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil du 15 juillet 1980* : JORF du 16 juill. 1980, p. 1788, art. 1^{er} : « *La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du Code civil est fixée à 5.000 F* ».

Pour le gage commercial : C. com., art. L. 110-3 : « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* ».

ainsi, pas nécessaire d'anticiper une preuve littérale. Il s'agira simplement de les exclure du champ d'application des futurs développements.

Ces précisions effectuées, il s'agit, dès lors, d'envisager le contenu du contrat de gage dans le but de déceler l'éventuelle existence d'obligations consensuelles. L'article 2236 du Code civil impose un écrit comprenant la désignation de la dette garantie, la quantité, l'espèce et la nature des biens donnés en gage. Il n'est, donc, pas imposé aux cocontractants de retranscrire, dans l'acte instrumentaire, leurs obligations respectives et leurs modalités d'exécution. Sera pris l'exemple du délai imparti au gagiste pour restituer le bien après le paiement intégral de la créance dans l'hypothèse d'un gage avec dépossession du bien. Les textes ne prévoient aucune règle s'agissant de ce point précis. Il est, ainsi, envisageable que les parties décident de s'imposer un délai de restitution, sans pour autant le retranscrire dans l'*instrumentum*. Elles seront, alors, soumises à une obligation à laquelle elles auront consenti mais qui ne sera pas matérialisée dans l'écrit constatant leur engagement. Le caractère consensuel d'une telle obligation peut, ainsi, être constaté puisqu'elle répond à un mécanisme identique à celui du contrat recevant cette même qualification.

311. - La pratique du consensualisme obligationnel – La mise en exergue d'une analyse obligationnelle du consensualisme permet d'en déceler l'application s'agissant du contenu de nombreux contrats – qu'ils soient qualifiés de consensuels ou non – et apparaît, dès lors, justifier le mécanisme des obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'interaction entre le consensualisme et la force obligatoire appuie, d'ailleurs, ce postulat.

B) L'interaction entre les notions de force obligatoire et de consensualisme

312. - L'interaction entre la force obligatoire d'une obligation et le consensualisme s'explique à la fois par l'interdépendance des deux notions (1) et par la technique prétorienne d'interprétation des contrats (2).

1. L'interdépendance entre les notions de force obligatoire et de consensualisme

313. - Si le consensualisme conditionne la force obligatoire, cette dernière apparaît comme son outil de protection.

314. - **Le conditionnement de la force obligatoire par le consensualisme** – Le consensualisme apparaît comme sous-jacent au principe de l'autonomie de la volonté. Ce dernier permet aux parties de se dicter leur propre loi. Il leur confère, dès lors, la liberté de contracter ou non, de déterminer le contenu de leurs engagements et de choisir leur cocontractant, dans la limite du respect des bonnes mœurs et de l'ordre public⁹⁴⁸. Aucune condition de forme n'est, par conséquent, requise et la seule volonté doit pouvoir engager. L'expression du consensualisme permet, dans cette hypothèse, de lier les parties⁹⁴⁹. La mise en œuvre de la force obligatoire implique alors le respect des stipulations prévues, et donc la bonne exécution du contrat. Sans l'existence d'un accord de volontés en amont, la force obligatoire ne trouverait, en effet, pas application.

Si des obligations ont un effet contraignant, c'est parce qu'il existe un contrat qui a été valablement formé. S'il existe un contrat valablement formé, c'est parce qu'à un instant T, une ou plusieurs personnes ont consenti à se soumettre à un certain contenu obligationnel. La force obligatoire signifie donc que les parties sont tenues par ce qu'elles ont prévu, à la condition qu'elles l'aient voulu⁹⁵⁰. Il s'agira, dès lors, d'utiliser l'expression du consensualisme afin de justifier la force obligatoire des obligations visées puisqu'elles ne peuvent, par principe, exister que parce que les parties l'ont voulu. Si les obligations non matérialisées par renvoi implicite ont un effet contraignant, c'est, par conséquent, à condition que les parties aient voulu s'y soumettre, ou, tout du moins, qu'elles se sont engagées dans une relation contractuelle les impliquant.

⁹⁴⁸ C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

⁹⁴⁹ Sur l'explication et les limites des liens entre l'autonomie de la volonté et la force obligatoire : V. *Supra*, n° 129 et s.

⁹⁵⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 7^{ème} éd., 2014, p. 361, n° 753.

le caractère obligatoire d'une clause de réserve de propriété dans un contrat d'application est conditionnée à sa stipulation dans le contrat-cadre⁹⁵¹. Elle apparaît, alors, comme une obligation consensuelle en ce sens que son obligatorité a été consentie par les parties, sans que ces dernières n'aient besoin de la retranscrire dans le contrat sous-jacent au contrat principal. Sa force obligatoire est, ainsi, conditionnée à l'expression du consensualisme obligationnel des contractants.

315. - La force obligatoire : gardienne du consensualisme – Lorsque deux parties consentent à conclure un contrat, elles s'engagent à l'exécuter dans les termes voulus⁹⁵². La volonté de former un contrat conditionne, ainsi, sa force obligatoire⁹⁵³. Si un contrat se conclut par un accord mutuel de volontés, ce dernier impératif est, par conséquent, nécessaire si les cocontractants souhaitent s'en délier⁹⁵⁴. Le principe de la force obligatoire apparaît alors par nature protecteur du consensualisme. Ainsi, « *contracter, c'est employer un instrument forgé par le droit* »⁹⁵⁵ et en accepter, dès lors, la sanction en cas d'inexécution des engagements. Si des tempéraments existent, et notamment en ce qui concerne la bonne foi ou encore la résiliation unilatérale, il n'en demeure pas moins que, dès lors que le consentement des parties de s'engager est avéré, le contrat devient intangible au nom de sa force obligatoire. Intangible pour les parties qui se doivent de l'exécuter dans les termes sur lesquels elles se sont accordées mais aussi vis-à-vis du juge⁹⁵⁶. Par principe, ce dernier ne peut s'immiscer dans un contrat, le modifier – ni même les parties si elles ne sont pas mutuellement consentantes – s'il est

⁹⁵¹ V. *Supra*, n° 260.

⁹⁵² C. civ., art. 1134 al. 1^{er} : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁹⁵³ P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, E. Bruylant, 2000, p. 33 et s.

⁹⁵⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 34, n° 25.

⁹⁵⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 486, n° 438.

⁹⁵⁶ M. LATINA, « Contrat (Généralités) », *Rép. civ.*, 2013, pt. 95.

« *légalement formé* »⁹⁵⁷ et en dehors des prérogatives qui lui sont légalement octroyées⁹⁵⁸.

Si le mécanisme de la force obligatoire a vocation à protéger le consensualisme, c'est pour répondre à des impératifs de protection supérieurs à la fois juridiques et sociaux. Juridiques, d'une part, par la sécurisation générale des relations contractuelles et, partant, des prévisions conventionnelles. Si deux parties concluent un contrat en des termes précis, il est nécessaire que son exécution leur soit garantie, au nom de la sécurité juridique. Sociaux, d'autre part, en renforçant le respect de la parole donnée permettant ainsi de maintenir une certaine paix publique et de protéger le commerce⁹⁵⁹.

La force obligatoire permettra, donc, de garantir aux parties l'exécution des obligations contractuelles, qu'elles soient matérialisées ou non dans un acte instrumentaire, dès lors que les contractants consentent à s'y soumettre.

316. - Les liens qui existent entre la force obligatoire et le consensualisme permettent d'appuyer l'idée selon laquelle ce dernier constitue le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Parallèlement, la méthode prétorienne d'interprétation des contrats semble justifier, elle aussi, cette idée.

2. La méthode prétorienne d'interprétation des contrats : la recherche de la commune intention des parties

317. - **La technique d'interprétation des contrats** – L'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil explique que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette disposition, reflétant à la fois le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la force obligatoire, exprime l'idée selon laquelle les parties créent leurs obligations et se doivent de les exécuter. Afin de comprendre la raison pour laquelle les règles d'interprétation prétoriennes permettent de justifier le statut de

⁹⁵⁷ A. LECOURT, *Fiches de droit des obligations*, Ellipses, 4^{ème} éd., 2014, fiche 16, p. 122.

⁹⁵⁸ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 215 et s., n° 273 et s. – V. *Infra*, n° 555 et s.

⁹⁵⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 485, n° 438.

fondement du consensualisme s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite, il est nécessaire de délimiter les pouvoirs du juge⁹⁶⁰. Il s'agit, ainsi, de s'interroger sur les instruments mis à la disposition du pouvoir judiciaire pour interpréter une clause ambiguë, obscure ou pour palier au silence contractuel⁹⁶¹ ?

Plusieurs dispositions juridiques sont prévues à cet effet. Pour exemples, l'article 1162 du Code civil⁹⁶² dispose que l'interprétation à retenir doit être celle qui est la plus favorable au débiteur. L'alinéa second de l'article 1602 du même Code⁹⁶³ impose, s'agissant des contrats de vente, une interprétation contre le vendeur. L'alinéa second de l'article L. 133-2 du Code de la consommation⁹⁶⁴ développe, quant à lui, qu'en matière de contrat de consommation, les clauses du contrat s'interprètent en faveur du consommateur. Si ces dispositions semblent poser des règles générales, il n'en demeure pas moins que le principe de la force obligatoire exige que le juge recherche, en priorité, la commune intention des parties. Pour ce faire, l'article 1161 du Code civil leur impose d'interpréter, en premier lieu, les clauses « (...) *les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* » avant de se référer à d'éventuels autres éléments d'appréciation. A cet effet, la Cour de cassation a rappelé que les magistrats doivent rechercher cette commune intention « *dans les termes employés par elles [les parties] comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester* »⁹⁶⁵. L'appréciation prétorienne s'effectue, alors, nécessairement *in concreto*. Pour parler⁹⁶⁶,

⁹⁶⁰ Sur une analyse approfondie des pouvoirs du juge, V. *Infra* n° 555 et s.

⁹⁶¹ Il est précisé que la réponse à cette question n'implique pas la prise en considération des obligations imposées (V. *Supra* n° 23 et s. et 46) puisqu'est envisagé le seul fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

⁹⁶² C. civ., art. 1162 : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

⁹⁶³ C. civ., art. 1602 al. 2 : « *Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* ».

⁹⁶⁴ C. consom., art. L. 133-2 al. 2 : « *Elles [les clauses du contrat] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* ».

⁹⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, n° 69-12443 : D. 1971, p. 281, rapp. M. CORNUEY – Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1988, n° 86-19068 : Bull. civ. I, n° 352.

⁹⁶⁶ V. par ex : Cass. civ. 1^{ère}, 21 avr. 1976, n° 75-10129 : Bull. civ., I, n° 135 – Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1963 : Bull. civ., I, n° 174.

documents publicitaires⁹⁶⁷, actes étrangers aux parties⁹⁶⁸ sont, ainsi, autant d'éléments que le juge aura la possibilité de prendre en considération⁹⁶⁹. Il est, par ailleurs, à rappeler que, si la loi confère un pouvoir d'interprétation des contrats au juge, il ne s'applique qu'en présence d'un acte ambiguë⁹⁷⁰, ce qui apparaît comme un rempart à la dénaturation⁹⁷¹ de la commune intention des parties.

318. - L'interprétation prétorienne du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite justifiée par le consensualisme – L'objectif de cet interventionnisme judiciaire est de délimiter le contrat et son contenu afin de déterminer les éléments qui s'imposent aux parties⁹⁷². Pour ce faire, il doit, donc, déceler la commune intention des contractants de se soumettre à un certain contenu obligationnel. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite n'étant ni retranscrites, ni

⁹⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 2 avr. 1979, n° 77-12919 : Gaz. Pal. 1980, p. 213 : « Mais attendu qu'en énonçant, hors de toute dénaturation et par une recherche souveraine de la commune intention des parties, que les acheteurs étaient en droit de suppléer aux imprécisions du devis descriptif général en se référant aux mentions plus détaillées figurant au descriptif publicitaire, en ce qui concerne la nature du sol du garage qui devait être revêtu d'une chape « ciment boucharde », la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef ».

⁹⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 1967 : Bull. civ., I, n° 33 : « Mais attendu que l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux juges du fond de rechercher dans un acte étranger à l'une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer leur décision ».

⁹⁶⁹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 215, n° 273.

⁹⁷⁰ Cass. civ. 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232 : « Qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment » – Cass. civ. 6 juin 1921 : DP 1921, 1, 73, rapp. A. COLIN ; S. 1921, 1, 193, note L. HUGUENEY : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque ces conventions sont claires et précises, à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment » – Cass. civ. 9 oct. 1940 : DA 1941, 1, 130 – Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1982, n° 81-12191 : Gaz. Pal. 1982, 2, 612, note F. CHABAS : « l'obligation n'était pas sérieusement contestable, alors que la clause invoquée était ambiguë et que, sa portée n'étant pas évidente, elle faisait l'objet d'une contestation sérieuse » – Cass. com., 5 juill. 1984 : JCP 1985, II, 20409, note E.-M. BEY – Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2001 : Bull. civ. I, n° 106 ; JCP 2001, II, 10647, note C. PUIGELIER – CEDH, 13 juill. 2004, req. n° 69498/01, *P. et P. c/ Andorre* : D. 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT et pan. 2124, obs. M. NICOD ; JCP 2005, II, 10052, note F. BOULANGER et I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; Defrénois 2005, p. 1909, note Ph. MALAURIE ; AJDA 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RDC 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD.

⁹⁷¹ Sur la notion de dénaturation, V. F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 119, n° 132 : « altérer la réalité, la substance même » de ce qui est prévu par les parties.

⁹⁷² La sanction prononcée par le juge entraînant la disparition du contrat n'est pas envisagée puisque le but de ce raisonnement est de démontrer pourquoi des obligations non matérialisées par renvoi explicite peuvent s'imposer aux parties.

référéncées dans un acte instrumentaire – s'il en existe un –, il est nécessaire de se référer à l'expression d'un consensualisme obligationnel⁹⁷³. Le juge ne peut, en effet, pas procéder à la dénaturation d'un contrat mais doit se prononcer en adéquation avec la volonté des parties. Reconnaître une force obligatoire à des obligations absentes de l'acte instrumentaire implique, par conséquent, la volonté des parties de s'y soumettre. Le consensualisme apparaît, ainsi, comme le fondement nécessaire au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

319. - Le consensualisme obligationnel semble, donc, justifier l'obligatorité des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Comment, en effet, expliquer autrement l'effet contraignant d'une obligation qui ne présente pas un caractère imposé si ce n'est par la volonté des parties de s'y soumettre ? Si le choix de ce fondement apparaît évident, sa mise en œuvre révèle des limites telles qu'il doit, toutefois, être rejeté.

Paragraphe 2 : Le rejet du consensualisme

320. - L'adage selon lequel « *Solus consensus obligat* »⁹⁷⁴ remet en question le consensualisme comme fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Si le « *consentement oblige à lui seul* », force est de constater que le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relève pas nécessairement la volonté des parties de s'y soumettre (I). Par ailleurs, lorsqu'un écrit existe, qu'il soit imposé par le législateur ou choisi par les contractants, il est difficilement compréhensible de laisser une place au consensualisme, même obligationnel (II).

⁹⁷³ V. *Supra* n° 310.

⁹⁷⁴ « *Le consentement oblige à lui seul* » : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 839, n° 417.

I. La possible remise en cause du consentement des parties

321. - Consentement et contenu obligationnel – Le Doyen Carbonnier a relevé, face à la multiplication des contrats d'adhésion, que « *le consentement, nécessaire en principe à la conclusion du contrat, n'est pas aussi rigoureusement exigé pour la détermination de son contenu* »⁹⁷⁵. Ce même constat semble se vérifier s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Une partie d'entre elles voient leur effet contraignant conditionné⁹⁷⁶, à la possibilité, pour les parties, d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat et d'avoir conscience de leur caractère obligatoire. Ces exigences, identiques à celles qui encadrent les obligations référencées⁹⁷⁷, posent des difficultés s'agissant de la compréhension⁹⁷⁸ et de la connaissance⁹⁷⁹, par les parties, du contenu imposable. S'agissant de sa compréhension, d'une part, il n'est pas vérifiable que les contractants maîtrisent réellement les obligations qui leurs sont opposées. Cette problématique aura des conséquences sur l'intégrité du consentement, et plus particulièrement concernant son caractère éclairé⁹⁸⁰. Ce point ne sera pas d'avantage développé puisqu'il ne remet pas en cause l'existence de l'acceptation, par les contractants, de l'obligatorité des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Les difficultés liées à la connaissance du contenu de ces dernières est, d'autre part, plus problématique lorsqu'elles sont mises en relations avec l'idée de consensualisme obligationnel. Il est nécessaire de distinguer le fait de pouvoir avoir connaissance de quelque chose – tel qu'il est exigé s'agissant des conditions du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite – et d'en avoir effectivement pris connaissance⁹⁸¹. Accorder au consensualisme le statut de fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite implique que ces dernières ont été voulues par les parties sans qu'elles n'aient

⁹⁷⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. 2 : Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, 22^{ème} éd., 2000, p. 84, n° 33.

⁹⁷⁶ V. *Supra* n° 193 et s.

⁹⁷⁷ V. *Supra* n° 60 et s.

⁹⁷⁸ V. *Supra* n° 173 et s.

⁹⁷⁹ V. *Supra* n° 178 et s.

⁹⁸⁰ V. *Supra* n° 172 et s.

⁹⁸¹ V. en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. 2 : Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige* 22^{ème} éd., 2000, p. 89, n° 35.

été retranscrites ou référencées dans un éventuel acte instrumentaire. Comment, dès lors, est-il possible de justifier la mise en œuvre d'un consensualisme obligationnel lorsque les parties n'ont pas pu connaître le contenu des obligations qui s'imposent ? Autrement dit, il apparaît compliqué de constater l'existence d'une volonté de se soumettre à un certain contenu lorsqu'il n'en a pas été pris connaissance. Si une partie conclut un contrat impliquant le caractère obligatoire de conditions générales, le fait de savoir où les consulter n'implique pas nécessairement qu'elle ait eu la possibilité d'en prendre réellement connaissance avant la conclusion du contrat. De la même manière, l'effet contraignant du contenu du règlement intérieur d'une société dans le cadre d'un contrat de travail n'est pas conditionné à sa prise de connaissance effective par le salarié avant qu'il ne consente à s'engager dans la relation contractuelle.

L'identification du consensualisme obligationnel en tant que fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite présente, dès lors, des lacunes. La preuve de l'existence du consentement des parties ne pouvant pas, de manière absolue, être apportée, il ne peut, par conséquent, en justifier le caractère obligatoire.

322. - Consensualisme obligationnel et consensualisme « situationnel » – La force obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite n'est pas nécessairement soumise à la réunion des deux conditions de validité précitées – la conscience que le contenu fait partie du champ contractuel et la possibilité, pour les parties, d'en prendre connaissance. Dans certaines de ces situations, le consentement des contractants peut s'avérer être d'avantage de nature « situationnelle » qu'obligationnelle. L'inter-applicabilité des clauses compromissaires dans le cadre de contrats liés à d'autres contrats permet d'illustrer cette idée. S'agissant de la situation d'interdépendance contractuelle, un contrat 1 est conclu entre A et B et un contrat 2 est conclu entre A et C. Si le contrat 1 comporte une clause compromissoire, elle pourra s'imposer au contrat 2⁹⁸². C n'a donc, dans cette hypothèse, pas directement consenti au caractère obligatoire de la stipulation contractuelle. Il ne peut, par conséquent, pas s'agir d'une mise en œuvre d'un consensualisme obligationnel. Ce contractant est, toutefois, entré dans une situation contractuelle telle que son contrat est lié à un autre engagement. Le fait, pour lui d'adhérer à cette situation justifie l'inter-applicabilité de la clause

⁹⁸² V. *Supra* n° 255 et s.

compromissoire. L'état d'interdépendance n'est, toutefois, pas explicitement prévu dans le contenu d'un acte instrumentaire – qu'il existe ou non. C peut, ainsi, consentir à la situation par le mécanisme du consensualisme mais pas nécessairement aux obligations spécifiques qui s'imposeront à lui justement du fait de l'interdépendance. En poussant le raisonnement plus loin, C peut ne pas être conscient du fait que son contrat est lié à un autre contrat au point de pouvoir se voir imposer des obligations qu'il n'aurait pas expressément voulues. En tout état de cause, n'ayant pas, par principe, connaissance du contenu obligationnel du contrat 1, qu'il soit ou non consentant à la situation, il semble difficile d'affirmer que C soit en mesure d'identifier les obligations qui pourraient, éventuellement, s'imposer à lui. Il semble, donc, que le consensualisme obligationnel ne puisse pas, une fois de plus, justifier l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

323. - La mise en œuvre d'un consensualisme obligationnel nécessite la volonté des contractants de se soumettre aux obligations sans, toutefois, que leur contenu ne soit retranscrit ou référencé dans un acte instrumentaire. Si le consentement des parties ne peut pas être constaté, le caractère obligatoire de ces obligations ne peut pas, par conséquent, être justifiée par le mécanisme. La première limite au statut de fondement du consensualisme s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite est, dès lors, constatée. La révélation de l'existence de ces dernières en présence d'un acte instrumentaire met, par ailleurs, en exergue une incompatibilité de nature à appuyer le rejet de la justification consensualiste.

II. Les incompatibilités entre l'existence d'un acte instrumentaire et le consensualisme obligationnel

324. - La révélation des incompatibilités se constatant entre l'existence d'un acte instrumentaire et le consensualisme obligationnel nécessite de distinguer les contrats formalisés – lorsque l'écrit est choisi par les parties⁹⁸³ – (A) et formels – lorsque l'écrit est imposé aux parties⁹⁸⁴ – (B).

A) Le rejet du consensualisme obligationnel dans les contrats formalisés

325. - L'idée selon laquelle le consensualisme obligationnel est incompatible avec les contrats formalisés se révèle lorsque le mécanisme est envisagé comme le choix d'une forme par les parties (1). Cette constatation permettra, alors, de démontrer qu'il ne peut pas fonder les obligations non matérialisées par renvoi implicite (2).

1. Le consensualisme : le choix de la forme

326. - **Le consensualisme : le choix de la forme** – Messieurs Benoît Nuytten et Laurent Lesage envisagent le consensualisme comme la possibilité pour les contractants de choisir, s'agissant de leur contrat, une forme plutôt qu'une autre⁹⁸⁵. Constituant, ainsi, une liberté de forme et non une absence de forme⁹⁸⁶, le consensualisme ne s'oppose au formalisme que lorsque ce dernier est sanctionné par la nullité du contrat. C'est, donc, la volonté des parties d'établir un acte instrumentaire constatant leur relation contractuelle – en ayant recours à un contrat formalisé – qui s'analyse comme l'expression du consensualisme. La formalisation de leur engagement, lorsqu'elle est

⁹⁸³ V. *Supra* n° 242.

⁹⁸⁴ V. *Supra* n° 270.

⁹⁸⁵ B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 497, pt. 10.

⁹⁸⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, Larcier, 2010, p. 32, n° 15.

choisie par les contractants, ne rejette, donc, pas le caractère consensuel du contrat, et inversement.

327. - La distinction entre la formation et la forme du contrat – Il est, alors, nécessaire de distinguer le moment de l'échange des volontés des parties – qui implique la formation du contrat – du consensualisme – qui correspond au choix de la forme du contrat – et non plus de les assimiler. L'échange des volontés des parties est, d'une part, un repère spatio-temporel permettant d'identifier la formation du contrat. Le consensualisme est, d'autre part, l'expression du consentement des parties, non pas de conclure un contrat, mais de recourir ou non à une forme particulière. Sont donc à distinguer la volonté de créer la relation contractuelle et celle de la formaliser.

Il est possible d'illustrer cette idée par le contrat de location-gérance. Les dispositions juridiques qui lui sont applicables n'imposent aucune condition de forme⁹⁸⁷. Bien que le Code de commerce envisage la publication du contrat⁹⁸⁸, l'absence de cette formalité n'entraîne aucunement la nullité du contrat⁹⁸⁹. Monsieur le Professeur Hugues Kenfack⁹⁹⁰ explique, à ce propos, qu'en l'absence d'acte sous seing privé ou authentique, le « *consensualisme s'applique* » et le seul échange des volontés suffit à la validité de l'acte. Il faut, ainsi, distinguer la volonté de conclure le contrat et celle de recourir à une forme. Le consensualisme ne serait pas le mécanisme permettant de justifier la validité du contrat mais bien l'instrument permettant aux parties de ne pas recourir à un acte instrumentaire. Le fait que la loi n'impose pas de forme au contrat justifie, quant à lui, le fait qu'un contrat de location-gérance conclu par oral soit valable dès lors que les deux parties ont démontré leur volonté de s'engager.

⁹⁸⁷ C. com., art. L. 144-1 et s.

⁹⁸⁸ C. com., art. L. 144-7 : « *Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds* ».

⁹⁸⁹ Cass. com., 7 janv. 1992, n° 88-17726 : Bull. civ. IV, n° 5 ; D. 1992, IR, 52 : l'absence de publication du contrat de location-gérance n'en entraîne pas la nullité mais accroît la responsabilité du bailleur – Cass. com., 23 mars 1999 : Bull. civ. IV, n° 71 ; D. Affaires 1999, p. 825, obs. A.-L. M.-D. ; D. 2000, somm. p. 19, obs. A. REYGROBELLET ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. N° 88, note L. LEVENEUR ; Dr. et patr. nov. 1999, p. 116, obs. P. CHAUVEL ; LPA 27 avr. 1999, p. 8, note P. M. ; RLDA 1999/97, p. 1067, obs. G. MONTEGUDET ; RTD com. 1999, p. 633, obs. J. DERRUPPE.

⁹⁹⁰ H. KENFACK, « Location-gérance de fonds de commerce », Rép. civ. Dalloz 2006, pt. 157.

2. L'incohérence entre la formalisation du contrat par les parties et le consensualisme obligationnel

328. - L'impossible fondement consensualiste des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formalisés – S'il est considéré que le consensualisme correspond au choix des cocontractants de recourir ou non à une forme concernant le contrat conclu, il ne peut, dès lors, pas fonder les obligations non matérialisées par renvoi implicite qui pourraient y être révélées. Si le choix des parties est, en effet, de recourir à une forme et que cette volonté constitue l'expression du consensualisme, ce dernier ne peut, en aucun cas, justifier le caractère obligatoire d'obligations qui ne seraient ni retranscrites, ni référencées dans l'acte instrumentaire. Dans un souci de cohérence, les contractants ne peuvent pas, en effet décider d'instrumentaliser leur relation contractuelle, et parallèlement, de se soumettre à des obligations non matérialisées dans leur *instrumentum*.

Comment reconnaître une force obligatoire à des obligations consensuelles s'imposant à des parties qui ont choisi de recourir à un écrit ? Les cocontractants qui décident d'user d'une forme, lorsqu'ils n'y sont pas légalement obligés, le font dans un esprit de protection. S'ils souhaitent renforcer l'encadrement de leur relation contractuelle, sa sécurité juridique, il serait contradictoire pour eux d'accepter de se soumettre à des obligations qui n'y sont ni retranscrites ni référencées. Il semble, dès lors, inenvisageable de qualifier le consensualisme de fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

329. - Illustrations du rejet du consensualisme dans les contrats formalisés – Fonder le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite par le consensualisme semble, donc, incohérent s'agissant des contrats formalisés. Si les parties choisissent, en effet, d'instrumentaliser leur relation, c'est qu'elles renoncent à l'absence de matérialisation de son contenu. Les exemples relatifs à l'inter-applicabilité des clauses compromissoires dans les contrats interdépendants et de la clause de réserve de propriété dans les contrats-cadre et d'application seront utilisés pour justifier ces propos.

Lorsque les parties choisissent, d'une part, de formaliser un contrat c'est qu'elles souhaitent retranscrire ou référencer le contenu obligationnel applicable à leur relation. Si elles ne prévoient pas de clause compromissoire, c'est, par conséquent, parce qu'elles ne souhaitent pas s'y soumettre. Justifier l'inter-applicabilité de ces stipulations contractuelles dans les contrats interdépendants⁹⁹¹ par le consensualisme obligationnel n'apparaît, dès lors, pas cohérent. Si les parties souhaitaient doter une telle obligation de force obligatoire, en choisissant de constater leur contrat par écrit, elles en auraient fait de même concernant la clause. Le consensualisme obligationnel ne peut donc pas être utilisé dans cette hypothèse pour justifier le caractère obligatoire de la clause compromissoire.

S'agissant, d'autre part, des contrats-cadre et d'application, il a été relevé l'idée selon laquelle la clause de réserve de propriété prévue dans le contrat principal s'applique à ceux qui lui sous-tendent⁹⁹². Si les parties ont consenti à une telle obligation dans le contrat régissant, de manière générale, l'ensemble de la relation contractuelle, c'est dans un souci de facilité. Cela leur évite, en effet, d'être obligées de reprendre l'ensemble des obligations « générales » qui s'imposent dans chacun des contrats d'application. Si les contractants décident, toutefois, de constater ces derniers par écrit, c'est qu'ils choisissent de recourir à une formalisation de leur engagement contractuel spécifique. Elles devraient, par conséquent, retranscrire le contenu des obligations qui s'imposeront ou, à tout le moins, référencer le contrat-cadre – hypothèses qui sont exclues des présents raisonnements du fait de la nature des obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'existence de conflits judiciaires à ce propos appuie, d'ailleurs, cette idée. S'il est clair pour les cocontractants que l'ensemble des obligations prévues dans le contrat-cadre s'applique aux contrats d'application, aucun conflit ne devrait exister – la mauvaise foi n'étant pas envisagée s'agissant de ce postulat. Le consensualisme obligationnel ne peut, dès lors, pas justifier l'effet contraignant de ces obligations non matérialisées par renvoi implicite.

330. - Appréhender l'expression du consensualisme comme le choix d'une forme par les parties révèle une incohérence s'agissant de sa qualification de fondement des

⁹⁹¹ V. *Supra* n° 256 et s.

⁹⁹² V. *Supra* n° 260.

obligations non matérialisées par renvoi implicite. Si les contractants choisissent d'établir un acte instrumentaire, c'est dans l'objectif de formaliser leur relation contractuelle. Dans cette hypothèse, il semble, donc, difficile d'admettre que cette même expression du consensualisme permette de justifier la coexistence entre un contrat formalisé et des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

B) Le rejet du consensualisme obligationnel dans les contrats formels

331. - L'opposition entre le consensualisme et le formalisme – La nature formelle des contrats exclut, de fait, l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite. En exigeant un écrit, le législateur poursuit un objectif précis, la protection de la volonté de l'une au moins des parties⁹⁹³, de l'opération contractuelle ou du tiers⁹⁹⁴. S'il est possible de distinguer différentes catégories d'écrits – validant, probant, atténué, informatif... – seul celui qui est sanctionné⁹⁹⁵ – peu importe la nature de la sanction – sera envisagé⁹⁹⁶. Dans cette hypothèse, le législateur condamne, donc, l'absence d'établissement, par les parties, de l'acte instrumentaire qu'il leur impose. La question qui se pose est celle de savoir s'il n'est pas contradictoire de considérer que le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite qui s'imposent dans les contrats formels est le consensualisme. Pour ce faire, il ne convient pas d'envisager le consensualisme de manière traditionnelle en se plaçant du point de vue du contrat. Dans cette hypothèse, il est une technique offerte aux parties afin de doter de force obligatoire leur engagement par le simple échange de leurs consentements. La nature formelle du contrat entre, par conséquent, en contradiction avec un éventuel caractère consensuel puisqu'ils ne peuvent se cumuler. Le consensualisme ne peut, pas non plus, être considéré comme le choix de la forme par les parties. Le recours à l'écrit tel qu'envisagé dans les présents raisonnements n'est, en effet, pas choisi par les parties

⁹⁹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 317, n° 310.

⁹⁹⁴ Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », *Defrénois* 2000, p. 911, pt 20.

⁹⁹⁵ « *le formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative* » : V. G. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois* 1998, p. 497.

⁹⁹⁶ V. *Supra* n° 270.

mais leur est imposé. Si elles n'ont pas le choix de la forme, elles ne peuvent pas non plus y renoncer. Il est, ainsi, nécessaire d'envisager le consensualisme d'un point de vue obligationnel. Il sera, ainsi, perçu comme la volonté des parties de voir appliquer des obligations ni retranscrites ni référencées dans l'*instrumentum* à leur relation contractuelle.

332. - La contradiction relative au fondement consensualiste des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels – Les contrats formels ne se voient pas nécessairement imposer un contenu précis⁹⁹⁷. Si la règle est, en effet, d'avantage une règle de forme que de fond, elle sous-tend à un impératif de matérialisation du contenu obligationnel *a maxima* par retranscription ou *a minima* par référence. La révélation de l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels contrarie, toutefois, cette idée. Est-il possible de considérer que ces obligations se justifient par la mise en œuvre d'un consensualisme obligationnel ? Autrement dit, un contrat formel peut-il renfermer des obligations de nature consensualiste ? La cloison entre le formalisme et le consensualisme est-elle réellement étanche ou est-il possible de qualifier certaines relations contractuelles de « *formalo-consensualistes* » ? De manière plus large, il s'agit de savoir si deux concepts opposés peuvent être mêlés. Ces deux qualifications concernent initialement les contrats, la première étant l'exception de la seconde. Il semble, dans cette hypothèse, impossible de les appliquer de manière concomitante. Un contrat ne peut pas être à la fois formel et consensuel. Le consensualisme tel qu'envisagé dans les présents raisonnements implique, toutefois, de se placer du point de vue des obligations. Si le législateur impose aux parties un contenant écrit, ces dernières peuvent-elles se soumettre à un contenu non écrit ? Ces deux idées entrent, de fait, en contradiction. Si l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels est révélée, il est, dès lors, incohérent de les considérer comme justifiée par le consensualisme obligationnel.

⁹⁹⁷ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 880.

*

333. - Bilan – Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ont un effet contraignant. Ce postulat implique que leur le caractère obligatoire est juridiquement fondée. L'analyse « traditionnelle » consensualiste du fondement du contrat ne permet pas pourtant pas de les justifier. Il est, alors, nécessaire d'envisager la justification de la force obligatoire du contenu du contrat de manière plus « *moderne* ». Adopter une analyse renouvelée du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite se révèle, en effet, comme la seule façon de l'identifier.

Section 2 : L'analyse renouvelée du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite

334. - Le mode de fonctionnement de la société a évolué depuis la rédaction du Code civil. Face à la transformation des relations contractuelles, les fondements traditionnels apparaissent désuets et, partant, ne sont plus réellement adaptés à l'apparition de nouveaux mécanismes. Ce postulat s'illustre s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite dont le caractère obligatoire ne peut pas être justifiée par le consensualisme⁹⁹⁸. Il apparaît, dès lors, nécessaire de rechercher des fondements renouvelés qui semblent plus adaptés au paysage contractuel actuel.

L'émergence de justifications modernes applicables à l'effet contraignant du contenu obligationnel entraîne une hétérogénéité dans les fondements envisageables s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite (Paragraphe 1). Si chacun d'entre eux peut en justifier le caractère obligatoire de manière spécifique, il s'agira de rechercher une homogénéité dans l'application du fondement envisagé (Paragraphe 2).

⁹⁹⁸ V. *Supra* n° 320 et s.

Paragraphe 1 : L'application hétérogène des fondements envisageables

335. - Les relations contractuelles se modernisent et les fondements de l'effet contraignant des obligations auxquelles elles sont soumises suivent cette évolution. L'idée n'est pas de dresser une liste exhaustive des fondements renouvelés applicables en droit des contrats, mais d'en envisager les plus récurrents. Il s'agira, dans cette perspective, de les catégoriser. Lorsqu'une partie de ces justifications est axée sur des considérations économiques (I) une autre est attachée aux effets du contrat (II).

I. Les fondements axés sur des considérations économiques

336. - Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite peut se justifier par des considérations économiques encouragées par l'efficacité contractuelle (A) ou l'économie du contrat (B).

A) L'efficacité contractuelle

337. - **Notion d'efficacité contractuelle** – Apprécier l'efficacité consiste en une mise en parallèle entre un résultat souhaité et les moyens mis en œuvre pour y arriver ; l'objectif étant de dresser un rapport coût-efficacité. L'idée est, ainsi, d'obtenir le meilleur résultat en effectuant le moins d'effort possible, dans un esprit de rationalisation⁹⁹⁹. L'efficacité est donc marquée par un aspect économique. Il est possible d'illustrer cette dernière caractéristique, propre à la notion envisagée, par les contrats publics de partenariat et les exemptions relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

⁹⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », LPA 19 mai 2005, p. 15.

La notion d'efficience est, d'une part, employée en matière de contrats publics de partenariat¹⁰⁰⁰. Ce dernier est encadré par certaines conditions complétées, en 2008, par un critère d'efficience économique¹⁰⁰¹. Afin de conclure un tel contrat, l'Administration doit, ainsi, apporter la preuve qu'il est économiquement efficient. Autrement dit, il s'agit de démontrer que sa conclusion est, selon un bilan coût-efficacité, plus intéressante que le recours à un contrat de commande publique¹⁰⁰². L'aspect économique apparaît, ainsi, comme le critère de qualification de la notion d'efficience. Dans un tout autre domaine, d'autre part, une pratique anticoncurrentielle¹⁰⁰³ pourra être exemptée s'il est, notamment¹⁰⁰⁴, démontré qu'elle

¹⁰⁰⁰ Sur la notion de contrat de partenariat : CGCT, art. L. 1414-1 I : « *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret* ».

¹⁰⁰¹ L. n° 2008-735 du 28 juill. 2008 *relative aux contrats de partenariat* : JORF du 29 juill. 2008, p. 12144.

¹⁰⁰² Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Les contrats de partenariat : Guide méthodologique*, 25 mars 2011, pt. 1.3.3 – F. TENAILLEAU, « Contrats de partenariat », J.-Cl. Collectivités Territoriales, fasc. 758, 2012, pt. 58 – Sur la notion de contrat de commande publique : CJA, art. L. 511-1 : « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* » dès lors qu'il s'agit d'un besoin exprimé par le pouvoir public (D. MOREAU, « Référé précontractuel administratif », J.-Cl. Contrats et Marchés Publics, Fasc. 30-1, 2015, pt. 10).

¹⁰⁰³ C. com., art. L. 420-1 : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1° *Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*

2° *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*

3° *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*

4° *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* » – TFUE, art. 101 : « *1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :*

a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*
b) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*
c) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*

apporte un « gain d'efficience »¹⁰⁰⁵. La démonstration de cette exigence nécessite la mise en place d'un bilan économique. S'agissant, par exemple, d'un refus de vente du

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit » et art. 102 : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

¹⁰⁰⁴ Sur les autres conditions relatives à l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle : C. com., art. L. 420-4 : « I.- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :
1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.- Ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 420-2-1 les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte » – TFUE, art. 101 § 3 : « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

¹⁰⁰⁵ Com. CE, *Rapport sur la politique de concurrence de 2011*, COM(2012) 0253 final – C. GRYNFOGEL, « Droit français des ententes, article L. 420-1 du Code de commerce », J.-Cl. Commercial, fasc. 262, 2012, pts. 101, 142 et 159 – C. RAJA, « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », RTD com., 2014, p. 1.

fait de l'existence d'une clause d'exclusivité dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive, quatre conditions vont permettre d'apprécier si la pratique « *améliore l'efficacité au sein d'un réseau* »¹⁰⁰⁶, et peut, de ce fait, être exemptée. Seront, ainsi, analysés le progrès économique qu'assure la pratique, la réservation aux utilisateurs d'une partie du profit engendré, l'absence d'élimination de toute concurrence et le caractère indispensable des restrictions résultant de la clause pour atteindre un progrès économique¹⁰⁰⁷. Il s'agit, donc, de mettre en balance des considérations économiques afin de déterminer la possible exemption de la pratique anticoncurrentielle du fait de son caractère efficient.

La notion d'efficacité est, ainsi, appréciée d'un point de vue économique.

338. - Efficacité contractuelle et obligations non matérialisées par renvoi implicite – La question qui se pose alors est de savoir si l'efficacité contractuelle peut être retenue comme fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. La difficulté qu'entraîne cette notion réside dans son caractère strictement économique. Ce concept, essentiellement axé sur cet aspect trop restrictif, ne permet pas de justifier le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations relevant de la catégorie étudiée. L'inter-applicabilité des clauses compromissaires dans les contrats en situation d'interdépendance¹⁰⁰⁸ sera envisagée afin de mettre en exergue cette limite. La transposition d'une telle clause dans un contrat qui ne la prévoit pas mais qui appartient au même ensemble qu'un autre contrat dans lequel elle est stipulée ne peut, en effet, se justifier d'un point de vue économique. Il s'agit d'avantage, en effet, d'une

¹⁰⁰⁶ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées* : JOUE n° L 102 du 23 avr. 2010, consid. 6 et 7.

¹⁰⁰⁷ C. com., L. 420-4, I, 2°: « I. – *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :*

(...)

2° *Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».*

¹⁰⁰⁸ V. *Supra* n° 260.

logique judiciaire permettant de soumettre un conflit relatif à une situation comprenant plusieurs contrats et contractants à un mode de règlement similaire. L'efficacité contractuelle apparaît, dès lors, comme trop restrictive, du fait de son caractère économique, pour pouvoir être appliquée à l'ensemble des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Ce fondement, s'il ne peut s'envisager d'une manière absolue, permet, tout de même, d'expliquer le caractère obligatoire de certaines de ces obligations. L'obligatorité d'une obligation implicite tacite de caducité dans les contrats interdépendants¹⁰⁰⁹ répond, ainsi, au critère d'appréciation de l'efficacité contractuelle. Il s'agit de rendre inopérant un contrat dont l'exécution ne se justifie plus. Economiquement, en effet, il est difficile de justifier le paiement d'une somme d'argent en échange d'un service dont il est impossible de profiter. L'obligation non matérialisée par renvoi implicite envisagée permettra, ainsi, de doter un contrat d'efficacité en permettant à l'une des parties de ne pas fournir un effort lorsque le résultat escompté ne peut pas être atteint.

339. - D'un point de vue économique, l'efficacité contractuelle n'est pas le seul fondement renouvelé permettant de justifier le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées par renvoi implicite. L'économie du contrat apparaît, ainsi, comme une seconde justification envisageable.

B) L'économie du contrat

340. - **Analyse économique du contrat et économie du contrat** – L'étude de la notion d'économie du contrat nécessite de la distinguer, de manière préalable, de l'analyse économique du contrat. Si la première permet au juge de moduler le contenu de l'engagement, la seconde poursuit un tout autre objectif. L'analyse économique constitue un examen général de justice et d'utilité du mécanisme contractuel, d'un point de vue économique. Ce mécanisme peut, par exemple, s'illustrer par la théorie de l'*efficient breach of contract*¹⁰¹⁰. Il s'agit de mettre en balance le prix de l'inexécution

¹⁰⁰⁹ V. *Supra* n° 254.

¹⁰¹⁰ D. MAINGUY, « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », D. 2011, p. 1460, pt. 1.

d'un contrat et les gains qu'elle génère¹⁰¹¹. Par exemple, A est engagé envers B au titre d'une promesse de vente. Un tiers, C, propose à A de lui acheter le bien à un prix supérieur. Il s'agit, alors, de comparer le montant de la sanction de l'inexécution de la promesse de vente et le surplus qui sera généré si le contrat est finalement conclu avec C pour savoir dans quelle situation A sera gagnant. L'analyse économique ne se révèle, donc, pas comme un instrument permettant d'interpréter et de moduler le contrat. Elle permet, en effet, d'étudier le mécanisme contractuel à travers des clés, des enjeux économiques généraux. Ce postulat ne permet, donc, pas, d'envisager l'analyse économique du contrat au titre de fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

341. - La notion d'économie du contrat – La fonction principale d'un contrat réside dans le fait qu'il s'agisse d'un instrument d'échanges économiques¹⁰¹². L'économie du

¹⁰¹¹ C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2002 – M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 68 et s., n° 82 et s. – O.W. HOLMES, Jr., *The path of the law*, 10 *Harvard Law Review* 457, 1897, http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.

¹⁰¹² R. SACCO, *Dictionnaire, Contrat*, Revue européenne de droit privé, Boston Kluwer Law International, 1999, p. 237 et s., cité par J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'éco. ind.* 2000, p. 81.

contrat est, de ce fait, utilisée par les juges¹⁰¹³ pour justifier leur ingérence dans la sphère contractuelle. Cette notion vise « *l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties* »¹⁰¹⁴. Autrement dit, il s'agit d'effectuer une « *appréciation globale sur la cohérence du contrat* »¹⁰¹⁵ dans son « *fonctionnement, tel que les parties l'avaient envisagé* »¹⁰¹⁶. Envisager l'économie du contrat c'est donc analyser sa fonction économique globale et concrète par la synthèse de la volonté des parties. L'idée est, finalement, de délaissier le contrat en lui-même en faisant passer au premier plan l'opération économique souhaitée. L'« *économie du contrat, c'est matérialiser un accord de volontés par une opération globale et concrète* »¹⁰¹⁷. Les magistrats utilisent, ainsi, ce concept comme un moyen d'analyser l'engagement contractuel en considérant qu'il doit être économiquement efficace pour les parties, en fonction de l'opération qu'elles ont souhaité réaliser. S'il est certain que la volonté des parties n'est pas étrangère à l'économie du contrat et se doit ainsi d'être prise en compte, elle est accompagnée par la considération d'un autre aspect plus objectif. L'économie du

¹⁰¹³ Par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, n° 92-13886 : « *l'une des deux ventes pouvant être poursuivie séparément sans rompre l'économie du contrat, puisqu'aucune des conventions ne contenait de dispositions rendant leur réalisation indissociable l'une de l'autre* » – Cass. civ. 3^{ème}, 6 déc. 1995, Bull. civ. III, n° 250 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le bailleur avait un intérêt légitime à ce que l'économie de la convention consentie à des copreneurs ne soit pas perturbée, la cour d'appel a, sans se contredire, pu en déduire que ces copreneurs ne pouvaient imposer aux consorts Y... le transfert par l'un d'eux de ses droits à l'autre cotitulaire du bail et refuser d'autoriser la cession* » – Cass. com., 3 janv. 1996, n° 94-12314 : RJDA 1996, p. 353, n° 490 ; RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. MESTRE : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne résultait pas de ses constatations que le franchisé ait donné son accord pour que soit modifiée l'économie du contrat* » – C. constit., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033 ; RTD civ. 1998, p. 797, obs. N. MOLFESSIS et 1999, p. 78, obs. J. MESTRE ; D. 2000, somm. p. 60, obs. L. FAVOREU : « *Considérant, enfin, que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » – Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-19793 : Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, somm. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 2000, I, 272, n° 9 s., obs. A. CONSTANTIN ; JCP E 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; LPA 29 déc. 2000, p. 12, note F. MEILHAC-REDON et G. MARMOZ ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « *dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision* » – Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2014, n° 13-13966 : « *Mais attendu que la cour d'appel ayant constaté que le contrat de location du 15 février 1996, acte synallagmatique, ne prévoyait aucunement une location-vente avec imputation des loyers sur le prix de cession, en a exactement déduit que la prétention contraire de M. X... qui soutenait que Charles Y... lui avait promis de lui céder la licence, modifiait l'économie du contrat* ».

¹⁰¹⁴ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, p. 369, n° 587.

¹⁰¹⁵ G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, « Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats », LPA 20 déc. 2000, p. 16.

¹⁰¹⁶ E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », Rev. jur. Ouest 2000/50, p. 44.

¹⁰¹⁷ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, p. 67, n° 82.

contrat implique, ainsi, de mettre en balance le but de l'opération tel que perçu par les cocontractants et l'équilibre économique global du contrat¹⁰¹⁸. La référence à cet aspect économique du contrat nécessite, donc, un contrôle au double caractère objectif – l'équilibre financier global du contrat – et subjectif – la volonté des parties. La notion est, en pratique, mise en œuvre lorsque l'un des cocontractants ne reçoit aucune contrepartie réelle ou que l'exécution du contrat ne présente aucun intérêt pour l'une des parties¹⁰¹⁹.

342. - L'aspect objectif de l'économie du contrat – L'aspect objectif de l'économie s'analyse en considération de l'équilibre financier global de l'opération. Il est possible d'en illustrer l'appréciation à travers l'arrêt Point club vidéo¹⁰²⁰. Un couple de particuliers a, en l'espèce, conclu un contrat de location avec une société locatrice de vidéos avec l'intention d'ouvrir, dans leur commune, un établissement de location pour ces produits. Le contrat prévoyait que la location de ces cassettes vidéo serait destinée à une exploitation commerciale. Cette dernière s'est, toutefois, révélée impossible. Se situant dans un village rural comportant trop peu d'habitants, l'entreprise n'était, en effet, absolument pas rentable. Afin d'apprécier le contrat, la Cour de cassation a eu recours à des considérations d'ordre économique en estimant que l'engagement n'était pas profitable pour l'une des parties puisqu'il n'existait « aucune contrepartie ». Contrairement à l'arrêt Chronopost¹⁰²¹ où la Haute juridiction s'est intéressée à la volonté des parties, la jurisprudence Point club vidéo a nécessité une « sorte d'audit

¹⁰¹⁸ J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382.

¹⁰¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 308, n° 624 – J. MESTRE, « L'économie du contrat », RTD civ. 1996, p. 901 – J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382 – S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004 – A. ZELLEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat », JCP G 2001, I, 300.

¹⁰²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 94-14800, *Point club vidéo* : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500, note Ph. REIGNE ; JCP G. 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. LABARTHE ; Defrénois 1996, p. 1015, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ., p. 903, obs. J. MESTRE.

¹⁰²¹ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Chronopost* : Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 95 et s., n° 156 ; D. 1997, p. 121, note A. SERIAUX et somm. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN et I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY et I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Gaz. Pal. 1997, II, 519, note R. MARTIN ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; D. 1997. chron. 145, note Ch. LARROUMET ; D. aff. 1997, p. 235, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; JCP 1998, I, 152, note J.-P. CHAZAL.

concurrentiel du contrat »¹⁰²². Se constate, ainsi, un éloignement de l'opération économique telle qu'envisagée par les parties par l'appréciation des enjeux économiques globaux du contrat. Il est possible de mettre cette idée en parallèle avec la notion de bilan économique applicable en droit de la concurrence¹⁰²³. Ce bilan détermine si une entente anticoncurrentielle ou un abus de domination peut bénéficier de l'application de l'article L. 420-4 du Code de commerce¹⁰²⁴ et, ainsi, être justifiée par le progrès économique. L'analyse alors effectuée se base sur les avantages que pourraient objectivement apporter le comportement anticoncurrentiel du point de vue de la productivité ou des conditions du marché. L'aspect objectif de l'économie du contrat se rapproche de cette idée. Plus qu'une simple recherche de la volonté des parties, les magistrats sont, en effet, amenés à rechercher le contexte concurrentiel et économique du contrat afin d'en déduire les intérêts globaux recherchés. Cette idée peut être rapprochée de la notion de *consideration* prévue par le droit anglais. Il s'agit d'une condition de validité des contrats¹⁰²⁵ qui nécessite l'existence d'une contrepartie pour

¹⁰²² B. FAGES et J. MESTRE, « Droit du marché et droit commun des obligations, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 71.

¹⁰²³ D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 308.

¹⁰²⁴ C. com., art. L. 420-4 : « I. -Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.- Ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 420-2-1 les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

¹⁰²⁵ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 13.03 – « A person cannot enforce a promise unless he has given a consideration for it » (une personne ne peut pas être tenu par une promesse à moins qu'il ne lui soit donné une contrepartie) : M. H. WHINCUP, *Contract Law and Practice, The English system and continental comparisons*, Kluwer, 1992, p. 49.

chacun des cocontractants¹⁰²⁶. Cette dernière peut être constituée par un avantage pour celui qui promet ou un inconvénient pour le bénéficiaire¹⁰²⁷. Le concept de *consideration* est, ainsi, utilisé par les juges pour rééquilibrer ou annuler les contrats qui ne sont économiquement pas viables pour au moins l'une des parties. La *consideration* apparaît alors comme un contrôle exercé de manière objective sur l'économie du contrat.

Si la dimension objective de l'économie du contrat occupe une place importante en ce qu'elle permet d'apprécier l'efficacité de l'opération économique, l'objectif recherché par les parties est, aussi, pris en considération.

343. - L'aspect subjectif de l'économie du contrat – S'agissant de l'aspect subjectif de l'économie du contrat, Monsieur le Professeur Sébastien Pimont a effectué un rapprochement avec la théorie allemande du « *fondement contractuel* » à travers le marché à forfait¹⁰²⁸. Le « *fondement contractuel* » est un mécanisme prévu en droit allemand permettant de justifier la révision pour imprévision¹⁰²⁹ en cas, notamment, de « *trouble du but contractuel* »¹⁰³⁰. Concernant le marché à forfait¹⁰³¹, il est prévu, dans

¹⁰²⁶ J. BALEYTE, A. KURGANSKY, C. LAROCHE et J. SPINDLER, *Dictionnaire économique et juridique*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2000, p. 350.

¹⁰²⁷ « *Wherever... any injury to the one party, or any benefit to the other party springs from consideration, it is sufficient to support a contract* » W. W. STORY, *A Treatise on the Law of Contracts not under Seal*, 1847, rééd. Gale, Making of Modern Law, 2010, § 431, cité par : F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 13.03.

¹⁰²⁸ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, p. 258, n° 391.

¹⁰²⁹ BGB, §313 : « (1) *Lorsque les circonstances constituant le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause et que, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques, l'exécution du contrat initial ne peut pas être imposée à l'une des parties, une adaptation du contrat peut être demandée.*

(2) *Est assimilé à un changement de circonstances le fait que considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées.*

(3) *Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être imposée à l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive ».*

¹⁰³⁰ P. ANCEL et R. WINTGEN, « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006/3, p. 897, pt. 5.

¹⁰³¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 641, V° *Marché (-A forfait)* : « *Marché dans lequel l'entrepreneur accepte d'exécuter un ouvrage déterminé contre un prix déterminé ou fixe, lequel ne peut être modifié qu'avec le consentement écrit du maître d'ouvrage* ».

l'article 1793 du Code civil¹⁰³² que le maître d'ouvrage met en place un forfait qu'il doit respecter, à charge donc pour lui de supporter les risques. Par exception, ce forfait peut être transformé à une double condition. La modification est soumise au consentement du propriétaire et doit être retranscrite par écrit. Cette exigence d'écrit, qui constitue une condition de validité de la modification, a été, toutefois, tempérée par la jurisprudence. La Cour de cassation a, en effet, admis l'idée selon laquelle la modification du forfait due au bouleversement de l'économie du contrat n'exige pas ce formalisme¹⁰³³. La place accordée à l'opération économique telle qu'elle est recherchée par les parties de manière globale peut, ainsi, altérer le contenu obligationnel s'il n'y est plus adapté¹⁰³⁴.

Cet aspect subjectif est utilisé par la jurisprudence, notamment afin de justifier l'intangibilité d'un contrat de franchise en considérant que son contenu ne saurait être transformé si le franchisé ne donne pas son accord pour modifier l'économie du contrat. Il est possible d'illustrer cette idée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 3 janvier 1996¹⁰³⁵. La société Free Time – le franchiseur – a, en l'espèce, conclu un contrat de franchise avec la société Castel Grill – le franchisé –, en vue de l'exploitation d'un restaurant portant l'enseigne Free Time. La société Free Time a, par la suite, été reprise par la société X. Le franchisé s'est alors plaint de la mauvaise exécution de ses obligations contractuelles par le nouveau franchiseur. Ce dernier a, en effet, notamment délaissé la marque Free Time en ne respectant plus ses obligations

¹⁰³² C. civ., art. 1793 : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire* ».

¹⁰³³ V. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 24 janv. 1990, n° 88-13384 : D. 1990, p. 257, note A. BENABENT : « *Qu'en statuant ainsi, sans constater que les modifications demandées avaient entraîné un bouleversement de l'économie des contrats, sans relever, à défaut d'une autorisation écrite préalable aux travaux, l'acceptation expresse et non équivoque, par le maître de l'ouvrage, de ces travaux une fois effectués et sans rechercher si le maître d'œuvre avait reçu mandat à cet effet, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* » – Cass. civ. 3^{ème}, 20 janv. 1999 : Bull. civ. III, n° 16 ; Defrénois 1999, p. 1128, obs. H. PERINET-MARQUET : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, à défaut d'autorisation écrite préalable aux travaux ou d'acceptation de ceux-ci et de leur prix après exécution, ces modifications étaient de nature à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁰³⁴ J. MESTRE, « L'économie du contrat », RTD civ. 1996, p. 901.

¹⁰³⁵ Cass. com., 3 janv. 1996, n° 94-12314 : RJDA 1996, n°490, p. 353 ; RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. MESTRE.

publi-promotionnelles et ouvert un restaurant X à proximité du fonds de commerce de la société Castel Grill lui causant, par conséquent, une diminution de chiffre d'affaires. La Cour de cassation a, alors, estimé qu'il « *ne résultait pas de ces constatations que le franchisé ait donné son accord pour que soit modifiée l'économie du contrat* »¹⁰³⁶. Par cette formulation, la Haute juridiction met en évidence les liens entre la volonté des parties et l'économie du contrat et, partant, l'aspect subjectif de cette dernière notion.

Dans un arrêt rendu en 2005¹⁰³⁷, la Cour de cassation a donné des éléments subjectifs d'appréciation de l'économie d'un contrat appuyant, ainsi, l'importance de la place de la volonté des parties. Monsieur Y a, en l'espèce, concédé par acte authentique aux époux Z un droit d'usage et d'habitation sur une ferme et ses dépendances dont il est propriétaire, avec constitution d'une servitude de passage sur un terrain lui appartenant. Le contrat, conclu moyennant le prix forfaitaire de 30.000 francs, prévoyait l'obligation, pour le propriétaire, d'assurer toutes les réparations, menues ou grosses, et de supporter les charges de chauffage, eau et électricité. La question qui se posait était alors de savoir si le contrat n'était pas dénué de cause du fait du caractère dérisoire de la contrepartie fournie par les époux par rapport à l'importance de l'obligation à la charge du propriétaire. La Cour de cassation a, alors, considéré que « *la cour d'appel qui, en se référant à l'économie du contrat, a, notamment, relevé que les époux Z... n'étaient obligés qu'au seul paiement des charges fixes et impôts afférents à l'immeuble et examiné leur obligation au paiement du prix convenu au regard tant de l'espérance de vie des parties que de la durée d'amortissement par rapport aux loyers qu'ils payaient antérieurement, a, en considération de ces éléments, souverainement retenu le caractère dérisoire de ce prix pour en déduire exactement l'absence de cause de l'obligation contractée par Monsieur Y* ». La Cour de cassation a, ainsi, précisé les éléments d'appréciation de l'économie du contrat. Les considérations envisagées relevant intégralement de la situation particulière des contractants et de l'opération à laquelle ils ont voulu aboutir dans le cas d'espèce, la Haute juridiction a appuyé l'importance de son aspect subjectif.

¹⁰³⁶ L. AMIEL-COSME, « L'apport partiel d'actif et le contrat de franchise ou le fabuleux destin de *l'intuitus personae* », Rev. sociétés 2010, p. 562.

¹⁰³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 03-12496 : D. 2005, IR, 1379 – S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, Droit des contrats, D. 2005, p. 2836.

Cette analyse subjective de l'économie du contrat permet, au juge, d'apprécier les situations contractuelles en fonction de l'opération à laquelle les parties souhaitent aboutir¹⁰³⁸ et aux moyens qu'elles ont prévu afin de la réaliser. Un contrat pourra, alors, être sanctionné lorsque « *l'économie voulue par les contractants, lors de sa conclusion, est impossible, parce que le but contractuel qui les avait déterminés à s'engager est, lui-même, impossible à réaliser* »¹⁰³⁹. La cause du contrat apparaît, alors, comme « *l'instrument qui permet de garantir que le contrat présente et conserve bien l'utilité et l'intérêt en considération desquels le contractant victime de l'inexécution s'était engagé* »¹⁰⁴⁰.

L'économie du contrat est donc appréciée subjectivement en fonction de la volonté des parties et objectivement par l'analyse l'équilibre contractuel global – qui transcende la simple volonté des cocontractants.

344. - Le caractère restrictif de l'économie du contrat comme fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite – L'économie du contrat permet donc, principalement, de rééquilibrer une relation contractuelle à la fois d'un point de vue objectif et subjectif mais dans une perspective économique commune. Ce dernier postulat met en exergue la limite du choix de la notion comme fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. De la même manière que l'efficacité contractuelle, l'économie du contrat peut, en effet, justifier le caractère obligatoire de certaines de ces obligations mais son aspect économique ne lui permet pas d'en constituer un fondement homogène¹⁰⁴¹.

345. - Les fondements renouvelés axés sur des considérations économiques trouvent donc leur place s'agissant de la justification de l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite mais uniquement de manière spécifique.

¹⁰³⁸ J. MESTRE, « L'économie du contrat », RTD. civ. 1996, p. 901.

¹⁰³⁹ D. MAZEAUD, « Cause » (à propos de Cass. com., 27 mars 2007 n° 06-10452 : D. 2007, p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; JCP G 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET), RDC 2008/2, p. 231.

¹⁰⁴⁰ D. MAZEAUD, « Cause » (à propos de Cass. com., 27 mars 2007 n° 06-10452 : D. 2007, p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; JCP G 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET), RDC 2008/2, p. 231.

¹⁰⁴¹ V. *Supra* n° 338.

L'hétérogénéité des fondements envisageables peut être complétée par ceux qui sont orientés sur les effets du contrat.

II. Les fondements axés sur les effets du contrat

346. - Il existe des fondements renouvelés axés sur les effets du contrat qui permettront de justifier le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit de distinguer ces justifications en considération du caractère objectif (A) ou subjectif (B) de l'analyse qu'elles offrent du contrat et, partant, de son contenu.

A) L'analyse objective des effets du contrat : l'effectivité contractuelle

347. - **Notion d'effectivité contractuelle** – L'effectivité vise le résultat réellement atteint¹⁰⁴². Il s'agit de « *tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir* »¹⁰⁴³. Autrement dit, la notion s'entend, juridiquement, comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹⁰⁴⁴. De ces définitions ressort l'idée selon laquelle l'analyse de l'effectivité s'effectue en fonction de l'existence d'effets, indépendamment de leur nature.

S'agissant particulièrement de la matière contractuelle, il est possible d'analyser le champ d'application de la notion en effectuant un parallèle avec le droit des sociétés. Les conditions sous lesquelles le salarié d'une société anonyme souhaite en devenir

¹⁰⁴² M. COIPEL, « L'évaluation de l'effectivité et de l'efficacité en légistique matérielle », in Liber Amicorum P. DELNOY, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 885 et s. – F. LEURQUIN DE VISSCHER, « Pour une évaluation législative », Rev. Belge de dr. const, 1995, n° 3, p. 277 – L. MADER, « L'évaluation législative : Pour une analyse empirique des effets de la législation », Payot, Lausanne, 1985, p. 56, 77 et 82 – C. RAJA, *Droit de la concurrence et droit de la santé : Etude d'un entrecroisement normatif*, Thèse, Montpellier, 2010, p. 171, n° 167 : « *Ainsi y a-t-il lieu de distinguer l'effectivité, en ce qu'elle vise le résultat réellement atteint, de l'efficacité, désignant le résultat voulu par la règle, conformément à sa finalité, et encore de l'efficience, laquelle concerne le rapport existant entre le résultat voulu et les moyens utilisés pour y parvenir* ».

¹⁰⁴³ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, dir., PUF, coll. *Quadrige*, 2003, p. 583 et s., V° *Effectivité*.

¹⁰⁴⁴ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 217, V° *Effectivité*.

administrateur impliquent, notamment, l'existence d'un contrat de travail effectif¹⁰⁴⁵. Il s'agit donc d'appréhender la notion d'effectivité à travers cette illustration. Un contrat de travail sera considéré comme effectif dès lors qu'il présente un caractère « *sérieux et sincère* »¹⁰⁴⁶. Autrement dit, il ne doit pas être complaisant¹⁰⁴⁷. Afin de déterminer si un contrat de travail est effectif ou non, la jurisprudence a posé deux critères d'appréciation que sont l'existence de fonctions salariées distinctes du mandat social¹⁰⁴⁸ et l'existence d'un lien de subordination¹⁰⁴⁹. Sans qu'il ne soit nécessaire d'entrer dans les détails de ces dernières notions, l'idée est de démontrer qu'un contrat sera effectif s'il est réel, non fictif et, partant, s'il produit des effets, peu importe la nature de ces derniers.

348. - Effectivité contractuelle et obligations non matérialisées par renvoi implicite – Envisager l'effectivité contractuelle en tant que fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite implique de se demander si ces dernières s'imposent dans l'objectif de doter d'effets les contrats qui les contiennent. Le traitement de cette interrogation appelle, une fois de plus, une réponse spécifique à chaque obligation. Il a été précédemment démontré, par exemple, que les obligations contenues dans les conventions collectives pouvaient être considérées comme des obligations non matérialisées par renvoi implicite¹⁰⁵⁰. Dans cette hypothèse, le contrat de travail a un caractère effectif puisqu'il produit des effets et ce, indépendamment de

¹⁰⁴⁵ C. com., art. L. 225-22, al. 1^{er} : « *Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif* » – M. DESLANDES, « Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail », Rev. sociétés 1897, p. 1 – F. MANSUY, « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », Rev. sociétés 1987, p. 1 – A. SAYAD, « Mandat social et contrat de travail, attraits, limites et fictions », Rev. sociétés 1981, p. 1 – R. VATINET, « Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat de dirigeant social », Rev. sociétés 2005, p. 273 – Rép. min. AN n° 19266 : JOAN Q, 9 juin 2009, p. 5672.

¹⁰⁴⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 28^{ème} éd., 2015, p. 313, n° 565.

¹⁰⁴⁷ J. MONNET, « Sociétés anonymes, Conseil d'administration, Statut des administrateurs », J.-Cl. Commercial, fasc. 1377, 2009, pt. 85.

¹⁰⁴⁸ Cass. soc., 16 oct. 1980, n° 79-12751 : JurisData n° 1980-705370 ; Bull. civ. 1980, V, n° 745 ; Rev. sociétés 1981, p. 88, note Y. CHARTIER – Cass. soc., 16 avr. 1991, n° 89-43723 : RJDA 1991, n° 615.

¹⁰⁴⁹ Cass. soc., 19 févr. 1986 : Rev. sociétés 1986, p. 600 – Cass. soc., 5 févr. 1981 : JCP CI 1981, I, 9654 – Cass. soc., 25 nov. 1997, n° 94-45333 : Bull. civ. V, n° 397 – Cass. soc., 14 mai 1998, n° 97-40652 : Bull. civ. V, n° 256 – Cass. soc., 26 avr. 2000, n° 97-44241 : Bull. civ. V, n° 152 – Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48219 : Bull. civ. V, n° 362.

¹⁰⁵⁰ V. *Supra* n° 281 et s.

l'application des conventions en questions. Autrement dit, le caractère obligatoire du contenu de la convention collective ne se justifie pas en ce que, sans elle, le contrat ne produirait aucun effet. L'effectivité contractuelle n'apparaît pas, par conséquent, comme le fondement adéquat concernant ces obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Ce simple constat permet d'affirmer qu'il n'est pas possible, plus généralement, de considérer cette notion comme une justification applicable à l'ensemble des obligations relevant de cette catégorie. Les contrats vont, en effet, produire des effets indépendamment du caractère obligatoire de ces dernières. L'analyse objective des effets du contrat que représente l'effectivité contractuelle n'apparaît, donc, pas être un élément permettant la qualification de fondement de ces obligations. Il s'agit, alors, de se tourner vers les fondements renouvelés appelant à une analyse subjective des effets du contrat.

B) L'analyse subjective des effets du contrat

349. - L'efficacité (1) et la cohérence (2) contractuelles apparaissent comme deux fondements renouvelés axés sur une analyse subjective des effets du contrat. Il s'agira, alors, de se demander si ces notions peuvent constituer des fondements aux obligations non matérialisées par renvoi implicite.

1. L'efficacité contractuelle

350. - **Notion d'efficacité contractuelle** – Le langage commun qualifie d'efficace ce « *qui produit les effets qu'on attend* »¹⁰⁵¹. Un contrat est, donc, doté d'efficacité dès lors qu'il produit les effets que les parties ou le droit en espèrent considérant sa finalité¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 824, V° *Efficace*.

¹⁰⁵² C. RAJA, *Droit de la concurrence et droit de la santé : Etude d'un entrecroisement normatif*, Thèse, Montpellier, 2010, p. 171-172, n° 167.

Si, en bien des points, la notion d'efficacité se rapproche de celle d'efficience¹⁰⁵³, l'aspect économique de cette dernière, absente de la première, les distingue¹⁰⁵⁴.

Madame le Professeur Hélène Boucard désigne comme efficace le contrat de travail qui n'est ni nul, ni résolu¹⁰⁵⁵. Ce postulat se justifie justement en ce que la qualification d'efficacité contractuelle dépend de la production d'effet d'un contrat telle que désirée¹⁰⁵⁶ par les cocontractants et voulue par le droit. La nullité ou la résolution d'un contrat le prive, de fait, de cette efficacité puisqu'il ne produit plus aucun des effets attendus et est considéré comme n'en ayant jamais produit. Pour qu'un contrat de vente soit efficace, il est nécessaire que l'acheteur devienne propriétaire de la chose et que le vendeur reçoive le prix convenu puisque ces effets sont ceux qui sont à la fois voulus par les parties et par le droit¹⁰⁵⁷. Cette idée est, d'ailleurs, appuyée par l'alinéa 1^{er} de l'article 1601 du Code civil. Ce dernier qualifie de nulle la vente d'une chose ayant péri en totalité au moment de la conclusion du contrat. Cette disposition, lue de manière conjointe avec le postulat avancé par Madame le Professeur Hélène Boucard, met bien en exergue l'idée selon laquelle un contrat efficace est un contrat qui produit les effets¹⁰⁵⁸ recherchés quant à sa finalité et qui n'est, de fait, ni nul ni résolu.

Le terme d'efficacité a été employé s'agissant des clauses de divisibilité stipulées dans les contrats en situation d'interdépendance. Dans un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, a été considérée comme applicable la clause « *emportant la divisibilité des contrats de groupe* »¹⁰⁵⁹. Si une telle stipulation contractuelle est contraire, d'un point de vue économique, à la situation considérée dans son

¹⁰⁵³ Sur la notion d'efficience, V. *Supra* n° 337.

¹⁰⁵⁴ F. VIALLA, « Ne pas confondre efficacité et efficience. (A propos de l'intervention institutionnelle en matière de prescription de médicaments ou comment concilier intérêt sanitaire et intérêt économique) », LPA 30 oct. 2009, p. 3.

¹⁰⁵⁵ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 127.

¹⁰⁵⁶ E. MACKAAY, « L'efficacité du contrat, une perspective économique du droit », in *L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 31 et s.

¹⁰⁵⁷ C. civ., art. 1582, al. 1^{er} : « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ».

¹⁰⁵⁸ S. BRENA, « Technique contractuelle », JCP E 2006, n° 27, p. 2064.

¹⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-68014 : D. 2011, p. 566, note D. MAZEAUD.

ensemble¹⁰⁶⁰, il n'en demeure pas moins que les magistrats l'avaient dotée d'une efficacité¹⁰⁶¹ en lui faisant produire les effets souhaités par les parties.

En considération de ces différents exemples d'emploi de la notion d'efficacité, il s'agit donc bien de se référer aux effets produits tels que voulus par les parties et par le droit.

351.- Efficacité contractuelle et obligations non matérialisées par renvoi implicite – Il s'agit, alors, de s'interroger sur la possible utilisation de l'efficacité contractuelle comme fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Autrement dit, est-il possible de justifier le caractère obligatoire de ces dernières en ce qu'elles permettent de doter le contrat d'un effet voulu par les parties ou le droit en considération de sa finalité ?

L'efficacité apparaît comme trop restrictive. Si l'effet du contrat est, en effet, apprécié en considération de ce qui est attendu par les cocontractants et le droit, d'autres éléments d'appréciation ne sont pas envisagés par la notion. Or, les obligations non matérialisées par renvoi implicite peuvent se justifier par des considérations d'autres ordres, et notamment économiques. Afin d'illustrer cette idée, sera envisagé l'exemple des contrats interdépendants et leurs obligations implicites de tacite caducité¹⁰⁶². Lorsque deux contrats font partie d'un ensemble interdépendant, l'anéantissement de l'un entraîne la caducité de l'autre par le jeu de cette obligation non matérialisée par renvoi implicite. Les effets attendus pour chacun des contrats, que ce soit du point de vue des cocontractants ou du droit, ne réside pas dans le prononcé de leur caducité mais

¹⁰⁶⁰ Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-14585 et n° 93-15671 : D. 1996, p. 141, note S. PIQUET ; D. 1995, somm. p. 231, obs. L. AYNES ; Contrat, conc. consom., juin 1995, comm. n° 105 ; D. 1996, p. 141, note S. PIQUET et somm. comm. p. 231, obs. L. AYNES ; JCP E 1996, I, 523, obs. J.-B. SEUBE : « *l'indivisibilité des conventions [repose] sur la considération de chacune d'entre elles par les parties comme une condition de l'existence des autres et non pas sur la nature spécifique de l'objet loué par rapport aux utilisations envisagées* » – *Contra* : Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR – Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18052.

¹⁰⁶¹ « *L'efficacité d'une clause de divisibilité (...) avait été consacrée* » : X. DELPECH, « Interdépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité » (à propos de : Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927 et n° 11-22768), D. 2013, p. 1273.

¹⁰⁶² V. *Supra* n° 254.

bien dans l'exécution des prestations respectives dans les conditions contractuellement et juridiquement prévues. Il est, dès lors, compliqué de justifier cette obligation implicite de tacite caducité par l'efficacité contractuelle puisque les effets voulus du contrat ne se réaliseront pas du fait de son caractère obligatoire. Ce fondement apparaît, donc, comme trop restrictif pour pouvoir être utilisé de manière homogène afin de justifier l'ensemble des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit, dès lors, de se tourner vers une autre notion qu'est la cohérence contractuelle.

2. La cohérence contractuelle

352. - Notion de cohérence contractuelle – La cohérence se définit comme la « *liaison, le rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles sans contradiction* »¹⁰⁶³. Juridiquement, la notion de cohérence contractuelle est envisagée par les principes UNIDROIT en leur article 4.4¹⁰⁶⁴. Sa compréhension nécessite une lecture globale de la disposition. Cette dernière s'inscrit dans le cadre des règles relatives à l'interprétation du contrat. Il s'agit de considérer l'idée selon laquelle les stipulations contractuelles ne peuvent pas être appréciées de manière isolées mais comme faisant partie d'un ensemble global. Pour qu'un contrat soit cohérent, chacune de ses clauses doivent, ainsi, être interprétées tant en considération de l'ensemble du contrat que des éléments – pris isolément – qui le composent.

En pratique, rechercher la cohérence nécessite, donc, de comparer ce qui est contractuellement prévu et le comportement des cocontractants¹⁰⁶⁵ et de vérifier que ces deux éléments n'entrent pas en contradiction¹⁰⁶⁶. Son contrôle est effectué par les magistrats¹⁰⁶⁷. Dans un arrêt de 2005¹⁰⁶⁸, la Chambre commerciale de la Cour de

¹⁰⁶³ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 463, V° *Cohérence*.

¹⁰⁶⁴ Principes UNIDROIT, art. 4.4 (Cohérence du contrat) : « *Les clauses et les expressions s'interprètent en fonction de l'ensemble du contrat ou de la déclaration où elles figurent* ».

¹⁰⁶⁵ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

¹⁰⁶⁶ V. M. BEHAR-TOUCHAIS (dir), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2001.

¹⁰⁶⁷ P.-Y. GAUTIER, « Le non-vouloir dans les documents contractuels : où la Cour de cassation perd une occasion d'appliquer l'adage *protestatio non valet contra actum* » (à propos de : Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2001 : Contrats, conc. consom. 2001, n° 101, note L. LEVENEUR), RTD civ. 2001, p. 904.

cassation a, ainsi, sanctionné une banque dont le comportement entrainé en contradiction avec la convention conclue. Une convention d'unité de comptes entre deux sous-comptes avait, en l'espèce, été conclue. Durant l'exécution du contrat, la banque avait, toutefois, fait fonctionner les deux sous-comptes de manière indépendante. Le premier était en état débiteur tandis que le second était créancier. Le cocontractant a donné un ordre de virement du second vers le premier que la banque a refusé d'exécuter, arguant de l'état de dépendance des deux sous-comptes. La Cour de cassation a alors sanctionné la banque sur le fondement de la cohérence en considérant qu'elle avait « *adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention litigieuse, dont elle a revendiqué ensuite le bénéfice* ». La Haute juridiction a, par conséquent, écarté l'application de la clause contractuelle de dépendance¹⁰⁶⁹.

Il est, par ailleurs, possible d'illustrer l'idée de cohérence contractuelle à travers l'arrêt Chronopost¹⁰⁷⁰. La société Chronopost, spécialiste du transport rapide, s'engageait, en l'espèce, envers ses clients à livrer leurs colis au plus tard le lendemain à midi de leur envoi. Le contrat comportait une clause limitative de responsabilité fixant l'indemnisation du retard au prix du transport. La société Banchereau a confié, à deux reprises, à la société Chronopost, des colis contenant des soumissions à une adjudication. Ces derniers, n'ayant pas été livrés dans le délai promis, ont fait perdre à la société Banchereau la chance d'obtenir certains marchés. Dans cette affaire, la Chambre commerciale de la Cour de cassation constata que la clause limitative de responsabilité contredisait une « *obligation essentielle* » du contrat. Si la société Chronopost n'était pas sanctionnée pour le non-respect de ses obligations, rien ne la contraignait, en effet, à les respecter. L'existence de la clause limitative de responsabilité, vidant l'obligation de sa substance, elle posait, ainsi, un souci de cohérence. Cette idée se justifie, alors, en ce

¹⁰⁶⁸ Cass. com., 8 mars 2005 : D. 2005, AJ p. 883, obs. X. DELPUECH ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005, p. 397, obs. D. LEGEAIS ; Rev. Lamy Droit civil, juill./août 2005, p. 5, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2005, p. 1015, obs. D. MAZEAUD.

¹⁰⁶⁹ S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-CAUSSON, « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836.

¹⁰⁷⁰ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Chronopost* : Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 95 et s., n° 156 ; D. 1997, p. 121, note A. SERIAUX et somm. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN et I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY et I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Gaz. Pal. 1997, II, 519, note R. MARTIN ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; D. 1997, chron. 145, note Ch. LARROUMET ; D. aff. 1997, p. 235, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; JCP 1998, I, 152, note J.-P. CHAZAL.

qu'il a pu être décelé une contradiction évidente entre la volonté des parties lors de leur engagement et les conséquences de l'existence de la stipulation contractuelle litigieuse s'agissant de leur comportement lors de l'exécution du contrat¹⁰⁷¹.

353. - Cohérence contractuelle et obligations non matérialisées par renvoi implicite – S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite, la cohérence contractuelle peut justifier les clauses de tacite caducité dans les contrats interdépendants¹⁰⁷². En imposant le prononcé de la caducité du contrat A en cas de résiliation du contrat B, le juge effectue, en effet, une véritable application de la cohérence contractuelle¹⁰⁷³. La cause de la conclusion de chaque contrat réside dans la conclusion et l'exécution du second. Il serait, ainsi, contradictoire que l'un s'exécute sans l'autre.

L'appréciation de cette notion apparaît, toutefois, trop subjective pour justifier le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Son appréciation devant être effectuée eu égard au comportement des parties, elle ne peut, en effet, pas s'appliquer de manière générale à l'ensemble d'une catégorie d'obligations. Toujours sur le terrain des contrats économiquement interdépendants mais concernant les clauses compromissoires¹⁰⁷⁴, le fait de soumettre, en cas de litige, les deux contrats au même mode de règlement des litiges, et donc d'imposer la clause aux cocontractants qui ne l'ont pas prévue, ne se révèle pas comme un remède à une éventuelle contradiction dans le comportement des cocontractants. Il s'agit, en effet, beaucoup plus d'un manque de logique que d'une contradiction au sens propre du terme.

354. - L'analyse de l'hétérogénéité des fondements renouvelés applicables aux obligations non matérialisées par renvoi implicite permet de constater que certains d'entre eux peuvent en justifier l'effet contraignant, mais uniquement de manière spécifique. Il s'agit, donc, de s'interroger sur l'existence d'un fondement homogène qui

¹⁰⁷¹ J. ROCHFELD, « Cause », Rép. civ. Dalloz, 2012, pt. 54.

¹⁰⁷² V. *Supra* n° 253.

¹⁰⁷³ J. ROCHFELD, « Cause », Rép. civ. Dalloz, 2012, pt. 54.

¹⁰⁷⁴ V. *Supra* n° 256.

permettrait de justifier le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations relevant de cette catégorie.

Paragraphe 2 : L'application homogène du fondement envisagé

355. - L'analyse de l'hétérogénéité des fondements renouvelés applicables aux obligations non matérialisées par renvoi implicite a permis de mettre en exergue les critères nécessaires au fondement retenu (I). L'identification de ces derniers permettra, alors, de révéler l'utilité obligationnelle qui apparaît comme la justification applicable au caractère obligatoire de l'ensemble de cette catégorie d'obligations (II).

I. Les critères nécessaires au fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite

356. - **La nécessaire identification des critères du fondement** –L'identification du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite nécessite, au préalable, d'en définir les critères de qualification. La connaissance des exigences nécessaires à la justification de leur caractère obligatoire permettra, en effet, d'en faciliter la révélation. Un élargissement du champ d'appréciation de l'autonomie de la volonté (A) et le caractère général de son appréciation (B) sont les deux caractéristiques auxquelles le fondement retenu devra, nécessairement, répondre.

A) Un fondement élargissant le champ d'appréciation de l'autonomie de la volonté

357. - **Une vision traditionnelle trop étroite** – Les contrats répondent au principe de l'autonomie de la volonté selon lequel chaque individu est libre d'en conclure ou de ne pas en conclure. Autrement dit, seule la volonté peut engager¹⁰⁷⁵. Si les contractants choisissent d'être contractuellement liés, ils sont, alors, libres de choisir le contenu de

¹⁰⁷⁵ J. WALINE, « Le théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014p. 965 et s., spéc. p. 969.

leur relation¹⁰⁷⁶, sous réserve du respect de la loi et des bonnes mœurs¹⁰⁷⁷. Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite ne se justifie pas nécessairement par la volonté des parties de s'y soumettre¹⁰⁷⁸. Cette idée est parfaitement illustrée s'agissant de l'effet contraignant des clauses compromissoires dans les contrats interdépendants¹⁰⁷⁹. La validité d'une telle clause nécessite qu'elle soit, notamment, retranscrite par écrit¹⁰⁸⁰. Si cette exigence n'est pas respectée, l'obligation est inopérante et les parties sont, par conséquent, dans l'impossibilité de faire régler leur litige par un tribunal arbitral. S'agissant des contrats interdépendants, un contrat 1 est conclu entre A et B et comporte une clause attributive de compétence. Un contrat 2, liant B et C, ne prévoit pas cette stipulation qui, bien qu'elle ne soit pas retranscrite par écrit, s'impose à l'engagement contractuel. Tout éventuel conflit sera, de ce fait, réglé par le biais de l'arbitrage, qu'il concerne le contrat 1, le contrat 2 ou l'ensemble contractuel. Chaque contrat a pour point commun l'un des cocontractants – B dans notre exemple. Il est possible de déduire, en ce qui le concerne, que s'il est consentant pour soumettre le litige à un tribunal arbitral s'agissant du contrat 1, il le sera aussi pour le second. Qu'en est-il, toutefois, pour l'autre cocontractant – C dans notre exemple ?¹⁰⁸¹ Sa volonté de doter la clause compromissoire d'obligatorité semble difficile à révéler. Si l'autonomie de la volonté offre aux parties la possibilité de choisir le contenu obligationnel dans le respect de la loi, il est nécessaire que la clause compromissoire soit retranscrite par écrit afin de prouver la volonté des parties de s'y soumettre. Du point de vue du seul contrat 2, il est, donc, impossible de justifier cette obligation non matérialisée par renvoi implicite par un fondement impliquant l'existence du consentement des contractants. L'analyse actuelle du champ de l'autonomie de la

¹⁰⁷⁶ « La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique » : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, 1801, in Jean Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s., spéc. p. 54.

¹⁰⁷⁷ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁰⁷⁸ V. *Supra* n° 321 et s.

¹⁰⁷⁹ V. *Supra* n° 256.

¹⁰⁸⁰ CPC, art. 1443, al. 1^{er} : « La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel il se réfère ».

¹⁰⁸¹ M. LATINA, « La transmission de la clause attributive de compétence » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n° 13-24796), *LEDC* 2015/5, p. 3.

volonté ne permet, donc, pas de justifier l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

358. - Une vision élargie nécessaire – Si l'approche actuelle de l'autonomie de la volonté ne justifie pas le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite, la pratique démontre qu'elles ont tout de même un effet contraignant. Puisque qu'elles ne relèvent pas de la catégorie des obligations imposées, il est nécessaire d'envisager une vision élargie du champ d'appréciation de l'autonomie de la volonté. Afin de justifier et de comprendre ce qui est entendu par cette idée d'extension, il s'agit de reprendre l'exemple précédemment employé. La révélation du consentement de C de se soumettre à la clause compromissoire prévue par le contrat 1 – auquel il n'est pas partie – doit être recherchée ailleurs que dans la sphère limitée du seul contrat 2. Bien qu'il soit partie à un contrat ne prévoyant aucune clause compromissoire, il a intégré un ensemble interdépendant. Il a, par conséquent, consenti à s'en voir opposer les conséquences. Autrement dit, l'expression de l'autonomie de la volonté lors de la conclusion d'un contrat impliquant une situation d'interdépendance implique la volonté tacite de se soumettre à une logique globale. Il s'agit, dans ce cas précis, d'accepter de se placer, concernant le règlement d'un litige, non plus du point de vue du seul rapport contractuel entre B et C mais de celui de l'ensemble contractuel – et donc en considération des contrats 1 et 2. La volonté des contractants ne s'envisage donc plus uniquement du point de vue de ce qui est prévu dans le contrat mais aussi de celui du contexte général de l'engagement. S'agissant du caractère obligatoire du contenu du règlement intérieur dans le cadre d'un contrat de travail¹⁰⁸², le raisonnement est similaire. Il s'agit de distinguer la volonté du salarié de se soumettre au contrat de travail en lui-même et celle d'intégrer une société particulière répondant à des règles spécifiques.

La justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite implique, donc, de transcender le pur rapport contractuel pour évoluer vers une appréciation beaucoup plus globale de la situation. L'autonomie de la volonté revêt, ainsi, deux acceptions. Traditionnellement, d'une part, elle s'envisage restrictivement comme la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat particulier en se

¹⁰⁸² V. *Supra* n° 281 et s.

soumettant à un certain contenu. D'une manière plus extensive, d'autre part, elle révèle la volonté d'intégrer une certaine logique contractuelle transcendant le seul contenu obligationnel prévu explicitement par les parties.

359. - Cet élargissement de la vision de l'autonomie de la volonté n'est pas le seul critère nécessaire au fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il doit, en effet, nécessairement répondre à des exigences d'appréciation générale.

B) Un fondement d'appréciation générale

360. - L'exigence d'appréciation générale à laquelle le fondement retenu des obligations non matérialisées par renvoi implicite doit répondre implique qu'il mêle objectivité et subjectivité (1) et qu'il dépasse des seules considérations d'ordre économique (2).

1. Un fondement d'appréciation subjective et objective

361. - **La nécessité de mêler objectivité et subjectivité** – La nécessité d'adopter une vision plus élargie de l'autonomie de la volonté démontre que le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite ne peut pas s'envisager d'un seul point de vue subjectif – et, donc, uniquement en considération de ce que les parties ont voulu. Il s'agit, par conséquent, de trouver une justification qui implique une appréciation au caractère à la fois subjectif – en se plaçant du point de vue des parties – et objectif – en prenant en considération des éléments extérieurs d'appréciation.

362. - **Illustrations** – Le caractère obligatoire des conventions collectives dans les contrats de travail et les obligations implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants seront utilisées afin d'illustrer la nécessité de cette double appréciation – objective et subjective – s'agissant du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Concernant, d'une part, l'application d'une convention collective dans une relation de travail, il importe peu qu'elle soit expressément prévue ou référencée dans l'acte instrumentaire¹⁰⁸³ puisqu'elle sera applicable dès lors que l'employeur aura consenti à son caractère obligatoire¹⁰⁸⁴. Un tempérament doit, toutefois, être apporté à cette idée. Si l'employeur n'a pas mis le salarié en mesure de prendre connaissance de la convention collective applicable, elle ne sera pas dotée d'un effet contraignant à l'égard de ce dernier¹⁰⁸⁵. Cette règle signifie, *a contrario*, que, dès lors que l'employé a la capacité d'en connaître le contenu, le document s'impose à lui. Il n'est, toutefois, nullement question de conditionner le caractère obligatoire de la convention au consentement explicite du salarié. Le simple fait, en effet, de le mettre en mesure d'en connaître suffit à lui imposer les obligations qu'elle comporte. Il ne s'agit plus, dès lors, d'une appréciation subjective de la justification du caractère obligatoire de son contenu car elle ne relève pas de la volonté d'au moins l'une des parties de s'y soumettre. L'effet contraignant de telles conventions se justifie par l'encadrement des relations de travail en encourageant un bon fonctionnement d'une entreprise par l'application de règles spécifiques et claires sur lesquelles employés et employeur se sont accordés. Il s'agit, donc, d'envisager un fondement beaucoup plus objectif à cette obligation non matérialisée par renvoi implicite que la simple volonté des deux cocontractants de la doter d'un effet contraignant.

L'étude des obligations implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants permet, d'autre part, de justifier le double caractère objectif et subjectif de la justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Les parties ont pu, dans certaines espèces, tenter d'anticiper l'application d'une telle obligation en stipulant une clause d'indépendance de chacun des contrats vis-à-vis de l'autre. Deux logiques s'affrontent alors dans cette hypothèse. D'un point de vue subjectif, les parties ont prévu que l'inexécution d'un contrat n'aurait aucun impact sur l'autre. Leur volonté explicite est, donc, de rejeter toute obligation implicite

¹⁰⁸³ V. *Supra* n° 282 et s.

¹⁰⁸⁴ Cass. soc. 15 avr. 1983, n° 81-40166 : Bull. civ. V, n° 199 – Cass. soc. 26 févr. 1992, n° 88-44441 : RJS 1992/4, n° 470 – Cass. soc. 21 oct. 1992, RJS 12/1992, n° 1402 – S. NADAL, Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions, Rép. trav. Dalloz, 2015, pt. 100 et s.

¹⁰⁸⁵ Cass. soc., 14 févr. 1996, n° 92-43365 : Juns. Hebdo n° 7426, 5 mars 1996.

de tacite caducité. D'un point de vue objectif, la finalité globale de l'opération invite à écarter toute clause d'indépendance¹⁰⁸⁶. Le mécanisme d'une telle stipulation contractuelle entre, en effet, en contradiction avec des impératifs relatifs à l'économie du contrat¹⁰⁸⁷ ou encore à son efficience¹⁰⁸⁸. Cette dernière solution étant celle retenue par la Cour de cassation¹⁰⁸⁹ et dévoilant l'existence d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite, elle ne peut se justifier par des considérations tenant à la volonté des parties.

Le fondement retenu des obligations non matérialisées par renvoi implicite doit, ainsi, nécessairement mêler objectivité et subjectivité. L'économie du contrat répondant à cette double exigence¹⁰⁹⁰ puisque ce fondement permet de prendre en considération à la fois l'opération économique et la façon dont elle était envisagée par les parties. Il s'agit, toutefois, d'une justification trop restrictive. Faisant, en effet, référence à des considérations d'ordre strictement économique, elle ne peut être appliquée de manière homogène à l'ensemble de cette catégorie d'obligations qui appelle à un fondement d'appréciation générale.

¹⁰⁸⁶ G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, « Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats », LPA 20 déc. 2000, p. 16.

¹⁰⁸⁷ V. *Supra* n° 344.

¹⁰⁸⁸ V. *Supra* n° 338.

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-19793 : Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, somm. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 2000, I, 272, n° 9 s., obs. A. CONSTANTIN ; JCP E 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; LPA 29 déc. 2000, p. 12, note F. MEILHAC-REDON et G. MARMOZ ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES Cass. com., 28 mars 2000, n° 96-19260 : D. 2000, p. 482 et p. 358 : « *Attendu, en second lieu, que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient que le crédit-bailleur était informé que le matériel pris à bail était destiné à être exploité par la société de publicité, qu'en tant que de besoin le crédit-bailleur autorisait cette exploitation, qu'il s'agissait d'un matériel très spécifique et que la seule cause du contrat de crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images, ce dont il déduit que les deux contrats étaient interdépendants et, par suite, que l'exploitation devenant impossible du fait de la défaillance de la société de publicité, la résiliation du contrat de crédit-bail devait être prononcée ; qu'ainsi, et dès lors que le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat, la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, a légalement justifié sa décision* » – V. *Supra* n° 249.

¹⁰⁹⁰ V. *Supra* n° 341 et s.

2. Un fondement dépassant les seules considérations d'ordre économique

363. - Un fondement d'appréciation générale – Les obligations non matérialisées par renvoi implicite répondent à différents impératifs. L'application des conventions collectives dans les contrats de travail semble se justifier d'un point de vue juridique, en précisant avec clarté les conditions de travail, et social grâce à d'éventuelles garanties salariales plus profitables que celles prévues par le droit commun. L'inter-applicabilité des clauses compromissoires dans les contrats en situation d'interdépendance apparaît, quant à elle, fondée sur des considérations judiciaires. Si deux contrats sont liés en se servant mutuellement de causes, comment, en effet, envisager qu'un éventuel litige ne soit pas traité par une seule et même juridiction ou selon un même mode de règlement des conflits ? L'application d'une clause de réserve de propriété prévue dans un contrat-cadre mais qui n'est pas retranscrite dans ses contrats d'application est justifiée par la volonté des parties de s'y soumettre, mais aussi par des considérations d'ordre juridique et économique. Juridiquement, d'une part, la clause prévue uniquement dans le contrat-cadre mais qui ne serait applicable dans les contrats d'application, serait dénuée de tout effet obligatoire. A quelle opération contractuelle serait-elle, en effet, applicable si ce n'est aux contrats d'application ? Economiquement, d'autre part, l'absence d'inter-applicabilité impliquerait que le contrat-cadre soit apprécié de manière isolée et non du point de vue global de la situation économique qui en constitue la finalité et qui implique une lecture des contrats d'application à la lumière justement de ce contrat-cadre.

Le fondement choisi des obligations non matérialisées par renvoi implicite doit, donc, appeler à une appréciation de portée générale et ne doit pas se cantonner à des considérations strictement économiques.

Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite doit, ainsi, envisager une vision élargie du champ de l'autonomie de la volonté, mêler à la fois subjectivité et objectivité et être d'appréciation générale. La mise en exergue de ces différentes qualités nécessaires permet de mieux cibler le mécanisme recherché. La notion d'utilité contractuelle apparaît, alors, adéquate en ce qu'elle répond aux différentes exigences indispensables à la justification du caractère obligatoire de la catégorie d'obligations étudiées.

II. La mise en exergue du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite : l'utilité obligationnelle

364. - Notion d'utilité obligationnelle – Il est, au préalable, nécessaire de préciser qu'il ne s'agit pas d'envisager la notion d'utilité de manière similaire à celle qui est entendue par le courant utilitariste contractuel¹⁰⁹¹ – bien qu'il soit nécessaire de s'en inspirer – mais de la rapprocher de son sens commun. Le langage courant définit l'utilité comme le « *fait de servir à quelque chose* » mais aussi comme l'« *aptitude d'un bien à satisfaire un besoin ou à créer les conditions favorables à cette satisfaction* »¹⁰⁹². Si le contrat doit être utile¹⁰⁹³, il en va de même, par extension, s'agissant de ses obligations. Le rôle de ces dernières est, en effet, de poser un cadre permettant d'aboutir à une opération voulue par les parties. Si l'utilité contractuelle est un mécanisme existant, l'utilité obligationnelle qui en découle doit, aussi, être intégrée au paysage juridique et particulièrement en sa fonction de fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

365. - Les caractères objectif, subjectif et général de l'utilité – Il existe une dualité relative à l'appréciation de l'utilité contractuelle. La notion peut être envisagée à la fois d'un point de vue objectif et subjectif. Objectivement, d'une part, elle permet de constater que le contrat remplit bien sa fonction d'échange. Par extension, elle est donc gage du bon fonctionnement du commerce, de l'économie, et, plus généralement, de la société. Subjectivement, d'autre part, l'utilité contractuelle reflète la confiance que les parties ont l'une envers l'autre. Ces deux critères permettent alors de transcender l'image conservatrice d'un contrat figé. Un contrat ne pourrait plus être considéré en fonction des seules stipulations qui y sont prévues par les parties et l'utilité permet, alors, « *le plus grand bonheur pour le plus grand nombre* »¹⁰⁹⁴. L'utilité envisagée d'un point de vue obligationnel répond, de manière similaire, à ces caractéristiques.

¹⁰⁹¹ Sur l'utilitarisme contractuel : V. *Infra* n° 420 et s.

¹⁰⁹² P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 2666, V° *Utilité*.

¹⁰⁹³ Remarque : cette constatation ne permet pas, à cette étape des raisonnements, d'affirmer que l'analyse d'un contrat doit être envisagée en considération de son utilité.

¹⁰⁹⁴ J. BENTHAM, « Déontologie ou science de la morale », in *Œuvres de J. BENTHAM*, t. III, trad. B. LAROCHE, Charpentier, Paris, 1834, p. 555.

Le contenu obligationnel se justifie, ainsi, objectivement en ce qu'il doit permettre aux parties d'aboutir à l'opération souhaitée et subjectivement en satisfaisant la volonté des parties. Sans aboutir à une dénaturation du contrat, il est nécessaire, afin de justifier le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite, d'imaginer le contrat dans son contexte¹⁰⁹⁵. Finalement, un contrat utile est simplement un contrat qui marche tant en ce qui concerne sa formation, son exécution que son extinction. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite permettent justement de créer les « *conditions favorables* » nécessaires à la satisfaction de l'objectif général et du fonctionnement du contrat, tout en prenant en compte ce qui est voulu par les parties. L'utilité obligationnelle révèle, ainsi, le double aspect objectif et subjectif nécessaire à la justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

Ces « *conditions favorables* » doivent, par ailleurs, être appréciées de manière générale. A ce titre elles ne se cantonnent pas à un aspect économique. La notion prend en considération cet aspect puisque le contrat est un instrument d'échange et que les obligations doivent permettre de le satisfaire. L'utilité obligationnelle peut, toutefois, s'élargir et justifier d'autres considérations, notamment juridiques et judiciaires. L'inter-applicabilité des clauses compromissoires permet de « *servir à quelque chose* » puisqu'elle va permettre de régler d'une seule et même manière les conflits issus de contrats faisant partie d'un même ensemble économique.

La justification, par l'utilité obligationnelle, des obligations non matérialisées par renvoi implicite permet, par ailleurs, de s'éloigner d'une analyse morale trop restrictive du contenu obligationnel. Défendue par l'école solidariste, cette dernière vision prône la prise en considération de la personne des cocontractants. Monsieur le Professeur Denis Mazeaud explique que « *le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. (...) Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des*

¹⁰⁹⁵ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipse, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 52, n° 65.

contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre »¹⁰⁹⁶. La mise en œuvre de la catégorie obligationnelle étudiée semble, d'une part, étrangère à la qualité même des parties. Dans le cadre de contrats économiquement interdépendants, l'inter-applicabilité des clauses attributives de compétences¹⁰⁹⁷, il ne s'agit pas de protéger une éventuelle partie dominée mais de donner une certaine logique au règlement des conflits. Toujours dans le cadre des contrats économiquement interdépendants, l'obligation implicite de tacite caducité qui s'impose dans un contrat A en raison de la résiliation d'un contrat B¹⁰⁹⁸ n'est pas justifiée par des raisons d'ordre moral mais bien économiques. Le champ d'application du solidarisme contractuel ne permet pas, d'autre part, de l'appliquer aux obligations visées. Cette appréhension du contrat a « *vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution* »¹⁰⁹⁹. Le souci de protection de la partie dominée dans le contrat pourrait justifier le fait que les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont prohibées à l'égard du consommateur au titre des clauses abusives¹¹⁰⁰. Cette justification trouve, toutefois, ses limites en ce que d'autres parties considérées comme faibles n'en sont pas pour autant protégées. Pour ces différentes raisons, la subjectivité de l'analyse solidariste du contrat ne permet pas de l'appliquer aux obligations non matérialisées par renvoi implicite. Un fondement moral s'efface, donc, au profit du fondement plus général que représente l'utilité obligationnelle.

366. - La vision élargie du champ de l'autonomie de la volonté par l'utilité contractuelle – Il a été expliqué l'idée selon laquelle une vision élargie du champ de l'autonomie de la volonté constitue une exigence nécessaire s'agissant du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite¹¹⁰¹. L'utilité obligationnelle se

¹⁰⁹⁶ D. MAZEAUD, « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile » (à propos de : Cass. com., 20 janv. 2002), D. 2002, p. 2841.

¹⁰⁹⁷ V. *Supra* n° 256.

¹⁰⁹⁸ V. *Supra* n° 254.

¹⁰⁹⁹ D. MAZEAUD, « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile » (à propos de : Cass. com., 20 janv. 2002), D. 2002, p. 2841.

¹¹⁰⁰ V. *Supra* n° 275.

¹¹⁰¹ V. *Supra* n° 357 et s.

révèle en ce qu'elle « *fait servir à quelque chose* ». Il est, de ce fait, possible de la rapprocher de la notion de cause¹¹⁰². Si un contrat est dépourvu de cause, il ne justifie plus l'engagement d'au moins l'une des parties. Les contrats interdépendants se servent mutuellement de cause. La résiliation du contrat 1 entraîne, dès lors, la caducité du contrat 2 pour disparition de cause. Si la cause a disparu, c'est bien parce que le contrat ne présente plus d'utilité. Si une partie conclut, en effet, un contrat portant sur la diffusion d'un message qui nécessite l'utilisation d'un instrument particulier, elle est obligée de conclure un second contrat pour louer cet équipement. Si ce dernier contrat est anéanti, la partie sera dans l'impossibilité de diffuser le message. Il ne lui sera, dès lors, plus d'aucune utilité d'exécuter le premier contrat. Dans cette hypothèse, le caractère obligatoire d'une obligation implicite de tacite caducité est bien fondé par l'utilité obligationnelle puisque l'obligation se justifiera par l'impossibilité de réaliser l'opération voulue – dans l'exemple, diffuser un message grâce à un certain équipement. Ce fondement ne prend, donc, pas uniquement en considération la volonté des parties d'être tenues par le contenu d'un contrat en particulier mais bien de s'engager dans une logique contractuelle plus générale. L'utilité obligationnelle permet, ainsi, de replacer l'autonomie de la volonté dans un contexte plus général.

*

367. - Bilan – La justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite nécessite d'envisager une analyse appelant à des concepts renouvelés, modernes. La multitude de contextes, de natures ou encore de mises en œuvre révélés s'agissant de l'identification de cette catégorie obligationnelle met en exergue l'existence de divers fondements applicables de manière spécifique. Si certaines de ces obligations se justifient, par exemple, par des considérations d'ordre économique, d'autres répondent à une appréciation de la volonté des parties. La diversité de ces spécificités nécessite, alors, d'identifier un fondement d'application homogène permettant de justifier le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées par renvoi implicite. La mise en relief de l'utilité obligationnelle

¹¹⁰² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : Le contrat – le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 484, n° 658 – J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1999, p. 73 et s., n° 77 et s.

permet, alors, de comprendre la raison de leur effet contraignant, d'une part, et en justifie la catégorisation, d'autre part.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

368. - Puisque les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont obligatoires, la recherche de leur effet contraignant est apparue être une nécessité. Il s'agissait, en effet, de comprendre les raisons pour lesquelles ce mécanisme est juridiquement valable.

369. - Ne relevant pas de la catégorie des obligations imposées, il semble, par élimination, qu'elles appartiennent à celles des obligations volontaire. Elles devraient, donc, être le fruit de la volonté des parties. Dans cette hypothèse, la mise en œuvre de la catégorie obligationnelle fait écho au mécanisme du consensualisme contractuel. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite semblent, en effet, découler de la volonté implicite des contractants de s'y soumettre puisqu'elles n'ont pas besoin d'être retranscrites ou référencées dans un acte instrumentaire – dont l'existence est, d'ailleurs, indifférente. Le consensualisme s'apprécie, ainsi, à un niveau obligationnel et l'obligation serait dotée de force obligatoire du fait de l'échange des consentements des parties.

370. - Cette justification trouve, toutefois, ses limites. Il n'est, en effet, pas toujours possible d'établir le lien entre la volonté des parties et le caractère obligatoire d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite. Il est, donc, nécessaire de s'éloigner du fondement traditionnel que constitue le consensualisme et de rattacher l'effet contraignant de la catégorie obligationnelle à des justifications plus modernes. La mise en œuvre de ces obligations appelle à des considérations diverses – volonté des parties, contexte contractuel, impératifs d'ordre économique, judiciaire, juridique... – qu'il a été nécessaire de regrouper au travers d'un seul et même fondement. L'utilité obligationnelle apparaît, alors, comme le mécanisme répondant à l'ensemble des critères indispensables à la justification des obligations non matérialisées par renvoi implicite. D'appréciation générale, cette notion permet, en effet, de comprendre le caractère obligatoire de ces obligations en faisant appel à diverses considérations transcendant la seule volonté des parties ou des impératifs au caractère restreint.

371.- L'identification d'une justification relative au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite permet, d'ailleurs, d'appuyer l'idée selon laquelle elles constituent une catégorie obligationnelle autonome.

CONCLUSION DU TITRE 2

372. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont celles qui s'imposent aux parties sans que ces dernières ne justifient d'une volonté explicite de s'y soumettre et sans qu'elles ne relèvent du régime des obligations imposées. Leur effet contraignant ne découlant ni du consentement des contractants, ni d'une règle juridique particulière, elles ne sont, par conséquent, rattachables à aucune des catégories obligationnelles existantes¹¹⁰³. Elles constituent, de ce fait, un ensemble « autonome ». L'identification d'un fondement qui leur est spécifique appuie, d'ailleurs, leur indépendance.

373. - Répondant, ainsi, à une mise en œuvre et une justification qui leurs sont propres, les obligations non matérialisées par renvoi implicite constituent, « *dans un ensemble* [les obligations], *un groupe distinct d'éléments présentant des caractères semblables* »¹¹⁰⁴. Elles répondent, donc, bien aux caractéristiques d'une nouvelle catégorie obligationnelle qui coexisterait aux obligations imposées et volontaires.

374. - La mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi implicite pose des difficultés qui ne peuvent perdurer. La problématique principale qui découle de leur effet contraignant est relative au consentement des parties, tant s'agissant de son existence que de son intégrité. Il a, en effet, été démontré que les liens entre la volonté des contractants et l'application des éléments appartenant à cette catégorie obligationnelle sont difficilement identifiables. Cette limite, similaire à celle qui résulte de la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite, s'avère, tout autant, être source d'insécurité juridique.

¹¹⁰³ Les deux autres catégories obligationnelles sont les obligations imposées (V. *Supra* n° 23 et s.) et volontaires (V. *Supra* n° 40 et s.).

¹¹⁰⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 154, V° *Catégorie*.

375. - L'extension du paysage juridique révélée par l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicites et les difficultés générées par leur mise en œuvre nécessite, de fait, la mise en place d'un traitement adapté.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

376. - Le contenu obligationnel d'un contrat peut être composé d'obligations non matérialisées. Ces dernières se caractérisent par le fait que leur contenu n'est pas retranscrit dans l'acte instrumentaire prévu par les parties, s'il en existe un. Se subdivisant en deux catégories, elles peuvent être explicites – en s'imposant par le mécanisme d'une clause par référence – ou implicites – lorsqu'aucun instrument ne permet d'attester expressément de leur effet contraignant – retranscription ou référence.

377. - Si les obligations non matérialisées se révèlent sous deux aspects, les fondements de leur effet obligatoire suivent une tendance similaire. Les obligations non matérialisées par renvoi explicite, d'une part, se justifient en ce que les parties ont donné force obligatoire à l'acte instrumentaire qui s'y réfère. Autrement dit, c'est le fait d'accepter de se soumettre à un mécanisme de renvoi qui impose de respecter le contenu obligationnel concerné. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite, d'autre part, s'expliquent par la notion d'utilité obligationnelle. Leur effet contraignant permet, en effet, de répondre à des nécessités appelant à des considérations éclectiques telles que la volonté des parties ou des justifications de logique judiciaire, juridique ou encore économique.

378. - Si les caractéristiques de révélation et les fondements des obligations non matérialisées diffèrent, leur mise en œuvre pose des difficultés identiques. Le consentement des parties, qu'il soit envisagé du point de vue de son existence ou de son intégrité, peut être remis en cause quelle que soit la nature de l'obligation envisagée. Cette problématique s'identifie, alors, comme la principale difficulté accompagnant l'ensemble des obligations non matérialisées.

379. - La mise en œuvre des obligations non matérialisées, quelle que soit leur nature – explicite ou implicite – présente, par conséquent, des lacunes en terme de sécurité juridique. Si le consentement ne peut pas être garanti, les contrats ne permettent plus, en effet, aux parties de connaître, de maîtriser et d'agréeer au contenu obligationnel qui sera applicable à leur engagement. Ce constat induit la nécessité de mettre en place

un encadrement juridique relatif au caractère obligatoire des obligations non matérialisées. L'identification d'une similitude s'agissant des difficultés posées par leur effet contraignant permet, alors, d'envisager ce traitement de manière commune.

**PARTIE 2 : LE TRAITEMENT DES
OBLIGATIONS NON MATERIALISEES
DANS LES CONTRATS**

380. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ou explicite existent et, partant, s'imposent aux parties. Il a, toutefois, été démontré que leur mise en œuvre ne répond nécessairement pas aux exigences de sécurité juridique que les individus sont en droit d'attendre¹¹⁰⁵. Cet impératif « *requiert que l'acte soit clair et précis afin que les justiciables puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations, et prendre leurs dispositions en conséquence* »¹¹⁰⁶.

La sécurité juridique a trait d'une part, au caractère qualitatif des normes et, d'autre part, à la nécessité, pour les pouvoirs publics, de maintenir, autant que possible, une stabilité dans les situations juridiques¹¹⁰⁷. Reconnue peu à peu comme un principe¹¹⁰⁸ par l'Union européenne et le Conseil d'Etat en ce qu'il représente un « *fondement de l'Etat de droit* »¹¹⁰⁹, la sécurité juridique trouve application en matière contractuelle¹¹¹⁰. La pièce maîtresse de la sécurité juridique réside dans la prévisibilité des contrats¹¹¹¹. Pour bénéficier d'une sécurité juridique contractuelle, il est, par conséquent, nécessaire que les parties connaissent et comprennent les tenants et aboutissants de leur engagement¹¹¹² à la fois d'un point de vue « *micro-juridique* » – concernant leur

¹¹⁰⁵ V. *Supra* n° 379.

¹¹⁰⁶ J. MOLINIER, « Principes généraux », Rép. dr. européen Dalloz, 2014, pt. 108.

¹¹⁰⁷ M. DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », AJDA 2004, p. 186 – M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », AJDA 1996, numéro spécial, p. 179 – J. ROBBE, « Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats », AJDA 2008, p. 200 – A.-L. VALEMBOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, mars 2005.

¹¹⁰⁸ CJCE, 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, *SNUPAT c/ Haute Autorité* : Rec. CJCE, p. 103 – CJCE, 13 juill. 1961, aff. 21 à 26/61, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA* : Rec. CJCE, p. 319 – CJCE, 6 avr. 1962, aff. 13/61, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd* : Rec. CJCE, p. 89 – CJCE 14 juill. 1972, aff. 57/69, *Azienda Colori Nazionali [ACNA] c/ Commission* : Rec. CJCE, p. 934 – CEDH 13 juin 1979, aff. 6833/74, *Marckx c/ Belgique* – CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkvit Italiana* : Rec. CJCE, p. 1205 – CE, 24 mars 2006, n° 288460 : D. 2006, p. 1224 et p. 1990 ; AJDA 2006, p. 1028 et s., obs. C.LANDAIS et F. LENICA ; Europe 2006, n° 142, obs. D. SIMON ; JCP G 2006, II, 10113, note M. BELORGEY et P. CASSIA – *Contra* : A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, p. 2814.

¹¹⁰⁹ CE, *Rapport public annuel 1991, De la sécurité juridique, Etudes et documents*, n° 43, La documentation française, 1991 – CE, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006.

¹¹¹⁰ V. en ce sens : J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001.

¹¹¹¹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009.

¹¹¹² H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 643 et s.

engagement en lui-même, fruit de leur volonté – et « *macro-juridique* » – s’agissant des règles de droit applicables¹¹¹³. Autrement dit, « *contracter, c’est prévoir* »¹¹¹⁴. Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées ne répond, toutefois, pas nécessairement à cette exigence. Il apparaît, dès lors, nécessaire de les encadrer afin d’offrir un regain de sécurité juridique aux contrats qui les comportent. Ce traitement peut, alors, s’envisager sous deux aspects, légal (Titre 1) ou judiciaire (Titre 2).

¹¹¹³ Sur la distinction entre les ordres « *macro-juridique* » et « *micro-juridique* » : V. A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Actes du 3^{ème} colloque de l'Association française de philosophie du droit, Université Paris II, 4 et 5 nov. 1983, PUF, coll. *Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985, p. 77 et s., spéc. p.80 et s.

¹¹¹⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 151, n° 84.

Titre 1 : Le traitement légal des obligations non matérialisées

381. - Traiter légalement les obligations non matérialisées implique de se demander s'il faut les admettre, et dans l'affirmative sous quelles conditions, ou s'il faut en généraliser la prohibition.

Dans le premier cas, les conditions auxquelles pourra être admise la mise en œuvre des obligations non matérialisées est étroitement liée à la vision que l'on retient du contrat. Si l'engagement contractuel est, de manière traditionnelle, envisagé d'un point de vue volontariste, d'autres analyses plus modernes en retiennent une approche alternative. En fonction de l'appréhension retenue du contrat, seront alors constatées des acceptations différentes du caractère obligatoire des obligations non matérialisées (Chapitre 1). Les impératifs spécifiques gouvernant les différentes visions d'un contrat peuvent, en effet, justifier ou non la mise en œuvre de ces obligations.

Si les approches relatives au contrat ont un impact sur l'accueil de l'effet contraignant des obligations non matérialisées, les conséquences juridiques de leur mise en œuvre ne disparaissent pas. L'insécurité juridique attrayant à leur caractère obligatoire semble, dès lors, dans un second cas, en justifier la prohibition générale (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le traitement admis en considération de l'appréhension du contrat

382. - Le traitement légal des obligations non matérialisées peut dépendre de la vision du contrat qui est retenue. Cette idée a, notamment, été mise en exergue s'agissant de l'identification du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il a, en effet, été démontré qu'une vision traditionnelle du fondement de l'effet contraignant du contrat et, partant, de son contenu, ne permet pas de justifier de manière absolue le caractère obligatoire de ce contenu obligationnel spécifique¹¹¹⁵. Il a, donc, été nécessaire de s'intéresser à des justifications dites « *renouvelées* ». C'est uniquement à ce titre que le caractère obligatoire des obligations non matérialisées a pu être légitimée. Le traitement juridique de ces dernières s'adapte, ainsi, de manière plus générale, à l'approche retenue du contrat. L'approche traditionnellement volontariste de la notion de contrat (Section 1) place la volonté des parties au rang de pilier du mécanisme juridique. Cette vision est, toutefois, de moins en moins considérée comme adaptée aux évolutions de la société et sa mise en œuvre peut se trouver, de fait, limitée. Ce constat a, alors, donné lieu au développement d'appréhensions plus modernes du contrat (Section 2).

Section 1 : L'approche traditionnelle du contrat : le volontarisme

383. - L'approche traditionnellement volontariste du contrat donne à l'autonomie de la volonté un statut de pilier. L'idée est celle selon laquelle les parties sont engagées parce qu'elles le souhaitent et de la manière dont elles le souhaitent. La présentation de cette appréhension du contrat (Paragraphe 1) est un préalable nécessaire à la compréhension de l'adaptation de l'encadrement des obligations non matérialisées. La mise en œuvre de ces dernières se trouve, en effet, limitée justement du fait de la place centrale de la volonté des parties (Paragraphe 2).

¹¹¹⁵ V. *Supra* n° 320 et s.

Paragraphe 1 : Le contenu de l'appréhension volontariste traditionnelle du contrat

384. - Traditionnellement, le contrat est appréhendé au travers du mécanisme de l'autonomie de la volonté¹¹¹⁶. L'idée de cette approche volontariste est, ainsi, d'octroyer à la volonté des parties une place centrale dans le mécanisme contractuel (I). Cette vision, quelque peu conservatrice du contrat, n'est, toutefois, pas sans limites (II).

I. Le contenu de la vision volontariste du contrat

385. - **L'autonomie de la volonté au cœur de l'appréhension du contrat** – L'autonomie de la volonté n'est pas un principe explicitement prévu par le Code civil¹¹¹⁷ – d'ailleurs ses rédacteurs ne le souhaitaient pas¹¹¹⁸ – mais découle implicitement de ses articles¹¹¹⁹ 1134 et 1156¹¹²⁰. Il est précisé que cette

¹¹¹⁶ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 965 et s., spéc. p. 969 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 90, n° 107.

¹¹¹⁷ V. *Supra* n° 129 et 317 – Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon (29), t. II : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand et Pédone, Paris, 1869, p. 4, n° 3 : « La convention étant le produit de la volonté commune des parties contractantes, c'est nécessairement d'après cette volonté commune, qu'il faut en apprécier les conséquences ».

¹¹¹⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. , 151 et s., n° 188 – J.-E.-M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil*, CE, Séance du 4 ventôse An XI, in *Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 66 et s., spéc. p. 78 : « Toutes ces dangereuses doctrines [volontaristes/individualistes] (...) doivent disparaître devant la sainteté des lois » – X. MARTIN, « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 1982, p. 610.

¹¹¹⁹ C. civ., art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi » – C. civ., art. 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹¹²⁰ J. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, 1949, rééd. Dalloz, coll. *Bibl. de thèses*, 2007, p. 169 – 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, p. 171 et s. – A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1961, p. 358 et s., n° 366 et s.

notion sera appréhendée, dans les présents raisonnements, en son sens juridique et non moral¹¹²¹.

D'inspiration libérale¹¹²², l'autonomie de la volonté signifie que l'Homme est libre et qu'il ne peut, de ce fait, s'obliger que par sa propre volonté et dans la limite de ce qu'il souhaite¹¹²³. Cette possibilité lui est offerte parce qu'il est doté de la rationalité nécessaire, de la Raison nécessaire¹¹²⁴. Selon cette théorie, la seule volonté permet, donc, de créer des actes juridiques et de leur procurer des effets¹¹²⁵ – dans le respect du droit positif¹¹²⁶. Il s'agit, en résumé, de conférer une force créatrice à la parole donnée¹¹²⁷ qui aboutira à la formation d'un contrat dont le contenu doit rester intangible¹¹²⁸. Placer l'autonomie de la volonté au cœur de l'appréhension d'un contrat implique plusieurs types de conséquences. La liberté contractuelle, le consensualisme,

¹¹²¹ Sur le sens moral, V. E. KANT, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785, rééd. Vrin, Paris, trad. V. DELBOS, 2008, spéc. p. 162 et s. – E. KANT, *Critique de la raison pratique*, 1788, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, trad. F. PICAUVET, 7^{ème} éd., 2007, p. 17 et s.

¹¹²² A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 20, n° 25.

¹¹²³ E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 136 : « En résumé, dans l'acte juridique, la volonté est tout ; elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation. Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux, et dans la mesure où je le veux ».

¹¹²⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2^{ème} éd., 2013, p. 430, n° 3.

¹¹²⁵ G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », in *Le contrat d'aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON et D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 et s., spéc. p. 28, n° 2.

¹¹²⁶ E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 4 – R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du droit, coll. *Références*, 1911, p. 147.

¹¹²⁷ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p. 9 et s. – G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », in *Journées de la société de législation comparée*, RIDC, 1979, n° spécial, p. 447 et s., spéc. p. 449, n° 7 : « toute la loi contractuelle était dans la loi d'autonomie » – H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 392, n° 263.

¹¹²⁸ R. TENDLER, « Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 801 et s. – J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 869 et s. – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 93, n° 111 – J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. COIGNARD Veuve et Fils, Paris, 2^{ème} éd., 1695, spéc. Tit. I, Liv. I, sect. II, VII : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loy à ceux qui les ont faites : et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ».

la force obligatoire et l'effet relatif des contrats sont, ainsi, autant d'éléments sous-jacents à l'approche volontariste du contrat¹¹²⁹.

386. - Les conséquences de l'approche volontariste du contrat à l'égard des parties – La première traduction de l'autonomie de la volonté réside dans le principe à valeur constitutionnelle¹¹³⁰ qu'est la liberté contractuelle. L'Homme a, ainsi, le choix de contracter ou de ne pas contracter, et dans l'affirmative, de choisir son cocontractant et le contenu de son engagement¹¹³¹. Dès lors qu'il utilise cette liberté en concluant un contrat, puisque le consentement est au cœur de cette approche, l'individu doit extérioriser sa volonté par le mécanisme du consensualisme¹¹³² – seconde conséquence de l'approche volontariste du contrat – et est tenu de respecter la parole qu'il a donnée. Ce dernier impératif selon lequel les parties doivent respecter leurs engagements se traduit par le mécanisme de la force obligatoire¹¹³³. Cette dernière constitue, alors, la troisième conséquence de l'approche volontariste du contrat.

La liberté contractuelle, le consensualisme et la force obligatoire sont, ainsi, autant de dispositifs découlant du volontarisme contractuel influant sur les parties au contrat. Placer l'autonomie de la volonté au centre de l'appréhension d'un contrat nécessite, par ailleurs, de s'interroger sur sa mise en œuvre à l'égard du législateur, des tiers et du juge.

387. - L'approche volontariste du contrat à l'égard du législateur – Selon l'approche volontariste du contrat, l'autonomie de la volonté est, donc, au cœur du contrat. C'est elle qui en dicte la formation et les modalités d'exécution. Il serait, toutefois, incohérent de ne pas s'interroger sur la place de la loi ; cette dernière pouvant,

¹¹²⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 156 et s., n° 193 et s.

¹¹³⁰ Cons. constit., 13 juin 2013, QPC n° 2013-672 DC : JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; JCP G 2013, p. 929, note J. GHESTIN ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; RDC 2013, p. 1285, obs. C. PERES, spéc. cons. 6 : « la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ».

¹¹³¹ V. *Supra* n° 129.

¹¹³² V. *Supra* n° 295.

¹¹³³ V. *Supra* n° 124.

en effet, limiter le rôle de la volonté des parties¹¹³⁴. Il est nécessaire, pour envisager la place du législateur s'agissant de la mise en œuvre de la théorie de l'autonomie de la volonté, de distinguer les lois supplétives et impératives. Si la majorité des lois ont un caractère supplétif¹¹³⁵, ce qui permet aux parties de les écarter par leur propre volonté, d'autres sont dotées d'un caractère impératif¹¹³⁶ et s'imposent peu importe que les contractants l'aient choisi ou non¹¹³⁷.

Concernant, d'une part, les lois supplétives, il s'agit de celles dont l'application dépend de la volonté des parties¹¹³⁸. L'impact de l'approche volontariste du contrat se comprend, par conséquent, aisément à leur égard. Le régime matrimonial constitue une illustration de la suprématie de la volonté des contractants sur l'application des lois supplétives en matière contractuelle. A moins que les époux n'aient choisi explicitement un autre régime matrimonial, le modèle contractuel imposé par défaut sera le régime légal¹¹³⁹. Ce dernier ne sera, toutefois, obligatoire qu'à condition que les parties l'aient décidé de manière négative, c'est-à-dire sans y avoir renoncé par le choix d'une autre forme de contrat. Les lois supplétives ne relèguent pas la place de la volonté au second plan mais, au contraire, appuient la vision volontariste du contrat en la faisant primer.

S'agissant, d'autre part, des lois impératives, elles doivent s'analyser en considération de leur application et des raisons pour lesquelles elles sont édictées. Puisqu'elles sont des dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, elles

¹¹³⁴ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014, p. 276, n° 240.

¹¹³⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 1000, V° *Supplétif*: « *Qui remplace, s'applique à défaut de..., comble une lacune.*
1. *Se dit d'une règle applicable à défaut d'autres dispositions (légales ou conventionnelles)*
2. *Sous-entend souvent « de volonté individuelle » ; se dit alors d'une loi applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire en l'absence d'un choix différent de leur part, fonction de suppléance qui manifeste la valeur éminente d'un modèle proposé à défaut de volonté contraire ».*

¹¹³⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 521, V° *Impératif*: « *Auquel la volonté individuelle ne peut déroger (C. civ., art. 6) ; se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique ».*

¹¹³⁷ J. HONORAT, « *Nullités* », *Rép. dr. soc. Dalloz*, 2015.

¹¹³⁸ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 5, n° 10.

¹¹³⁹ C. civ., art. 1387: « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ».

sont considérées comme restreignant le rôle des volontés individuelles¹¹⁴⁰. Si leur mise en œuvre surpasse, donc, l'autonomie de la volonté, les motifs de leur édicition offrent une lecture différente. Les objectifs poursuivis par les lois impératives sont « *d'assurer la liberté et la sincérité des volontés contractantes* »¹¹⁴¹ et de répondre à des impératifs d'ordre public afin d'« *assurer la liberté contractuelle et la défense de la propriété* »¹¹⁴². Ces lois apparaissent, ainsi, comme protectrices et gardiennes de l'autonomie de la volonté en indiquant aux parties comment l'exprimer dans les meilleures conditions.

Il semble, donc, que le rôle du législateur soit de promouvoir la primauté de l'autonomie de la volonté, tant s'agissant des lois supplétives qu'impératives qu'il édicte. Cette idée est d'autant plus renforcée par le principe de la non rétroactivité de la loi qui constitue un exemple significatif de l'influence de l'autonomie de la volonté sur le législateur. Ce dernier ne peut, sauf disposition contraire et sous réserve de l'ordre public, imposer une nouvelle loi à un contrat en cours d'exécution¹¹⁴³. Il n'a, donc, pas la possibilité de modifier la manière dont le contrat a été choisi d'être exécuté par les parties au jour de sa conclusion. Schématiquement, un contrat est conclu à un temps T selon une loi A. Si un conflit naît à un temps T+1, la loi applicable ne peut être une

¹¹⁴⁰ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 393, n° 265.

¹¹⁴¹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 6, n° 13.

¹¹⁴² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 6, n° 13.

¹¹⁴³ C. civ., art. 2 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* » – Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 1968, n° : D. 1968, p. 749, note M. LESAGE-CATEL : « *Attendu que la loi ne disposant que pour l'avenir, sauf volonté contraire du législateur, les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur à l'époque où il a été conclu* » – Cass. civ. 3^{ème}, 3 juill. 1979, n° 77-15552 : Bull. civ. III, n° 149 ; JCP 1980, II, 19384, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ : « *Mais attendu que l'arrêt énonce, à bon droit, qu'il résulte des dispositions de l'article 2 du Code civil que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, n° 81-11539 : Bull. civ. I, n° 156 : « *Attendu qu'il résulte de ce texte que les effets d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été passé* » – Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013 : Bull. civ. I, n° 125 ; D. 2013, p. 1875, note A. MARAIS et D. NOGUERO ; AJ fam. 2013, p. 507, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; RTD civ. 2013, p. 577, obs. J. HAUSER – Cass. soc., 13 mai 2014, n°s 12-22186 et 12-22605 : « *l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur ; que le principe de non rétroactivité de la loi se traduit par l'absence de remise en cause des conditions d'acquisition des droits nés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ; que l'application immédiate d'un texte ne signifie pas sa rétroactivité* ».

autre que la loi A, celle à laquelle les parties ont accepté de se soumettre lors de la formation de leur engagement.

Si l'intervention du législateur en matière contractuelle apparaît à la fois encourager et protéger le principe de l'autonomie de la volonté et, partant, appuyer une approche volontariste du contrat qui produit, parallèlement, des effets à l'égard du juge.

388. - L'approche volontariste du contrat à l'égard du juge – L'autonomie de la volonté implique que les parties sont libres de s'engager ou non et, dans l'affirmative, d'être tenues par le contenu et envers le cocontractant qu'elles ont choisi. La force obligatoire d'un engagement contractuel s'impose, donc, aux parties mais pas uniquement puisqu'elle aura, aussi, un effet sur le juge¹¹⁴⁴. Toute intervention judiciaire dans le contrat est, par principe, interdite, sauf à rechercher la commune intention des parties¹¹⁴⁵. Cette idée entraîne deux types de conséquences que sont le caractère figé du contrat et l'impossible ingérence du juge dans l'engagement¹¹⁴⁶.

La loi des parties dans la détermination du contenu obligationnel est, d'une part, figée. Ce qui a été prévu au moment de la conclusion du contrat ne peut, par principe et autrement que par la volonté des contractants, évoluer. Schématiquement, si les parties concluent un contrat à un temps T avec un contenu A, il ne peut pas être judiciairement modifié à un temps T+1 en un contenu B si au moins l'un des contractants y est opposé. L'exemple du rejet par le droit positif de la révision pour imprévision illustre cette idée. Dans le fameux arrêt du Canal de Craponne¹¹⁴⁷, des contrats avaient été conclus en 1560

¹¹⁴⁴ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 965 et s., spéc. p. 969.

¹¹⁴⁵ C. civ., art. 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » – E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 199 et s.

¹¹⁴⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2^{ème} éd., 2013, p. 430, n° 4.

¹¹⁴⁷ Cass. civ. 6 mars 1876 : GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 163 et s., n° 163 ; DP 1876, 1, 193, note A. GIBOULOT ; D. 1876, I, p. 161 – Conf. par : Cass. civ., 6 juin 1921 : DP 1921, 1, 73, rapp. A. COLIN ; S. 1921, 1, 193, note L. HUGUENEY : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque ces conventions sont claires et précises, à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment » – Cass. civ., 14 nov. 1933 : Gaz. Pal. 1934, 1, 58 – Cass. com., 18 déc. 1979, n° 78-10763 : Bull. civ. IV, n° 339 ; RTD civ. 1980, p. 780 : « Vu l'article 1134 du Code civil;

et 1567. Ils avaient pour objet la fourniture d'eau destinée à alimenter des canaux d'irrigation de la plaine d'Arles, moyennant une redevance de « *trois sols par carteirade* ». Au cours du XIX^{ème} siècle, l'entreprise qui exploitait le canal, faisant état de la baisse de la valeur de la monnaie et de la hausse du coût de la main d'œuvre, a demandé un relèvement de la taxe qui n'était plus en rapport avec les frais d'entretien. Si la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a accueilli cette demande en rehaussant la redevance à soixante centimes, l'arrêt a été censuré par la Cour de cassation. Cette dernière a, en effet, considéré, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, qu'aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention des parties sans la réunion de leurs volontés. Cette solution se justifie en ce que le contrat est un acte de prévision devant répondre à un impératif de sécurité juridique. Le modifier au gré des événements porte atteinte à l'esprit de la relation contractuelle, et par là même au principe de l'autonomie de la volonté qui implique que le contenu prévu par les parties soit figé.

Le juge ne doit, d'autre part, pas être en mesure de modifier ce que les parties ont décidé car, selon l'approche volontariste du contrat, « *qui dit contractuel dit juste* »¹¹⁴⁸. Il ne s'agit pas, pour le juge, d'imaginer qu'auraient dû vouloir les parties mais d'appliquer ce qu'elles ont effectivement voulu¹¹⁴⁹. Si les parties concluent, par exemple, un contrat contenant un déséquilibre entre leurs droits et obligations et donc, entre les contreparties, le juge ne devrait pas, selon la théorie de l'autonomie de la

Attendu qu'en application de ce texte les juges ne peuvent, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, modifier les conventions légalement formées entre les parties » – Cass. civ. 3^{ème}, 30 mai 1996 : Contrats, conc., consom. 1996, n° 185, obs. L. LEVENEUR – Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, n° 0721260 : Bull. civ. III, n° 64 ; D. 2009, AJ 950, obs. Y. ROUQUET et 2010, pan. 224, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; RDC 2009, p. 1358, obs. D. MAZEAUD et p. 1490, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2009, p. 528, obs. B. FAGES : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » – Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe » (V. Sur le rejet de la révision pour imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats : M. LATINA, « L'imprévision », in *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 23 mars 2015, <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/>).

¹¹⁴⁸ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, Paris, 3^{ème} éd., 1897, p. 410.

¹¹⁴⁹ E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 212.

volonté, moduler le contenu obligationnel. Il ne s'agit pas, dans cette hypothèse, pour le juge de juger ce qui est juste et équitable en sanctionnant une telle situation. La théorie volontariste lui impose, à l'inverse, de respecter ce que les parties ont prévu. Puisque ces dernières sont censées s'être engagées de façon rationnelle, aucun interventionnisme judiciaire ne doit, en conséquence, être en mesure d'exister et d'être appliqué. Saint Thomas d'Aquin résumait cette idée en expliquant que « *si quelqu'un donne volontairement à un autre plus qu'il ne lui doit, il ne commet ni injustice, ni inégalité* »¹¹⁵⁰. Puisqu'un contrat est conclu par « *deux personnes raisonnables et libres, placées dans des situations égales* »¹¹⁵¹, c'est à l'Homme d'évaluer sa prestation en amont de son engagement et, partant, le juge ne peut pas modifier ce qui a été prévu en rééquilibrant le contrat.

En donnant une place capitale à la volonté des parties notamment dans la détermination du contenu du contrat, la théorie volontariste rejette, donc, l'interventionnisme judiciaire considéré comme contrevenant au principe de l'autonomie de la volonté.

389. - L'approche volontariste du contrat à l'égard des tiers – Si l'appréhension volontariste du contrat a des conséquences à l'égard des parties, du législateur et du juge, il s'agit de s'intéresser à son impact s'agissant des tiers. Vis-à-vis de ces derniers, l'approche contractuelle implique l'application de l'adage *Res inter alios acta neque*

¹¹⁵⁰ SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme théologique, Desclée et Cie, trad. M. S. GILLET, 1932, spéc. IIa, IIae, q. 59, art. 3.

¹¹⁵¹ E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, p. 380.

*nocere neque prodesse potest*¹¹⁵² et, partant, du principe de l'effet relatif des contrats¹¹⁵³.

Selon le principe de l'autonomie de la volonté, seuls les contractants peuvent avoir la qualité de créancier ou de débiteur d'un contrat. Une relation contractuelle ne peut pas, par conséquent, produire un effet contraignant à l'égard d'un tiers¹¹⁵⁴. Si ce dernier ne peut, en effet, pas être partie au contrat, c'est justement parce qu'il n'a pas eu la volonté de s'engager contractuellement. Il s'agit, ainsi, d'une extériorisation du principe de l'autonomie de la volonté puisque, selon lui, chaque homme est libre de contracter ou de ne pas contracter. Les tiers échappent, par conséquent, à l'effet contraignant du contrat¹¹⁵⁵ et ne peuvent donc, par principe, ni y être liés¹¹⁵⁶, ni s'en prévaloir¹¹⁵⁷.

¹¹⁵² « *La chose convenue entre les uns ne profite ni ne nuit aux tiers* ».

¹¹⁵³ C. civ., art. 1165 : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » – Sur l'effet relatif, V. M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1996 – F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Thèse, Paris II, 1979 – S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, Thèse, Toulouse, 1939 – Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000 – J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1984 – J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1981 – A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938 – G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997 – R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droits français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004.

¹¹⁵⁴ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 392, n° 363.

¹¹⁵⁵ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pt. 305-4.

¹¹⁵⁶ Cass. com., 3 juill. 1990, n° 87-20028 : Bull. civ. IV, n° 201 ; RTD civ. 1991, p. 318, obs. J. MESTRE : « *Vu l'article 1165 du Code civil ; Attendu que, pour condamner la société As Eco à payer au groupement d'intérêt économique Fruibourg le prix de plusieurs factures de marchandises qui avaient été livrées à des magasins auxquels elle avait accordé sa franchise, l'arrêt attaqué a retenu que cette société avait reçu les factures litigieuses et qu'elle n'avait pas émis de protestations ;*

390. - La théorie volontariste du contrat place, donc, l'autonomie de la volonté au cœur de la formation et des modalités d'exécution d'un contrat. Cette vision presque utopique du contrat est, toutefois, mise à mal par la pratique et apparaît comme désuète face au droit positif et aux évolutions de la société.

II. Les limites de la vision volontariste du contrat

391. - La théorie volontariste octroie à l'autonomie de la volonté une place déterminante s'agissant de la création et des effets du contrat. L'Homme étant raisonnable, rationnel et libre, il peut, en effet, se dicter sa propre loi contractuelle. Cette appréhension contractuelle est, toutefois, fondée sur deux postulats qui ne sont pas nécessairement vérifiés. D'un point de vue interne, d'une part, elle place chaque individu dans une logique d'égalité, ce qui n'est, en pratique, pas systématiquement le cas¹¹⁵⁸. La découverte de parties faibles – à l'image du consommateur ou encore du

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans relever aucune manifestation de la volonté de la société As Eco de régler les factures dont les commerçants bénéficiant de sa franchise pouvaient être redevables, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé » – Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 1997, n° 94-20120 : RCA 1997, n° 128 : « Mais attendu que le tribunal d'instance, qui a fondé la condamnation de l'Agence Havas au profit de Madame X... sur une clause du contrat conclu entre elles, a jugé à bon droit que la société Pacha Tours ayant la qualité de tiers par rapport à ce contrat, l'Agence Havas ne pouvait, à l'appui de sa demande en garantie, invoquer la même stipulation, qui réglait uniquement les rapports avec sa cliente » – Cass. civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, n° 97-20179 : Bull. civ. I, n° 47 : « Attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » – Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004 : Bull. civ. II, n° 270 – Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2006 : Bull. civ. III, n° 52 – Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 2008, n° 07-10750 : Bull. civ. III, n° 17 ; D. 2008, AJ 548, obs. G. FOREST : « Mais attendu qu'ayant à bon droit relevé que la proposition de contrat établie jusqu'au 30 juin 2006 entre le syndic et le syndicat des copropriétaires ne pouvait produire effet qu'entre ses signataires » – Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 2013, n° 11-26881 : Bull. civ. I, n° 21 ; D. 2013, p. 639 : « Attendu que pour condamner le comité central d'entreprise à rembourser à M. X... cet acompte, le jugement énonce que le comité central d'entreprise ne justifie pas avoir directement informé M. X..., rapidement et par écrit, de la fermeture du site pas plus qu'il ne justifie l'avoir informé de la possibilité de résilier le contrat ou d'accepter une modification du voyage ;

Qu'en statuant ainsi par des motifs impropres à caractériser la qualité de vendeur du comité central d'entreprise, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés ».

¹¹⁵⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 13 nov. 1974, n° 73-12220 : Gaz. Pal. 1975, 1, 210, note I. PLANCQUEEL : « Mais attendu que Gourdain, condamné in solidum, ne saurait être admis à réclamer l'application d'une clause pénale existant dans un contrat conclu par l'entrepreneur et qui lui est étranger » – Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2006, n° 04-20833 : Bull. civ. III, n° 54 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le seul fait qu'un "règlement" de lotissement ait été publié à la conservation des hypothèques ne suffit pas pour qu'un tiers au lotissement puisse, en l'absence d'un préjudice personnel, demander le respect de ses dispositions par les colotis, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹¹⁵⁸ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 8, n° 22.

salarié – et le développement des contrats d’adhésion¹¹⁵⁹ attestent de cette idée. D’un point de vue externe, d’autre part, il est difficile de considérer un contrat dans une logique d’isolement par rapport, notamment, à la société et aux tiers. Ces engagements ne peuvent, par conséquent, être envisagés par la seule considération des parties.

Ces constatations vont avoir pour conséquence un déclin de la force de l’autonomie de la volonté et, partant, de la liberté contractuelle, du consensualisme, de la force obligatoire et de l’effet relatif¹¹⁶⁰ qui apparaissent de plus en plus « *condamnés* »¹¹⁶¹. L’affaiblissement de ces mécanismes contractuels d’inspiration volontariste s’apprécie, en pratique, par l’ingérence du législateur, du juge ainsi que des tiers dans le contrat.

392. - La limitation de la théorie volontariste par l’ingérence du législateur dans le contrat – D’une manière générale, le législateur va pouvoir s’ingérer dans le contrat par l’intermédiaire des lois impératives¹¹⁶². Les parties étant, en effet, dans l’impossibilité d’en écarter l’application, la force de l’autonomie de leur volonté n’en sera que limitée. Une grande partie de ces dispositions légales répond à des impératifs relatifs à l’ordre public et au respect des bonnes mœurs¹¹⁶³. Il est, toutefois, nécessaire de distinguer les lois « *purement impératives* »¹¹⁶⁴ – répondant à une qualification d’ordre public – des lois « *simplement impératives* »¹¹⁶⁵ – ne répondant pas à une

¹¹⁵⁹ V. *Supra* n° 86.

¹¹⁶⁰ J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l’acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 869 et s. – Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l’article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901 – R. TENDLER, « Le rôle de la volonté dans l’exécution des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 801 et s. – M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », APD 1957, p. 87 et s.

¹¹⁶¹ E. GOUNOT, « La liberté des contrats et ses justes limites », Semaines sociales de France 1938, p. 321.

¹¹⁶² Remarque : concernant l’ingérence du législateur dans le contrat, seules les lois impératives seront envisagées. Il n’est pas pertinent, en effet, d’envisager les lois supplétives puisqu’elles peuvent être écartées par la volonté des parties.

¹¹⁶³ C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹¹⁶⁴ Remarque : la qualification de loi « *purement impérative* » est retenue par une mise en parallèle avec celle de loi « *simplement impérative* » proposée par : C. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l’ordre public », in Etudes offertes au professeur Ph. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 103 et s., spéc. p. 111 et s., n° 10.

¹¹⁶⁵ C. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l’ordre public », in Etudes offertes au professeur Ph. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 103 et s.

qualification d'ordre public. Les premières se distinguent par trois conditions constitutives¹¹⁶⁶. Une loi impérative est, ainsi, d'ordre public si elle va, d'abord, à l'encontre de la liberté contractuelle, si elle est, ensuite, d'application générale – à l'opposé, par exemple, des règles spécifiques applicables aux consommateurs – et si elle est, enfin, sanctionnée par la nullité – relative ou absolue. Dans cette hypothèse, une hiérarchisation entre la liberté contractuelle et les impératifs liés à l'article 6 du Code civil est, alors, établie¹¹⁶⁷ et justifiée par la suprématie d'intérêts particuliers et généraux. Initialement, en effet, l'ordre public¹¹⁶⁸ a été mis en place dans l'objectif de promouvoir la liberté des hommes et leur droit de propriété¹¹⁶⁹ et servait, par conséquent, la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté¹¹⁷⁰. Tendait, depuis, à défendre d'avantage des intérêts généraux d'ordre social¹¹⁷¹, économique¹¹⁷² ou encore moral¹¹⁷³, les finalités de ce mécanisme ont évolué. Ce constat ne permet, ainsi, plus d'affirmer que son application appuie, de manière absolue, celle du principe de l'autonomie de la volonté.

¹¹⁶⁶ C. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in Etudes offertes au professeur Ph. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 103 et s., spéc. p. 111 et s., n° 10.

¹¹⁶⁷ C. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in Etudes offertes au professeur Ph. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 103 et s.

¹¹⁶⁸ La notion d'ordre public englobe le respect des bonnes mœurs (H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 393, n° 265 – H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 105, n° 119 : « La notion de bonnes mœurs est un aspect particulier de l'ordre public »).

¹¹⁶⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 9, n° 26.

¹¹⁷⁰ V. *Supra* n° 387.

¹¹⁷¹ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 393, n° 265.

¹¹⁷² Y. BUFFELAN-Lanore et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 240, n° 640 – B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 10, n° 28.

¹¹⁷³ Par le respect des bonnes mœurs. Sur les bonnes mœurs, V. J. BONNECASE, « La notion juridique de bonnes mœurs », in Etudes de droit civil à la mémoire d'H. CAPITANT, Dalloz, 1939, p. 91 et s. – J. CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994 – D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle*, Études offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 487 et s. – J. FOYER, « Les bonnes mœurs », in *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495 et s. – F. SENN, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit, t. I : Aspects historiques et philosophiques*, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977, p. 53 et s.

Qu'il s'agisse des lois « *purement impératives* », répondant à des impératifs d'ordre public de direction¹¹⁷⁴ – relatif aux exigences de protection de l'intérêt général – ou de protection¹¹⁷⁵ – garant d'exigences de protection des intérêts particuliers¹¹⁷⁶ –, ou des lois « *simplement impératives* » – qui sont justifiées par les mêmes exigences mais ne reçoivent pas la qualification d'ordre public –, elles sont des limites à la prééminence de l'approche volontariste du contrat à la fois par leur multiplication et par la mise en exergue d'un dirigisme contractuel de la part du législateur¹¹⁷⁷. Plusieurs illustrations peuvent être, à ce titre, envisagées.

En se faisant le protecteur des parties, le législateur peut, d'abord, contrevenir à l'autonomie de leur volonté. D'une manière générale, les dispositions encadrant la licéité de la cause et de l'objet du contrat limitent, de fait, le poids de la volonté des parties. Ces dernières ne peuvent, en effet, s'engager dans une relation contractuelle qu'à condition de respecter ces exigences législatives conformes aux valeurs sociétales¹¹⁷⁸ à peine de nullité du contrat. D'une manière plus particulière, le législateur accroît la protection des parties qu'il considère comme faibles. Les exigences formelles applicables aux contrats de consommation¹¹⁷⁹ et de travail¹¹⁸⁰ en représentent, ainsi, une double illustration. En privant les parties d'avoir recours au consensualisme, le législateur repousse la suprématie de l'autonomie de la volonté. Il peut, par ailleurs, se constater une diminution de la force obligatoire des contrats par la sanction des

¹¹⁷⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 718, V° *Ordre public (-De direction)* : « Norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ».

¹¹⁷⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 718, V° *Ordre public (-De protection individuelle)* : « [ordre public] qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance de tout être humain à la personnalité juridique, etc.) ».

¹¹⁷⁶ Sur la distinction des intérêts protégés : V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 305 et s., n° 297 et s.

¹¹⁷⁷ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 96 et s., n° 120 et s.

¹¹⁷⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 42, n° 35.

¹¹⁷⁹ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2^{ème} éd., 2014, p. 473 et s., n° 473 et s.

¹¹⁸⁰ G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », APD, 1940, p. 7 et s.

clauses abusives¹¹⁸¹ ou encore du déséquilibre significatif¹¹⁸². Dans ces hypothèses, le législateur limite la portée de la volonté des parties quant au choix du contenu de leur engagement contractuel et, par conséquent, le poids de l'autonomie de la volonté dans un souci de protectionnisme. Sans qu'une partie ne soit nécessairement en situation de faiblesse par rapport à l'autre, le législateur peut, par ailleurs, limiter le choix du cocontractant. L'article L. 412-1 du Code rural et de la pêche maritime¹¹⁸³ met en place, dans cette hypothèse, un droit de préemption au profit du fermier. Ainsi, si le propriétaire d'un fonds de terre décide de le vendre, il sera dans l'obligation de respecter un droit de préemption au profit du fermier qui le lui loue. Si le principe de l'autonomie de la volonté implique le libre choix de son cocontractant, cette disposition le remet en cause.

Le législateur intervient, ensuite, non plus dans un souci de protection des parties mais dans une optique de dirigisme afin de répondre aux exigences de la société¹¹⁸⁴. Les dispositions législatives concernées relèvent, pour l'essentiel, du droit de la concurrence¹¹⁸⁵. La sanction des pratiques anticoncurrentielles a, ainsi, pour objectif de

¹¹⁸¹ C. consom., art. L. 132-1, al. 1^{er} : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹¹⁸² C. com., art. L. 442-6, I, 1^o : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :
1^o De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

¹¹⁸³ CRPM., art. L. 412-1 : « Le propriétaire bailleur d'un fonds de terre ou d'un bien rural qui décide ou est contraint de l'aliéner à titre onéreux, sauf le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, ne peut procéder à cette aliénation qu'en tenant compte, conformément aux dispositions de la présente section, d'un droit de préemption au bénéfice de l'exploitant preneur en place. Ce droit est acquis au preneur même s'il a la qualité de copropriétaire du bien mis en vente.
Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables s'il s'agit de biens dont l'aliénation, faite en vertu soit d'actes de partage intervenant amiablement entre cohéritiers, soit de partage d'ascendants, soit de mutations, profite, quel que soit l'un de ces trois cas, à des parents ou alliés du propriétaire jusqu'au troisième degré inclus et sauf dans ces mêmes cas si l'exploitant preneur en place est lui-même parent ou allié du propriétaire jusqu'au même degré ».

¹¹⁸⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1963 – J. HEMARD, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Etudes offertes à G. RIPERT, LGDJ, 1950, p. 341 et s. – G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977, p. 347 et s.

¹¹⁸⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 427, n^o 383.

protéger le marché et donc l'économie. Cette idée est, d'ailleurs, explicitée dans la définition de tels comportements. Il s'agit, en effet, de sanctionner, notamment, les contrats qui ont « *pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »¹¹⁸⁶. Si, *a fortiori*, les concurrents et les consommateurs sont protégés par la sanction, il s'agit bien, avant toute chose, de protéger un intérêt général qu'est l'économie¹¹⁸⁷. L'autonomie de la volonté est, donc, une fois de plus, limitée par l'intervention législative portant sur le contenu d'un engagement contractuel.

La multiplication des lois impératives représente, donc, un frein évident à l'autonomie de la volonté¹¹⁸⁸.

393. - La limitation de la théorie volontariste par l'ingérence du juge dans le contrat – Si l'ingérence de plus en plus présente du législateur dans les contrats pose des limites certaines à la théorie volontariste contractuelle, l'interventionnisme judiciaire l'appuie d'autant plus. La jurisprudence représente « *l'ensemble des décisions judiciaires d'où se dégage une règle de droit constamment suivie par le juge dans le passé ou à laquelle il se tiendra probablement à l'avenir* »¹¹⁸⁹. Toute la question porte, donc, sur l'existence et l'étendue de son pouvoir normatif en matière contractuelle. Il s'agit, alors, d'envisager l'ingérence indirecte du juge par la création d'obligations – et donc dans la limitation de la place de la volonté des contractants dans la détermination du contenu du contrat –, puis son intervention directe dans le contrat.

¹¹⁸⁶ C. com., art. L. 420-1 : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

¹¹⁸⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p.306, n° 298.

¹¹⁸⁸ V. J. GHESTIN, « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, Dalloz, 2001, p. 124 et s.

¹¹⁸⁹ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 5^{ème} éd., 2014, p. 263, n° 337.

Le juge peut, d'une part, compléter le contenu obligationnel d'un contrat¹¹⁹⁰ que les cocontractants seront tenus de respecter¹¹⁹¹. Peuvent, ainsi, être à la charge des parties des obligations de sécurité et de conseil¹¹⁹² ou encore d'information, d'assistance et de renseignement¹¹⁹³. Le débat relatif à la place de la jurisprudence en droit positif¹¹⁹⁴, véritable source de droit¹¹⁹⁵ pour les uns et simple autorité¹¹⁹⁶ pour les autres, permet de s'interroger sur le caractère « imposé »¹¹⁹⁷ des obligations qu'elle dégage. Si elle n'est pas reconnue comme une véritable source de droit, il est impossible de la retenir comme créatrice d'obligations. Si, à cet effet, l'article 5 du Code civil dispose bien qu'« *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* », il lui est reconnu un pouvoir d'interprétation¹¹⁹⁸. La limite entre l'interprétation et la création de droit est fragile¹¹⁹⁹. Il s'agit donc de s'interroger sur les fondements juridiques auxquels se réfère la jurisprudence lorsqu'elle découvre de nouvelles obligations contractuelles. Monsieur Stéphane Obellianne explique l'idée selon laquelle la jurisprudence se fonde toujours sur des principes ou des usages et, si elle crée à proprement parler de nouvelles normes, ces dernières n'en

¹¹⁹⁰ J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013, pt. 55 et s.

¹¹⁹¹ T. com. Seine, 28 avr. 1926 : RTD civ. 1926, p. 776, n° 42, obs. R. DEMOGUE – Cass. civ. 2^{ème}, 18 oct. 1954 : RTD civ. 1955, p. 135, n° 7, obs. J. CARBONNIER.

¹¹⁹² Ph. DELEBECQUE, « Clauses d'allégement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pts 154 s.

¹¹⁹³ J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013, pt. 59 et s.

¹¹⁹⁴ S. BELAID, Essai sur le pouvoir normateur et créatif du juge, LGDJ, coll. *Bilb. de dr. priv.*, 1974.

¹¹⁹⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015, p. 278 et s., n° 347 et s.

¹¹⁹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, p. 273, n° 144.

¹¹⁹⁷ V. *Supra* n° 23 et s.

¹¹⁹⁸ Le pouvoir d'interprétation de la jurisprudence peut, notamment, être déduit de la lecture de l'article 4 du Code civil qui dispose que « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

¹¹⁹⁹ Remarque : Il serait cependant vain et hasardeux d'analyser en profondeur les arguments de chacune des théories doctrinales pour prendre position dans la mesure où cela nécessiterait de longs développements qui ne sont pas le sujet de la présente étude.

restent pas moins fondées sur des normes préexistantes de source non prétoriennes¹²⁰⁰. Les obligations visées seraient donc de source judiciaire, puisque ce sont les juges qui les créent, mais seraient justifiées par la loi, les principes ou les usages qui apparaissent comme les outils permettant d'en légitimer le fondement. Les obligations visées se rattachent à des exigences légales quant à leur fondement¹²⁰¹, mais émanent d'une autorité différente. Dans cette hypothèse, l'exemple du renvoi à la notion d'équité sera utilisé. L'application pratique de l'équité permet bien au juge de déceler de nouvelles obligations¹²⁰². Cette idée est par ailleurs appuyée par le plan de présentation de la jurisprudence sous l'article 1135 du Code civil. En effet, dans un I intitulé « *Contenu du contrat et équité* », se trouve un B présentant les « *Obligations associées par le juge à certains contrats* ». S'y retrouve les célèbres obligations de sécurité, d'information, de conseil, de garantie et d'assurance. Le juge se sert, donc, de l'équité prévue par l'article 1135 du Code civil non pas comme une source de droit¹²⁰³ – puisqu'il ne la cite jamais directement – mais comme une justification juridique de l'insertion de ces obligations dans le contenu contractuel¹²⁰⁴. Ce n'est, en effet, pas l'équité qui détermine directement les obligations prétoriennes mais bien le contrat lui-même et la nature de ses obligations. L'équité représente, par conséquent, un support permettant au juge de justifier l'imputation de nouvelles obligations aux cocontractants. En mettant en exergue ces nouvelles obligations, le pouvoir judiciaire va s'ingérer dans le choix du contenu contractuel et, partant, limite le poids de l'autonomie de la volonté.

¹²⁰⁰ S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, p. 49, n° 30 : « *si cette justification (le fondement utilisé par la jurisprudence) est naturellement le fruit du travail judiciaire, la nécessité pour le juge d'invoquer un principe ou un usage atteste à elle seule de l'insuffisance du référent jurisprudentiel. Au plan formel, la décision jurisprudentielle ne peut donc pas être offerte en fondement juridique : elle n'est pas pourvue de la qualité justificatrice inhérente aux sources formelles* ».

¹²⁰¹ C. civ., art. 1135 : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » – Sur l'article 1135 du Code civil, V. *Supra* n° 28 et s.

¹²⁰² B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pt. 331-84 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 416, n° 397 – Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. Bbibl. de thèses*, 2005, p. 675 et s., n° 325 et s. – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1100, n° 3291.

¹²⁰³ *Contra* : F. ZENATTI, *Le juge et l'équité*, Annales de la Faculté de Droit de Lyon, L'Hermès, 1985, p. 93, n° 10 : L'auteur explique que le fait que les juges puissent créer des obligations en se fondant sur l'équité érige cette dernière au rang de source de droit.

¹²⁰⁴ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 66, n° 111.

Le juge peut, d'autre part, dans certaines situations, s'ingérer directement dans le contrat en imposant leur comportement aux parties sous couvert, principalement, de la bonne foi. L'article 1134 alinéa 3 du Code civil¹²⁰⁵ va, ainsi, permettre au juge de donner des directives quant à la conduite à adopter lors de l'exécution des contrats¹²⁰⁶ et de sanctionner le cocontractant qui ne respecte pas ce devoir, notamment au travers de sa loyauté et de sa collaboration¹²⁰⁷. Si la bonne foi permet de déceler de nouveaux devoirs, ces deniers n'ont, néanmoins, pas d'impact sur le contenu contractuel en lui-même puisqu'ils définissent une norme comportementale¹²⁰⁸. En imposant une manière correcte d'exécuter un contrat, la bonne foi ne permet pas au juge de moduler le contenu contractuel. L'arrêt Huard¹²⁰⁹ illustre de manière significative cette idée. La Société française des pétroles BP a, en l'espèce, conclu avec Monsieur Huard un contrat de distributeur agréé, pour une durée de 15 années, prenant effet le 25 mars 1971 et prorogé par avenant jusqu'au 31 décembre 1988. En 1983, les prix de vente des produits pétroliers au détail ont été libérés mais la société BP n'a pas donné les moyens à Monsieur Huard de pratiquer des prix concurrentiels. La Cour de cassation a imposé à la société BP, sur le fondement de son devoir de bonne foi, de renégocier un accord de coopération commercial afin de lui permettre de faire face à une concurrence renforcée qui se serait développée dans le secteur. La Haute juridiction a donc, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, donné des directives relatives au comportement à adopter s'agissant de l'exécution du contrat en cause. Le juge n'a donc pas directement influé le contenu obligationnel. Très présente, par ailleurs, dans les relations de travail, la bonne foi a pu être utilisée aux fins de sanctionner l'employeur qui impose un déplacement immédiat à l'un de ses salariés dont il a connaissance du caractère délicat

¹²⁰⁵ C. civ., art. 1134 al. 3 : « (Les conventions) *doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹²⁰⁶ Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, Bonne foi, Rép. civ. Dalloz, 2009 – Art. 7 1), Convention de Vienne, 11 avr. 1980 : « *Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international* ».

¹²⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz, 2009, pts 67 et s.

¹²⁰⁸ V. *Supra* n° 37.

¹²⁰⁹ Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Huard* : : Bull. civ. IV, n° 346, p. 247 ; JCP 1993, II, 22614, note G. VIRASSAMY ; D. 1993, somm. 287, obs. F. PEROCHON ; Contrats, conc., consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE.

de sa situation familiale critique vers un autre poste, lequel aurait pu être repris par un autre salarié, malgré l'existence d'une clause de mobilité de l'employé en question¹²¹⁰.

Le juge, par son intervention, limite, ainsi, la prééminence de l'autonomie de la volonté par une intervention à la fois directe – sur le contenu contractuel – et indirecte – en dictant des normes comportementales aux parties dans leur exécution du contrat.

394. - La limitation de la théorie volontariste par l'ingérence du tiers dans le contrat – Selon la théorie volontariste, seuls les individus souhaitant s'engager sont tenus par la relation contractuelle. Les obligations et effets que produisent les contrats sont réservés aux seuls contractants – selon le principe de l'effet relatif. Les tiers ne peuvent, toutefois, les ignorer. Si l'autonomie de la volonté exclut, ainsi, les tiers de la relation contractuelle, ils n'en sont pas moins étrangers par le mécanisme de l'opposabilité¹²¹¹.

L'effet relatif d'un contrat est, ainsi, complété par son opposabilité aux tiers¹²¹² et par les tiers¹²¹³. Il est, en effet, impossible de s'imaginer que le principe posé à

¹²¹⁰ Cass. soc. 18 mai 1999, n° 96-44315 : Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2000, somm. 84, obs. M.-C. ESCANDE VARNIOL, et 2001, somm. 2797, obs. B. BOSSU ; RTD civ. 2000, p. 326, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP E 2000, p. 40, note C. PUIGELIER.

¹²¹¹ V. par ex. : Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20490 : D. 1993, p. 181, note J. GHESTIN : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat* » – Cass. civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, n° 04-10051 : JCP G 2006, II, 10119, obs. O. DESHAYES ; RDC 2006, p. 1154, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2006, p. 553, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2006/2, p. 267, obs. D. MAZEAUD : « *Qu'en statuant ainsi, alors 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* » – C. civ., art. 1167 : « [les créanciers] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

¹²¹² Par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, n° 97-22498 : Bull. civ. I, n° 246 ; D. 2001, p. 952, note M. BILLIAU et J. MOURY ; JCP 2001, I, 338, n° 6 s., obs. G. VINEY : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que l'article litigieux n'était pas le résultat d'investigations personnelles, mais la reprise d'informations contenues dans l'ouvrage, à paraître, de M. X... ; que les juges du second degré ont pu dès lors, faisant application du principe d'opposabilité des conventions aux tiers, retenir la faute de la société Prisma presse à l'égard des titulaires du droit d'édition de l'ouvrage, pour avoir divulgué des informations puisées dans un ouvrage que les éditeurs s'approprièrent à diffuser, privant ainsi cette publication d'une partie de son originalité et de son intérêt* ».

l'article 1165 du Code civil¹²¹⁴ suppose que le contrat soit totalement isolé du monde et, partant, de la multitude des autres situations contractuelles et individus qui lui coexistent. Le contrat doit, à ce titre, être considéré comme « *un fait social qui s'insère dans la vie de la collectivité* »¹²¹⁵. En résumé, si un tiers n'a pas la possibilité de devenir créancier ou débiteur d'un contrat auquel il n'est pas partie, il peut en bénéficier ou en subir les effets. Il s'agit de distinguer les effets obligationnels du contrat – soumis au principe de l'effet relatif – de ses autres effets¹²¹⁶. Dans le cadre d'un contrat de vente, si les obligations de délivrer la chose et de payer le prix sont exclusives des contractants, l'effet translatif de propriété sera, lui, opposable par et aux tiers.

Les limites à l'effet relatif du contrat, et donc, par extension, de l'autonomie de la volonté, se révèlent au-delà du seul mécanisme de l'opposabilité. La stipulation pour

¹²¹³ Par ex. : Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : Bull. civ. n° 9 ; R., p. 398 ; BICC 1^{er} déc. 2006, note et rapp. B. ASSIE, concl. A. GARIAZZO ; D. 2006, p. 2825, note G. VINEY et IR, 2484, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007, pan. 2900, obs. P. JOURDAIN, et 2976, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; JCP, 2006, II, 10185, concl. A. GARIAZZO, note M. BILLIAU et 2007, I, 115, n° 4 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; JCP E 2007, p. 1523, n° 15 et s. note H. KENFACK ; Contrats, conc., consom. 2007, n° 63, note L. LEVENEUR ; AJDI 2007, p. 295, obs. N. DUMAS ; LPA 22 janv. 2007, note C. LACROIX et 16 mai 2007, note V. DEPADT-SEBAG ; RCA 2006, Etude 17, par L. BLOCH ; RLDC 2007/34, n° 2346, note Ph. BRUN ; RDC 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD et p. 279, obs. S. CARVAL et p. 379, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2007, p. 61, obs. P. DEUMIER, 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et 123, obs. P. JOURDAIN : « *Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » – Cass. civ. 2^{ème}, 6 févr. 2014, n° 13-10540 13-10745 : RTD civ. 2014, p. 371, obs. B. BARBIER ; RGDA 2014, p. 155, obs. J. KULLMANN : « *que l'auteur d'une inexécution contractuelle engage sa responsabilité envers un tiers au contrat que si l'exécution contractuelle cause à l'égard du tiers un dommage* » – Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, n° 13-23178 : « *Attendu que pour rejeter les demandes de la société Les soleils des eaux, l'arrêt retient que si l'intermédiaire immobilier a perdu la chance de percevoir sa commission, le paiement de celle-ci en vertu des termes clairs du mandat auquel ils étaient tiers, n'incombait pas aux consorts Y..., et que la société Les soleils des eaux ne peut se prévaloir à leur encontre d'un quelconque préjudice en relation avec la faute qu'ils ont commise et qui trouve sa sanction éventuelle dans les relations entre vendeur et acquéreur ;*

Qu'en statuant ainsi, alors que, même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹²¹⁴ C. civ., art. 1165 : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

¹²¹⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 37, n° 29.

¹²¹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 396, n° 791.

autrui¹²¹⁷ donne, par exemple, la possibilité à un tiers de bénéficier des effets obligatoires d'un contrat. L'article 1743 du Code civil¹²¹⁸ illustre, par ailleurs, le fait d'obliger directement le tiers à une obligation contractée par une partie. Cette situation concerne la vente d'un immeuble pour lequel un contrat de bail a, au préalable, été consenti par le vendeur. L'acheteur ne pourra pas mettre fin au contrat de bail et sera tenu par toutes les obligations du bailleur. Le tiers deviendra, ainsi, partie au contrat.

L'effet relatif des contrats, sous-jacent au principe de l'autonomie de la volonté est, ainsi, donc mise aussi à rude épreuve par l'intervention des tiers.

395. - La limitation de la théorie volontariste par les parties – A l'instar du législateur, du juge et des tiers, les parties elles-mêmes sont à l'origine des limites de la théorie volontariste du contrat. Ce postulat se révèle, notamment, s'agissant du phénomène de « *standardisation des contrats* »¹²¹⁹. Sont ici particulièrement visés les contrats d'adhésion où le contenu de l'engagement est fixé de manière unilatérale¹²²⁰. Si la formation du contrat nécessite, évidemment, l'échange des consentements, il en va différemment concernant la fixation du contenu obligationnel. Si l'une seule des deux parties a, en effet, la main dessus, il échappe, en revanche, à son cocontractant¹²²¹. Si cette situation provoque, de fait, une inégalité entre les parties puisque l'une imposera ses propres conditions à l'autre, le recours aux contrats d'adhésion réduit surtout la force de l'autonomie de la volonté. Le choix du cocontractant qui adhère portera, en effet, uniquement sur la formation ou non du contrat et non pas sur la détermination du contenu obligatoire. En choisissant de recourir à un contrat d'adhésion, les parties restreignent, en conséquent, la théorie volontariste du contrat par la restriction du champ d'application de leur volonté.

¹²¹⁷ C. civ., art. 1121 : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

¹²¹⁸ C. civ., art. 1743, al. 1^{er} : « *Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine* ».

¹²¹⁹ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 965 et s., spéc. p. 971.

¹²²⁰ D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 7^{ème} éd., 2014, p. 228, n° 413.

¹²²¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 289, n° 384.

396. - Le contenu et les limites de l'approche volontariste du contrat mis en exergue, il s'agit de s'interroger sur l'encadrement des obligations non matérialisées qu'il induit.

Paragraphe 2 : La reconnaissance volontariste limitée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées

397. - L'approche volontariste du contrat permet d'accueillir la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite (I). Leur mise en œuvre permet, en effet, de constater, sans équivoque, l'existence de la volonté des parties. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne répondant pas à cette caractéristique, leur effet contraignant se voit, en revanche, rejeté par l'approche contractuelle (II).

I. L'accueil volontariste du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite

398. - L'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi explicite est justifié par la force obligatoire de la stipulation contractuelle qui y renvoie¹²²². L'intervention de la volonté des parties, telle que dictée par la théorie volontariste du contrat, ne semble, donc, s'appliquer qu'au seul mécanisme des clauses par référence, indépendamment de leur contenu (A). Le fait, toutefois, que cette approche contractuelle fonde la force obligatoire par l'autonomie de la volonté justifie le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite (B).

¹²²² V. *Supra* n° 155.

A) L'intervention de la volonté ne portant en apparence que sur le mécanisme de la clause par référence

399. - Une expression apparente du consensualisme – Le recours au mécanisme de la clause par référence est en lien avec la mise en œuvre du principe de l'autonomie de la volonté¹²²³. Cette dernière correspond à l'idée selon laquelle les parties ont le choix de conclure un contrat, dans les termes et avec le cocontractant qu'elles ont choisi. Le contenu obligationnel est donc, du point de vue volontariste, issu de la seule volonté des parties. Les clauses par référence figurant dans l'acte instrumentaire, elles sont nécessairement liées à cette volonté – dès lors qu'aucun vice du consentement n'est constaté.

Le recours à des obligations non matérialisées par renvoi explicite apparaît comme l'expression technique du consensualisme des parties. L'idée est, en effet, de s'accorder explicitement sur le fait qu'une partie du contenu obligationnel de l'engagement contractuel n'est pas matérialisé, ou, autrement dit, n'est pas retranscrit dans l'acte instrumentaire. Il s'agit, ainsi, pour les contractants, de se soumettre à des obligations sans avoir recours à la formalisation de leur contenu. Ce postulat correspond au mécanisme du consensualisme. Ce dernier étant issu de l'autonomie de la volonté, la théorie volontariste sert, par conséquent, la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

400. - Une volonté portant sur le contenant et non sur le contenu – Il semble, toutefois, nécessaire de ne pas effectuer de confusion entre le contenant – la clause par référence – et le contenu de l'obligation référencée. Il apparaît, en effet, que l'expression de la volonté des parties ne porte que sur le principe du recours à une technique de renvoi. Il est possible de mettre en parallèle cette idée avec le mécanisme des contrats d'adhésion. Dans une telle situation, il a été expliqué que le consentement de la partie à qui est imposé le contenu obligationnel porte uniquement sur le choix de conclure ou de ne pas conclure le contrat¹²²⁴. Il en serait alors de même concernant les obligations non matérialisées par renvoi explicite. L'expression de la volonté des parties

¹²²³ V. *Supra* n° 130.

¹²²⁴ V. *Supra* n° 395.

intervient s'agissant du mécanisme de la référence, indépendamment du contenu obligationnel. C'est, alors, du fait de la force obligatoire de la stipulation contractuelle, que l'obligation non matérialisée s'impose¹²²⁵.

Cette idée se justifie d'autant plus par les conditions de validité de ces obligations. Ces dernières présentent, en effet, plus un aspect matériel qu'intellectuel. Pour qu'une obligation non matérialisée par renvoi explicite soit obligatoire, le cocontractant qui doit, d'une part, savoir qu'elle fait partie de son engagement contractuel et, d'autre part, avoir été mis en mesure d'y accéder¹²²⁶. Il s'agit, ainsi, pour les parties, de « *savoir « qu'il y a encore quelque chose » (...) destiné à compléter le contrat à conclure (...) [et] que l'adhérent sait où et comment se procurer lesdites stipulations* »¹²²⁷. Il importe donc peu que le cocontractant ait effectivement connu le contenu des obligations référencées puisqu'il ne s'agit pas d'une exigence en conditionnant le caractère obligatoire¹²²⁸. La volonté porte, par conséquent, sur le principe du mécanisme de la clause par référence, indépendamment du fond obligationnel. Cette idée est d'autant plus appuyée par la pratique. Si les clauses par référence sont encadrées, leur mise en œuvre démontre, en effet, que les individus sont tenus par un contenu obligationnel dont ils n'ont, souvent, aucunement pris connaissance puisqu'ils ne le lisent que dans très peu de cas¹²²⁹. Les individus acceptent, par conséquent, d'être soumis à des obligations référencées mais sans que leur consentement ne porte réellement sur leur contenu. Monsieur le professeur Alain Seube résume bien cette idée en expliquant « *que le contractant auquel on les oppose les ait connues ou ignorées, elles s'imposeront à lui* »¹²³⁰.

La volonté des parties intervient, donc, *a minima*, s'agissant du choix de conclure un contrat – indépendamment de son contenu – et, au mieux, concernant le mécanisme de

¹²²⁵ V. *Supra* n° 155.

¹²²⁶ V. n° 60 et s.

¹²²⁷ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. priv.*, 2004, p. 148, n° 274.

¹²²⁸ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. priv.*, 2004, p. 150, n° 278.

¹²²⁹ J. BOULANGER, « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum BARON LOUIS FREDERICQ*, E. Story-Scientia, 1966, p. 199 et s., spéc. p. 202, n° 5.

¹²³⁰ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 621 et s., spéc. p. 628.

la référence. En résumé, les parties acceptent le principe selon lequel d'autres obligations, non matérialisées, s'imposent à elles.

401. - La mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite se justifie par la volonté des parties de se soumettre à une clause par référence. C'est, ainsi, la force obligatoire du contenant qui dote le contenu référencé d'un effet contraignant.

Le fait que la force obligatoire soit un mécanisme sous-jacent, selon l'appréhension volontariste du contrat, à celui de l'autonomie de la volonté, permet de reconnaître la justification de leur effet contraignant.

B) La justification de la force obligatoire par l'autonomie de la volonté au service de la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite

402. - **La force obligatoire : fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite**¹²³¹ – L'autonomie de la volonté justifie le choix du recours au mécanisme de la clause par référence. C'est elle qui va, par ailleurs, donner, toujours du point de vue volontariste, sa force obligatoire au contrat ainsi qu'à son contenu. Si la clause par référence a force obligatoire, c'est donc parce que les parties ont accepté de s'y soumettre. La justification de l'effet contraignant du contenant de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite identifiée, il s'agit, dès à présent, de se placer du point de vue de son contenu.

Une obligation non matérialisée par renvoi explicite a un effet contraignant parce que la clause par référence a force obligatoire puisqu'elle est l'expression de l'autonomie de la volonté des parties. Autrement dit, c'est parce que les cocontractants ont décidé de se soumettre à un contrat dans lequel est prévu l'application du mécanisme de la référence que le contenu de l'obligation référencée a force obligatoire. Les liens entre la force obligatoire du contenu d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite et l'autonomie de la volonté, bien qu'indirects, sont ainsi avérés.

¹²³¹ V. *Supra* n° 155 et s.

403. - Le fondement volontariste de la force obligatoire par l'autonomie de la volonté – La justification volontariste du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessite de rappeler, préalablement, deux postulats établis. La théorie volontariste, d'une part, avance l'idée selon laquelle la force obligatoire d'un contrat, de manière générale, ou d'une obligation, de manière plus particulière, se justifie par la seule volonté des parties. La force obligatoire du contenu d'une obligation non matérialisée par renvoi explicite, d'autre part, est fondée par la force obligatoire de son contenant, la clause par référence.

En réunissant ces deux idées, il est possible d'affirmer l'idée selon laquelle le caractère obligatoire du contenu de l'obligation non matérialisée par renvoi explicite est fondée par la force obligatoire de la clause par référence qui, elle-même, est justifiée par la volonté des parties. Autrement dit, la force obligatoire du mécanisme de renvoi qui justifie l'effet contraignant du contenu obligationnel référencé se justifie par l'autonomie de la volonté. Est, ainsi, établi le lien nécessaire entre l'autonomie de la volonté et l'effet contraignant du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite - du fait de son statut de « fondement de leur fondement » – nécessaire à leur acceptation par la théorie volontariste du contrat.

La volonté des parties ne peut, ainsi, être considérée comme étrangère à l'effet contraignant du contenu obligationnel référencé. Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite se justifie, donc, d'un point de vue volontariste.

404. - Si la vision volontariste du contrat permet de reconnaître le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite, la solution n'est pas similaire concernant les obligations non matérialisées par renvoi implicite.

II. Le rejet volontariste des obligations non matérialisées par renvoi implicite

405. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont celles pour lesquelles l'existence du consentement des parties de s'y soumettre ne peut pas être expressément constatée. L'appréhension volontariste donnant un caractère capital à l'autonomie de la volonté, il est nécessaire, pour en justifier l'effet contraignant, de

démontrer que ces obligations sont voulues. Il convient, ainsi, de distinguer les notions de volontés interne et déclarée (A) afin d'envisager l'acceptation volontariste du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite (B).

A) La distinction entre la volonté interne et la volonté déclarée des parties

406. - Contenu de la distinction entre la volonté réelle et déclarée – La théorie volontariste octroie à l'autonomie de la volonté le statut de source et de justification unique de la formation et des effets du contrat. La volonté des parties peut revêtir à la fois un caractère réel – ou interne – et déclaré – ou externe. Il s'agit, d'abord, de distinguer ces deux notions pour, ensuite, comprendre en quoi elles sont, de manière commune, prises en considération par la théorie volontariste.

Pour qu'un contrat soit valablement conclu, il est nécessaire que les parties aient la volonté de s'engager et qu'elles l'aient exprimée. Deux éléments peuvent, ainsi, être identifiés¹²³². Un élément interne et psychologique, d'une part, est constitué par la volonté. Il s'agit, autrement dit, de ce que souhaite, au fond de lui, le cocontractant¹²³³. Un élément externe et matériel, d'autre part, est révélé par une déclaration. Il s'agit du fait, pour une partie, d'extérioriser sa volonté¹²³⁴. Dans la majorité des cas, la volonté interne correspond à la volonté déclarée mais, dans une minorité de contrats, ce qui est véritablement voulu par l'une des parties ne correspond pas nécessairement à ce qu'elle a communiqué à l'autre. Un individu souhaite, par exemple, vendre un bien en contrepartie de 1.000 euros mais déclare en souhaiter 100 euros. Dans une autre situation, une personne souhaite acheter un tableau parce qu'il est ancien mais ne l'exprime pas à son cocontractant qui lui en remet un récent. Il y a bien, dans ces deux

¹²³² J. CHABAS, « De la déclaration de volonté en droit civil français », Recueil Sirey, 1931, p. 75 – M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 133, n° 150 – B. PETIT, « Contrats et obligations, Consentement », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014, pt. 4.

¹²³³ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 276, n° 732 : « (...) la volonté réelle nécessite, d'une part, la conscience de ce que l'on veut faire et, d'autre part, l'intention de le réaliser ».

¹²³⁴ La volonté déclarée est « la volonté extériorisée et exprimée dans un langage juridique prédéterminé comme par exemple un écrit » : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 238, n° 631.

illustrations, des contradictions entre les volontés internes et déclarées des parties puisque les déclarations ne correspondent pas aux volontés réelles¹²³⁵.

407. - La prééminence volontariste de la volonté réelle – Si l'extériorisation de la volonté interne est nécessaire pour qu'un contrat soit valablement formé¹²³⁶, la place accordée à la volonté déclarée reste secondaire en matière d'interprétation des contrats¹²³⁷. A l'inverse, en effet, du droit allemand qui fait primer la volonté déclarée par sa théorie de la déclaration¹²³⁸, la théorie volontariste française, en plaçant l'autonomie de la volonté au cœur de la relation contractuelle, assoit, de fait, la supériorité de la volonté réelle¹²³⁹. Cette dernière serait, en effet, la « *seule qui constitue la substance de l'engagement* »¹²⁴⁰ et donc celle que le juge se doit de rechercher¹²⁴¹. Cette idée est appuyée par la rédaction de l'article 1156 du Code civil qui dispose

¹²³⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 683-684, n° 917.

¹²³⁶ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 123, n° 128 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 121, n° 93.

¹²³⁷ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 192, n° 230.

¹²³⁸ J. CHABAS, « De la déclaration de volonté en droit civil français », *Recueil Sirey*, 1931, p. 77 et s. – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 684, n° 917 – G. LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON et C. WITZ, *Code civil allemand (BGB)*, Dalloz-Jurisclope, coll. *La lettre des lois*, 2010, p. 47, BGB, § 116 : « Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration de volonté se réserve en secret de ne pas vouloir ce qu'il déclare. La déclaration est nulle lorsqu'elle est émise envers une autre personne et que celle-ci a connaissance de la réserve » – A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1961, n° 89 et s. – R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, F. Pichon, Paris, 1901.

¹²³⁹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 238, n° 632 – P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ.*, Dalloz, 2007, pt. 68 – H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 108, n° 122 : « Dans un système fondant uniquement l'obligation sur le consentement de celui qui s'oblige, seule la volonté réelle, interne, est créatrice de droits » – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 121, n° 93.

¹²⁴⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 749.

¹²⁴¹ F.-J. PENSIER, « De l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer » (à propos de : Cass. soc., 29 sept. 2011, n° 10-12722), *Cah. dr. soc.* 2011, n° 235, p. 285 : « Ce qui compte pour le juge du fond, c'est de rechercher le contenu de la volonté interne sur la volonté déclarée ».

qu'« On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

En résumé, la volonté interne doit être déclarée pour produire des effets de droits¹²⁴² mais, si discordance il y a, elle doit, en tout état de cause, primer¹²⁴³.

408. - L'insécurité découlant de la prééminence volontariste de la volonté réelle –

La volonté déclarée étant la seule à laquelle peut se fier le cocontractant – puisque c'est la seule dont il a connaissance –, la suprématie de la volonté réelle peut être source d'insécurité juridique¹²⁴⁴. Il s'agit, en effet, de protéger sa propre volonté au détriment de la « foi contractuelle » de son cocontractant¹²⁴⁵. Les contrats ne sont, de ce fait, plus dotés de la sécurité juridique nécessaire puisqu'à tout instant, l'une des parties peut revenir sur son engagement ou son contenu en arguant d'une volonté interne différente de celle qui a été extériorisée. Selon la théorie volontariste, « une transmission inexacte de la volonté réelle est [dès lors] un obstacle à la formation du contrat »¹²⁴⁶.

¹²⁴² Cl. BENNER, Acte juridique, Rép. civ. Dalloz, 2013, pt. 15.

¹²⁴³ Remarque : la primauté « inconditionnelle » de la volonté réelle sur la volonté déclarée est étudiée en strict rapport avec la théorie volontariste du contrat. Les atténuations prévues par le droit positif (par ex. : toutes les erreurs ne sont pas considérées comme des vices du consentement (C. civ., art. 1110 : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention » – Sur l'erreur sur la manifestation de volonté, V. J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « Erreur », Rep. civ. Dalloz, 2006), le fait que seules les clauses obscures ou ambiguës soient interprétables par le juge (Cass. civ., 14 déc. 1942 : DC 1944, p. 112), l'interprétation en faveur du consommateur (C. consom. art. L. 133-2 : « 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 le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 »)) ne sont donc pas envisagées puisque l'idée est ici d'analyser l'encadrement purement volontariste des obligations non matérialisées.

¹²⁴⁴ P. CHAUVEL, « Consentement », Rép. civ. Dalloz, 2007, pt. 69 – C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), LGDJ, Bruylant-Bruxelles, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, 2002, p. 140 et s., spéc. p. 174, n° 52 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 749.

¹²⁴⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 121, n° 93.

¹²⁴⁶ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 108, n° 122.

409. - La distinction entre la volonté interne et déclarée mise en évidence, il s'agit, dès à présent, de l'appliquer aux obligations non matérialisées par renvoi implicite.

B) L'application de la distinction aux obligations non matérialisées par renvoi implicite

410. - **Obligations non matérialisées, volonté déclarée et volonté réelle** – Puisque les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne sont pas expressément voulues par les parties, elles ne peuvent correspondre à leur volonté déclarée (A). Ne relevant pas de la catégorie des obligations imposées, elles devraient, alors, ressortir de la volonté interne des contractants. Il est, toutefois, constaté que cette dernière ne peut pas, non plus, nécessairement en justifier le caractère obligatoire (2).

1. La remise en cause du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite par la volonté déclarée

411. - **L'incompatibilité théorique entre les obligations non matérialisées et la volonté déclarée** – La volonté déclarée correspond à l'extériorisation – quelle qu'en soit sa forme¹²⁴⁷ – de ce qu'ont voulu les parties. Selon la théorie volontariste, s'imposent, donc, aux parties, les seules obligations auxquelles elles ont choisi de se soumettre, sans que le juge ne puisse interférer d'aucune manière¹²⁴⁸. Il s'agit, alors, de se demander si les obligations non matérialisées par renvoi implicite peuvent, dans une situation de prééminence de l'autonomie de la volonté, relever de la volonté déclarée des parties. La définition même de ces obligations invite à répondre par la négative. N'étant pas expressément voulues par les parties, il est, en effet, impossible qu'elles correspondent à une volonté extériorisée.

¹²⁴⁷ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 238, n° 632.

¹²⁴⁸ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Université du Luxembourg, 22 juin 2007, R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRŪM (dir.), Société de législation comparée, coll. *Droit privé comparé et européen*, 2008, p. 9 et s., spéc. p. 12 et s.

412. - Illustration pratique de l'incompatibilité – Le rejet de l'idée selon laquelle les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relèvent pas de la volonté déclarée des parties peut s'illustrer par le caractère obligatoire des clauses implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants¹²⁴⁹. Dans cette hypothèse, un contrat 1 est conclu entre A et B et un contrat 2 entre B et C. Si le premier contrat est résilié, le second est, par application de cette obligation non matérialisée, caduc. Si la solution est compréhensible du point de vue de la cause – le contrat 1 étant la cause du contrat 2¹²⁵⁰ –, il en va, toutefois, différemment concernant la volonté déclarée des parties. S'agissant de B – engagé dans les deux relations contractuelles –, il est certain que, puisque les deux contrats n'ont, de son point de vue, aucun intérêt l'un sans l'autre, il souhaite les voir mutuellement exécutés et ne les envisage pas de manière indépendante. La solution est, néanmoins, différente s'agissant de C. L'exécution – ou l'absence d'exécution – du contrat 1 lui importe peu, sa seule préoccupation résidant dans l'exécution de son engagement contractuel – le contrat 2. Puisqu'aucune clause de caducité n'est prévue dans le contrat 2, cela signifie que B n'a pas fait part à C de sa volonté d'arrêter l'exécution du contrat 2 en cas d'inexécution du contrat 1. Il ne peut donc, en aucun cas, être constaté que l'obligation non matérialisée par renvoi implicite relève de la volonté déclarée des parties. Cette idée est d'autant plus appuyée par l'anéantissement, par les juges, d'éventuelles clauses d'indépendance¹²⁵¹ prévues par les parties. Dans cette situation particulière, la volonté déclarée des parties est bel et bien la survie d'un contrat faisant partie d'un ensemble économiquement interdépendant en cas d'inexécution d'un autre. Leur volonté déclarée correspond, ainsi, au rejet de le caractère obligatoire d'une clause implicite de tacite caducité. En écartant l'application de ces clauses d'indépendance, les juges démontrent, ainsi, que le caractère obligatoire

¹²⁴⁹ Sur les clauses de tacite caducité dans les contrats économiquement interdépendants : V. *Supra* n° 254 et s.

¹²⁵⁰ V. *Supra* n° 254.

¹²⁵¹ Sur l'anéantissement des clauses de dépendance : V. par ex. : Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR – V. *Supra* n° 249.

d'une obligation non matérialisée par renvoi implicite ne relève pas de la volonté déclarée des parties.

413. - La vision volontariste du contrat ne se borne, toutefois, pas à ce que les parties ont explicitement déclaré vouloir mais prend, aussi, en considération leur volonté interne, réelle¹²⁵². Il s'agit, donc, de se demander si les obligations non matérialisées par renvoi implicite en sont le reflet.

2. La remise en cause du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite par la volonté interne

414. - **L'éventuelle compatibilité théorique entre les obligations non matérialisées et la volonté interne** – La volonté interne correspond à ce que souhaitent réellement les parties. Pouvant entrer en contradiction avec la volonté déclarée, la théorie volontariste la fait, si un tel conflit est constaté, primer sur cette dernière. Il s'agit, donc, de se demander si les obligations non matérialisées par renvoi implicite relèvent de la volonté interne des parties.

Ce lien pourrait se justifier si l'existence d'un consensualisme obligationnel était avérée s'agissant du caractère obligatoire de ces obligations. Puisque ces dernières ne sont pas expressément voulues par les parties, elles pourraient, en effet, correspondre à ce qui a été tacitement souhaité¹²⁵³. Ce postulat toutefois rejeté¹²⁵⁴, il apparaît que les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne puissent pas relever de la volonté interne des contractants.

415. - **L'incompatibilité pratique entre les obligations non matérialisées et la volonté interne** – L'application des conventions collectives dans les contrats à durée déterminée pourrait correspondre à la volonté interne des parties¹²⁵⁵. En effet, en s'engageant dans une telle relation contractuelle, il est possible d'imaginer que les contractants acceptent de se soumettre aux conditions particulières de l'emploi visé

¹²⁵² V. *Supra* n° 407.

¹²⁵³ V. *Supra* n° 414.

¹²⁵⁴ V. *Supra* n° 415.

¹²⁵⁵ V. *Supra* n° 415.

mais aussi aux conditions générales encadrant la relation de travail. Dans cette optique, toutefois, la volonté interne ne porte pas directement sur le caractère obligatoire de la convention en elle-même. Il est, en effet, question d'accepter une relation de travail particulière plus que le contenu spécifique de la convention collective. Le caractère obligatoire de cette obligation non matérialisée par renvoi implicite relève, par conséquent, plus d'une volonté interne relationnelle que contractuelle.

Un second exemple permet de rejeter les relations entre la volonté interne et le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite. Il s'agit de l'inter-applicabilité des clauses compromissoires dans les contrats interdépendants¹²⁵⁶. Dans cette hypothèse, un contrat 1 est conclu entre A et B et un contrat 2 entre B et C. Le contrat 1 prévoit une clause compromissoire tandis que le contrat 2 est silencieux sur ce point. Si un litige naît, le contrat 2 sera soumis à la clause compromissoire du contrat 1¹²⁵⁷. Pour qu'une telle stipulation contractuelle soit valable, elle doit, toutefois, et sous peine de nullité, être prévue par écrit¹²⁵⁸. Il est, de ce fait, impossible de la déduire de la volonté des parties, ni même, plus précisément, de la rattacher à leur volonté interne. Si leur volonté, même interne, est de faire régler un éventuel litige par un tribunal arbitral, les contractants appliqueraient, en effet, nécessairement la disposition juridique relative aux exigences de validité de la clause compromissoire afin que cette dernière s'impose à leur relation contractuelle.

416. - Le contenu des documents contractuels : exception au rejet volontariste des obligations non matérialisées par renvoi implicite – Le rejet du lien entre la volonté interne des parties et le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite comporte une exception constituée par le contenu des documents contractuels.

Les conditions encadrant l'effet contraignant de ces derniers imposent que les contractants aient conscience que leur contenu s'applique à leur relation contractuelle et qu'ils aient été en mesure d'en prendre connaissance¹²⁵⁹. Ces exigences, similaires à

¹²⁵⁶ V. *Supra* n° 256.

¹²⁵⁷ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14311 : Bull. civ. I, n° 95 – V. *Supra* n° 256.

¹²⁵⁸ C. civ., art. 1443 : « *La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère* ».

¹²⁵⁹ V. *Supra* n° 193.

celles qui sont applicables aux obligations non matérialisées par renvoi explicite, impliquent un raisonnement identique¹²⁶⁰. Abstraction faite, ainsi, des difficultés relatives à l'intégrité du consentement des parties¹²⁶¹, l'existence de leur volonté de se soumettre au contenu des documents contractuels est constatable. Dès lors, en effet, qu'il a été démontré que les contractants ont conscience du caractère contractuel de ces obligations avant la conclusion du contrat et qu'ils s'engagent, par la suite, dans la relation, l'existence de leur volonté de s'y soumettre apparaît incontestable.

Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant des documents contractuels se justifie, ainsi, dans le cadre de l'appréhension volontariste du contrat.

*

417. - Bilan – L'approche volontariste du contrat place l'autonomie de la volonté au cœur de la matière contractuelle. Elle ne permet, dès lors, d'accueillir que de manière restrictive le caractère obligatoire des obligations non matérialisées. Seules celles qui tirent leur effet contraignant d'une clause par référence peuvent, en effet, être rattachées, de manière absolue, à la volonté des parties de s'y soumettre. A l'exception des obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant des documents contractuels, le contenu de cette catégorie obligationnelle ne peut être rattaché ni à la volonté déclarée, ni à la volonté interne des parties.

Cette approche contractuelle, vivement critiquable¹²⁶², apparaît peut-être trop conservatrice et ne semble plus adaptée aux évolutions de la société et des relations contractuelles. Des appréhensions plus modernes du contrat ont alors été mises en exergue et permettent d'offrir un encadrement différent des obligations non matérialisées.

¹²⁶⁰ V. *Supra* n° 60 et s.

¹²⁶¹ V. *Supra* n° 398 et s.

¹²⁶² V. *Supra* n° 391 et s.

Section 2 : Les approches modernes du contrat

418. - Les approches modernes de la notion de contrat, et, partant, de son fonctionnement se révèlent sous deux formes. La vision utilitariste, d'une part (Paragraphe 1), et la vision solidariste, d'autre part (Paragraphe 2), qui offrent un encadrement spécifique aux obligations non matérialisées.

Paragraphe 1 : L'appréhension utilitariste du contrat

419. - La présentation de l'approche utilitariste du contrat (I) permet de justifier l'accueil du caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées (II).

I. Le contenu de l'appréhension utilitariste du contrat

420. - **Exposé de la vision utilitariste du contrat** – La doctrine utilitariste a été mise en lumière¹²⁶³ par Bentham¹²⁶⁴, puis reprise par son disciple Mill¹²⁶⁵. Si Bentham avait une vision égoïste de l'utilitarisme – en considérant la source individuelle du bonheur et en envisageant un aspect quantitatif des plaisirs –, son successeur, quant à lui, en a adopté une approche plus altruiste – en considérant la source individuelle et collective du bonheur et en envisageant un aspect qualitatif des plaisirs. En tout état de cause, ils

¹²⁶³ Remarque : si Jérémie Bentham a été le premier à évoquer l'utilitarisme en tant que tel, ce courant lui préexistait dans les faits. Deux exemples de son application pratique seront, ainsi, cités. Le droit romain, d'une part, répondait à des impératifs d'utilité générale (Y. SASSIER, « L'utilisation d'un concept romain aux temps carolingiens *La res publica* aux IX^{ème} et X^{ème} siècles », *Médiévales*, 7/15, 1988, p. 17 et s., spéc. p. 25) au travers des mécanismes de *utilitas publica* et *utilitas communis* (V. A. CAILLE, Ch. LAZZERI et M. SENELLART, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique : Le bonheur et l'utile*, La Découverte et Syros, Paris, 2001 – Y.-A. DURELLE-MARC, « Le « citoyen administratif » : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA* 2008, p. 7, spéc. NBP n° 9). Les idées utilitaristes étaient, d'autre part, utilisées au siècle des lumières : « *Nous devons chercher les règles qui sont, dans l'ensemble, les plus utiles et les plus bénéfiques (...) Le point ultime vers lequel ces règles doivent toutes tendre, c'est l'intérêt et le bonheur de la société* » (D. HUME, *Enquête sur les principes de la morale*, 1751, rééd. GF-Flammarion, trad. Ph. SALTEL et Ph. BARANGER, 1991).

¹²⁶⁴ V. J. BENTHAM, *La Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, Imprimerie De Vogel et Schulze, Londres, 1811, rééd. Hachette-bnf, 2014 – J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, rééd. Dalloz, 2010.

¹²⁶⁵ V. J. S. MILL, *L'utilitarisme*, 1863, rééd. Champs classiques, 2008.

plaçaient tous les deux le plaisir¹²⁶⁶ au cœur de leurs raisonnements¹²⁶⁷. Selon eux, l'utilitarisme répond ainsi au « *principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre* », à une idée de maximisation des plaisirs¹²⁶⁸ en conciliant son propre bonheur individuel et le bonheur général¹²⁶⁹. Pour ce faire, l'idée est de donner au droit le pouvoir de « *déterminer la proportion la plus juste entre les intérêts* »¹²⁷⁰ par la mise en place d'un critère moral¹²⁷¹.

Afin de se détacher de la vision volontariste trop conservatrice, certains auteurs ont adapté cette approche utilitariste, plus moderne, au contrat. Il s'agit, dans cette perspective, d'envisager ce dernier comme « *un instrument que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles* »¹²⁷². Un contrat doit, à ce titre, répondre à deux impératifs que sont l'utilité sociale, d'une part, et la justice

¹²⁶⁶ Remarque : placer le plaisir au centre de ces raisonnements rappelle la philosophie d'Epicure en ce qu'il considérait qu'il permet à l'Homme une jouissance absolue : V. en ce sens et sur ce point : V. BROCHARD, « La théorie du plaisir d'après Epicure », in *Etudes de philosophie ancienne et de philosophie moderne*, V. BROCHARD, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1926, p. 253 et s. – P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 79, pt. 2 – V. GOLDSCHMIDT, « La théorie épicurienne du droit », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 73 et s. – S. MANON, « Aristote, Vertu et plaisir », PhiloLog, 3 déc. 2012, <http://www.philolog.fr/aristote-vertu-et-plaisir/> – S. SEVE, « L'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », in *Le droit et le futur*, Actes du 3^{ème} colloque de l'Association française de philosophie du droit, Université Paris II, 4 et 5 nov. 1983, PUF, coll. *Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985, p. 49 et s.

¹²⁶⁷ F. TERRE, « L'inutile et l'injuste », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014., p. 865 et s., spéc. p. 867 – H. Ph. VISSERT HOOFT, « John Rawls et l'utilitarisme », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, 1981, p. 175 et s., spéc. p. 176 : « *L'utilitarisme classique cherche ce principe dans la donnée psychologique du plaisir* ».

¹²⁶⁸ M. VILLEY, « Critique de l'utilitarisme juridique », RRJ 1981/2, p. 166.

¹²⁶⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 5^{ème} éd., 2012, p. 32, n° 24.

¹²⁷⁰ M. VILLEY, « Préface historique », in *L'utile et le juste*, APD 1981, p. 1 et s., spéc. p. 10.

¹²⁷¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 5^{ème} éd., 2012, p. 32, n° 24.

¹²⁷² J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 449, n° 606.

contractuelle – comme l'évoquait déjà Portalis¹²⁷³ –, d'autre part, dans l'objectif d'atteindre « *l'harmonie du corps social* »¹²⁷⁴.

421. - Le critère d'utilité sociale – L'utilité sociale dans un premier temps, constitue une conciliation entre le mécanisme de la force obligatoire et la fonction économique et sociale du contrat.

La force obligatoire¹²⁷⁵, d'une part, s'envisage à la fois dans ses fonctions morale – le respect de la parole donnée –, économique – en permettant d'augmenter la confiance des parties – et juridique. Elle permet de garantir une prévisibilité individuelle aux parties et partant, de sécuriser les relations contractuelles¹²⁷⁶.

Le glissement de la prééminence des réglementations d'ordre public vers celle de considérations économiques et sociales va permettre, d'autre part, de doter le contrat d'un caractère utile¹²⁷⁷. Synthétiquement, cet aspect de l'utilité se subdivise en une utilité publique – ou objective – prédominante qui s'accompagne d'une utilité particulière – ou subjective – dont le rôle est, néanmoins, moindre¹²⁷⁸. Objectivement, d'abord, il s'agit de constater que le contrat remplit bien sa fonction d'échange. Par extension, l'utilité est donc gage du bon fonctionnement du commerce, de l'économie, et, plus généralement, de la société. Subjectivement, ensuite, l'utilité contractuelle encourage la confiance que les parties ont l'une envers l'autre. Ces deux éléments permettent, alors, de transcender l'image conservatrice d'un contrat figé. Un contrat ne pourrait plus être considéré en fonction des seules stipulations qui y sont

¹²⁷³ « *La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* » : J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, 1801, in Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s., spéc. p. 54.

¹²⁷⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 448, n° 604.

¹²⁷⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 449, n° 606.

¹²⁷⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 448, n° 604.

¹²⁷⁷ B. RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignement », RTD civ. 1985, p. 91.

¹²⁷⁸ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p.117-118, n° 152.

prévues par les parties et l'utilité permet, ainsi, « *le plus grand bonheur pour le plus grand nombre* »¹²⁷⁹.

L'utilité sociale n'est, toutefois, pas l'unique critère d'appréciation envisagé par la théorie utilitariste contractuelle puisqu'elle s'accompagne de la mise en œuvre d'une justice contractuelle.

422. - Le critère de justice contractuelle – La justice contractuelle, dans un second temps, implique de traiter de manière objectivement égale les droits et les obligations des parties – justice commutative ou de distribution – mais aussi les parties elles-mêmes, à moins que l'inverse ne soit justifié par l'état de faiblesse de l'une d'entre elles – justice distributive.

La justice commutative, d'une part, apparaît comme le point de départ du raisonnement utilitariste¹²⁸⁰. Ce critère d'appréciation peut être, d'ailleurs, rapproché de la pensée d'Aristote en ce sens que, pour le philosophe, est juste ce qui se situe à l'exact milieu dans la réalité externe¹²⁸¹. Selon la justice commutative, donc, les patrimoines des contractants ne doivent ni être augmentés ni être amoindris du fait de l'exécution du contrat. Il s'agit d'analyser l'équilibre du contrat de manière objective entre les droits et obligations des parties en s'assurant qu'aucune d'entre elles n'est lésée¹²⁸². Autrement dit, il s'agit d'appliquer une lecture arithmétique du contrat. Si le contractant A vend un bien d'une valeur de 100, il doit nécessairement recevoir 100 de la part du contractant B¹²⁸³. Cette justice contractuelle intervient tant au moment de la formation du contrat que pendant son exécution par un éventuel rééquilibrage en cas de changement de circonstances économiques¹²⁸⁴ – autrement dit, par l'admission de la

¹²⁷⁹ J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, in *Œuvres de J. BENTHAM*, t. III, trad. B. LAROCHE, Charpentier, Paris, 1834, p. 555.

¹²⁸⁰ Ph. LE TOURNEAU, « Rapport introductif », in Colloque sur la loi et le contrat, Toulouse, 16 mars 2001, <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC> : « *Le Droit ne sanctionne le contrat que parce qu'il présente une utilité, et à la condition qu'il soit juste. La justice ici retenue est la justice contractuelle commutative, qui relève de l'éthique* ».

¹²⁸¹ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 328, V^o *Justice*, 1^o (M. VAN DE KERCHOVE).

¹²⁸² G. SMORTO, « La justice contractuelle », RIDC 2008/3, p. 583, spéc. p. 588.

¹²⁸³ P. DAUCHY, « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du droit », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 269 et s., spéc. p. 273.

¹²⁸⁴ G. SMORTO, « La justice contractuelle », RIDC 2008/3, p. 583, spéc. p. 588.

révision pour imprévision. En résumé, la justice commutative constitue une répartition égale des richesses.

La justice contractuelle ne se limite pas, selon la vision utilitariste du contrat, à cette justice commutative ou corrective puisqu'elle prend, d'autre part, en considération la justice distributive. Cette dernière s'inspire de la Théorie de la justice de Rawls¹²⁸⁵. Il s'agit d'effectuer une lecture non plus arithmétique mais proportionnelle du contrat en fonction de la situation de chacun des cocontractants. Il est, à ce titre, nécessaire de considérer les besoins et les mérites de chacune des parties¹²⁸⁶. La justice distributive ne permet, donc, pas une répartition égale mais bien inégale des éléments du contrat appréciés eu égard aux situations particulières des contractants ce qui justifie, de fait, la protection de certaines catégories de personnes.

Si la place de la justice distributive, dans l'approche utilitariste du contrat, est moins importante que celle de la justice commutative ou corrective, elle est tout de même prise en considération¹²⁸⁷. La justice contractuelle doit, ainsi, être entendue comme celle qui permet à chacune des parties de recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne en se plaçant du point de vue de leur patrimoine¹²⁸⁸. L'extension de la réglementation relative au déséquilibre significatif illustre cette idée. Initialement prévue pour une application strictement limitée au droit de la consommation¹²⁸⁹, elle s'est vue étendre aux contrats conclus entre professionnels¹²⁹⁰ et compare, de manière objective, les conséquences du contrat sur le patrimoine des deux parties. L'accueil d'une obligation de renégociation

¹²⁸⁵ G. SMORTO, « La justice contractuelle », RIDC 2008/3, p. 583, spéc. p. 586 – J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1972, rééd. Oxford Univ. Press., 1973, rééd. Seuil, trad. C. AUDARD, 1987.

¹²⁸⁶ S. MANON, « Idée de justice », PhiloLog, 19 mai 2008, <http://www.philolog.fr/idee-de-justice/>.

¹²⁸⁷ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron. p. 4, spéc. p. 8 : « *En matière contractuelle, c'est la justice commutative ou corrective qui joue le rôle le plus caractéristique* » – E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997, p. 118, n° 152.

¹²⁸⁸ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron. p. 4, spéc. p. 12.

¹²⁸⁹ Sur l'extension de la réglementation relative au déséquilibre significatif, V. *Infra* n° 517.

¹²⁹⁰ C. com., L. 442-6 I 2° : « I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers

(...)

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

s'agissant de la révision pour imprévision¹²⁹¹ dans le projet de réforme du droit des contrats appuie, d'ailleurs, cette vision commutative de la justice selon laquelle les contrats doivent être considérés.

423. - Bilan – La théorie volontariste permet au juge et au législateur de confronter la conformité du contrat avec des notions globales que sont « *l'intérêt général, l'ordre public, le bien commun et l'utilité publique* » mais vont aussi « *concilier les intérêts particuliers* » en prenant, notamment, en compte certaines situations de faiblesse – de manière extrêmement secondaire –¹²⁹² mais surtout l'équilibre objectif des patrimoines des parties. En conclusion, selon la théorie utilitariste, un contrat est, donc, valable « *à condition d'être utile* » et uniquement « *s'il est juste* »¹²⁹³ sans, toutefois, se désintéresser totalement de la volonté des parties¹²⁹⁴.

424. - Critiques de l'approche utilitariste – L'approche utilitariste est critiquable à plusieurs égards. Deux axes seront, particulièrement, développés puisqu'ils serviront l'analyse de l'encadrement utilitariste des obligations non matérialisées. Le fait que soit reléguée au second plan la protection des individus en situation de faiblesse, et l'appréciation trop subjective qu'entraîne cette approche contractuelle vont, ainsi, être envisagés.

Bien qu'en partie inspirée de la Théorie de la justice, cette dernière va, d'une part, permettre de mettre en exergue les premières critiques de l'approche utilitariste du contrat. L'objectif, pour Rawls, n'est pas, en effet, de maximiser les intérêts de tous les membres de la société – par une justice commutative et l'utilité publique – mais

¹²⁹¹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1196 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

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

¹²⁹² J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 35 et s., spéc. p. 39.

¹²⁹³ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 35 et s.

¹²⁹⁴ J. GHESTIN, « Avant-propos », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 1 et s.

uniquement ceux des individus considérés comme défavorisés, en situation de faiblesse¹²⁹⁵. C'est, ainsi, parce qu'elle place ces derniers au centre des raisonnements que la Théorie de la justice entre en contradiction avec les utilitaristes qui les relègue seulement en arrière-plan¹²⁹⁶. De manière plus générale, la vision utilitariste classique, pour atteindre son idée de maximisation des plaisirs, prend en considération la somme des plaisirs individuels¹²⁹⁷. En envisageant la société comme un tout composé d'une somme d'individus dont la situation n'est pas appréciée de manière particulière, il n'est pas garanti que chaque membre soit personnellement satisfait du point de vue de l'utilitarisme moderne. L'exemple de l'esclave a été utilisé pour justifier ce propos en mettant en exergue l'idée selon laquelle « *le sacrifice des uns peut servir à justifier le bien-être accru chez les autres* »¹²⁹⁸. Dans cette hypothèse, donc, la maximisation des plaisirs d'une société se fait au détriment de certains de ses membres. La doctrine utilitariste est, en ce sens, considérée comme une approche « conséquentialiste » du contrat¹²⁹⁹ et, plus généralement, du droit. Puisque l'objectif terminal de cette théorie est le plaisir collectif, elle ne s'inquiète que du bonheur du plus grand nombre, quitte à ce qu'il soit atteint par le sacrifice d'une minorité. Il s'agit, à ce titre, de fixer une règle, d'apprécier un contrat en considérant que ses conséquences doivent encourager la « *maximisation des plaisirs* ».

Une autre critique de la théorie utilitariste peut, d'autre part, être émise à propos de l'appréciation des critères d'utilité sociale et de juste mais aussi la finalité recherchée, le

¹²⁹⁵ F. TERRE, « Préface », in *Individu et justice sociale autour de John Rawls*, Seuil, 1988, p. 9 et s.

¹²⁹⁶ H. Ph. VISSERT HOOFT, « John Rawls et l'utilitarisme », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, 1981, p. 175 et s.

¹²⁹⁷ Paradoxalement, le fait, pour les utilitaristes, d'envisager la société comme une somme d'individus a aussi été critiqué comme apparaissant comme une approche trop individualiste. A ce titre, Auguste Comte a souligné l'idée selon laquelle il n'existe pas d'individus mais une « *Existence sociale* » (P. ARNAUD, « Justice et utile, Deux attributs de l'« ordre réel » qui n'en font qu'un », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 167 et s., spéc. p. 168 : « *Dès Le Cours, il [A. Comte] avait affirmé, une fois pour toutes, que l'individu, absolument parlant comme en parlent justement (...) les utilitaristes, « n'existe pas* » »). De ce fait, il ne faut pas appréhender l'utile et le juste du point de vue des individus, pris isolément, mais de celui de l'ordre qui ne peut être que la seule référence puisqu'il est le seul à être objectif.

¹²⁹⁸ H. Ph. VISSERT HOOFT, « John Rawls et l'utilitarisme », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, 1981, p. 175 et s., spéc. p. 176.

¹²⁹⁹ T. NAGEL, *Questions mortelles*, PUF, 1983, p. 71 : « *l'utilitarisme donne la primauté à un souci de ce qui se produira* ».

plaisir. Constituant des notions plus vagues qu'objectives¹³⁰⁰, elles ne peuvent être qu'envisagées de manière subjective, et arbitraire par les autorités compétentes¹³⁰¹.

425. - L'appréhension utilitariste du contrat explicitée, il s'agit, à présent, d'envisager le traitement qu'elle induit s'agissant des obligations non matérialisées. La reconnaissance absolue de leur caractère obligatoire sera, à ce titre, constatée.

II. La reconnaissance utilitariste du caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées

426. - Il s'agit d'envisager l'accueil du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite (A) et explicite (B) à la lumière d'un encadrement utilitariste du contrat.

A) La reconnaissance justifiée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite

427. - **L'utilitarisme contractuel appréhendé comme une finalité** – L'approche utilitariste du contrat apparaît à même d'accueillir et de justifier le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite. La finalité de cette théorie réside, en effet, dans le caractère utile du contrat, exigence à laquelle la mise en œuvre de la catégorie obligationnelle étudiée répond. Afin de comprendre cette idée, il est nécessaire, d'une part, de concevoir l'utilitarisme contractuel comme l'objectif auquel doit répondre tout contrat et, d'autre part, d'envisager le contenu obligationnel comme le moyen d'y arriver.

La théorie utilitariste impose d'apprécier les contrats à la fois au travers d'une justice contractuelle commutative¹³⁰² – par un équilibre des patrimoines – et d'une utilité

¹³⁰⁰ M. VILLEY, « Critique de l'utilitarisme juridique », RRJ 1981/2, p. 166.

¹³⁰¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 750 – P. ARNAUD, « Justice et utile, Deux attributs de l'« ordre réel » qui n'en font qu'un », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 167 et s., spéc. p. 168.

sociale – permettant d’envisager des considérations d’ordre économiques et sociales et de renforcer la confiance des contractants assurant, au contrat, sa fonction d’échange. Si le caractère utile d’un contrat est contrôlé en fonction de sa finalité, c’est sa mise en œuvre, par l’intermédiaire de son contenu, qui permet d’accéder à cette fin. La théorie utilitariste a été précédemment déblayée, toutefois, un préalable est nécessaire avant d’envisager l’encadrement des obligations non matérialisées. Il s’agit, en effet, d’envisager la notion d’utile sous un angle général. A ce titre, est utile ce « *qui rend service, qui est profitable* »¹³⁰³. Est profitable ce qui « *procure un avantage* »¹³⁰⁴ et un avantage vise « *ce qui constitue un profit, un gain* »¹³⁰⁵. Si les notions de gain et de profit ont une connotation économique, elles ont aussi une signification plus générale qui vise « *l’avantage matériel ou moral qui résulte d’une action* »¹³⁰⁶. L’analyse de l’utilité d’un contrat ne se doit, de ce fait, pas d’être cantonnée à un aspect économique en un sens strictement « monétaire » – par la simple prise en considération de l’évolution des patrimoines des parties – mais doit être appréciée d’une manière plus générale. Le contenu obligationnel étant le moyen qui permet de donner son caractère utile à un contrat, ce n’est pas uniquement à l’aune de l’équilibre des patrimoines qu’il doit s’envisager. C’est dans cette perspective que la théorie utilitariste ouvre les portes du caractère obligatoire aux obligations non matérialisées par renvoi implicite.

428. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite au service de l’utilitarisme contractuel – Le lien entre l’idée d’utilité et les obligations non matérialisées par renvoi implicite a été, précédemment, avéré¹³⁰⁷. La catégorie obligationnelle se révèle, ainsi, au service de l’utilité du contrat à différents niveaux, juridique – le caractère obligatoire du contenu des conventions collectives dans le cadre

¹³⁰² Remarque : Selon cette approche contractuelle, le contrat doit présenter une utilité plus économique que sociale à proprement parler puisque la justice distributive a une importance moindre – V. *Supra* n° 422.

¹³⁰³ Ph. MERLET et A. BERES (dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2015, p. 1049, V° *Utile*.

¹³⁰⁴ Ph. MERLET et A. BERES (dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2015, p. 827, V° *Profitable*.

¹³⁰⁵ Ph. MERLET et A. BERES (dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2015, p. 103, V° *Avantage*.

¹³⁰⁶ Ph. MERLET et A. BERES (dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2015, p. 462, V° *Gain* et p. 827, V° *Profit*.

¹³⁰⁷ V. *Supra* n° 364 et s.

d'un contrat de travail¹³⁰⁸ –, judiciaire – l'inter-applicabilité des clauses compromissoires¹³⁰⁹ – ou encore économique – les clauses de tacite caducité dans les contrats interdépendants¹³¹⁰. Le rôle de ces obligations non matérialisées, envisagé dans une optique utilitariste, ne s'arrête, toutefois, pas à ces seules considérations et s'avère être plus général.

Le caractère utile d'un contrat s'évalue, dans un premier temps, de manière objective. L'utilisation de la justice commutative implique, en effet, un calcul arithmétique relatif à l'évaluation des patrimoines des contractants. L'utilité est, dans un second temps, appréciée en fonction de l'opération contractuelle que les parties ont souhaitée et nécessaire, ainsi, une appréciation subjective¹³¹¹. C'est à ce titre que le caractère obligatoire de la catégorie obligationnelle se justifie. En l'absence d'un acte instrumentaire ou s'il est incomplet, le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite se révèle nécessaire s'agissant de la satisfaction de la finalité du contrat. La catégorie obligationnelle permettra, en effet, de doter le contrat de son caractère utile. Si une partie conclut, par exemple, un contrat de franchise, il lui est nécessaire, pour l'exercice de son activité, de s'approvisionner. Elle est, ainsi, dans l'obligation de conclure un second contrat justement relatif à cet approvisionnement. Si ce dernier est anéanti, le franchisé sera dans l'impossibilité de réitérer la réussite commerciale du franchiseur. Il ne lui sera, dès lors, plus d'aucune utilité d'exécuter le contrat de franchise. Dans cette hypothèse, l'obligation implicite de tacite caducité est

¹³⁰⁸ V. *Supra* n° 281.

¹³⁰⁹ V. *Supra* n° 256.

¹³¹⁰ V. *Supra* n° 254.

¹³¹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 358, n° 750 – J. GHESTIN, « Avant-propos », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 1 et s., spéc. p. 2.

mise en œuvre du fait de l'impossibilité de réaliser l'opération voulue par le contrat initial¹³¹². Elle permet, ainsi d'aboutir à la finalité escomptée.

429. - Si l'approche utilitariste du contrat accueille, donc, le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite, il en est de même, mais de manière plus critiquable, s'agissant de celles qui sont issues du mécanisme d'une clause par référence.

B) La reconnaissance critiquée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite

430. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite répondent aux considérations de la théorie utilitariste (1). Leur mise en œuvre s'avère, toutefois, critiquable puisque que leur recours accentue les situations d'inégalités entre les parties (2).

¹³¹² V. en ce sens : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-22930 : RDC 2002, p. 531, obs. C. GRIMALDI : « Attendu (...) que la société Sodema a conclu le 28 septembre 1994 avec la société (...) un contrat de franchise d'une durée de sept ans, pour l'exploitation d'un supermarché sous l'enseigne Shopi ainsi qu'un contrat d'approvisionnement d'une durée de cinq ans ; que la société Sodema ayant, le 29 mars 1999, notifié le non-renouvellement du contrat d'approvisionnement et déposé en octobre 1999 l'enseigne Shopi, (...) Attendu que l'arrêt constate que les deux contrats ont été signés le même jour entre les mêmes parties ; qu'il relève que la société Prodim propose des tarifs de vente à la fois en qualité de fournisseur et de franchiseur ; qu'il retient qu'aux termes des contrats de franchise et d'approvisionnement, d'une part, le contrôle par le franchiseur de la publicité suppose que les produits distribués par le franchisé lui soient fournis par le franchiseur ou une société qu'il contrôle et, d'autre part, les commandes pour l'assortiment général du magasin doivent être effectuées auprès du fournisseur agréé par le franchiseur ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, exemptes de dénaturation, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu, sans avoir à faire la recherche dès lors inopérante visée par la seconde branche, l'intention commune des parties de rendre leurs conventions indivisibles ; que le moyen n'est pas fondé » – L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JORF du 7 août 2015, p. 13537, art. 31 – C. com., art. L. 341-1 : « L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er} du présent Code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative ».

1. L'acceptation utilitariste des obligations non matérialisées par renvoi explicite

431. - Les obligations référencées au service de l'économie – Le mécanisme de la clause par référence permet de réduire le coût de transaction s'agissant de la rédaction du contrat, et principalement pour celle dont il émane¹³¹³. Les obligations non matérialisées par renvoi explicite permettent, ainsi, de faciliter et d'encourager la formation des contrats à des coûts moindres. C'est en ce point que leur caractère obligatoire se justifie d'un point de vue utilitariste.

Si l'utilité s'apprécie en considération des parties, elle l'est aussi en fonction de la société¹³¹⁴. Ce dernier postulat se justifie en ce que l'approche contractuelle a, notamment, pour finalités, de soutenir et de renforcer la fonction d'échange du contrat afin de servir l'économie entendue de manière générale¹³¹⁵. C'est l'atteinte de cet objectif qui sera, justement, facilitée par les obligations non matérialisées par renvoi explicite. Le mécanisme de la référence facilitant la formation des contrats, il permet d'en entraîner une multiplication. Plus les contrats se formeront, plus les échanges s'intensifieront et plus la société et l'économie en tireront les bénéfices. Les obligations non matérialisées par renvoi explicite permettent, donc, d'accroître l'utilité générale du contrat.

Parallèlement à cette idée, le mécanisme de la clause par référence présente une utilité subjective.

432. - Les obligations référencées comme reflet de l'utilité voulue par les parties – Le recours aux obligations non matérialisées par renvoi explicite est voulu par les parties puisqu'accepté par elles. Il est nécessaire, pour qu'elles s'imposent, que les contractants aient conscience que le contenu de l'obligation référencée fait partie du champ de leur engagement contractuel et qu'ils aient été mis en mesure d'en prendre connaissance¹³¹⁶. Ces obligations constituent, ainsi, le reflet de la volonté des parties. Puisque le mécanisme de la clause par référence permet, par ailleurs, une réduction du

¹³¹³ V. *Supra* n° 58.

¹³¹⁴ V. *Supra* n° 424.

¹³¹⁵ V. *Supra* n° 421.

¹³¹⁶ V. *Supra* n° 60 et s.

coût de transaction s'agissant de la rédaction du contrat¹³¹⁷, les obligations non matérialisées par renvoi explicite constituent un miroir de la volonté utilitariste des cocontractants. En choisissant de recourir à cette technique pour ces dernières raisons, elles recherchent, de fait, à promouvoir et encourager le caractère utile de leur engagement contractuel.

433. - Si la théorie utilitariste accueille le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite, c'est au prix de l'accroissement des inégalités entre les parties.

2. L'accentuation des inégalités entre les parties par l'accueil utilitariste des obligations non matérialisées par renvoi explicite

434. - **La corrélation entre le développement des clauses par référence et la multiplication des clauses de style** – Le développement du recours aux obligations non matérialisées par renvoi explicite induit le développement des clauses de style. Pour comprendre la corrélation entre ces deux mécanismes, il est nécessaire de revenir sur la notion de clause de style. Il s'agit d'une « *clause habituelle que l'on retrouve dans tous les contrats d'un même type ainsi nommée parce qu'elle est insérée sans débat dans l'acte lors de la rédaction de celui-ci, et souvent, par avance, dans les formulaires du contrat ou dans les éléments du contrat type* »¹³¹⁸. Plusieurs critères ressortent de cette définition. Pour qu'une clause soit qualifiée de style, elle doit, d'abord, être utilisée de manière récurrente, l'être, ensuite, dans un ensemble de contrats similaires et elle ne doit, enfin, être sujette à aucun débat entre les parties¹³¹⁹.

Une telle stipulation contractuelle peut être formulée par un tiers rédacteur ou par l'une seule des deux parties. C'est cette seconde situation, généralement plus répandue, qui est considérée, dans les présents raisonnements, comme amplificateur des situations

¹³¹⁷ V. *Supra* n° 51.

¹³¹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 181, V° *Clause (-De style)*.

¹³¹⁹ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 697 et s., V° *Style*.

d'inégalités entre les contractants. Leur contenu peut, en effet, être considéré comme une « *normalisation privée* »¹³²⁰ qui s'appliquera à chaque relation contractuelle engagée avec la personne dont il émane, « *une empreinte à partir de laquelle seraient frappées d'autres productions identiques* »¹³²¹. Cette constatation constitue un reflet de la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite. La clause par référence est, en effet, une technique permettant à au moins l'un des contractants de gagner du temps en renvoyant l'autre partie au contenu obligationnel applicable. Si une telle technique est utilisée, c'est, généralement, parce que les obligations référencées visées sont appliquées de manière habituelle dans le type de contrat envisagé – par exemple, s'agissant des contrats d'assurance. Si l'obligation à laquelle le contrat renvoie était modifiée en fonction de chaque cocontractant ou, *a minima*, sujette à une négociation, la technique ne présenterait plus aucune utilité – puisqu'il suffirait de la retranscrire directement dans le contrat. La clause par référence renvoyant à une obligation dont le contenu s'applique uniformément à un ensemble de situations contractuelles, elle constitue, donc, bien une clause de style.

435. - Les clauses de style : sources d'inégalités entre les parties – L'une des conditions de qualification d'une clause de style réside dans le fait qu'elle n'est pas sujette à négociation pour au moins l'une des parties. En pratique, leur contenu est, ainsi, imposé de manière unilatérale par l'un des cocontractants à l'autre qui n'aura de choix que de conclure ou non le contrat, son contenu obligationnel lui échappant. Des inégalités entre les cocontractants sont donc, de fait, révélées par le recours aux clauses de styles et, partant, aux obligations non matérialisées par renvoi explicite qui en reçoivent la qualification.

Monsieur Christophe Bourrier a expliqué, dans sa thèse relative à la faiblesse d'une partie au contrat, que « *le contrat est un lieu de rencontre entre la faiblesse et un type de contrat* »¹³²². Cette idée peut être étendue aux obligations non matérialisées par renvoi explicite. Il est, ainsi, possible d'affirmer l'idée selon laquelle la position de la partie qui

¹³²⁰ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. *Universités*, 21^{ème} éd., 2014, p. 12, n° 22.

¹³²¹ A rappr. de la définition de « *type* » : V. en ce sens : J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. privé*, 1999, spéc. p. 40, n° 43.

¹³²² Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 23, n° 9.

impose le contenu de ses obligations place son cocontractant dans une situation de faiblesse. « *Ce n'est [ainsi] plus l'ignorance mais la position dominante d'une partie sur l'autre* »¹³²³ qui crée une inégalité.

436. - L'utilité économique au détriment de l'utilité sociale – Si les obligations non matérialisées par renvoi explicite présentent un caractère utile, c'est au prix de la mise en situation de faiblesse d'au moins l'une des deux parties au contrat. Ce postulat reflète le déclassement, au second plan, par l'appréhension contractuelle envisagée, de la justice contractuelle distributive et de l'aspect social de l'utilité. L'aspect économique de l'utilitarisme se voit, proportionnellement, accorder une place centrale au détriment des inégalités entre les parties. Ainsi, « *il s'agit moins de protéger les individus que de garantir le fonctionnement harmonieux des échanges sur des marchés de plus en plus vastes* »¹³²⁴.

437. - Si l'utilitarisme contractuel accueille le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées, cette théorie présente toutefois une limite importante constituée par la création de situations d'inégalités entre les parties.

Il s'agit de se tourner vers une autre approche moderne du contrat, plus sensible à la situation personnelle des cocontractants, qu'est le solidarisme contractuel.

Paragraphe 2 : L'appréhension solidariste du contrat

438. - La présentation de l'approche solidariste du contrat (I) sera un préalable nécessaire à la compréhension du traitement conditionné du caractère obligatoire des obligations non matérialisées (II).

¹³²³ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia -Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 23, n° 10.

¹³²⁴ M. BOUTELET, « Préface », in Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 9 et s., spéc. p. 10.

I. Le contenu de l'appréhension solidariste du contrat

439. - L'appréhension solidariste du contrat place, au centre de ses considérations, la situation des parties (A). Cette approche, protectrice de l'état de faiblesse, se révèle, toutefois, critiquée (B).

A) L'exposé de l'appréhension solidariste du contrat

440. - Les solidarismes « *pessimiste* » et « *optimiste* »¹³²⁵ – Le solidarisme est un courant relatif à la matière contractuelle qui constitue une « *théorie sociale du contrat* »¹³²⁶. Afin de comprendre son fonctionnement, il est nécessaire de revenir sur ses fondements. « Fondements » accordés au pluriel car l'école se subdivise en deux courants¹³²⁷ qu'il convient d'analyser.

La première école solidariste relève d'une analyse sentimentale, morale¹³²⁸ des engagements contractuels. Ce courant envisage, en effet, des rapports de « *fraternité* » entre les contractants¹³²⁹. Il s'agit, ainsi, de considérer que les parties prêtent attention à leurs intérêts mutuels à la conclusion du contrat, allant parfois jusqu'à faire primer ceux de l'autre¹³³⁰. Le contrat se révèle, ainsi, comme la traduction d'un « *civisme*

¹³²⁵ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, 2005, p. 315, n° 477.

¹³²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 359, n° 751.

¹³²⁷ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 248.

¹³²⁸ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 252 et s.

¹³²⁹ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s., spéc. p. 442 – D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 624 et s. – A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. *Droit Fondamental*, 2^{ème} éd., 2014, p. 231, n° 55 : le contrat « devient un haut-lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre » – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 45 et s., n° 41 et s. – C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

¹³³⁰ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 248.

contractuel »¹³³¹. Ce pan du solidarisme se caractérise, alors, par une approche « optimiste » des relations contractuelles¹³³² puisque l'Homme place les intérêts de ses cocontractants au même rang, voir au-dessus des siens¹³³³. Le contrat se dévoile, ainsi, comme une « œuvre de coopération entre les individus »¹³³⁴.

La seconde école du solidarisme contractuel révèle d'une appréhension non plus fraternelle mais sociale¹³³⁵ des engagements contractuels. Cette doctrine part du constat selon lequel l'étude de l'évolution historique de la société¹³³⁶ met en exergue l'existence de profondes inégalités entre les individus¹³³⁷. Il s'agit, ainsi, de prendre en considération ces inégalités et de donner au contrat un aspect « socialement utile »¹³³⁸. Ce courant solidariste est, de ce fait, considéré comme « pessimiste »¹³³⁹ puisqu'il part du principe selon lequel les hommes ne sont pas égaux et que le contrat doit nécessairement être adapté en considération de ce postulat¹³⁴⁰.

¹³³¹ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 57 et s., spéc. p. 58 : « le solidarisme contractuel consiste essentiellement (...) à une exigence de civisme contractuel ».

¹³³² C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, 2005, p. 315, n° 477.

¹³³³ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 254.

¹³³⁴ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – J.-P. MARGUENAUD, « Le solidarisme contractuel aux portes du Palais des droits de l'Homme », RTD civ. 2013, p. 336.

¹³³⁵ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 257 et s.

¹³³⁶ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s., spéc. p. 444 – Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 248.

¹³³⁷ Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 159 et s., spéc. p. 162, n° 4.

¹³³⁸ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s. – Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 248 – L. MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 85 et s.

¹³³⁹ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, 2005, p. 315, n° 477.

¹³⁴⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 359, n° 751.

Si le solidarisme englobe deux courants qui s'opposent quant au fondement de la théorie, ceux-ci se rejoignent tant s'agissant des fins poursuivies que des moyens employés¹³⁴¹.

441. - Les fins poursuivies par le courant solidariste – Le courant contractuel – indépendamment des oppositions relatives à son fondement – repose sur une idée de solidarité¹³⁴² de la part des contractants et du juge¹³⁴³ permettant d'aboutir à une meilleure justice contractuelle¹³⁴⁴. Cette idée est traduite par une célèbre citation de Demogue, reprenant Bourgeois, qui explique que le solidarisme implique « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis* »¹³⁴⁵. Une appréhension générale des termes « chacun » et « société »¹³⁴⁶ démontre que sont concernés à la fois le cocontractant, le législateur et le juge. Ces derniers doivent, alors, permettre un équilibre des contrats non plus uniquement quantitatif – par la mise en œuvre d'une simple justice contractuelle commutative – mais bien qualitatif – par la prise en considération des objectifs individuels de chaque individu. Dans sa thèse relative au solidarisme contractuel, Madame Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier¹³⁴⁷ met en évidence deux éléments qui le

¹³⁴¹ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 249.

¹³⁴² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 103, n° 119-1 – Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s., spéc. p. 451 – P. MAZET, « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 13 et s.

¹³⁴³ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

¹³⁴⁴ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 249 – D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005, p. 1828.

¹³⁴⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, t. VI : Effets des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, n° 3, p. 8-9.

¹³⁴⁶ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 260.

¹³⁴⁷ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006.

constituent, le lien de solidarité entre les parties, d'une part, et la conciliation de leurs intérêts respectifs, d'autre part¹³⁴⁸.

Le lien de solidarité entre les parties constitue la première condition du solidarisme contractuel. Il s'agit d'emprunter les idées du courant « *optimiste* » du solidarisme en appréciant le lien contractuel d'un point de vue fraternel et, ainsi, en considération des intérêts des autres¹³⁴⁹.

La conciliation des intérêts des parties, seconde condition relative au solidarisme, envisage le contrat en une globalité. Il s'agit de s'assurer de l'existence d'un certain équilibre contractuel et d'une juste répartition des charges et des profits entre les cocontractants¹³⁵⁰. Les éléments d'appréciation de cet aspect sont constitués par la proportionnalité et la cohérence permettant d'assurer que « *chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, [puisse] tirer un bénéfice du contrat* »¹³⁵¹. Cette seconde condition est un reflet de la vision « *pessimiste* » du solidarisme puisqu'il s'agit de prendre en considération les inégalités entre les individus afin d'aboutir à un certain équilibre du contrat et de son contenu¹³⁵². La conciliation des intérêts nécessite de s'interroger sur la finalité poursuivie par les parties qui implique, de fait, de s'attacher, notamment, à leur situation sociale¹³⁵³. Il ne s'agit pas, dès lors, d'envisager l'équilibre du contrat d'un simple point de vue arithmétique mais de contrôler son

¹³⁴⁸ E. LOQUIN, « Préface », in A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. XIII et s.

¹³⁴⁹ V. *Supra* n° 440.

¹³⁵⁰ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. 129 et s., n° 222 et s.

¹³⁵¹ Ch. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 7 et s., spéc. p. 19.

¹³⁵² Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 159 et s., spéc. p. 162, n° 4.

¹³⁵³ V. par ex. : A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. 153, n° 153 : L'auteure illustre, notamment, l'idée de conciliation des intérêts par la législation relative aux clauses abusives, exemple qui démontre bien que la qualité des parties est prise en compte dans l'appréciation de la conciliation des intérêts tel qu'élément constitutif du solidarisme contractuel – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 50, n° 42.

intérêt réel en considération de la conciliation des intérêts¹³⁵⁴, de la satisfaction de chacune des parties¹³⁵⁵.

442. - L'interventionnisme judiciaire, outil solidariste – Qu'il soit « *pessimiste* » ou « *optimiste* », le solidarisme va s'appuyer sur un seul et même instrument qu'est l'interventionnisme judiciaire¹³⁵⁶ par un contrôle accru de la bonne foi¹³⁵⁷ et de l'équité¹³⁵⁸ qu'il s'agisse de la formation¹³⁵⁹, de l'exécution¹³⁶⁰, du contenu¹³⁶¹ ou de

¹³⁵⁴ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. 130, n° 225 – J. HAUSER, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 193 et s.

¹³⁵⁵ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 258.

¹³⁵⁶ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 265 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 359, n° 751.

¹³⁵⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 624 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 46, n° 41 – D. MAZEAUD, « Petite leçon de solidarisme contractuel... », Dalloz, 2001, p. 3236.

¹³⁵⁸ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

¹³⁵⁹ Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz, 2014, pt. 18 : « La bonne foi a ainsi, peu à peu, conquis le contrat, de sa formation à son extinction, alors même que son siège, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne l'exige qu'à propos de son exécution » – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014, p. 20, n°36 : « En matière de contrats, on met désormais l'accent que la nécessité de la bonne foi tant dans la conclusion que dans l'exécution des contrats » – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 284, n° 258 : « Bien que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil vise la seule exécution du contrat, la bonne foi irrigue également la formation de celui-ci. » – V. Contra M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 354, n° 442 : « Toutefois, il nous semble que, en l'état de nos textes, c'est à tort que les juges utilisent l'article 1134 alinéa 3 du Code civil pour sanctionner des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant ».

¹³⁶⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 100 et s., n° 119-1 et s.

¹³⁶¹ D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 57 et s., spéc. p. 63 et s.

l'anéantissement¹³⁶² du contrat. Les notions de l'alinéa 3 de l'article 1134 et l'article 1135 du Code civil se révèlent alors, non plus comme les socles, mais comme les mécanismes juridiques permettant au juge d'exercer un contrôle solidariste du contrat. Par le devoir de loyauté – relié à la bonne foi¹³⁶³ et sous-tendant aux principes de transparence, de cohérence et de décences¹³⁶⁴ – et celui de l'équité¹³⁶⁵, le pouvoir judiciaire a, ainsi, la possibilité d'apporter un regard et une appréciation solidariste au contrat. Le courant solidariste encourage, à titre d'exemple, la reconnaissance de la révision pour imprévision¹³⁶⁶. Il considère, en effet, ce mécanisme comme le reflet d'une solidarité contractuelle, tout en constatant que la renégociation du contrat

¹³⁶² . MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 57 et s., spéc. p. 65 et s. – Notamment par la mise en place d'une obligation de motivation à la charge de la partie qui est à l'initiative de la rupture : J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – D. MAZEAUD, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », Dalloz, 2003, p. 93.

¹³⁶³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 50, n° 43.

¹³⁶⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 609 et s.

¹³⁶⁵ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

¹³⁶⁶ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – H. LALOU, « La révision des contrats par le juge en droit français », in *La révision des contrats par le juge*, Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, Société de législation comparée, p. 45 et s. – D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p.603 et s., spéc. p. 620 et s.

constitue, d'ores et déjà, une interprétation de l'appréhension contractuelle¹³⁶⁷. Seul le juge peut, ainsi, constituer « *le levier du solidarisme contre la lettre du contrat* »¹³⁶⁸.

443. - Le solidarisme contractuel, qui invite, donc, à appréhender le contrat en considération de la situation personnelle des individus, est critiqué à différents égards.

B) Les critiques relatives à l'appréhension solidariste du contrat

444. - Les critiques adressées au courant solidariste se révèlent tant s'agissant du fondement de la théorie (1) que de sa mise en œuvre (2).

1. Les critiques relatives au fondement du solidarisme contractuel

445. - **La critique générale : le caractère trop moral du solidarisme** – Il existe deux courants solidaristes, l'un « *optimiste* » et l'autre « *pessimiste* » qui s'opposent concernant le fondement retenu¹³⁶⁹. Quelle que soit l'appréhension défendue, est reprochée à cette doctrine son approche trop morale du contrat¹³⁷⁰, tant du point de vue

¹³⁶⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 621 qui utilise le célèbre exemple de l'arrêt *Huard* : Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Huard* : Bull. civ. IV, n° 346, p. 247 ; JCP 1993, II, 22614, note G. VIRASSAMY ; D. 1993, somm. 287, obs. F. PEROCHON ; Contrats, conc., consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE. Ce dernier (Monsieur le Professeur J. MESTRE) précise d'ailleurs, dans son observation qu'« *il reste que l'importance de l'arrêt ne doit pas pour autant être occultée. Voilà, en effet, cette exigence de bonne foi visée par l'article 1134, qui oblige ici l'une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat, un système de prix pourtant librement ou, au moins, conventionnellement fixé à l'origine parce que des circonstances nouvelles (la libération des prix et la dure concurrence qui en découle) rendent très lourde l'obligation souscrite par l'autre, et donc très précaire sa situation* » – Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Chevassus-Marche* : Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999, IR 9 ; JCP 1999, II, 10210, note Y. PICOD et I, 143, n° 6 s., obs. Ch. JAMIN ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. MESTRE, et p. 646, obs. P-Y. GAUTIER.

¹³⁶⁸ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – V. Sur l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme : J.-P. MARGUENAUD, « Le solidarisme contractuel aux portes du Palais des droits de l'Homme », RTD civ. 2013, p. 336.

¹³⁶⁹ V. *Supra* n° 440.

¹³⁷⁰ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 173 et s., spéc. p. 174 et s., n° 2 et s. – CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

de la fraternité que de la solidarité¹³⁷¹. La vision solidariste envisage, en effet, le lien contractuel comme une « œuvre de charité »¹³⁷² que ce soit en faisant primer les intérêts de son cocontractant sur les siens ou en partant du postulat que les relations contractuelles sont inégales et qu'il est nécessaire d'y remédier. La principale critique émise à l'encontre de l'approche contractuelle est, ainsi, d'occulter la finalité première d'un contrat en ce qu'il constitue, avant tout, un instrument d'échanges qui permet de faire de bonnes affaires¹³⁷³.

Ce reproche général adressé au fondement du solidarisme se révèle, de manière spécifique, s'agissant de ces deux écoles.

446. - La critique spécifique aux solidaristes « optimistes » : l'idéalisation sentimentale de l'Homme – S'agissant de l'école « optimiste » du solidarisme, une approche trop sentimentaliste des rapports humains est dénoncée. Attester du fait que l'Homme octroie une importance identique, voire supérieure, aux intérêts de son cocontractant nécessite de l'envisager comme un Etre altruiste par nature¹³⁷⁴. Cette vision, qui apparaît trop « idéalisée »¹³⁷⁵, est erronée puisque l'Homme est par nature égoïste¹³⁷⁶. La théorie solidariste « optimiste » est, donc, fondée sur une utopie

¹³⁷¹ L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 173 et s., spéc. p. 177, n° 5.

¹³⁷² Ph. DELEBECQUE, « Responsabilité civile » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, n° 94-12777), Defrénois 1996, p. 1373.

¹³⁷³ Ph. DELEBECQUE, « Responsabilité civile » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, n° 94-12777), Defrénois 1996, p. 1373 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 47, n° 42.

¹³⁷⁴ X. DELPECH, « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du « solidarisme contractuel » ? », D. 2001, p. 302 – D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 609.

¹³⁷⁵ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 254 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 48, n° 42.

¹³⁷⁶ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s., spéc. p. 442 – Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 258.

et, partant, sur un postulat qui ne se vérifie pas. Cette approche sentimentale des rapports contractuels ne peut, de ce fait, qu'être vouée à l'échec¹³⁷⁷.

447.- La critique spécifique aux solidaristes « pessimistes » : la « mal-idéalisation » politique de l'Homme – Concernant l'école « pessimiste » du solidarisme, l'aspect politique affirmé de son discours¹³⁷⁸ lui est, d'abord, reproché. Puisqu'il s'agit, en effet, de soumettre le contrat à un « *contrôle social* »¹³⁷⁹, ses arguments et développements ne relèvent pas du domaine juridique. La finalité de ce courant apparaît, dès lors, comme une lutte contre le libéralisme¹³⁸⁰.

Il est, ensuite, reproché au postulat de départ de ce courant solidariste de refléter une « mal-idéalisation »¹³⁸¹ de l'Homme. L'approche « pessimiste » part du principe selon lequel les hommes sont inégaux. Cet état de fait constitue, alors, l'élément central déterminant les relations contractuelles. A l'inverse des « optimistes » qui placent l'Homme sur un piédestal, cette seconde approche va le déconsidérer en assimilant la faiblesse d'une partie à un état d'incapacité. Le courant est, de ce fait, qualifié d'« *irrespectueux de la dignité* »¹³⁸² et de la liberté humaine¹³⁸³ puisqu'il considère que certains individus ne sont pas aptes à s'engager seuls dans une relation contractuelle.

¹³⁷⁷ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 257.

¹³⁷⁸ Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 159 et s., spéc. p. 161, n° 4.

¹³⁷⁹ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s., spéc. p. 261.

¹³⁸⁰ L. MOREAU DE BELLAING, « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 85 et s., spéc. p. 96 – Sur les liens entre le solidarisme et le libéralisme, V. C. BOUGLE, *Solidarisme et libéralisme*, L'Harmattan, coll. *Logiques sociales*, 2009.

¹³⁸¹ Remarque : le préfixe « mal » est ici employé en ce sens qu'il indique l'inverse de l'idéalisation de l'Homme.

¹³⁸² J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 359, n° 751.

¹³⁸³ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

Il est, enfin, reproché au solidarisme « pessimiste » d'encourager une infantilisation, une « *marginalisation* »¹³⁸⁴, d'au moins l'un des contractants en se basant sur l'affirmation selon laquelle les hommes ne sont pas égaux et que le contrat doit, par voie de conséquence, être adapté à cette constatation. Cette surprotection des parties faibles risque, par ailleurs, d'inverser la situation de déséquilibre et le faible peut, à terme, devenir le fort¹³⁸⁵. Ce dernier raisonnement, relatif aux effets de la mise en œuvre du solidarisme, amène à s'interroger sur les critiques relatives à sa mise en œuvre.

2. Les critiques relatives à la mise en œuvre du solidarisme contractuel

448. - Critiques relatives à l'interventionnisme judiciaire source d'arbitraire – L'outil permettant la mise en œuvre du solidarisme contractuel réside dans l'accroissement du rôle et de l'immixtion du juge dans les contrats. A cet égard, il lui incombe, notamment, de rééquilibrer les engagements en considération du rapport de force existant entre les parties. Ces dernières ne sont, dès lors, plus réellement maîtresses de leur engagement contractuel et une porte s'ouvre, par voie de conséquence, sur l'arbitraire judiciaire¹³⁸⁶. Le juge apparaît, en effet, comme seul compétent pour apprécier de l'équilibre des relations contractuelles¹³⁸⁷ au nom de la moralité¹³⁸⁸. Messieurs les professeurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette illustrent cette situation en détournant¹³⁸⁹ une citation de Lacordaire¹³⁹⁰ en expliquant qu'« *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur,*

¹³⁸⁴ M. BOUTELET, « Préface », in Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 9 et s., spéc. p.11.

¹³⁸⁵ Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6.

¹³⁸⁶ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

¹³⁸⁷ L. AYNES, « Le devoir de renégocier », Rev. jur. com., 1999, p. 19, pt. 26 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 49, n° 42.

¹³⁸⁸ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 626, n° 23.

¹³⁸⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 49, n° 42.

¹³⁹⁰ H. LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Cinquante-deuxième conférence, *Dudouble travail de l'homme*, 16 avr. 1848.

c'est la liberté qui opprime et la loi le juge qui affranchit ». En faisant du juge un « ministre de l'équité »¹³⁹¹, les solidaristes laissent place à son arbitraire.

Cet interventionnisme judiciaire accru entraîne deux types de conséquences sur des principes purement volontaristes. La volonté des parties ne peut plus, ainsi, être considérée comme « autonome » et la force obligatoire du contrat subit un déclin du fait de la participation du juge à la détermination du contrat. La mise en œuvre du solidarisme se révèle, ainsi, à la fois source d'insécurité et d'imprévisibilité contractuelles¹³⁹² du fait de la décroissance du caractère intangible du contrat et de la volonté des parties¹³⁹³. Lorsqu'un contrat est conclu, aucun des contractants n'est, en effet, selon cette approche contractuelle, à l'abri d'une action en justice en rééquilibrage du contrat, que ce soit dû à l'une des parties se sentant lésée ou à la constatation d'un changement de circonstances économiques.

449. - Un bilan pratique presque inexistant de la mise en œuvre judiciaire du solidarisme – Les inquiétudes induites par l'interventionnisme judiciaire, encouragé par la mise en œuvre du solidarisme contractuel, sont effacées par un « maigre »¹³⁹⁴ bilan pratique. Si certains arrêts ont été rapprochés de la doctrine contractuelle, ils l'ont certainement été à défaut puisqu'il semble bien que son expression pratique n'existe pas

¹³⁹¹ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

¹³⁹² J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 173 et s., spéc. p. 186 et s., n° 17 et s.

¹³⁹³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s., spéc. p. 624 et s., n° 20 et s.

¹³⁹⁴ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

réellement¹³⁹⁵. Il semble que les défenseurs de ce courant s'attribuent des décisions qui constituent, non pas un rattachement de la Cour de cassation au solidarisme, mais une absence de désapprobation des idéaux qu'il défend¹³⁹⁶. La prise en considération, par les magistrats, des intérêts généraux et particuliers et l'amoindrissement, dans certains arrêts, de la liberté contractuelle ne doit pas, à ce titre, être automatiquement assimilée au solidarisme¹³⁹⁷.

450. - Le contenu et les critiques de l'approche solidariste du contrat explicités, il s'agit d'envisager le traitement qu'elle offre aux obligations non matérialisées.

II. La reconnaissance solidariste conditionnée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées

451. - Le solidarisme contractuel s'attache aux inégalités entre les parties et invite à envisager les relations contractuelles en considération de ce facteur. Il est possible d'effectuer un parallèle entre cette idée et le droit de la consommation qui protège, voire surprotège, les consommateurs et non professionnels du fait, justement, de leur état de

¹³⁹⁵ G. DURRY, « Solidarisme contractuel en droit des assurances », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 125 et s. – L. GRYNBAUM, « Le solidarisme contractuel en pratique : un statut pour les entrepreneurs soumis à un contrat d'intégration », RDC 2007/4, p. 1361 – Ch. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 159 et s., spéc. p. 168 et s., n° 11 et s. – L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 173 et s., spéc. p. 179 et s., n° 7 et s. – M. MALAURIE-VIGNAL, « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 95 et s. – D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 57 et s., spéc. p. 66 et s., n° 17 et s. – Ch. RADE, « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 75 et s. – D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », Dalloz, 2005, p. 1828.

¹³⁹⁶ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

¹³⁹⁷ J. CEDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s. – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 103, n° 119-1.

faiblesse¹³⁹⁸. Les prémices consuméristes relatifs à la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi implicite appellent, de ce fait, à leur généralisation à l'ensemble des parties qualifiées de faibles (A). Les impératifs de protection nécessaires à ces dernières nécessitent, par ailleurs, le renforcement du traitement relatif au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite (B).

A) La généralisation du rejet consumériste des obligations non matérialisées par renvoi implicite à l'ensemble des parties faibles

452. - Une extension justifiée de la prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées par renvoi implicite – Le droit de la consommation répond à des impératifs solidaristes en ce sens qu'il est le protecteur de deux parties faibles que sont le consommateur et le non-professionnel¹³⁹⁹. De manière plus spécifique, la réglementation relative aux clauses abusives, qui permet de corriger le contenu contractuel afin de concilier les intérêts des contractants¹⁴⁰⁰, prohibe les obligations non matérialisées par renvoi implicite¹⁴⁰¹, considérant qu'elles relèvent de sa liste noire¹⁴⁰². La qualification de « clause abusive » met en évidence la dangerosité de ces obligations non matérialisées lorsqu'elles sont opposées à une partie faible.

L'approche solidariste, protectrice des contractants en état de faiblesse, n'envisage pas cette catégorie de personnes à l'aune des seuls consommateurs et non-professionnels. Il semble, dès lors, que cette appréhension contractuelle encourage

¹³⁹⁸ V. *Supra* n° 73 et *Infra* n° 505.

¹³⁹⁹ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. 187, n° 306 – V. LEGRAND et D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », LPA 15 avr. 2015, p. 4.

¹⁴⁰⁰ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. 217, n° 340.

¹⁴⁰¹ C. consom., art. R. 132-1 1° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ».

¹⁴⁰² V. *Supra* n° 275.

une prohibition générale des obligations non matérialisées par renvoi implicite dès lors que serait constatée une inégalité entre les parties au contrat.

453. - Les parties faibles visées par le solidarisme contractuel – Il est nécessaire d'identifier les critères de qualification de la faiblesse d'une partie à un contrat. Cette précision permettra, en effet, de déterminer les situations contractuelles dans lesquelles les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont, d'un point de vue solidariste, dénuée de tout effet obligatoire.

Monsieur Christophe Bourrier, dans sa thèse relative à la faiblesse d'une partie au contrat¹⁴⁰³, en a relevé les critères de qualification. Il distingue, ainsi, entre la faiblesse inhérente à la situation personnelle du contractant¹⁴⁰⁴ et celle qui est due à sa position dans le contrat¹⁴⁰⁵. La première hypothèse, d'appréciation subjective, est en rapport avec la force physique et les capacités intellectuelles des individus et rime, donc, avec « *ignorance, inexpérience, impuissance et infériorité* »¹⁴⁰⁶. La seconde hypothèse s'apprécie de manière objective selon la portée et la finalité du contrat¹⁴⁰⁷, notamment compte tenu des rapports faible/fort¹⁴⁰⁸. L'auteur explique que la distinction entre les deux qualifications porte sur le traitement juridique de la faiblesse. Quand la faiblesse subjective se traite par le renforcement du caractère éclairé du consentement, la faiblesse objective implique un rééquilibrage judiciaire du contrat¹⁴⁰⁹. Le consommateur relève, ainsi, des deux catégories¹⁴¹⁰ – le raisonnement étant applicable de manière

¹⁴⁰³ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003.

¹⁴⁰⁴ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 29 et s., n° 14 et s.

¹⁴⁰⁵ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 242 et s., n° 224 et s.

¹⁴⁰⁶ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 22, n° 9.

¹⁴⁰⁷ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 22 et s., n° 9 et s.

¹⁴⁰⁸ Y. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6.

¹⁴⁰⁹ M. BOUTELET, « Préface », in Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 9 et s., spéc. p. 11.

¹⁴¹⁰ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 24, n° 10.

identique s'agissant de l'assuré¹⁴¹¹. De la première, d'une part, puisque, considéré comme un ignorant, un profane, il est dans l'impossibilité de comprendre, seul, les tenants et aboutissants de son engagement. De la seconde, d'autre part parce que sa position dans le contrat le place dans une situation d'infériorité par rapport au professionnel qui peut le pousser à accepter un déséquilibre – en étant parfois conscient – nécessitant, par conséquent, de lui garantir un contrat équilibré.

Puisque les deux hypothèses de qualification de faiblesse d'une partie à un contrat envisagées bénéficient de la protection solidariste, il s'agit de généraliser la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi implicite à leur ensemble.

454. - La généralisation de la prohibition à toutes les parties faibles – La théorie solidariste du contrat implique la prise en considération et, plus généralement, le renforcement de la position de la partie faible – que cette qualité soit inhérente à sa situation personnelle ou qu'elle résulte de sa position dans le contrat. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite constituent, parallèlement, une pratique condamnée par le droit de la consommation – particulièrement par la réglementation relative aux clauses abusives – au nom, justement, de la protection des parties faibles que sont le consommateur ou le non-professionnel¹⁴¹². L'adoption d'une approche solidariste du contrat nécessite, ainsi, d'étendre cette protection consumériste et, partant, de considérer comme non obligatoires les obligations non matérialisées par renvoi implicite à l'encontre de l'ensemble des parties considérées comme étant en situation de faiblesse, que cet état soit constaté de manière subjective ou objective.

455. - Si la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi implicite se comprend en ce sens qu'il s'agit d'une généralisation d'une protection accordée, en droit positif, à une partie considérée comme faible, il s'agit de s'interroger sur l'encadrement solidariste des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

¹⁴¹¹ B. WALTZ-TERACOL, « La protection par le droit civil », RGDA 2014/5, p. 306.

¹⁴¹² Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 276 et s., n° 251 et s.

B) Le renforcement du traitement des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessité par les impératifs de protection relatifs aux parties faibles

456. - Le rejet par le droit positif de la qualification de clause abusive – Si le droit de la consommation prohibe les obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats de consommation, l'article R. 132-1 1° accueille le mécanisme des clauses par références. Ce dernier dispose, en effet, que sont considérées comme étant des clauses abusives celles qui constatent « *l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion* ». Une lecture *a contrario* de cette disposition démontre du caractère obligatoire des clauses par références ou, du moins, de l'absence de qualification de clause abusive. Le défaut de prohibition de leur effet contraignant en considération de la qualité des parties ou d'un contrat en particulier et la reconnaissance de leur caractère obligatoire¹⁴¹³ a, donc, pour conséquence de ne pas présumer de la dangerosité du mécanisme contractuel.

Si le traitement volontariste, fort de la protection de la partie faible, semble, donc, accueillir la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite, un renforcement de leurs exigences de validité apparaît, toutefois, nécessaire.

457. - Les lacunes relatives au caractère éclairé du consentement à combler s'agissant, au moins, des parties faibles – La qualification de partie faible est double. Il s'agit à la fois de protéger la faiblesse découlant de la situation personnelle du cocontractant et à la fois celle qui est inhérente à sa position dans le contrat¹⁴¹⁴. La distinction, reposant sur la sanction, nécessite, pour la première catégorie d'individus, d'accentuer les protections relatives au caractère éclairé du consentement¹⁴¹⁵. Si cette dernière exigence s'applique à tous les contractants – quelle

¹⁴¹³ V. *Supra* n° 85 et s.

¹⁴¹⁴ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003 – V. *Supra* n° 453.

¹⁴¹⁵ M. BOUTELET, « Préface », in Ch. Bourrier, Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 9 et s., spéc. p.11.

que soit leur qualité – sa protection doit, ainsi, être renforcée – d’un point de vue solidariste – s’agissant des parties faibles.

Le mécanisme des obligations non matérialisées par renvoi explicite est extrêmement lacunaire s’agissant du caractère éclairé du consentement de la partie à laquelle le contenu référencé est opposé¹⁴¹⁶. Les parties faibles, considérées comme subjectivement ignorantes et inexpérimentées doivent, à ce titre, être d’autant plus informées – au sens large du terme – et donc protégées. Le mécanisme des obligations non matérialisées par renvoi explicite apparaît, ainsi, insuffisamment encadré et spécialement lorsqu’un état de faiblesse peut être constaté.

458. - Le réajustement difficile des conditions de validité du mécanisme de la clause par référence – Le contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite doit, selon la vision solidariste, être rééquilibré si le contrat a été conclu avec une partie faible. Cet aspect induit un accroissement de l’interventionnisme judiciaire¹⁴¹⁷ qui, s’appliquant au contenu obligationnel de l’ensemble des contrats conclus avec une partie faible, n’est pas particulièrement lacunaire s’agissant des obligations référencées. Ce mécanisme de protection, offert lorsqu’est caractérisée une faiblesse objective¹⁴¹⁸, n’induit donc pas de spécificité relative aux obligations non matérialisées par renvoi explicite. Il s’agit, donc, de renforcer le traitement des clauses par référence s’agissant de la faiblesse subjective en comblant les lacunes relatives au caractère éclairé du consentement.

Les conditions de validité des obligations par renvoi explicite sont doubles¹⁴¹⁹. Le cocontractant doit avoir conscience que le contenu obligationnel fait partie du champ contractuel et il doit avoir été mis en mesure d’y accéder. Il s’agit, alors, de se demander comment renforcer l’encadrement existant, sans pour autant dénaturer le mécanisme des clauses par référence. Il semble que cette entreprise soit vaine tant s’agissant des

¹⁴¹⁶ V. *Supra* n° 172 et s.

¹⁴¹⁷ V. *Supra* n° 442.

¹⁴¹⁸ V. *Supra* n° 453.

¹⁴¹⁹ V. *Supra* n° 60 et s.

difficultés relatives à la connaissance¹⁴²⁰ qu'à la compréhension¹⁴²¹ du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

S'agissant, d'une part, de la connaissance du contenu obligationnel référencé par le cocontractant faible, les seules solutions envisageables seraient la retranscription du contenu des obligations référencées dans l'acte instrumentaire – mais cela entraînerait la disparition de la clause par référence – ou la signature, page par page, du document les retranscrivant – ce qui remet en cause l'efficacité recherchée par le recours à la clause par référence.

Concernant, d'autre part, la compréhension du contenu obligationnel par la partie faible, la mise en place d'une notice explicative semble la plus à même de combler les lacunes constatées. La problématique ne sera, toutefois, que redirigée vers la compréhension de cette notice. D'autres solutions sont envisageables à l'image d'un service spécifique relatif à l'explication du contenu des obligations référencées mais, une fois de plus, les avantages du recours à une clause par référence seront balayés.

Le renforcement pratique de l'encadrement des obligations non matérialisées par renvoi explicite semble, donc, difficile à mettre en œuvre et la seule solution permettant de protéger, au mieux, la partie faible, semble être leur prohibition.

459. - La préférable prohibition des clauses par référence à l'égard des parties faibles – Il apparaît que les impératifs liés à la protection des parties faibles, socle du solidarisme contractuel, ne peuvent pas être conciliés avec l'efficacité du recours à une clause par référence. Une seule solution est, dès lors, envisageable, celle de la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi explicite dans les contrats dont l'état de faiblesse de l'une des parties est qualifié. Dans cette hypothèse, le caractère éclairé du consentement des parties ne pourra plus être remis en cause – du moins pour des raisons spécifiques au mécanisme des clauses par référence – et la protection de la partie faible sera, dès lors, renforcée.

¹⁴²⁰ V. *Supra* n° 178 et s.

¹⁴²¹ V. *Supra* n° 173 et s.

*

460. - Bilan – L'analyse des approches modernes du contrat offre, donc, des traitements alternatifs aux obligations non matérialisées. Ces derniers sont, alors, adaptés selon les considérations de chacune des doctrines exposées. Lorsque l'utilitarisme incite à une reconnaissance absolue de ces obligations afin d'encourager la fonction d'échange du contrat, le solidarisme invite à en conditionner, *a minima* le caractère obligatoire ou, *a maxima*, à les prohiber lorsque l'état de faiblesse de l'une des parties au contrat est qualifié.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

461. - En fonction de l'approche retenue du contrat, les solutions divergent s'agissant de l'accueil et du traitement des obligations non matérialisées.

462. - L'approche traditionnellement volontariste, axée sur l'autonomie de la volonté, justifie l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi explicite puisqu'elles peuvent être rattachées, sans équivoque, à la volonté des parties de s'y soumettre. S'agissant, toutefois, des obligations non matérialisées par renvoi implicite, si les conditions de validité de celles qui relèvent des documents contractuels – similaires aux obligations référencées – permettent d'établir le lien avec la volonté des contractants de les rattacher au champ contractuel de leur engagement, tel n'est pas le cas concernant celles qui n'en relèvent pas. L'effet contraignant de ces dernières ne peut, ainsi, pas être reconnu par la mise en œuvre de cette appréhension contractuelle.

463. - S'agissant des approches modernes du contrat, se distinguent l'utilitarisme du solidarisme contractuel.

L'utilitarisme, d'une part, considère le contrat en sa fonction d'échange. La mise en œuvre des obligations non matérialisées permettant de la promouvoir, l'appréhension contractuelle en offre une reconnaissance absolue.

Le solidarisme, d'autre part, implique de prendre en considération l'état de faiblesse des parties au contrat. Lorsqu'une telle qualification est constatée, l'approche contractuelle invite à renforcer la protection relative aux mécanismes contractuels mis en œuvre. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite doivent, à ce titre, être prohibées dans les contrats constatant une situation d'inégalité. Ce constat se déduit de la réglementation consumériste relative aux clauses abusives. Cette dernière répute non écrites les obligations qui ne sont ni retranscrites, ni référencées dans l'acte instrumentaire dans les contrats de consommation. L'objectif poursuivi par cette branche du droit, la protection d'une partie faible – le consommateur ou le non-professionnel –, justifie que la solution soit étendue, d'un point de vue solidariste, à l'ensemble des relations contractuelles démontrant d'une inégalité entre les contractants. S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, le

mécanisme de la clause par référence ne permet pas d'offrir la garantie de l'existence du caractère éclairé du consentement des parties. Le solidarisme étant particulièrement attentif à cette dernière exigence s'agissant des parties faibles, il apparaît opportun, *a minima*, de renforcer le conditionnement du caractère obligatoire de ces obligations et, *a maxima*, d'en prohiber l'effet contraignant.

464. - Le constat de la pluralité de traitements observés induit la nécessité de s'accorder, légalement, sur la vision du contrat à retenir¹⁴²². Une telle prise de position permettrait, en effet, et de manière plus générale, de traiter les différents contractuels sur des fondements similaires et, ainsi, de raffermir la sécurité juridique. La prévisibilité contractuelle serait, en effet, renforcée en ce sens que les parties auraient la possibilité de connaître, en amont de leur engagement contractuel, les données prises en considération s'agissant de l'appréciation de leur contrat et, par extension, du contenu obligationnel qui s'imposera.

Si le choix d'une appréhension contractuelle apparaît donc indispensable, il ne pallie, toutefois, pas à l'ensemble des difficultés posées par la mise en œuvre des obligations non matérialisées. L'insécurité juridique y attrayant semble, ainsi, en nécessiter la prohibition générale.

¹⁴²² J. MESTRE, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 231 et s., spéc. p. 241 et s., n° 22 et s.

Chapitre 2 : La généralisation de la prohibition des obligations non matérialisées

465. - L'identification des obligations non matérialisées a permis de constater que leur caractère obligatoire pose certaines difficultés affectant la sécurité juridique des contrats les contenant. Le caractère éclairé du consentement des parties et la prévisibilité contractuelle sont, ainsi, affectés puisqu'elles ne sont pas toujours en mesure d'en prévoir l'effet contraignant au jour de la conclusion du contrat.

Les lacunes induites par la mise en œuvre des obligations non matérialisées invitent, alors, à envisager un traitement légal se traduisant par la généralisation de leur prohibition. Si cette idée est justifiée par l'insécurité juridique que la catégorie obligationnelle créée au regard du droit commun (Section 1), elle apparaît d'autant plus encouragée par le droit de la consommation (Section 2).

Section 1 : Une prohibition justifiée par une insécurité juridique relevant du droit commun

466. - La difficulté générale relative au consentement des parties que posent les obligations non matérialisées est un facteur d'insécurité juridique au regard du droit commun. L'importance contractuelle du consentement (Paragraphe 1) révèle, ainsi, les imperfections générées par ce contenu obligationnel particulier (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'importance contractuelle du consentement

467. - La notion de consentement s'envisage comme « *une volonté émise par un sujet de droit, de créer des effets de droit, extériorisée en direction d'autrui* »¹⁴²³.

Quelle que soit la vision retenue du contrat, le consentement des parties a une place centrale s'agissant des relations contractuelles. Il demeure, en effet, une condition de validité et de fixation du contenu du contrat (I) et se révèle comme un garant de la sécurité juridique (II).

¹⁴²³ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 395.

I. Le consentement : condition de validité de la formation et de la fixation du contenu des contrats

468. - Le caractère prééminent du consentement des parties accordé par le droit positif en matière contractuelle est incontestable (A). Malgré cette place centrale, il est, toutefois, constatable que sa mise en œuvre révèle un certain déclin pratique (B).

A) La prééminence du consentement en matière contractuelle

469. - « *Contracter, c'est d'abord vouloir* »¹⁴²⁴ – La notion de consentement reçoit deux acceptions¹⁴²⁵. La première constitue l'« *accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit* »¹⁴²⁶. Il s'agit, donc, du résultat global de la rencontre des volontés des parties à un contrat¹⁴²⁷. Le second sens de la notion vise la volonté isolée d'un individu – envisagée de manière unilatérale ou synallagmatique – de conclure un contrat¹⁴²⁸. Lorsque les volontés individuelles existent, se sont manifestées et rencontrées, un contrat est, ainsi, valablement conclu¹⁴²⁹. C'est cette seconde acception, portée par l'article 1108 du Code civil¹⁴³⁰, reflétant, ainsi, le droit positif, qui sera retenue dans les prochains raisonnements.

¹⁴²⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 112, n° 122.

¹⁴²⁵ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 123, n° 128 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 119, n° 90.

¹⁴²⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 244, V° *Consentement* – Cette définition est celle qui est visée lorsque l'article 1108 du Code civil évoque le consentement : V. P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, pt. 2.

¹⁴²⁷ P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, pt. 2.

¹⁴²⁸ P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, pt. 2.

¹⁴²⁹ P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, pt. 5.

¹⁴³⁰ P. CHAUVEL, « Consentement », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, pt. 3 – C. civ., art. 1108, al. 2 : « *Le consentement de la partie qui s'oblige* ».

Traducteur de la liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle¹⁴³¹, le consentement constitue une nécessité¹⁴³² relative à la formation d'un contrat et à l'obligatorité de son contenu¹⁴³³. Le caractère obligatoire d'un contrat est, donc, par principe, soumise au « *seul effet du consentement* »¹⁴³⁴ à condition qu'il soit extériorisé¹⁴³⁵, libre et éclairé¹⁴³⁶.

470.- Le champ d'application du consentement : un consentement à la fois contractuel, personnel et obligationnel – S'il est affirmé que le consentement constitue une condition nécessaire à la validité d'un contrat, il s'agit de s'intéresser à son champ d'application.

¹⁴³¹ Cons. constit., 13 juin 2013, QPC 2013-672 DC : JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; JCP G 2013, p. 929, note J. GHESTIN ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; RDC 2013, p. 1285, obs. C. PERES : « *la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

¹⁴³² L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 16, n° 22 – L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le consentement au cœur du contentieux », *Dr. et patr.* 2013, p. 74 – Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 275, n° 725 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 111 et s., n° 122 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 487, n° 680 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 206, n° 231 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 239, n° 494 – B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 57, n° 165 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 120 et s., n° 93.

¹⁴³³ C. civ., art. 1108 : « **Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :**

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation » – Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1101 : « *Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit* » et art. 1102 al. 1^{er} : « **Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi** ».

¹⁴³⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 239, n° 494.

¹⁴³⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 120, n° 93.

¹⁴³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 240, n° 496 – V. *Supra* n° 162.

Il est établi que le consentement est une traduction de l'autonomie de la volonté¹⁴³⁷. Les individus doivent, ainsi et tout d'abord, exprimer leur volonté s'agissant de l'acte de contracter. Il s'agit, de ce point de vue, d'émettre un consentement qu'il est possible de qualifier de « contractuel » se traduisant par le choix de conclure ou non un contrat.

Les parties doivent, ensuite, être en mesure de choisir leur cocontractant. L'expression du consentement est, à ce stade, « personnel » puisqu'il s'agit de choisir de contracter avec une personne en particulier.

Les contractants doivent, enfin, et il s'agit du point qui intéressera les prochains raisonnements relatifs aux obligations non matérialisées, extérioriser leur volonté en ce qui concerne le contenu de leur engagement contractuel. En leur permettant de choisir les obligations auxquelles elles souhaitent ou non se soumettre, il leur est demandé d'émettre un consentement qu'il est possible de qualifier d'« obligationnel ».

La réunion de ces trois éléments constitue le « *caractère le plus complet du consentement* »¹⁴³⁸.

471. - Si la place du consentement est prééminente en matière contractuelle, il est possible de constater qu'il subit un déclin pratique qui ne remet, néanmoins, pas en cause son caractère central.

B) Le déclin pratique du consentement

472. - **L'existence de tempéraments relatifs à la « complétude »**¹⁴³⁹ **du consentement** – Sous-jacent au principe de l'autonomie de la volonté¹⁴⁴⁰ qui subit un déclin, le consentement est, par voie de fait, victime d'un recul similaire¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁷ P. CHAUVEL, « Consentement », Rép. civ. Dalloz, 2007, pt. 1.

¹⁴³⁸ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 69, n° 116.

¹⁴³⁹ Terme utilisé par L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008.

¹⁴⁴⁰ P. CHAUVEL, « Consentement », Rép. civ. Dalloz, 2007, pt. 1.

¹⁴⁴¹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014, p. 44, n° 56 – Sur le recul du principe de l'autonomie de la volonté, V. *Supra* n° 391 et s.

D'un point de vue général, l'impératif de consentement s'efface au profit d'impératifs supérieurs. L'article 6 du Code civil permet d'illustrer ce postulat. Ce dernier dispose qu'« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Le champ d'application du consentement des parties est, dès lors, limité par ces deux impératifs. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé, lors d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁴², que la liberté contractuelle – et, partant, le consentement puisqu'il lui est rattaché – ne peut être limitée que par des nécessités justifiées par l'intérêt général. Globalement donc, un déclin du consentement des parties se constate lorsqu'il est mis en balance avec des impératifs qui lui sont supérieurs.

Ce postulat a des impacts particuliers en considération du domaine d'application du consentement qu'il s'agit d'analyser de manière spécifique.

473. - Le déclin du consentement « contractuel » – Il s'agit, d'abord, d'envisager le déclin du consentement « contractuel ». S'il permet, en principe, aux parties de choisir de s'engager ou non dans une relation contractuelle, cette liberté est limitée par l'existence de situations dans lesquelles les individus ont l'interdiction ou, à l'inverse, l'obligation de conclure un contrat.

Le fait de s'engager dans une relation contractuelle, alors même que les parties le souhaitent, peut, d'une part, être prohibé. L'interdiction de contracter s'appliquant aux personnes touchées par une incapacité juridique¹⁴⁴³ en est l'illustration. Si l'idée est, dans cette hypothèse, de protéger l'intégrité du consentement de l'un des cocontractants, la situation révèle une atteinte à la liberté de conclure un contrat et, partant, au consentement « contractuel ».

¹⁴⁴² Cons. constit., 13 juin 2013, QPC 2013-672 : JORF 16 juin 2013, p. 9976, spéc. considérant 9 : « *il est loisible au législateur d'apporter à (...) la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* ».

¹⁴⁴³ C. civ., art. 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation » – C. civ., art. 1123 : « *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* » – C. civ., art. 1124 : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :*

Les mineurs non émancipés ;

Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent Code ».

Il est, d'autre part, des situations dans lesquelles des individus se verront liés contractuellement alors même qu'ils ne le souhaitent pas. Le contrat d'assurance automobile¹⁴⁴⁴ permet, alors, d'illustrer les contrats dont la conclusion est imposée. Ne pas assurer le véhicule terrestre à moteur dont un individu est propriétaire, et, ainsi, refuser de conclure un contrat, constitue un délit¹⁴⁴⁵. L'obligation d'assurance automobile entraîne, par conséquent, une obligation de contracter et, partant, une atteinte à la liberté de ne pas contracter et au consentement « contractuel ».

474. - Le déclin du consentement « personnel » – Concernant, ensuite, le déclin du consentement « personnel », s'il permet, par principe, de choisir son cocontractant, certaines situations limitent cette liberté. Le droit bancaire sera envisagé afin d'illustrer cette idée¹⁴⁴⁶. Sur le fondement de la liberté contractuelle, une banque est en droit de

¹⁴⁴⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 275, n° 725 – C. assu., art. L. 211-1 al. 1^{er} : « Toute personne physique ou toute personne morale autre que l'État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques ou semi-remorques, est impliqué, **doit, pour faire circuler celui-ci, être couvert par une assurance garantissant cette responsabilité**, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Pour l'application du présent article, on entend par "véhicule" tout véhicule terrestre à moteur, c'est-à-dire tout véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée, ainsi que toute remorque, même non attelée ».

¹⁴⁴⁵ C. route, L. 324-2 : « I. – Le fait, y compris par négligence, de mettre ou de maintenir en circulation un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques sans être couvert par une assurance garantissant sa responsabilité civile conformément aux dispositions de l'article L. 211-1 du Code des assurances est puni de 3 750 € d'amende.

II. – Toute personne coupable de l'infraction prévue au présent article encourt également les peines complémentaires suivantes :

1° La peine de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même Code;

2° La peine de jours-amende dans les conditions fixées aux articles 131-5 et 131-25 du Code pénal;

3° La suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension ne pouvant pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle;

4° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus;

5° L'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pour une durée de cinq ans au plus;

6° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière;

7° La confiscation du véhicule dont le condamné s'est servi pour commettre l'infraction, s'il en est le propriétaire.

III. – L'immobilisation peut être prescrite dans les conditions prévues aux articles L. 325-1 à L. 325-3 ».

¹⁴⁴⁶ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2011, p. 407 et s., n° 419.

refuser l'ouverture d'un compte courant à un individu¹⁴⁴⁷ – d'autant plus qu'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*¹⁴⁴⁸. Cette idée est, toutefois, contrebalancée par l'existence d'un droit au compte¹⁴⁴⁹. Si un individu se voit refuser l'ouverture d'un compte de dépôt, il a, ainsi, la possibilité de demander à la Banque de France de

¹⁴⁴⁷ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2011, p. 407, n° 418.

¹⁴⁴⁸ Le droit au compte d'un client évincé prévu par l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier induit la liberté de refus d'ouverture d'un compte par le banquier (V. en ce sens : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2011, p. 407, n° 417).

¹⁴⁴⁹ CMF, art. L. 312-1 : « **Toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix. Toute personne physique de nationalité française résidant hors de France, dépourvue d'un compte de dépôt, bénéficie également du droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix.**

L'ouverture d'un tel compte intervient après remise auprès de l'établissement de crédit d'une déclaration sur l'honneur attestant le fait que le demandeur ne dispose d'aucun compte. En cas de refus de la part de l'établissement choisi, la personne peut saisir la Banque de France afin qu'elle lui désigne un établissement de crédit situé à proximité de son domicile ou d'un autre lieu de son choix, en prenant en considération les parts de marché de chaque établissement concerné, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception des pièces requises définies par arrêté. L'établissement de crédit ainsi désigné par la Banque de France procède à l'ouverture du compte dans les trois jours ouvrés à compter de la réception de l'ensemble des pièces qui lui sont nécessaires pour procéder à cette ouverture. L'établissement de crédit qui a refusé l'ouverture d'un compte remet systématiquement et sans délai au demandeur une attestation de refus d'ouverture de compte et informe le demandeur que celui-ci peut demander à la Banque de France de lui désigner un établissement de crédit pour lui ouvrir un compte. Il lui propose, s'il s'agit d'une personne physique, d'agir en son nom et pour son compte en transmettant la demande de désignation d'un établissement de crédit à la Banque de France ainsi que les informations requises pour l'ouverture du compte. A la demande d'une personne physique, le département, la caisse d'allocations familiales, le centre communal ou intercommunal d'action sociale dont cette personne dépend, une association ou une fondation à but non lucratif dont l'objet est d'accompagner les personnes en difficulté ou de défendre les intérêts des familles ou une association de consommateurs agréée peut également transmettre en son nom et pour son compte la demande de désignation et les pièces requises à la Banque de France. Un décret détermine les conditions dans lesquelles les associations et fondations peuvent agir sur le fondement du présent alinéa.

L'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, mentionnée à l'article L. 511-29, adopte une charte d'accessibilité bancaire afin de renforcer l'effectivité du droit au compte. Cette charte précise les délais et les modalités de transmission, par les établissements de crédit à la Banque de France, des informations requises pour l'ouverture d'un compte. Elle définit les documents d'information que les établissements de crédit doivent mettre à disposition de la clientèle et les actions de formation qu'ils doivent réaliser. Elle fixe un modèle d'attestation de refus d'ouverture de compte.

La charte d'accessibilité bancaire, homologuée par arrêté du ministre chargé de l'économie, après avis du comité consultatif du secteur financier et du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières, est applicable à tout établissement de crédit. Le contrôle du respect de la charte est assuré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et relève de la procédure prévue à l'article L. 612-31.

Les établissements de crédit ainsi désignés par la Banque de France sont tenus d'offrir au titulaire du compte des services bancaires de base dont le contenu et les conditions tarifaires sont précisés par décret.

Toute décision de clôture de compte à l'initiative de l'établissement de crédit désigné par la Banque de France doit faire l'objet d'une notification écrite et motivée adressée au client et à la Banque de France pour information. Un délai minimum de deux mois doit être consenti obligatoirement au titulaire du compte.

Le présent article s'applique aux personnes inscrites aux fichiers gérés par la Banque de France en application de l'article L. 131-85 du présent Code et de l'article L. 333-4 du Code de la consommation ».

désigner un établissement de crédit qui sera dans l'obligation de conclure ce contrat en y prévoyant les services minimum. Dans un tel cas, la banque visée n'a pas le choix de son cocontractant et son consentement « personnel » subit, par conséquent, un déclin. Ce dernier est, par ailleurs, d'autant plus limité si l'établissement fait partie de ceux ayant, au préalable, refusé de s'engager contractuellement avec l'individu à l'initiative de la saisine de la Banque de France.

475.- Le déclin du consentement « obligationnel » – S'agissant, enfin, du consentement « obligationnel » des parties, son recul se constate de manière négative – par la prohibition d'obligations – et, à l'inverse, de manière positive – lorsque des obligations sont imposées.

Négativement, d'une part, le fait de doter certaines obligations d'un effet contraignant est prohibé. La réglementation relative aux clauses abusives¹⁴⁵⁰, la prohibition des clauses d'indexation¹⁴⁵¹ ou encore de celles interdisant la détention d'un animal de compagnie dans les contrats de bail d'habitation¹⁴⁵² révèlent, ainsi, d'un déclin de la liberté des cocontractants de choisir le contenu obligationnel qui s'impose à leur engagement. Une limitation du consentement « obligationnel » des parties est, dès lors, constatée.

¹⁴⁵⁰ C. consom., art. L. 132-1 et s., spéc. L. 132-1 al. 6 : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites* ».

¹⁴⁵¹ CMF, art. L. 112-1 : « *Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite.*

Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision.

Est interdite toute clause d'une convention portant sur un local d'habitation prévoyant une indexation fondée sur l'indice « loyers et charges » servant à la détermination des indices généraux des prix de détail. Il en est de même de toute clause prévoyant une indexation fondée sur le taux des majorations légales fixées en application de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, à moins que le montant initial n'ait lui-même été fixé conformément aux dispositions de ladite loi et des textes pris pour son application ».

¹⁴⁵² L. n° 67-561 du 12 juill. 1967 relative à l'amélioration de l'habitat : JORF du 9 juill. 1967, p. 6869, art. 10 I : « *I. – Sauf dans les contrats de location saisonnière de meublés de tourisme, est réputée non écrite toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familial. Cette détention est toutefois subordonnée au fait que ledit animal ne cause aucun dégât à l'immeuble ni aucun trouble de jouissance aux occupants de celui-ci.*

Est licite la stipulation tendant à interdire la détention d'un chien appartenant à la première catégorie mentionnée à l'article 211-1 du Code rural et de la pêche maritime ».

Positivement, d'autre part, il est des situations où une partie du contenu d'un contrat sera imposée aux cocontractants¹⁴⁵³. Les réglementations travailistes et consuméristes en constituent des illustrations. Lorsqu'un contrat est conclu dans chacune de ces matières, une partie du contenu obligationnel est, ainsi, imposé par la loi. S'agissant du contrat de travail, la durée maximale d'un travailleur de nuit¹⁴⁵⁴, celle du congé de maternité¹⁴⁵⁵ ou encore les modalités de versement du salaire¹⁴⁵⁶ sont autant d'exemples qui illustrent une limitation du choix des obligations qui s'imposent aux parties. Concernant les contrats de consommation, le déclin du consentement « obligationnel » s'illustre par le délai de rétractation dans les contrats à distance. Outre son caractère obligatoire, la durée de cette obligation est imposée¹⁴⁵⁷. Les parties n'ont, ainsi, pas d'autre choix que de se soumettre à cette règle légale dans le cadre de leur relation contractuelle.

Le consentement subit, ainsi, des atteintes s'agissant du choix du contenu de son engagement.

¹⁴⁵³ Sur les obligations imposées, V. *Supra* n° 23 et s.

¹⁴⁵⁴ C. trav., art. L. 3122-34 : « *La durée quotidienne du travail accompli par un travailleur de nuit ne peut excéder huit heures.*

Il peut être dérogé à ces dispositions par convention ou accord collectif de branche étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État, ou lorsqu'il est fait application des dispositions des articles L. 3132-16 et suivants relatifs aux équipes de suppléance.

Il peut également être dérogé aux dispositions du premier alinéa en cas de circonstances exceptionnelles, sur autorisation de l'inspecteur du travail donnée après consultation des délégués syndicaux et après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel s'il en existe, selon des modalités déterminées par le décret mentionné au deuxième alinéa ».

¹⁴⁵⁵ C. trav., art. L. 1225-17 al. 1^{er} : « *La salariée a le droit de bénéficier d'un congé de maternité pendant une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaines après la date de celui-ci* ».

¹⁴⁵⁶ C. trav., art. L. 3241-1 : « *Sous réserve des dispositions législatives imposant le paiement des salaires sous une forme déterminée, le salaire est payé en espèces ou par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal.*

Toute stipulation contraire est nulle.

En dessous d'un montant mensuel déterminé par décret, le salaire est payé en espèces au salarié qui le demande.

Au-delà d'un montant mensuel déterminé par décret, le salaire est payé par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal ».

¹⁴⁵⁷ C. consom., art. L. 121-20-12 I : « *I. – Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.*

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir :

1° Soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu ;

2° Soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L. 121-20-11, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1° ».

476. - Le caractère non alarmiste du déclin – Malgré l’ensemble des atteintes constatées, l’importance du consentement des parties perdure puisqu’il reste au cœur des relations contractuelles¹⁴⁵⁸. Son déclin émanant, principalement, de la mise en œuvre de dispositions impératives, il est établi qu’il ne peut être mis à mal que lorsque la protection d’un intérêt supérieur le justifie¹⁴⁵⁹.

S’il subit un recul pratique, sa position prééminente en matière contractuelle n’est pas remise en cause mais seulement tempérée par la considération d’impératifs plus importants. Il est, par ailleurs, toujours acquis qu’un contrat dépourvu de consentement n’est pas un contrat valable¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 237, n° 642.

¹⁴⁵⁹ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l’entr.*, 2008, p. 389, n° 593 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L’acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 112, n° 122 – Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1102 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

« Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d’intérêts légitimes et proportionnée au but recherché » – Cons. constit., 13 juin 2013, QPC n° 2013-672 DC : JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; JCP G 2013, p. 929, note J. GHESTIN ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; RDC 2013, p. 1285, obs. C. PERES, spéc. considérant 9 : « il est loisible au législateur d’apporter à (...) la liberté contractuelle qui découle de l’article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteintes disproportionnées au regard de l’objectif poursuivi ; que, d’autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d’intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ».

¹⁴⁶⁰ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 275, n° 725 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L’acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 112, n° 122 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 487, n° 680 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 435 – B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 57, n° 165 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 73, n° 55 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 206, n° 231.

477. - Le consentement est, donc, une condition de validité des contrats et un moyen permettant aux parties d'en fixer le contenu. Son importance en matière contractuelle dépasse, toutefois, ces deux postulats puisqu'il apparaît, aussi, comme un gage de sécurité juridique.

II. Le consentement : pilier de la sécurité juridique

478. - L'étude de la notion de sécurité juridique (A) permet de comprendre les raisons pour lesquelles le consentement en sert la mise en œuvre (B).

A) La notion de sécurité juridique

479. - **La notion de sécurité juridique** – L'identification de la notion de sécurité juridique nécessite, au préalable, d'identifier celle de « *sécurité* » dans le langage commun. Elle désigne un « *état d'esprit confiant et tranquille d'une personne qui se croit à l'abri du danger* »¹⁴⁶¹. Il s'agit, alors, d'appliquer la notion à la matière juridique. L'idée de départ est celle selon laquelle le droit doit assurer la sécurité juridique¹⁴⁶² en ce sens qu'il doit permettre aux individus de « *prévoir les conséquences de leurs actes* »¹⁴⁶³. Il est, alors, nécessaire d'être mis en mesure de « *savoir et prévoir* »¹⁴⁶⁴ le contenu des règles qui sont applicables¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶¹ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 2339, V° *Sécurité*.

¹⁴⁶² J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014, p. 3, n° 3.

¹⁴⁶³ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. I^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 29, n° 10.

¹⁴⁶⁴ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.

¹⁴⁶⁵ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013, p. 98, n° 107.

Le principe de sécurité juridique a, initialement, été révélé¹⁴⁶⁶ par la mise en place de l'Union européenne¹⁴⁶⁷ et la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴⁶⁸ suivant une inspiration du droit allemand¹⁴⁶⁹. Il s'agissait, principalement, de « *constituer en un ordre le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité* »¹⁴⁷⁰ afin de sécuriser l'étendue et l'hétérogénéité des règles applicables au sein de l'Union européenne¹⁴⁷¹ tant du point de vue des Etats membres que des justiciables¹⁴⁷². Cet objectif nécessitait, alors, une application du mécanisme de sécurité juridique afin de protéger ceux à qui les règles sont imposées, sans, toutefois, basculer vers une trop grande rigidité¹⁴⁷³, et, notamment, s'agissant de la jurisprudence applicable¹⁴⁷⁴. Il était,

¹⁴⁶⁶ V. par ex : CJCE, 13 juill. 1961, aff. 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 et 1/61, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA* : Rec. CJCE, p. 319 : découverte du principe de sécurité juridique par la CJCE – conf. par : CJCE, 6 avr. 1962, aff. 13/61, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c/ Bosch* : Rec. CJCE, p. 97 – CJCE, 14 juill. 1972, aff. 57/69, *Azienda Colori Nazionali [ACNA] c/ Commission* : Rec. CJCE, p. 934 – CJCE, 9 juill. 1981, aff. 169/80, *SA Gondrand Frères et SA Garancini* : Rec. CJCE, p. 1931 – CJCE, 15 déc. 1987, aff. 325/85, *Irlandec/ Commission* : Rec. CJCE, p. 5041.

CEDH, 18 juin 1971, req. n° 832/66, 2835/66, 2899/66 : Rec. CJCE A/12 – CEDH, 13 juin 1979, req. n° 6833/74 : JDI 1982, p. 183, chron. P. ROLLAND ; AFDI 1980, p. 317, chron. R. PELLOUX ; Cah. dr. eur. 1980, p. 473, chron. G. COHEN-JONATHAN – CEDH, 29 nov. 1991, req. n° 12849/87 : RTDH 1992, p. 215, obs. F. RIGAUX ; JDI 1992, p. 799, chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER – CEDH, 27 sept. 1990, req. n° 10843/84 : Rec. A/184 – CEDH, 25 août 1993, req. n° 13308/87 : Rec. A/226-B – CEDH, 28 mars 2000, req. n° 28358/95 : Rec. 2000/III.

¹⁴⁶⁷ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 53 – B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel*, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s., spéc. p. 301.

¹⁴⁶⁸ J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001.

¹⁴⁶⁹ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel*, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s., spéc. p. 301.

¹⁴⁷⁰ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, p. 333.

¹⁴⁷¹ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 54 – M. DE SALVIA « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001 – J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001 – C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse, Montpellier, 2003.

¹⁴⁷² M. DE SALVIA « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001.

¹⁴⁷³ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 55

donc, nécessaire d'effectuer une application strictement juridique du principe afin de ne pas entraver le bon fonctionnement de l'Union européenne.

Longtemps délaissé en droit français¹⁴⁷⁵, la doctrine a largement encouragé la reconnaissance constitutionnelle du principe de sécurité juridique¹⁴⁷⁶. Sa consécration en droit interne s'est faite par étapes. Judiciairement, d'abord, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a ouvert la marche en 2003¹⁴⁷⁷, érigeant la sécurité juridique au rang de « *principe* » considéré comme un « *impératif* ». Le champ d'application de la solution a, néanmoins, été tempéré par la première Chambre civile. Cette dernière a, en effet, limité les effets de cette qualification en expliquant que la sécurité juridique ne permet pas de « *consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée* »¹⁴⁷⁸. Administrativement, ensuite, le Conseil constitutionnel a, en 1999¹⁴⁷⁹,

¹⁴⁷⁴ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 55 – M. DE SALVIA « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001 : le principe de sécurité juridique ne « *saurait faire échec à une interprétation évolutive de la CEDH* ».

¹⁴⁷⁵ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA 1995, p. 151.

¹⁴⁷⁶ V. notamment : A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, chron. p. 2814 – M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », AJDA 1996, n° spécial, p. 178 – M. HEERS, « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », RFDA 1995, p. 963 – B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel*, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s. – B. MATHIEU, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001 : « *La reconnaissance par les juges nationaux de l'essentiel des exigences qui relèvent du principe de sécurité juridique, l'application directe de ce principe dans le champ du droit communautaire et son utilisation par le droit conventionnel européen peuvent conduire à s'interroger sur la nécessité d'une reconnaissance formelle par les juges nationaux, constitutionnel et administratif, le juge judiciaire s'y étant déjà référé* » – A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. *Bibl. constit. et de sc. po.*, 2005 – A.-L. VAPAILLE, « Le principe de sécurité juridique, réalité ou avenir en droit administratif français », LPA 10 août 1999, p. 18.

¹⁴⁷⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 30 janv. 2003, n° 99-19488 : Bull. civ. 2003, II, n° 23, p. 19 ; D. 2003, p. 2722 : « *Et attendu que c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice qui fondent les dispositions de l'article 528-1 du nouveau Code de procédure civile constituaient des impératifs qui n'étaient pas contraires aux dispositions de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » – C. cass., Rapport annuel, 2006, spéc. Les principes communs du procès, pt. 2.1.1.4.

¹⁴⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 98-11982 : Bull. civ. 2000, p. 593, note Ch. ATIAS ; RTD civ. 2000, p. 666, obs. N. MOLFESSIS – Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n° 00-14564 : D. 2001, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; JCP 2002, II, 10045, note D. CACHARD ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. LIBCHABER.

¹⁴⁷⁹ Cons. constit., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC : JO 22 déc. 1999, p. 19041 ; RTD civ. 2000, p. 660, obs. N. MOLFESSIS – Cons. constit., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

constitutionnalisés les objectifs de clarté et de précision de la loi. Son objectif était de limiter la rétroactivité de la loi et d'encourager sa qualité¹⁴⁸⁰ afin de justifier la relance de la codification par voie d'ordonnance¹⁴⁸¹. S'il s'agit d'une reconnaissance détournée du mécanisme de sécurité juridique puisque sa valeur constitutionnelle n'est pas expressément consacrée, ses effets ont été reconnus. Le Conseil d'Etat a, en 2006¹⁴⁸², érigé explicitement la sécurité juridique au rang de principe puis, sa valeur constitutionnelle a été consacrée en 2013 par le Conseil constitutionnel¹⁴⁸³ sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁴⁸⁴.

La révélation du principe de sécurité juridique exposée, il s'agit de s'intéresser à ses critères constitutifs.

480. - Critères de la sécurité juridique – La sécurité juridique, qualifiée de « *somme de sous-principes* »¹⁴⁸⁵, implique certaines exigences. S'il est difficile de poser une définition théorique de la notion, elle doit s'apprécier de manière casuistique par la recherche de critères juridiques¹⁴⁸⁶. Il apparaît important de souligner qu'il s'agit de se placer, à ce stade des raisonnements, du point de vue général des règles applicables aux

¹⁴⁸⁰ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public du Conseil d'Etat, La documentation française, 2006, p. 369.

¹⁴⁸¹ M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, p. 361 – Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 5^{ème} éd., 2014, p. 220, n° 284 – F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015, p. 380, n° 457.

¹⁴⁸² CE, 15 mars 2006, n° 288460, 288465, 288474 et 288485 : Rec. Lebon 2006, p. 154 ; D. 2006, p. 1224 et p. 1990 ; AJDA 2006, p. 1028 et s., obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; Europe 2006, n° 142, obs. D. SIMON ; JCP G 2006, II, 10113, note M. BELORGEY et P. CASSIA : « *que toutefois, à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du Code apporteraient, dans les relations contractuelles légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique* » – Rapport public du conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006 – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions - Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 8, n° 5.

¹⁴⁸³ Cons. constit., 13 juin 2013, QPC n° 2013-672 DC : JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; JCP G 2013, p. 929, note J. GHESTIN ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; RDC 2013, p. 1285, obs. C. PERES.

¹⁴⁸⁴ DDHC, art. 16 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹⁴⁸⁵ C. SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse, Montpellier, 2003, p. 400, n° 572.

¹⁴⁸⁶ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 55-56.

justiciables et, partant, principalement de celui de la loi. Dans cette optique, donc, la sécurité juridique nécessite que les individus puissent prévoir les conséquences de leurs actes¹⁴⁸⁷. Pour ce faire, plusieurs exigences doivent être respectées.

La sécurité juridique se traduit, tout d'abord, par une idée de prévisibilité de la règle¹⁴⁸⁸, c'est-à-dire de ce « *que l'on peut normalement prévoir et qui doit être raisonnablement prévu* »¹⁴⁸⁹. Les principes de non rétroactivité de la loi nouvelle¹⁴⁹⁰, les mesures transitoires¹⁴⁹¹ ou encore l'impossibilité pour le juge de statuer en équité¹⁴⁹² sont trois illustrations de l'idée selon laquelle le justiciable doit pouvoir anticiper les règles qui lui seront applicables¹⁴⁹³.

La sécurité juridique induit, ensuite, une exigence d'accessibilité de la règle¹⁴⁹⁴. Cette dernière revêt deux aspects, l'un matériel et l'autre intellectuel¹⁴⁹⁵. S'agissant, d'une part, de l'accessibilité matérielle des règles applicables, elle est largement

¹⁴⁸⁷ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000, p. 29, n° 10.

¹⁴⁸⁸ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014, p. 92, n° 98 – P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 2^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 254 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 649, n° 884 – Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 5^{ème} éd., 2014, p. 47 et s., n° 47 – N. MOLFESSIS, « Les « avancées » de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 660 – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions-Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 44 et s., n° 31 et s.

¹⁴⁸⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 800, V° *Prévisible*.

¹⁴⁹⁰ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013, p. 23, n° 24 – J. MOLINIER, « Principes généraux », *Rép. dr. européen* Dalloz, 2011, pt. 111 – CJCE, 25 janv. 1979, aff. 98/78, *Racke / Hauptzollamt Mainz* : *Rec. CJCE*, p. 69 – CJCE 19 nov. 2009, aff. C-256/07, *Mitsui & Co. Deutschland GmbH* – TPICE, 22 janv. 1997, aff. T-115/94, *Opel Austria c/ Conseil* : *Rec. II*, 39.

¹⁴⁹¹ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014, p. 96-97, n°101.

¹⁴⁹² Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013, p. 25, n° 27 et p. 128, n° 148 : Le fait, pour le juge, de pouvoir statuer en équité laisse place à l'arbitraire qui laisse place à l'insécurité puisque l'issue du litige devient imprévisible.

¹⁴⁹³ V. notamment : TPICE, 22 janv. 1997, aff. T-115/94, *Opel Austria c/ Conseil* : *Rec. II*, 39.

¹⁴⁹⁴ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 2^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 254 – Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013, p. 84, n° 88 – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 18 et s., n° 12 et s. – F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015, p. 380, n° 457 – A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. *Bibl. constit. et de sc. po.*, 2005, p. 18, n° 24.

¹⁴⁹⁵ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 18, n° 13.

appréciée puisqu'elle nécessite uniquement une publication publique¹⁴⁹⁶. L'idée est, en effet, simplement que « *le droit ne doit pas être secret* »¹⁴⁹⁷. Concernant, d'autre part, l'accessibilité intellectuelle de la règle, elle appelle à des exigences générales de clarté, de précision et d'intelligibilité de la loi. Il s'agit du reflet de la « *qualité du droit* »¹⁴⁹⁸.

La sécurité juridique implique, enfin, une stabilité de la règle¹⁴⁹⁹. Doit, à ce titre, être garantie l'absence de « *remise en cause des droits subjectifs (...) et de situations juridiques bouleversées* »¹⁵⁰⁰. Il s'agit d'un aspect subjectif de la sécurité juridique qui doit permettre aux citoyens d'avoir une confiance légitime dans le droit¹⁵⁰¹ en pouvant s'y fier¹⁵⁰². Cette exigence de stabilité ne doit, toutefois, pas nécessairement être synonyme d'immutabilité. Si la sécurité juridique doit, en effet, garantir cette qualité du droit, ce ne doit pas être au détriment, notamment, du caractère évolutif de la jurisprudence¹⁵⁰³.

La prévisibilité, l'accessibilité et la stabilité de la règle permettent, donc, à la sécurité juridique d'assouvir son rôle de « *garant de l'efficacité et de l'uniformité* »¹⁵⁰⁴ du droit. Il s'agit, à présent, d'envisager la notion sous un angle contractuel.

¹⁴⁹⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 2^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 254 – CEDH, 24 nov. 1986, req. n° 9063/80, *Gillowc/ Royaume-Uni*.

¹⁴⁹⁷ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 18, n° 13.

¹⁴⁹⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 20, n° 14.

¹⁴⁹⁹ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014, p. 92, n° 98 – P. CASSIA, « Nouveau principe général du droit aux multiples facettes », D. 2006, chron. p. 190 – B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pt. 225-3 – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009 – A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. *Bibl. constit. et de sc. po.*, 2005, p. 18, n° 24.

¹⁵⁰⁰ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 44, n° 30.

¹⁵⁰¹ P. CASSIA, « Nouveau principe général du droit aux multiples facettes », D. 2006, chron. p. 190.

¹⁵⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 230, V° *Confiance*.

¹⁵⁰³ M. DE SALVIA « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. Mathieu, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001 – Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013, p. 100, n° 107.

¹⁵⁰⁴ P. MORVANT, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », Dr. soc. 2006, p. 707, pt. 12.

481. - La sécurité juridique contractuelle – Si la sécurité juridique est applicable aux règles de droit de manière générale, elle l’est aussi, de manière plus spécifique, aux contrats. « *Le contrat étant [en effet] un acte de prévision sur le futur, les parties doivent pouvoir tabler sur la pérennité et la stabilité de leur accord* »¹⁵⁰⁵. Les contractants doivent, ainsi, être en mesure de « *savoir et prévoir* »¹⁵⁰⁶ les effets de leur engagement contractuel.

La sécurité juridique appliquée à la matière contractuelle appelle, ainsi, à des critères d’appréciation similaires que ceux envisagés s’agissant de la règle de droit¹⁵⁰⁷. Le contrat, pour être un acte de prévision, se doit, en conséquent, d’être accessible – tant d’un point de vue matériel qu’intellectuel –, prévisible et faire preuve d’une certaine stabilité.

482. - La notion de sécurité juridique contractuelle envisagée, il s’agit de s’intéresser à ses interactions avec le consentement.

B) Le consentement au service de la sécurité juridique

483. - Sécurité juridique contractuelle et consentement – S’agissant de la matière contractuelle, la sécurité juridique et le consentement sont liés et se servent mutuellement. La sécurité juridique s’apprécie comme « *le respect des prévisions juridiques des parties* »¹⁵⁰⁸. Si le consentement est, ainsi, l’instrument de détermination de la portée de la sécurité juridique contractuelle, cette dernière en est un gage de protection. « *Les règles générales du consentement s’épanouissent [ainsi] au sein d’une logique de sécurité juridique (...) le consentement en est un instrument* »¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁵ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pt. 225-3.

¹⁵⁰⁶ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.

¹⁵⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, t. I : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis droit*, 3^{ème} éd., 2012, p. 366 – V. *Supra* n° 480.

¹⁵⁰⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 47, n° 33.

¹⁵⁰⁹ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l’entr.*, 2008, p. 12, n° 14.

484. - Le consentement, instrument de détermination de la portée de la sécurité juridique – Le consentement est l'instrument d'extériorisation de la liberté contractuelle¹⁵¹⁰. Il permet, en effet, par principe, aux parties de révéler leur volonté de contracter ou non et de choisir à la fois le contenu de leur engagement contractuel et leur cocontractant. L'appréciation des exigences de prévisibilité, d'accessibilité et de stabilité du contrat imposées par la sécurité juridique contractuelle dépend, principalement, du contenu de l'engagement. Le consentement va, ainsi, permettre de déterminer le champ d'application du principe.

La sécurité juridique contractuelle se présente, alors, comme l'une des raisons pour lesquelles la révision pour imprévision est prohibée¹⁵¹¹. Moduler le contrat en considération de changements de circonstances économiques qui lui sont, de fait, extérieurs, constitue, en effet, une atteinte au caractère prévisible du contrat. Si les obligations peuvent être sujettes à une certaine évolution, la sécurité juridique impose que ce soit dans le respect de ce qui a été défini par les parties. Dès lors que des stipulations ont été prévues par les parties, le principe de sécurité juridique s'en fera, ainsi, le garant. Il s'agit, par conséquent, de faire primer le consentement en le faisant objet de la protection accordée par la sécurité juridique contractuelle.

485. - La sécurité juridique, instrument de protection du consentement – Le champ d'application de la sécurité juridique contractuelle dépend, donc, de ce qui a été prévu par les parties lorsqu'elles ont extériorisé leur liberté contractuelle. Une fois ce domaine défini, la sécurité juridique se révèle, à deux égards, comme l'instrument de protection du consentement.

La sécurité juridique contractuelle permet, d'une part, de « *favoriser l'exécution des obligations telles que définies au contrat, sans les modifier* »¹⁵¹². L'objectif est, donc, de conférer une certaine intangibilité au contenu contractuel.

¹⁵¹⁰ V. *Supra* n° 389.

¹⁵¹¹ J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique*, Mélanges en hommage à J. ELLUL, PUF, 1983, p. 503 et s. – T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 47, n° 33.

¹⁵¹² T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 47, n° 33.

La sécurité juridique peut, d'autre part, être envisagée sous couvert de la croyance légitime. Elle intervient, de ce point de vue, dans le contrat par la prise en considération de l'attente légitime des parties¹⁵¹³. Ce n'est, donc, plus l'intangibilité du contenu contractuel qui est garanti mais sa modulation en considération de ce que les parties peuvent espérer de la relation contractuelle. Si les interactions entre le consentement et la sécurité juridique contractuelle ne concernent plus la volonté externe des parties – le contenu contractuel qu'elles ont envisagé –, elles visent à garantir la protection de leur volonté interne¹⁵¹⁴. Cette idée s'illustre, notamment, par l'arrêt Chronopost. Sans qu'il ne soit nécessaire de revenir sur les faits¹⁵¹⁵, il s'agissait de prendre en considération l'attente des parties quant à leur engagement contractuel. En anéantissant la clause qui portait atteinte à l'obligation essentielle du contrat, la Cour de cassation a, en effet, privilégié ce que pouvaient légitimement attendre les parties en redonnant une portée à l'obligation essentielle du contrat. En protégeant ce que les parties espéraient réellement de leur engagement contractuel, les magistrats ont effectué une appréciation de la sécurité juridique contractuelle par l'intermédiaire de la confiance légitime¹⁵¹⁶. Cette seconde intervention de la sécurité juridique révèle, toutefois, d'une certaine dangerosité. L'appréciation de l'attente légitime des parties étant, en effet, nécessairement subjective, elle peut laisser place à un arbitraire du juge. Il semble, donc, préférable que la sécurité juridique contractuelle s'attache à un rôle protecteur s'agissant de l'expression du consentement des parties tel qu'il est extériorisé.

486. - L'importance du consentement en matière contractuelle mise en évidence, il s'agit de révéler les atteintes qu'il subit du fait du caractère obligatoire des obligations non matérialisées. Cette constatation permettra, en effet, de comprendre la raison pour laquelle leur prohibition est justifiée par le droit commun.

¹⁵¹³ Sur la notion d'attente légitime : V. *Supra* n° 140 et s.

¹⁵¹⁴ Sur les notions de volonté interne et déclarée: V. *Supra* n° 406 et s.

¹⁵¹⁵ V. *Supra* n° 352.

¹⁵¹⁶ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 392 et s., n° 203.

Paragraphe 2 : Les imperfections du consentement s'agissant des obligations non matérialisées dans les contrats

487. - Les imperfections relatives au consentement s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées dans les contrats est une difficulté commune puisque son amoindrissement se constate à la fois concernant les obligations non matérialisées par renvoi explicite (I) et implicite (II).

I. Les insuffisances du consentement s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite

488. - **Domaines de l'amoindrissement du consentement** – Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite, qui appelle au mécanisme de la clause par référence, provoque un amoindrissement du consentement. Ce constat se révèle tant par la remise en cause de la liberté de choisir le contenu obligationnel – par au moins l'un des cocontractants – que du caractère éclairé du consentement des parties.

489. - **Une appréciation globale du consentement : la remise en cause de la liberté de choisir le contenu de son engagement contractuel** – Le consentement, qui permet aux parties d'extérioriser leur liberté contractuelle, implique que chacun est libre de contracter ou non, selon un contenu et avec un cocontractant voulu. A un niveau obligationnel, le mécanisme des clauses par référence peut se comparer aux contrats imposés¹⁵¹⁷. Il s'agit, en effet, de situations où l'une des parties, en position de force, est en mesure d'imposer le contenu d'un contrat à l'autre. C'est une situation identique qui est constatée s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite. N'émanant que de l'une des parties et n'étant pas sujet à négociation, le contenu de l'obligation référencé ne peut pas être considéré comme une expression de la liberté contractuelle s'agissant de l'une des parties.

¹⁵¹⁷ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 52 et s., n° 82 et s. – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 114, n° 124.

Se constate, ainsi, un amoindrissement de l'objet du consentement¹⁵¹⁸. La question n'est plus, en effet, de savoir si le cocontractant consent à se soumettre à un certain contenu obligationnel mais s'il accepte de conclure ou non un contrat dont les obligations sont indiscutables. Soit la partie conclut un contrat avec un contenu A soit elle ne conclut pas le contrat. Autrement dit, il s'agit de s'engager dans une relation contractuelle en ce qu'elle constitue un bloc ou de le refuser. Si une partie A accepte de conclure un contrat avec un vendeur professionnel B, ce dernier lui imposera, par exemple, ses conditions générales de vente. Si A ne souhaite pas s'y soumettre, la seule solution pour elle sera de ne pas conclure le contrat. B ne lui propose, en effet, pas simplement de conclure un contrat mais de le faire en s'obligeant à un contenu obligationnel précis et intangible. Le choix de A porte, donc, sur sa volonté de consentir à la formation du contrat mais ne s'applique pas au contenu de l'engagement contractuel. Le champ d'application du consentement s'apprécie, par conséquent, en une globalité, puisqu'il porte sur un ensemble constitué d'un contenant et d'un contenu indissociables.

490. - Une appréciation globale du consentement : la remise en cause du caractère éclairé du consentement – La restriction de l'objet du consentement n'est pas la seule difficulté que pose le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite. S'il est admis que « *la volonté n'engage que si elle est éclairée et libre* »¹⁵¹⁹, le recours au mécanisme de la clause par référence ne répond pas à une partie de cette exigence. Le caractère éclairé du consentement est, en effet, largement remis en cause par l'encadrement de la validité de ce procédé contractuel¹⁵²⁰.

Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont doublement conditionnées puisque le cocontractant à qui elles sont imposées doit avoir conscience que leur contenu fait partie de son engagement contractuel et il doit avoir été mis en mesure de le connaître avant la conclusion du contrat. Ces exigences ignorent, dans leur mise en

¹⁵¹⁸ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 51 et s., n° 81 et s.

¹⁵¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 213, n° 496.

¹⁵²⁰ V. *Supra* n° 172 et s.

œuvre, l'exigence du caractère éclairé du consentement¹⁵²¹. La connaissance, par une partie, d'un contenu X qui s'impose à sa relation contractuelle dont la localisation a été transmise ne signifie pas nécessairement qu'elle l'ait connu et compris. La pratique révèle, par ailleurs, que très peu de cocontractants lisent avec attention le contenu des obligations référencées, souvent extrêmement longues et compliquées. Bien que le recours à une clause par référence présente des avantages pratiques, les obligations non matérialisées par renvoi explicite ne répondent pas aux exigences de droit commun relatives aux qualités que doit revêtir le consentement pour être valable.

491. - Les obligations non matérialisées par renvoi explicite présentent, donc, des lacunes puisqu'elles ne répondent pas aux exigences relatives au champ d'application de la liberté contractuelle ainsi qu'au caractère éclairé que le consentement doit présenter. Leur prohibition semble, ainsi, justifiée sur le fondement du droit commun.

Il s'agit, à présent, de démontrer que la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi implicite présente des conséquences néfastes sur le consentement de nature à légitimer leur prohibition.

II. Les insuffisances du consentement s'agissant du caractère obligatoire des obligations par renvoi implicite

492. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne révèlent pas d'une volonté expresse des parties d'en reconnaître le caractère obligatoire (A), constat qui donne lieu à une imprévisibilité contractuelle (B).

¹⁵²¹ V. *Supra* n° 176.

A) Des obligations non expressément voulues par les parties

493. - L'absence de caractère obligatoire des obligations non voulues par les parties – L'absence de consentement des parties empêche, par principe, la formation du contrat¹⁵²². En appliquant ce raisonnement aux obligations contractuelles, l'absence de volonté des parties de s'y soumettre devrait en empêcher l'effet contraignant. Les contractants devant, en effet, avoir le choix du contenu obligationnel qui s'impose à eux¹⁵²³, l'absence de volonté de soumettre leur engagement contractuel à une obligation devrait, par principe, en éliminer le caractère obligatoire.

Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne sont, par définition, pas rattachables, de manière expresse, à la volonté des parties. Elles devraient, donc, par principe, et selon l'exigence de droit commun de consentir¹⁵²⁴ au contenu obligationnel, être prohibées. Il s'agit, alors, de se demander si leur caractère obligatoire se justifie par l'un des tempéraments relatifs à l'exigence du consentement relatif à l'obligatorité du contenu obligationnel.

¹⁵²² Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 275, n° 725 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 112, n° 122 – J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : La contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013, p. 487, n° 680 – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 206, n° 231 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 206, n° 435 – B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, p. 57, n° 165 – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 73, n° 55.

¹⁵²³ V. *Supra* n° 470.

¹⁵²⁴ C. civ., art. 1108 : « **Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :**
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation ».

494. - La recherche de justification de l'obligatorité des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans une perspective d'objectivisation du consentement – Certains auteurs ont proposé d'envisager le consentement dans une perspective d'objectivisation¹⁵²⁵. Cette approche implique de s'intéresser à ce qu'un homme raisonnable peut légitimement attendre et des intérêts qu'il peut rechercher s'agissant de son engagement contractuel¹⁵²⁶. L'accord de volontés, de ce point de vue, ne se justifie qu'à la condition qu'il existe une convergence entre les consentements objectifs des parties qui répondent à des intérêts communs¹⁵²⁷. Cette appréhension s'oppose à une appréciation subjective de la volonté qui est spécifique à chaque individu¹⁵²⁸ et qui implique la mise en place d'un procédé psychologique nécessitant de « sonder les âmes »¹⁵²⁹.

Il s'agit, dès lors, de se demander si les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont justifiées par le consentement objectif des parties, à défaut de révélation de leur volonté subjective d'en voir reconnaître le caractère obligatoire. Deux illustrations seront utilisées afin de répondre à cette interrogation, la première réfutant la convergence des consentements objectifs des parties justifiant le caractère obligatoire

¹⁵²⁵ V. notamment : J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droits subjectifs ? », in Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 171 et s. – P. CHAUVEL, « Consentement », Rép. civ. Dalloz, 2007, pt. 50 – C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), LGDJ-Bruylant, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, 2002, p. 140 et s. – M. FONTAINE, « Un régime harmonisé de la formation du contrat. Réexamen critique », in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), 2002, LGDJ-Bruylant, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, 2002, p. 479 et s. – G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivisation*, PUAM, 2007 – C. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat », LPA 6 mai 1998, p. 25 – B. OPPETIT, « Le consentement sans échange : Le concours implicite », RJ com. 1995, fasc. 11, n° spécial : *Échange des consentements*, p. 69 – P. REMY-CORLAY, « Rapport introductif », in *Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 3 et s. – P. REMY-CORLAY, « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, p. 29 et s.

¹⁵²⁶ G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivisation*, PUAM, 2007, p. 23, VI – Sur la notion d'attente légitime : V. *Supra* n° 140.

¹⁵²⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573, pt. 7.

¹⁵²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573.

¹⁵²⁹ G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivisation*, PUAM, 2007, p. 16, II.

des obligations non matérialisées par renvoi implicite, la seconde, à l'inverse, en justifiant l'effet contraignant.

Il s'agit, d'une part, de rechercher l'existence de consentements objectifs convergeant des contractants s'agissant de le caractère obligatoire des clauses implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants. L'application d'une telle obligation peut être rattachée au consentement objectif de la partie commune aux deux contrats. Il est, en effet, établi que ses attentes légitimes et ses intérêts résident dans l'anéantissement du contrat B pour cause de disparition du contrat A, le premier étant la cause de la conclusion et de l'exécution du second¹⁵³⁰. Il est, donc, de son point de vue, possible de justifier, par une appréhension objective de son consentement, le caractère obligatoire de cette obligation non matérialisée par renvoi implicite. L'approche apparaît, toutefois, différente s'agissant de son cocontractant – celui qui n'est partie qu'au contrat B. Objectivement, en effet, il est difficile d'établir que son attente légitime et son intérêt ne résident pas dans l'exécution de son engagement contractuel. L'anéantissement de son contrat du fait de la résiliation d'un autre contrat – auquel il n'est pas partie – ne peut se justifier du fait de son consentement, même envisagé dans une perspective d'objectivisation. Aucune convergence entre les intérêts des parties ne pouvant, par conséquent, être constatée – puisqu'ils sont opposés –, le caractère obligatoire de ces obligations non matérialisées par renvoi implicite ne peut se justifier.

Envisager le consentement de manière objective permet, d'autre part, de justifier le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées, et notamment de celles qui relèvent des documents contractuels. L'exemple du devis sera envisagé afin de justifier ce postulat. Il s'agit, tant du point de vue de son émetteur que de son récepteur, de prévoir les travaux à effectuer en vue d'atteindre un résultat précis et d'en évaluer le coût¹⁵³¹. Son acceptation déterminant le contenu d'une partie de l'engagement contractuel, son exécution est, par conséquent, rattachable aux intérêts et attentes légitimes de chacune des parties.

Le consentement, dans cette dynamique d'objectivisation, ne permet donc pas de pallier, du moins entièrement, aux insuffisances résultant du caractère obligatoire des

¹⁵³⁰ V. *Supra* n° 249.

¹⁵³¹ V. *Supra* n° 214 et s.

obligations non matérialisées par renvoi implicite, relatives aux exigences imposées par le droit commun.

495. - La recherche de justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans la théorie de l'apparence – La mise en œuvre de la théorie de l'apparence permet de reconnaître la validité d'un contrat en l'absence d'extériorisation de la volonté des parties¹⁵³². En application de ce mécanisme, si A peut légitimement croire que B souhaite conclure un contrat avec elle – sans qu'il ne s'agisse nécessairement d'un fait avéré –, la seule apparence de cette volonté permet de contraindre B à s'engager. La croyance légitime permet, ainsi, de créer un lien contractuel. Cette idée s'illustre par le mandat apparent¹⁵³³. Si, dans le cadre d'une vente, par exemple, l'acheteur a pu légitimement croire que le vendeur a reçu un mandat du propriétaire pour vendre le bien, le contrat sera valable¹⁵³⁴.

Si la théorie de l'apparence s'applique, donc, à la validité d'un contrat, il est possible de l'envisager s'agissant de la détermination du contenu obligationnel. Peut, ainsi, être admise l'idée selon laquelle le fait, pour l'une des parties au contrat, de légitimement croire que son cocontractant consent à se soumettre à une obligation – prise isolément du contrat en son ensemble – permet d'en justifier le caractère obligatoire. Il s'agit, donc, de se demander si l'effet contraignant des obligations non matérialisées par renvoi implicite peut être justifié par la théorie de l'apparence. Autrement dit, la question est de savoir si le caractère obligatoire de ces obligations est justifiée par le fait, pour l'un des cocontractants, de laisser croire à l'autre sa volonté de s'y soumettre dans le cadre de leur engagement contractuel. Il semble que la réponse soit, une fois de plus, mitigée. La théorie ne trouve pas application, d'une part, s'agissant, par exemple, des clauses implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants. Ces dernières sont, en

¹⁵³² Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014, p. 206, n° 231 – J. GHESTIN, J. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 838 et s.

¹⁵³³ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, pts. 232 et 305-34 – J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2012, p. 98-99, n° 11144.

¹⁵³⁴ Cass. req., 20 mai 1935 : DP 1935, 1, 97, rapp. M. PILON – Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11569 : D. 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP G 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1963, p. 572, obs. G. CORNU – Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1988, n° 86-16473 : JCP N 1988, II, 133, note Ph. SALVAGE.

effet, obligatoires et ce, même en présence d'une clause d'indépendance prévue par les parties¹⁵³⁵. Si une telle stipulation contractuelle contraire est prévue, il est impossible de déduire la volonté apparente des parties de se soumettre à l'obligation non matérialisée puisqu'elle en révèle, à l'inverse, le refus. La théorie de l'apparence peut, d'autre part, éventuellement justifier le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite s'agissant du contenu des documents contractuels. En ayant conscience de leur intégration dans le champ contractuel en ne s'y opposant pas, le comportement des parties démontre de leur volonté de se soumettre au contenu obligationnel visé.

La théorie de l'apparence permet, alors, de ne justifier que partiellement l'amoindrissement du consentement des parties s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.

496. - La recherche de justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans une expression tacite du consentement – Il est possible de se demander si l'absence du consentement explicite des parties de se soumettre aux obligations non matérialisées par renvoi implicite ne se justifie pas par une extériorisation tacite de leur liberté contractuelle. Pour qu'un tel mécanisme puisse engager contractuellement, il est nécessaire qu'il « *découle d'un acte qui implique une volonté* »¹⁵³⁶. Cette idée peut s'illustrer par la tacite reconduction d'un contrat. Si l'absence d'extériorisation de la volonté de poursuivre la relation contractuelle engage, c'est parce qu'il s'agit d'un contrat pour lequel une rencontre des volontés a, au préalable, eu lieu et notamment s'agissant du mécanisme de la tacite reconduction.

Si le consentement tacite permet de justifier l'application d'une clause de réserve de propriété prévue dans un contrat-cadre à ses contrats d'application, cette affirmation ne peut s'appliquer similairement aux obligations non matérialisées par renvoi implicite qui ne sont pas induites par un autre contrat – auquel les deux mêmes parties auraient consenti – que celui qui les contient. La mise en œuvre de cette catégorie

¹⁵³⁵ V. *Supra* n° 249 et 254.

¹⁵³⁶ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 277, n° 736.

obligationnelle ne répond, donc, pas, de manière absolue, à une expression tacite du consentement des parties.

497. - L'absence de justification du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite justifiant une prohibition fondée sur l'absence de consentement – Par définition, les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne sont pas expressément voulues par les parties. Si une partie d'entre elles voit leur caractère obligatoire justifiée par la théorie de l'apparence ou encore l'idée d'objectivisation du consentement, ces mécanismes ne sont pas applicables à l'ensemble de la catégorie obligationnelle. Certaines apparaissent, ainsi, dépourvues de tout consentement.

498. - Les obligations non matérialisées par renvoi implicite présentent, donc, des lacunes s'agissant de l'existence du consentement des parties de s'y soumettre. Ce constat a pour conséquence un défaut de prévisibilité du contenu obligationnel applicable, ce qui est source d'insécurité juridique.

B) Le défaut de prévisibilité résultant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite

499. - Imperfections du consentement source d'imprévisibilité – Puisque les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont celles dont le caractère obligatoire n'est pas expressément voulue par les parties, ces dernières ne sont pas, nécessairement, en mesure de connaître – avant la conclusion du contrat – l'intégralité du contenu obligationnel applicable à leur relation contractuelle. Dans cette hypothèse, les contractants conviennent, donc, d'un contenu contractuel A qui se transformera en un contenu contractuel B qui sera applicable sans que cela ne relève de leur volonté. La mise en œuvre des clauses implicites de tacite caducité révèle ce postulat, notamment lorsqu'elles priment sur des clauses d'indépendances prévues par les parties. En pareille hypothèse, la prévision initiale à laquelle les parties avaient consentie s'est effacée au profit d'une obligation ayant un effet inverse. Les prévisions des parties sont, ainsi, susceptibles d'être modifiées. Le contrat n'apparaît donc plus, dans ce cas,

comme un instrument permettant aux contractants d'anticiper les modalités et les effets de leur engagement contractuel. De même, s'agissant de l'inter-applicabilité des clauses compromissaires, puisque leur validité est légalement conditionnée à leur stipulation écrite, leur absence de retranscription reflète un rejet tacite de leur caractère obligatoire. Imposer le recours à une instance arbitrale ne relevant, donc, pas de la volonté des contractants, ces derniers ne sont pas en mesure d'anticiper, au jour de la formation du contrat, ni même pendant son exécution, la manière dont sera réglée un éventuel litige.

Les imperfections relatives au consentement des parties de se soumettre au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite laissent place à une imprévisibilité. Ce postulat se doit, toutefois, d'être tempéré puisque les obligations non matérialisées par renvoi implicite apparaissent, dans certains cas, au service de la prévisibilité contractuelle. Cette idée s'illustre, notamment, s'agissant de l'application des clauses de réserve de propriété prévues dans un contrat-cadre à ses contrats d'application. L'établissement d'un contrat-cadre permet de prévoir les règles générales applicables aux futurs contrats que les parties concluront. Y stipuler une clause de réserve de propriété apparaît, alors, comme une prévision relative aux suites de la relation contractuelle. Il semble, donc, que l'impératif de prévisibilité justifie le caractère obligatoire de cette obligation non matérialisée par renvoi implicite dans le cadre des contrats d'application, et ce, bien que la volonté expresse des parties de s'y soumettre n'y ait pas été réitérée.

Si l'idée selon laquelle les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont source d'imprévisibilité se doit d'être tempérée, elle demeure existante.

500. - L'imprévisibilité source d'insécurité juridique contractuelle – La prévision doit constituer le « *seul élément non discutable du contrat* »¹⁵³⁷ puisque « *contracter c'est prévoir* »¹⁵³⁸. Le principe de sécurité juridique apparaît, alors, comme le garant du respect des prévisions telles qu'envisagées par les parties, sans qu'elles ne soient

¹⁵³⁷ J. HAUSER, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 193 et s., spéc. p. 200, n° 12.

¹⁵³⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 151, n° 84.

modifiées¹⁵³⁹. Le contenu contractuel se révèle, quant à lui, être l'instrument qui permet aux parties d'anticiper les effets juridiques liés à l'opération visée.

L'existence d'une remise en cause, bien que partielle, de la prévisibilité des contrats du fait du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite est, par conséquent, source d'insécurité juridique. Le seul tempérament qu'il puisse exister à cette idée réside dans la justification de la modification du contenu contractuel par l'attente légitime des contractants. Comme il l'a été, toutefois, précédemment expliqué¹⁵⁴⁰, si une partie de la catégorie obligationnelle répond à cet impératif, la solution ne s'applique pas de manière hétérogène à leur ensemble. L'effet contraignant de ces obligations reste, dès lors, source d'insécurité juridique du fait de l'imprévisibilité qui en découle.

La mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi implicite ne répond, par conséquent, pas aux exigences imposées par le droit commun, ce qui en justifie la prohibition.

*

501. - Bilan – L'analyse de droit commun des obligations non matérialisées démontre qu'elles présentent des lacunes juridiques, tant du point de vue de l'existence et de l'intégrité du consentement des parties que de l'exigence de prévisibilité contractuelle. La sécurité juridique leur faisant défaut, leur prohibition, qui est, par ailleurs, encouragée par le droit de la consommation est, par conséquent, justifiée.

Section 2 : Une prohibition encouragée par le droit de la consommation

502. - La prohibition des obligations non matérialisées se justifie en droit commun en ce sens que leur effet contraignant est source d'insécurité juridique. S'agissant de la mise en œuvre de leur absence d'effet obligatoire, elle se voit encouragée par le droit de

¹⁵³⁹ Prévisibilité, contrats et sécurité contractuelle : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009, p. 46 et s., n° 33.

¹⁵⁴⁰ V. *Supra* n° 485.

la consommation. Il s'agit, dès lors, de justifier cette consumérisation du droit (Paragraphe 1) puis d'en expliquer la mise en œuvre et la portée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La justification de la consumérisation du droit : le droit de la consommation berceau de la reconnaissance de la dangerosité des mécanismes

503. - Le droit de la consommation a vocation, en théorie, à protéger les plus faibles. Cette branche du droit apparaît, alors, extrêmement attentive à la dangerosité des mécanismes contractuels en permettant de les révéler (I). En pratique, l'influence du droit de la consommation sur le droit commun est constatable étant, par exemple, à l'origine de l'extension de la réglementation relative au déséquilibre significatif et de l'obligation d'information à l'ensemble des relations contractuelles (II).

I. La théorie au service de la justification : le droit de la consommation au service de la protection du plus faible

504. - **Finalités du droit de la consommation : la recherche d'un équilibre entre les contractants** – L'idée du droit de la consommation, tel qu'il est établi en France, réside dans la recherche d'un équilibre entre les exigences relatives à la protection des consommateurs et celles qui sont inhérentes à une bonne régulation du marché¹⁵⁴¹.

Les consommateurs sont considérés, par cette branche du droit, en leur ensemble et qualifiés d'agents économiques¹⁵⁴² puisqu'ils sont les destinataires des biens et services mis sur le marché¹⁵⁴³. Il apparaît, alors, nécessaire d'équilibrer les libertés reconnues aux professionnels et la protection du consommateur. Le droit de la consommation

¹⁵⁴¹ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. *Droit & professionnels*, 3^{ème} éd., 2014, p. 3, n° 2.

¹⁵⁴² G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 227 et s., spéc. p. 230 et s.

¹⁵⁴³ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, n° 69.

apparaît, alors, comme l'instrument permettant de réguler le marché¹⁵⁴⁴ en ce qu'il permet de trouver un juste milieu entre le libéralisme – qui limite la protection des consommateurs – et le dirigisme – qui remet en cause le bon fonctionnement du marché.

Si la recherche d'un équilibre entre ces deux orientations constitue la finalité du droit de la consommation, ce dernier se caractérise, principalement, par une surprotection¹⁵⁴⁵ – voire une infantilisation – du consommateur.

505. - La primauté de la protection d'une partie faible – Le droit de la consommation se justifie par son point de départ qu'est un « *postulat d'inégalité* »¹⁵⁴⁶. L'idée première de son appréhension réside, ainsi, dans une qualification de « *droit de la partie faible* »¹⁵⁴⁷. Il s'agit, à cet effet, de percevoir le consommateur et le non-professionnel comme des agneaux égarés au milieu d'une bergerie remplie de loups que représentent les professionnels¹⁵⁴⁸.

La société de consommation a positionné le consommateur dans un état de faiblesse vis-à-vis du professionnel puisque ce dernier répond aux besoins de son cocontractant. Les professionnels bénéficiant d'une position de domination et sont considérés comme étant en mesure de manipuler le consommateur ou le non-professionnel¹⁵⁴⁹, le droit de la consommation a été mis en place afin de rééquilibrer les rapports contractuels entre ces deux parties. Il s'agit, donc, de partir du principe qu'il existe une « *disparité économique des forces en présence* »¹⁵⁵⁰ en établissant une « *présomption*

¹⁵⁴⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, n° 69.

¹⁵⁴⁵ A. SINAY-EYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G* 1994, I, 3804.

¹⁵⁴⁶ G. RAYMOND, « Contrats de consommation », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 800, 2013, pt. 11.

¹⁵⁴⁷ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, pt. 4933 et s. – *Mémento Consommation-Concurrence*, Francis Lefebvre, 2015, pt. 8005 – S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2^{ème} éd., 2014, p. 1, n° 1.

¹⁵⁴⁸ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. *Thémis dr. privé*, 1996, p. 31.

¹⁵⁴⁹ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 2, n° 2.

¹⁵⁵⁰ Y. PICOD, « Avant-propos », in Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010.

irréfragable »¹⁵⁵¹ selon laquelle les contrats de consommation sont conclus entre deux parties, l'une en position de faiblesse – le consommateur ou le non-professionnel – et l'autre en position de force – le professionnel.

Cette idée d'« *inégalité naturelle* »¹⁵⁵² entre les parties au contrat de consommation, n'est pas sans rappeler celle qui est prônée par les défenseurs du solidarisme contractuel¹⁵⁵³. La réglementation consumériste intervient, en effet, parce qu'il existe une partie considérée comme économiquement faible – le consommateur ou le non-professionnel – qui est contractuellement engagée avec un cocontractant qui sera en position de supériorité sur elle pouvant, de ce fait, lui imposer ses choix¹⁵⁵⁴.

506. - Une finalité au service de la révélation de la dangerosité des mécanismes contractuels – La finalité du droit de la consommation constitue un rééquilibrage des relations entre une partie forte – le professionnel – et une partie faible – le consommateur ou le non-professionnel – par une surprotection de cette dernière. Définie par son caractère protecteur, cette branche du droit s'impose naturellement comme pionnière en matière de découverte de la dangerosité des mécanismes contractuels. En recherche permanente de nouvelles réglementations au service de la protection du consommateur, le droit de la consommation apparaît, en effet, le plus à même d'identifier des pratiques susceptibles de mettre en danger la partie faible. Si certaines de ses dispositions laissent entrevoir une surprotection du consommateur¹⁵⁵⁵ qui ne répond pas nécessairement aux impératifs d'une bonne régulation du marché puisqu'entrave trop la liberté des professionnels, la réglementation consumériste est au service du droit commun. Attentive au potentiel dangereux des mécanismes contractuels utilisés, elle permet, en effet, de les révéler et de donner, ainsi,

¹⁵⁵¹ J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrétien – Lextenso éditions, coll. *Cours*, 2009, p. 21, n° 12.

¹⁵⁵² J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 1, n° 1.

¹⁵⁵³ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. *Droit & professionnels*, 3^{ème} éd., 2014, p. 4, n° 3 – Sur le solidarisme : V. *Supra* n° 440 et s.

¹⁵⁵⁴ D. BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, Gualino-Lextenso éditions, coll. *Mémentos LMD*, 2014-2015, p. 22 – N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Rép. com.* Dalloz, 2015, pt. 7.

¹⁵⁵⁵ A. SINAY-EYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G* 1994, I, p. 3804.

des pistes au droit commun permettant d'accentuer la protection des contractants et ce, indépendamment de la qualification d'une partie faible. Cet aiguillage est, d'ailleurs, révélé en pratique.

II. La pratique au service de la justification : la généralisation de réglementations d'origines consuméristes

507. - Le droit de la consommation permettant de révéler la dangerosité de certains mécanismes contractuels ou les insuffisances des réglementations en vigueur, il sert, de fait, le droit. Son influence se constate, ainsi, s'agissant du droit commun des contrats par la généralisation annoncée du devoir d'information (A) ou des relations entre professionnels (B).

A) La consumérisation du droit commun : la généralisation annoncée d'un devoir légal d'information

508. - **Les origines consuméristes de l'obligation générale légale d'information** – L'obligation légale d'information, de nature impérative¹⁵⁵⁶, est une création consumériste qui répond à l'objectif recherché de protection du consommateur¹⁵⁵⁷. Le chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre I^{er} du Code de la consommation est, à ce titre, intitulé « *Obligation générale d'information précontractuelle* ». Si ce dernier ne vise expressément que la période antérieure à la conclusion du contrat, le décret¹⁵⁵⁸ instituant cette formulation envisage, aussi, l'exécution du contrat¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁶ H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », D. 2015, p. 588.

¹⁵⁵⁷ J.-P. PIZZIO, « Droit du marché et droit commun des obligations, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53, pt. 11.

¹⁵⁵⁸ D. n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 *relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation* : JORF du 19 sept. 2014, p. 15331, art. 1^{er}.

¹⁵⁵⁹ D. n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 *relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation* : JORF du 19 sept. 2014, p. 15331.

S'agissant de la période contractuelle, d'une part, l'obligation d'information est celle qui dérive du contrat, qui en est un effet, au lieu de lui préexister¹⁵⁶⁰. Elle s'apparente à l'obligation de conseil, de mise en garde¹⁵⁶¹, à la charge du professionnel¹⁵⁶² qui a une incidence, non pas sur le consentement, mais sur l'exécution du contrat en permettant à chaque partie d'obtenir ce qui est contractuellement prévu¹⁵⁶³. L'information n'a donc, de ce point de vue, aucun impact sur la formation du contrat, son défaut n'influant pas sur la volonté des parties de conclure le contrat visé. En matière de sécurité, par exemple, le vendeur professionnel a l'obligation de délivrer le mode d'emploi relatif au bien vendu¹⁵⁶⁴ afin d'éviter que le consommateur ne subisse un dommage – suite à une mauvaise utilisation du bien – ou une défaillance de l'appareil qui s'apparente à une inexécution du contrat¹⁵⁶⁵. Cet aspect de l'obligation d'information, dont la réglementation est issue de dispositions spécifiques, n'entre pas réellement dans le champs d'application de l'obligation générale d'information prévue en droit de la

¹⁵⁶⁰ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 57, n° 55 – B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, coll. *Thémis*, 2^{ème} éd., 2011, p. 265, n° 391.

¹⁵⁶¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 285, n° 258.

¹⁵⁶² Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D. 1987, chron. p. 101 – M. TCHENDJOU, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141.

¹⁵⁶³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 224 et s., n° 281 et s.

¹⁵⁶⁴ C. consom., art. L. 221-1-2 : « I. – Le producteur fournit au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par le consommateur sans un avertissement adéquat.

Ces dispositions s'appliquent sans préjudice des autres obligations mentionnées au présent article et aux articles L. 221-1 et L. 221-1-3.

II. – Le producteur adopte les mesures qui, compte tenu des caractéristiques des produits qu'il fournit, lui permettent :

a) De se tenir informé des risques que les produits qu'il commercialise peuvent présenter ;

b) D'engager les actions nécessaires pour maîtriser ces risques, y compris le retrait du marché, la mise en garde adéquate et efficace des consommateurs ainsi que le rappel auprès des consommateurs des produits mis sur le marché.

Ces mesures peuvent notamment consister en la réalisation d'essais par sondage ou en l'indication sur le produit ou son emballage d'un mode d'emploi, de l'identité et de l'adresse du producteur, de la référence du produit ou du lot de produits auquel il appartient. Ces indications peuvent être rendues obligatoires par arrêté du ministre chargé de la consommation et du ou des ministres intéressés ».

¹⁵⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 347, n° 432.

consommation. Si le décret relatif au renforcement de cette dernière vise à la fois celles qui interviennent de manière précontractuelle et contractuelle, le Code de la consommation envisage, dans sa réglementation générale, uniquement l'obligation précontractuelle d'information.

Concernant la mise en œuvre de l'obligation d'information durant la période précontractuelle, d'autre part, elle s'assimile à l'obligation de renseignement à la charge du professionnel¹⁵⁶⁶. Sont concernées les informations incitant sur le consentement des parties lors de la formation du contrat¹⁵⁶⁷. Les articles L. 111-1¹⁵⁶⁸ et L. 111-2¹⁵⁶⁹ du Code de la consommation, complétés par la loi Hamon¹⁵⁷⁰ et un décret de 2014¹⁵⁷¹,

¹⁵⁶⁶ Ph. LE TOURNEAU, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D. 1987, chron. p. 101 – M. TCHENDJOU, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141.

¹⁵⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014, p. 224 et s., n° 281 et s.

¹⁵⁶⁸ C. consom., art. L. 111-1 : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Le présent article s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement ».

¹⁵⁶⁹ C. consom., art. L. 111-2 : « I. – Outre les mentions prévues à l'article L. 111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise celles des informations complémentaires qui ne sont communiquées qu'à la demande du consommateur.

II. – Le I du présent article ne s'applique ni aux services mentionnés aux livres I^{er} à III et au titre V du livre V du Code monétaire et financier, ni aux opérations pratiquées par les entreprises régies par le Code des assurances, par les mutuelles et unions régies par le livre II du Code de la mutualité et par les institutions de prévoyance et unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale ».

¹⁵⁷⁰ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : JORF du 18 mars 2014, p. 5400.

¹⁵⁷¹ D. n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation : JORF du 19 sept. 2014, p. 15331.

précisent les informations que le professionnel a, de manière générale, l'obligation de communiquer à son cocontractant. Ces dispositions ont pour objectif de permettre au consommateur d'avoir toutes les éléments nécessaires à éclairer son consentement avant de conclure le contrat¹⁵⁷² et sa mise en œuvre se complètent par des obligations d'informations spécifiques à certains contrats¹⁵⁷³. D'une manière générale, cette obligation d'information précontractuelle consumériste a, selon Monsieur le professeur Jean Calais-Auloy¹⁵⁷⁴, un triple champ d'application. Elle porte, d'abord, sur les caractéristiques des biens et services faisant l'objet du contrat, sur les prix et conditions de vente, ensuite, et se révèle, enfin, par le formalisme obligatoire. Depuis le décret de 2004¹⁵⁷⁵, ce domaine doit être complété par des informations relatives au professionnel lui-même. Ce dernier doit, ainsi, donner à son cocontractant des informations plus personnelles, à l'image de la forme juridique de son entreprise, son appartenance à une profession réglementée ou encore son numéro individuel d'identification s'il est soumis à la taxe sur la valeur ajoutée¹⁵⁷⁶.

Le droit de la consommation bénéficie, donc, d'une obligation légale d'information précontractuelle qui s'applique, de manière générale, à tous les contrats de consommation.

¹⁵⁷² J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

¹⁵⁷³ V. par ex. : Sur les contrats conclus à distances portant sur des services financiers : C. consom., art. R. 121-2 – Sur les contrats de crédit aux consommateurs : C. consom., art. R. 311-4.

¹⁵⁷⁴ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

¹⁵⁷⁵ D. n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 *relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation*: JORF du 19 sept. 2014, p. 15331.

¹⁵⁷⁶ C. consom., art. R. 111-1 : « Pour l'application du 4° de l'article L. 111-1, le professionnel communique au consommateur les informations suivantes :

a) Son nom ou sa dénomination sociale, l'adresse géographique de son établissement et, si elle est différente, celle du siège social, son numéro de téléphone et son adresse électronique ;

b) Les modalités de paiement, de livraison et d'exécution du contrat ainsi que les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations ;

c) S'il y a lieu, l'existence et les modalités d'exercice de la garantie légale de conformité mentionnée aux articles L. 211-4 à L. 211-13 du présent Code et de celle des défauts de la chose vendue dans les conditions prévues aux articles 1641 à 1648 et 2232 du Code civil ainsi que, le cas échéant, de la garantie commerciale et du service après-vente au sens respectivement des articles L. 211-15 et L. 211-19 du présent Code ;

d) S'il y a lieu, la durée du contrat ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à tacite reconduction, les conditions de sa résiliation ;

e) S'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ainsi que les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ».

509. - Le caractère actuellement spécial de l'obligation légale d'information –L'obligation générale d'information consommériste porte, donc, uniquement sur la période précontractuelle. Puisqu'il s'agit, dans les présents développements, d'effectuer un parallèle entre le droit commun et le droit de la consommation, seule cette obligation précontractuelle d'information sera envisagée.

Si l'obligation d'information n'est pas étrangère au droit commun, il sera néanmoins démontré que, contrairement au droit de la consommation, il n'existe pas, en droit positif, d'obligation générale d'information ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats. Intervenant uniquement de manière spécifique, cette obligation ne peut être qualifiée que de spéciale¹⁵⁷⁷. Dans son rapport annuel de 2010, relatif à l'obligation d'information et au contrat, la Cour de cassation¹⁵⁷⁸ a, d'ailleurs, appuyé cette idée en préférant une énumération non exhaustive des différents domaines d'application de l'obligation à une étude de l'obligation générale d'information. Elle évoque, à cet égard, « *la multiplication des obligations d'information, dans les domaines les plus divers* »¹⁵⁷⁹. Il s'agit, donc, de s'intéresser aux manifestations légales de cette obligation¹⁵⁸⁰, sans néanmoins prétendre à la mise en place d'une liste exhaustive.

L'obligation d'information légale spéciale se dévoile à la fois de manière indirecte et directe. Indirectement, d'une part, elle est obligatoire, sans toutefois être expressément visée, s'agissant du contrat de vente. L'alinéa 1^{er} de l'article 1602 du Code civil disposant, en effet, que « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* », la formulation révèle, sans la nommer explicitement, l'existence d'une obligation d'information au profit de l'acheteur¹⁵⁸¹. Cette dernière se manifeste, d'autre part, de manière directe, notamment, s'agissant de la vente d'un fonds de commerce. Le Code de commerce énumère, en effet, les différentes mentions que le vendeur doit

¹⁵⁷⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013, p. 289 et s., n° 261 et s.

¹⁵⁷⁸ C. Cass., Rapport annuel, *Le droit de savoir, Obligation d'information et contrat*, 2010.

¹⁵⁷⁹ C. Cass., Rapport annuel, *Le droit de savoir, Obligation d'information et contrat*, 2010.

¹⁵⁸⁰ Remarque : Seules les manifestations légales de l'obligation d'information seront envisagées puisqu'il s'agit de les mettre en parallèle avec l'existence d'une obligation générale d'information en droit de la consommation.

¹⁵⁸¹ Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 1988, n° 86-18964 : Gaz. Pal. 1989, I, pan., p. 31 : « *l'article 1602 du Code civil [implique] une information préalable ou concomitante à la vente* » de la part du vendeur.

porter à la connaissance de l'acheteur lorsqu'un tel contrat est conclu¹⁵⁸². Le droit de la santé comporte, similairement, une référence directe à l'obligation d'information à la charge du praticien¹⁵⁸³ par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique¹⁵⁸⁴.

L'obligation d'information s'identifie, donc, en droit commun, sous différentes formes applicables à des situations contractuelles spécifiques. Son caractère général n'est, ainsi, pas révélé par le droit positif.

¹⁵⁸² C. com., art. L. 141-1 : « I. – Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :

1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;

2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;

3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;

4° Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;

5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

II. – L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente ».

¹⁵⁸³ B. PETIT et S. ROUXEL, « Contrats et obligations, Obligation d'information », J.-Cl. Civil Code, fasc. 50, 2014, pt. 26.

¹⁵⁸⁴ CSP, art. 1111-2 : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.

L'établissement de santé recueille auprès du patient hospitalisé les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie ».

510. - La généralisation du devoir légal d'information en droit commun – Si elle n'existe pas encore, une généralisation de l'obligation d'information –influencée par le droit de la consommation¹⁵⁸⁵ – en droit commun est sur le point d'être effectuée afin de renforcer la protection du consentement des parties¹⁵⁸⁶. La réforme de droit des contrats envisage, en effet, la découverte d'un devoir général d'information¹⁵⁸⁷.

Si le qualificatif « *précontractuel* » n'est pas utilisé dans la rédaction du projet de réforme, le fait de placer ce nouveau devoir dans une section relative à la validité des contrats, et plus particulièrement, dans une sous-section traitant du consentement, démontre la volonté du législateur de l'envisager comme celui qui a une incidence sur le consentement. Il s'agit, donc, de généraliser le devoir d'information et de l'appréhender similairement à celui qui est applicable en droit de la consommation. Si le droit commun se distingue de la réglementation consumériste en ce qu'il n'énumère pas les informations que les cocontractants doivent se communiquer, il semble que ce soit parce que son champ d'application l'en empêche. Il apparaît, en effet, difficile de dresser une liste exhaustive et générale face à l'hétérogénéité des situations contractuelles.

Malgré cette différence, la mise en œuvre du devoir d'information en droit commun s'analyse comme une généralisation de la protection consumériste relative aux contractants.

511. - Si le droit commun est influencé par le droit de la consommation, le constat est similaire s'agissant des contrats conclus entre professionnels.

¹⁵⁸⁵ D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 95, pt. 24.

¹⁵⁸⁶ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

¹⁵⁸⁷ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1129 : « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé* ».

B) La consumentisation des contrats conclus entre professionnels

512. - Le droit de la consommation a pour finalité la protection des consommateurs et non-professionnels parce qu'ils sont considérés dans un rapport de faiblesse vis-à-vis du professionnel. Ce dernier étant considéré comme la partie forte, il ne devrait, donc, pas, par principe, bénéficier des avantages offerts par les réglementations consuméristes. La pratique constate, néanmoins, une consumentisation des contrats conclus entre professionnels. Cette influence se révèle à la fois de manière directe, par l'extension du champ d'application des dispositions du Code de la consommation à ces relations, à l'image des pratiques commerciales trompeuses (1), et de manière indirecte par la transposition des réglementations consuméristes dans le Code de commerce, illustrée par le déséquilibre significatif (2).

1. La généralisation des pratiques commerciales trompeuses révélatrice de la consumentisation directe des contrats conclus entre professionnels

513. - **Notion de pratique commerciale trompeuse** – L'article L. 120-1 du Code de la consommation sanctionne les pratiques commerciales déloyales. A défaut d'une définition générale du comportement visé, la disposition juridique explique que de telles pratiques s'apprécient par la manifestation de deux critères cumulatifs ¹⁵⁸⁸ .

¹⁵⁸⁸ C. consom., art. L. 120-1 I : « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.*

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe » – T. com. Paris, 31 janv. 2012 : Gaz. Pal. 2013, p. 2507 – Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, art. 5 : « 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,
et

Le manquement, de la part du professionnel, à sa diligence, qu'elle soit d'origine déontologique ou issue d'un usage¹⁵⁸⁹, en constitue le premier élément d'appréciation. L'altération ou le risque d'altération de manière substantielle de la conduite économique du consommateur moyen¹⁵⁹⁰ constitue le second critère de qualification d'une pratique commerciale déloyale. Ce dernier s'apprécie en considération de l'impact du comportement du professionnel sur la décision commerciale prise par le consommateur. S'il est, ainsi, constaté que ce dernier aurait agi différemment en l'absence du comportement litigieux, le second critère d'appréciation est, alors, constitué¹⁵⁹¹.

Les pratiques commerciales trompeuses sont une manifestation de pratiques commerciales déloyales prohibées par l'article L. 120-1 du Code de la consommation¹⁵⁹². Elles peuvent se traduire de manière positive, en résultant d'une

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique par rapport au produit, du consommateur qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs » – G. RAYMOND, Pratiques commerciales déloyales et agressives, J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 900, 1^{er} oct. 2013, pts. 11 et s.

¹⁵⁸⁹ V. par ex. : CA Versailles, 5 mai 2011 : D. 2011, pan. 2968, obs. Y. PICOD ; JCP 2011, n° 1081, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; Contrats, concu., consom. 2011, n° 203, obs. G. RAYMOND ; CCE 2011, Étude 21, par Ph. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2011, p. 2929 ; RJDA 2011, n° 968 : En l'espèce, il s'agissait d'un professionnel qui vendait des ordinateurs à des consommateurs. Ces derniers étaient équipés de logiciels dont le prix n'était pas indiqué – les consommateurs ne pouvaient donc pas calculer la valeur réelle de l'ordinateur « nu » – et pour lesquels les consommateurs ne pouvaient pas renoncer en échange d'une réduction de sa valeur. La Cour d'appel a alors déduit « *Que dans ces conditions, le consommateur, sans information suffisante sur ces éléments importants dans la détermination de la valeur de l'ordinateur, peut se trouver ainsi amené à prendre une décision à propos de l'achat d'un ordinateur, qu'autrement il n'aurait pas prise ; que par le comportement induit par le manque d'information, la vente est trompeuse au regard de l'article 7 de la Directive et contraire à l'article L. 121-1 du Code de la consommation ; que le choix imposé est constitutif d'un préjudice pour le consommateur* ».

¹⁵⁹⁰ Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-20982 : Contrats, concu., consom. 2014, n° 173, obs. G. RAYMOND ; RJDA 2014, n° 732 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'existence d'une omission trompeuse au sens de l'article 7 de la Directive doit être appréciée au regard d'un consommateur moyen, sans avoir égard aux qualités propres du consommateur ayant conclu le contrat litigieux* ».

¹⁵⁹¹ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil*, art. 6.

¹⁵⁹² C. consom., art. L. 120-1 : « *I. – Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.*

action, ou de manière négative, par une omission. S'agissant des manifestations positives d'une pratique commerciale trompeuse, d'une part, elles peuvent se révéler sous trois aspects. Elles peuvent, d'abord, conduire à une confusion – entre plusieurs biens, services, marques, noms commerciaux ou autres signes distinctifs –, provenir, ensuite, d'allégations, présentations ou informations fausses ou de nature à induire en erreur – et portant sur une liste limitativement énumérée –, ou, enfin, créer une confusion quant à l'identification de la personne pour le compte de laquelle elle a été mise en œuvre¹⁵⁹³. Concernant les manifestations négatives, d'autre part, d'une pratique commerciale trompeuse, elles visent les cas où un professionnel « *omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle*

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe.

II. – Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1 » – Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, art. 5, 4 : « En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont :

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,
ou
b) agressives au sens des articles 8 et 9 ».

¹⁵⁹³ C. consom., aet. L. 121-1, I : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;

d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;

f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ».

ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte »¹⁵⁹⁴.

Au renfort de ces deux dernières extériorisations du comportement litigieux, la loi de modernisation de l'économie de 2008¹⁵⁹⁵ a inséré un nouvel article L. 121-1-1 au Code de la consommation¹⁵⁹⁶ dressant une liste noire relative aux pratiques commerciales trompeuses. Les comportements visés sont, alors, automatiquement sanctionnés.

¹⁵⁹⁴ C. consom., art. L. 121-1, II : « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.»

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi ».

¹⁵⁹⁵ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : JORF du 5 août 2008, p. 12471, art. 84.

¹⁵⁹⁶ C. consom., art. L. 121-1-1 : « Sont réputées trompeuses au sens de l'article L. 121-1 les pratiques commerciales qui ont pour objet :

1° Pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un Code de conduite alors qu'il ne l'est pas ;

2° D'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ;

3° D'affirmer qu'un Code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ;

4° D'affirmer qu'un professionnel, y compris à travers ses pratiques commerciales, ou qu'un produit ou service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas, ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue ;

5° De proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question ou des produits ou services équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé ;

6° De proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué, et ensuite :

a) De refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité ;

b) Ou de refuser de prendre des commandes concernant ces produits ou ces services ou de les livrer ou de les fournir dans un délai raisonnable ;

c) Ou d'en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit ou d'un service différent ;

Une pratique commerciale trompeuse qui produit des effets sur le territoire français est, par ailleurs, constitutive d'un délit¹⁵⁹⁷ pour lequel l'auteur peut être condamné à deux ans de prison et 300.000 euros d'amende¹⁵⁹⁸.

7° De déclarer faussement qu'un produit ou un service ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause ;

8° De s'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'Etat membre de l'Union européenne dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction ;

9° De déclarer ou de donner l'impression que la vente d'un produit ou la fourniture d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas ;

10° De présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel ;

11° D'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur ;

12° De formuler des affirmations matériellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit ou le service ;

13° De promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un autre fournisseur clairement identifié, de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit ou le service provient de ce fournisseur alors que tel n'est pas le cas ;

14° De déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas ;

15° D'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard ;

16° D'affirmer faussement qu'un produit ou une prestation de services est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations ;

17° De communiquer des informations matériellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver un produit ou un service, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché ;

18° D'affirmer, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable ;

19° De décrire un produit ou un service comme étant "gratuit", "à titre gracieux", "sans frais" ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article ;

20° D'inclure dans un support publicitaire une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit ou le service commercialisé alors que tel n'est pas le cas ;

21° De faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur ;

22° De créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit ou un service est disponible dans un Etat membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel le produit ou le service est vendu.

Le présent article est applicable aux pratiques qui visent les professionnels ».

¹⁵⁹⁷ C. consom., art. L. 221-5 : « La personne pour le compte de laquelle la pratique commerciale trompeuse est mise en œuvre est responsable, à titre principal, de l'infraction commise.

Le délit est constitué dès lors que la pratique commerciale est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France ».

La réglementation relative à ces pratiques commerciales déloyales est donc prévue par le Code de la consommation et ne doit, par principe, s'appliquer qu'aux seuls rapports entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel. Le législateur a, toutefois, fait en sorte que les professionnels soient, eux aussi, protégés contre ces comportements.

514. - Une réglementation consumériste applicable au professionnel – La réglementation consumériste relative aux pratiques commerciales trompeuses s'applique au bénéfice des professionnels¹⁵⁹⁹. L'élargissement du champ d'application des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation est, néanmoins, limité. Les omissions trompeuses ne sont, en effet, sanctionnées qu'à l'égard du seul consommateur ou du non-professionnel. Seule la réglementation relative aux pratiques trompeuses effectuées de manière positives, est, ainsi, applicable au profit du professionnel¹⁶⁰⁰.

Si la généralisation de la réglementation est restreinte, les dispositions consuméristes bénéficient aux professionnels. Le droit de la consommation révèle, ainsi, un comportement dangereux – les pratiques commerciales trompeuses – pour lequel est mise en place une réglementation qui n'est pas cantonnée à la protection des seules parties faibles. La branche du droit bénéficie ainsi à une catégorie de personnes qu'elle considère, contractuellement, comme une « *partie forte* ». Ce constat est révélateur de la généralisation d'une règle consumériste aux contrats conclus entre professionnels,

¹⁵⁹⁸ C. consom., art. L. 213-1 : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ».

¹⁵⁹⁹ R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015, pt. 5190.

¹⁶⁰⁰ C. consom., art. L. 121-1, III : « Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels » – C. consom., art. L. 121-1-1, al. 2 : « Le présent article est applicable aux pratiques qui visent les professionnels ».

justifiée par la dangerosité du comportement visé. L'absence de transposition de la réglementation dans le Code de commerce, ou dans le Code civil, est, par ailleurs, révélatrice de l'idée selon laquelle le législateur a souhaité voir appliquer directement et immédiatement la protection offerte par le droit de la consommation au professionnel.

515. - Si l'application de la réglementation relative aux pratiques commerciales trompeuses révèle une consumérisation directe des contrats conclus entre professionnels, la généralisation du déséquilibre significatif appuie, de façon indirecte, cette tendance.

2. La généralisation de la réglementation relative au déséquilibre significatif révélatrice de la consumérisation indirecte des contrats conclus entre professionnels

516. - **Les origines consuméristes du déséquilibre significatif** – Prévues initialement en droit de l'Union européenne¹⁶⁰¹, la notion de déséquilibre significatif a été introduite en France¹⁶⁰² par la réglementation relative aux clauses abusives¹⁶⁰³ prévue par l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁶⁰⁴. Sont ainsi réputées non écrites les clauses « *qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* », et, partant, celles qui « *rompent l'équilibre contractuel* »¹⁶⁰⁵. Les clauses abusives peuvent s'apprécier à la fois du point de vue du professionnel et du consommateur ou du non-professionnel¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰¹ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* : JOCE n° L095, 21 avr. 1993, p. 0029-0034.

¹⁶⁰² L. n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 *concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial* : JORF du 2 févr. 1995, p. 1755.

¹⁶⁰³ Sur la notion et le champ d'application des clauses abusives : V. *Supra* n° 72 et s.

¹⁶⁰⁴ C. consom., art. L. 132-1, al. 1^{er} : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

¹⁶⁰⁵ S. BERNHEIM-DESVAUX, *Droit de la consommation*, Studyrama, coll. *Panorama du droit*, 2^{ème} éd., 2011, p. 179.

¹⁶⁰⁶ D. BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, Gualino-Lextenso éditions, coll. *Mémentos LMD*, 2014-2015, p. 175.

Sont, ainsi, concernées, d'une part, les clauses qui procurent un droit ou un avantage excessif au professionnel et dont seraient privés le consommateur ou le non-professionnel. Il s'agit, par exemple, d'une possibilité, pour le professionnel, de s'exonérer de toute responsabilité. Dans un arrêt du 4 février 2004 rendu par la Cour d'appel de Versailles¹⁶⁰⁷, un contrat de téléphonie a été conclu. Ce dernier prévoyait une clause stipulant que l'opérateur ne pourrait pas voir sa responsabilité engagée en cas de perturbations de la ligne du fait de travaux d'entretien, de renforcement, de réaménagement ou d'extension. Ces dernières étaient, ainsi, assimilées à un cas de force majeure. Les magistrats ont, alors, relevé le caractère abusif de cette stipulation contractuelle en expliquant qu'en tel cas, l'opérateur se doit de « *prendre toutes précautions utiles pour éviter une interruption de service et, en cas d'impossibilité, indemniser l'abonné quelle que soit la durée de l'interruption* ».

Le caractère abusif d'une clause peut être qualifié, d'autre part, lorsqu'il existe une obligation exorbitante ou excessive à la charge du consommateur ou entravant l'exercice de ses droits¹⁶⁰⁸. Il s'agit, par exemple, de soumettre le consommateur ou le non-professionnel à un délai de résiliation du contrat plus long que celui du professionnel¹⁶⁰⁹.

Le déséquilibre significatif consumériste s'apprécie, donc, uniquement s'agissant des clauses du contrat¹⁶¹⁰ et ne porte pas sur les disproportions entre le prix et le service ou

¹⁶⁰⁷ CA Versailles, 4 févr. 2004 : D. 2004, AJ p. 635, obs. V. AVENA-ROBARDET ; CCE 2004, n° 57, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; Contrats, conc., consom. 2004, n° 99, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 10-12 oct. 2004, obs. B. MISSE et C. AVIGNON.

¹⁶⁰⁸ V. CJUE 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez* : D. 2014, actu. 269 : « un déséquilibre significatif peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales » – N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », Rép. com. Dalloz, 2015.

¹⁶⁰⁹ C. consom., art. R. 132-1, 10° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

(...)

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ».

¹⁶¹⁰ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015, p. 172, n° 170.

le bien objet du contrat¹⁶¹¹. Il s'agit, par conséquent, de sanctionner un déséquilibre de nature juridique et non économique¹⁶¹². La clause litigieuse doit, ainsi, s'apprécier de manière générale, en fonction de l'ensemble du contexte du contrat¹⁶¹³. Le législateur a mis en place des listes noire et grise relatives aux clauses abusives afin d'en faciliter l'appréciation judiciaire¹⁶¹⁴. Ces dernières n'étant pas limitatives, le juge peut retenir la qualification de clause abusive dès lors qu'il constate une disproportion entre les droits et obligations des parties¹⁶¹⁵, quand bien même la situation ne serait pas référencée par les articles R. 132-1 et suivants du Code de la consommation. La possibilité est, par ailleurs, laissée aux magistrats de relever d'office une clause qu'ils considèrent abusive alors même que le demandeur ne l'aurait pas visée¹⁶¹⁶.

¹⁶¹¹ C. consom., art. L. 132-1, al. 7 : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

¹⁶¹² J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 3.

¹⁶¹³ C. consom., art. L. 132-1, al. 5 : « *Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre* ».

¹⁶¹⁴ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. *Droit & professionnels*, 3^{ème} éd., 2014, p. 246, n° 468 – C. consom., art. R. 132-1 et s.

¹⁶¹⁵ C. consom., art. L. 132-1, al. 5 : « *Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre* ».

¹⁶¹⁶ C. consom., art. L. 141-1 : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application* » – CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et a.* : JCP 2001, II, 10513, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISAN ; RTD civ. 2000, p. 239, obs. J. RAYNARD.

Si la réglementation consumériste relative aux clauses abusives exclut de son champ d'application les contrats conclus entre professionnels en ne visant que les contrats de consommation¹⁶¹⁷, le droit commercial a pallié à cette éviction.

517. - La transposition de la réglementation dans le Code de commerce¹⁶¹⁸ – La loi de modernisation de l'économie¹⁶¹⁹ a transposé la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce en étendant, par conséquent, son champ d'application aux contrats conclus entre professionnels. L'article L. 442-6 I 2° dispose ainsi qu'« *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les*

Remarque : la Cour de justice de l'Union européenne a érigé en obligation le fait, pour le juge, de relever le caractère abusif d'une clause et ce, même si elle ne fait pas partie de la demande : V. par ex. : CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Györfi* : JCP E 2009, p. 293 ; D. 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; JCP G 2009, p. 336, note G. PAISANT ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. P. REMY-CORLAY : « *Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale* » – CJUE, 6 oct. 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira* : « *La directive 93/13, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée, rendue sans comparution du consommateur, est tenue, dès qu'elle dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans la mesure où, selon les règles de procédure nationales, elle peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires de nature interne. Si tel est le cas, il incombe à cette juridiction de tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national afin de s'assurer que ce consommateur n'est pas lié par ladite clause* » – CJUE, 21 févr. 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt c/ Csaba Csipai, Viktória Csipai* : D. 2013, p. 568 : « *le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* ».

¹⁶¹⁷ C. consom., art. L. 132-1, al. 1^{er} : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (...)* ».

¹⁶¹⁸ Remarque : La transposition de la réglementation relative au déséquilibre significatif ne se limite pas aux contrats conclus entre professionnel puisque « *la réforme projetée du droit des contrats se propose de (...) faire remonter dans le droit commun la problématique des contrats structurellement déséquilibrés* » : T. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D. 2015, p. 1217.

¹⁶¹⁹ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie* : JORF du 5 août 2008, p. 12471, art. 93.

droits et obligations des parties ». Si la formule utilisée est similaire à celle du droit de la consommation, son appréciation diffère à deux égards¹⁶²⁰.

Pour être qualifié, le déséquilibre significatif entre professionnels doit, d'une part, être apprécié *in concreto*, en considération du contexte contractuel¹⁶²¹. Si cette mise en œuvre est similaire à celle qui relève du droit de la consommation, il ne s'agit, toutefois, plus d'envisager le déséquilibre en son seul aspect juridique, mais de l'étendre à un angle économique, principalement s'agissant du prix des prestations et de leur délai de paiement¹⁶²².

Le déséquilibre significatif, dans les rapports entre professionnels, n'est, d'autre part, pas apprécié en considération d'une seule clause¹⁶²³ mais s'agissant de l'ensemble du contrat¹⁶²⁴. L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce vise, en effet, les « *droits et obligations des parties* » et non les « *clauses* » envisagées isolément. L'application commerciale de la notion implique, donc, une appréciation globale de la situation contractuelle¹⁶²⁵ et, partant, de l'économie générale du contrat¹⁶²⁶.

¹⁶²⁰ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com. 2014, p. 267, pt. 13 – CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13-16336 : AJCA 2014, p. 373, obs. J.-L. FOURGOUX ; RTD com. 2014, p. 785, obs. M. CHAGNY – CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13-11059 : AJCA 2015, p. 39, obs. C. PECNARD et C. TOURNAIRE ; RTD com. 2014, p. 785, obs. M. CHAGNY : « *Si le juge peut s'inspirer des solutions dégagées sur le fondement de l'article L. 132 - 1 du Code de la consommation pour interpréter les dispositions de l'article L. 442 - 6 I 2° du Code de commerce, il ne peut se contenter de raisonner par analogie, dès lors que le champ d'application des deux textes est distinct, l'article L. 442-6 précité ayant vocation à s'appliquer dans les rapports entre professionnels où les rapports de force sont différents de ceux existants entre professionnels et consommateurs* ».

¹⁶²¹ E. KERGUELEN, « Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (pratiques commerciales restrictives) », J.-Cl. Commercial, fasc. 280, 2014, pt. 8.

¹⁶²² Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525 : Gaz. Pal., 19 mars 2015, n° 78, p. 21 ; D. 2015, p. 1021, obs. F. BUY ; L'essentiel Droit des contrats, 3 avr. 2015 n° 4, p. 1, obs. N. LEBLOND : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse* » – J. SENECHAL, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », D. 2010, p. 1000.

¹⁶²³ M. BÉHAR-TOUCHAIS, « LME », Rev. Lamy concu. 2008, n° 17 – N. MATHEY, « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », Contrats, conc., consom. 2013/5, dossier 3.

¹⁶²⁴ J. SENECHAL, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », D. 2010, p. 1000.

¹⁶²⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC 2009, p. 1258 – K. RIERA-THIEBAULT et A. COVILLARD, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », Gaz. Pal. 14 févr. 2013, p. 6.

¹⁶²⁶ I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », AJCA 2014, p. 109 – Sur la notion d'économie du contrat, V. *Supra* n°341 et s.

L'existence de sanctions différentes appliquées par le Code de la consommation et le Code de commerce appuient, par ailleurs, les dissemblances entre les deux corps de règles. Lorsque le droit de la consommation répute non écrite la clause qualifiée d'abusives, indépendamment de la validité du contrat – à condition que les clauses restantes puissent subsister –¹⁶²⁷, le droit commercial apparaît plus sévère. Ce dernier prévoit, en effet, l'annulation des clauses considérées comme créant un déséquilibre significatif mais aussi, par extension, du contrat en son intégralité. Cette dernière sanction peut, en outre, donner lieu au versement de dommages-intérêts si un préjudice est causé, à la répétition de l'indu, à une amende civile ainsi qu'à la publication de la décision prise par les juges¹⁶²⁸. L'aspect répressif¹⁶²⁹ des sanctions proposées par le Code de commerce a, d'ailleurs, récemment été renforcé¹⁶³⁰ par la possibilité donnée aux agents administratifs de prononcer des sanctions administratives ainsi que des

¹⁶²⁷ C. consom., art. L. 132-1 al. 6 et 8 : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites.*

(...)

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

¹⁶²⁸ C. com., art. L. 442-6 III : « *L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.*

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libérée de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

¹⁶²⁹ G. PARLEANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », AJCA 2014, p. 104.

¹⁶³⁰ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : JORF du 18 mars 2014, p. 5400.

injonctions à l'encontre des professionnels qui ne respectent pas les énonciations de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce¹⁶³¹.

Le droit commercial s'est, donc, inspiré du droit de la consommation en transposant la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce. Se constate, ainsi, une consumérisation indirecte de la réglementation applicable aux contrats conclus entre professionnels puisque, si la notion est identique, son application diffère. L'idée n'est pas d'élargir directement le champ d'application d'une disposition prévue par le Code de la consommation mais de la transposer, en l'adaptant à une autre catégorie de contrat. Si sa mise en œuvre, dans les relations entre professionnels, ne peut pas se faire de manière parfaitement symétrique avec celle de l'article L. 132-1 du Code de la

¹⁶³¹ C. com., art. 465-1 : « I. – Les agents habilités, dans les conditions prévues au II de l'article L. 450-1, à rechercher et à constater les infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du présent livre peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite.

II. – Lorsque le professionnel concerné n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut prononcer à son encontre, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article L. 465-2, une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale » – C. com., L. 465-2 : « I. – L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés au titre IV du présent livre ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction prévues à l'article L. 465-1.

II. – L'action de l'administration pour la sanction des manquements mentionnés au I se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le manquement a été commis si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement.

III. – Les manquements passibles d'une amende administrative sont constatés par procès-verbal, selon les modalités prévues à l'article L. 450-2.

IV. – Avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales.

Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende.

V. – La décision prononcée par l'autorité administrative peut être publiée.

VI. – Lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé.

VII. – Lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé.

VIII. – Les documents recueillis et établis à l'occasion de la recherche et de la constatation d'un manquement ayant donné lieu à une procédure de sanction administrative ne sont communicables qu'à la personne qui en fait l'objet ou à son représentant.

IX. – L'amende est recouvrée comme en matière de créances étrangères à l'impôt et au domaine.

X. – Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

consommation, le droit de la consommation a permis de révéler la dangerosité d'une pratique qui a permis de renforcer la protection d'autres relations contractuelles.

La pratique révèle donc une consumérisation des contrats conclus entre professionnels, qu'elle s'effectue de manière directe – en élargissant le champ d'application des dispositions du Code de la consommation – ou indirecte – par un mécanisme de transposition.

518. - Que ce soit en théorie ou en pratique, le droit de la consommation se révèle, donc, comme le berceau de la reconnaissance de la dangerosité de certains mécanismes contractuels et des insuffisances de certaines réglementations. Si cette branche du droit sanctionne les obligations non matérialisées par renvoi implicite, c'est dès lors parce qu'elle les considère comme source d'insécurité au sein des contrats de consommation. Il s'agit, par conséquent, d'appliquer cette tendance de consumérisation du droit commun en généralisant la prohibition relative aux obligations non matérialisées.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la consumérisation du droit commun

519. - La consumérisation du droit commun appliquée aux obligations non matérialisées doit se révéler au travers de la généralisation de leur prohibition (I) et permet d'aboutir à une « spécialisation » générale du droit des contrats (II).

I. La généralisation de la prohibition des obligations non matérialisées

520. - La protection qu'offre le droit de la consommation s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées est limitée aux seuls consommateurs et non-professionnels¹⁶³² et aux obligations non matérialisées par renvoi implicite¹⁶³³. Les finalités poursuivies par cette branche du droit encouragent, toutefois, à une généralisation de cette réglementation. La prohibition consumériste des obligations non

¹⁶³² V. *Supra* n° 73 et s. et 275.

¹⁶³³ V. *Supra* n° 275 et 456.

matérialisées doit, ainsi, être étendue, tant s'agissant de l'objet de sa protection (A), que des sujets auxquels elle profite (B).

A) La généralisation de l'objet de la prohibition consumériste

521. - La prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées apparaît, en droit positif, trop restrictive s'agissant de son objet (1). Sa mise en œuvre nécessite, ainsi, d'être envisagée de manière extensive (2).

1. Une prohibition consumériste limitée aux seules obligations non matérialisées par renvoi implicite

522. - **La prohibition consumériste des obligations non matérialisées par renvoi implicite** – Le droit de la consommation qualifie les obligations non matérialisées par renvoi implicite de clauses abusives¹⁶³⁴. Relevant de la liste noire prévue par l'article R. 132-1 du Code de la consommation¹⁶³⁵, elles sont réputées non écrites et, partant, dénuée, par nature, de caractère obligatoire. Cette solution se justifie en ce qu'elles créent un déséquilibre juridique entre les parties, déséquilibre sanctionné parce que le consommateur et le non-professionnel sont considérés comme des parties faibles dans leurs rapports contractuels avec le professionnel. Considérés comme profanes, il est juridiquement impossible d'opposer à ces contractants des obligations qui ne sont pas retranscrites, ou, *a minima*, référencées, dans l'acte instrumentaire décrivant la relation contractuelle qui les engage.

La prohibition de ces obligations se justifie, parallèlement, par la prise en considération d'autres impératifs plus généraux que le simple constat d'un rapport de faiblesse entre les parties. Puisque les obligations non matérialisées par renvoi implicite

¹⁶³⁴ V. *Supra* n° 275.

¹⁶³⁵ C. consom., art. R. 132-1 1° : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ».

sont celles qui vont s'imposer aux parties sans qu'elles ne soient mentionnées – de manière directe, par leur retranscription, ou indirecte, par une clause par référence, il est nécessaire de protéger les contractants concernés contre les défauts de prévisibilité du contrat ainsi que de renforcer le caractère éclairé de leur consentement. La mise en œuvre de cette catégorie obligationnelle ne permet pas, en effet, de mettre en mesure les cocontractants d'avoir conscience, au moment de la conclusion du contrat, de l'ensemble des obligations qui s'imposeront à eux au cours de la relation contractuelle. La prohibition consumériste se justifie, donc, en ce sens que les consommateurs et les non-professionnels ne détiennent pas les armes nécessaires pour se protéger eux-mêmes contre les effets du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite du fait de leur faiblesse.

523. - L'accueil consumériste des obligations non matérialisées par renvoi explicite – Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont, quant à elles, accueillies par le droit de la consommation par une lecture *a contrario* de l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation¹⁶³⁶. Ce dernier dispose, en effet, que l'existence d'une référence expresse, dans l'acte instrumentaire, à une clause contenant une obligation, s'oppose à sa qualification de clause abusive.

Le droit de la consommation encadre la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi explicite de manière similaire au droit commun. Il est, en effet, nécessaire que la partie faible ait conscience que le contenu de l'obligation s'impose à elle et qu'elle en ait eu connaissance avant la conclusion du contrat. Cet accueil consumériste apparaît, toutefois, critiquable. Si les obligations non matérialisées par renvoi implicite sont considérées comme créant un déséquilibre juridique s'agissant de l'exigence de prévisibilité contractuelle et du renforcement du caractère éclairé du consentement des parties, il a été démontré que les conditions d'application des clauses par référence présentent, en pratique, des lacunes identiques¹⁶³⁷. Il apparaît, dès lors, nécessaire de généraliser la prohibition consumériste à l'ensemble des obligations non matérialisées en ce qu'elle permet de pallier aux mêmes difficultés.

¹⁶³⁶ V. *Supra* n° 456.

¹⁶³⁷ V. *Supra* n° 172 et s.

2. Une extension nécessaire de la prohibition à l'ensemble des obligations non matérialisées

524. - L'accueil discutable des obligations non matérialisées par renvoi explicite – La prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées par renvoi implicite doit être étendue aux obligations non matérialisées par renvoi explicite. Plus particulièrement, il apparaît nécessaire d'inclure le mécanisme de la clause par référence dans la liste noire relative aux clauses abusives puisque sa mise en œuvre crée un déséquilibre juridique entre les parties. Les exigences d'obligatorité imposées ne permettent pas, en effet, de pallier aux difficultés relatives à la connaissance ainsi qu'à la compréhension du contenu auquel le contrat renvoie¹⁶³⁸. Le caractère éclairé du consentement de la partie à laquelle l'obligation est opposée pouvant, en effet, être remis en cause, le contrat ne bénéficie plus de la prévisibilité nécessaire pour en assurer la sécurité juridique. Le caractère unilatéral relatif à la fixation du contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite appuie, d'ailleurs, ce postulat. Etant, en effet, imposées par l'une des parties à l'autre, leur contenu n'est pas, au moins dans les contrats de consommation, sujet à une négociation. Le contractant se contente, dès lors, d'accepter une référence, un contenant, sans qu'il ne puisse être certain qu'il ait réellement conscience du contenu de son engagement.

Les éléments justifiant la prohibition consumériste relative au caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite apparaissent, donc, similaires aux difficultés que pose la pratique des clauses par référence.

525. - La dangerosité de l'ensemble des obligations non matérialisées justifiant leur prohibition générale – Qu'elles soient de nature implicite ou explicite, les obligations non matérialisées présentent une dangerosité à laquelle le droit doit pallier. Les exigences de droit commun auxquelles la mise en œuvre de ces obligations ne répondent pas justifient une prohibition encouragée par la protection – partielle – reconnue par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation. Au nom de la sécurité juridique et de la protection du consentement des parties, il semble, donc, nécessaire de

¹⁶³⁸ V. *Supra* n° 173 et s.

mettre en place une prohibition générale dont le champ d'application intéresse l'ensemble des obligations non matérialisées.

Cette généralisation de l'objet de la prohibition relative à ces obligations doit, parallèlement, être complétée par celle des sujets auxquels elle se destine.

B) La généralisation des sujets bénéficiant de la prohibition consumériste

526. - Les sujets bénéficiant de la prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées apparaissent, en droit positif, envisagés de manière trop restrictive (1). La mise en œuvre de la prohibition obligationnelle doit, ainsi, être envisagée dans une perspective extensive (2).

1. Une prohibition consumériste limitée aux seuls consommateurs et non-professionnels

527. - **La protection consumériste au bénéfice des seuls consommateurs et non-professionnels** – La prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées par renvoi implicite est limitée aux consommateurs et non-professionnels¹⁶³⁹, seules parties bénéficiaires de la réglementation relative aux clauses abusives. L'article R. 132-1 1° du Code de la consommation vise, en effet, directement et seulement « *les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs* ». Tous les contrats dans lesquels un consommateur ou un non-professionnel ne peut pas être identifié ne bénéficient pas, par conséquent, de cette protection. Le caractère restrictif de ce champ d'application est, par ailleurs, renforcé par la reconnaissance consumériste du caractère obligatoire de cette obligation non matérialisée s'agissant des professionnels¹⁶⁴⁰. L'article L. 211-5 1° du Code de la consommation¹⁶⁴¹ reconnaît, en effet, la soumission du professionnel à ses déclarations

¹⁶³⁹ V. *Supra* n° 73 et s. et 275.

¹⁶⁴⁰ V. *Supra* n° 279.

¹⁶⁴¹ C. consom., art. L. 211-5, 2° : « *Pour être conforme au contrat, le bien doit :*
1° *Etre propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :*
- *correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;*

publiques dans le cadre de l'application de son obligation de conformité. Ces dernières correspondent à la définition relative aux obligations non matérialisées par renvoi implicite en ce sens qu'elles ne sont ni retranscrites, ni référencées dans l'écrit principal mais qu'elles sont obligatoires dans le cadre de la relation contractuelle. Pour reprendre les termes de l'article R. 132-1 du Code de la consommation, il s'agit, dans cette situation, de donner une force contraignante à un contenu obligationnel qui « *ne figure pas dans l'écrit* » ou qui n'est pas « *repris dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat* »¹⁶⁴². Les déclarations publiques du professionnel, qui peuvent s'imposer à lui au cours de la relation contractuelle, répondent, donc, à la description d'une clause abusive sans que le contractant ne puisse bénéficier de la prohibition offerte par le droit de la consommation.

528. - La protection consumériste relative aux obligations non matérialisées est, donc, limitée quant aux sujets auxquels elle se destine. La dangerosité issue de la mise en œuvre de ce contenu obligationnel justifie, toutefois, la généralisation de leur prohibition quel que soit le contrat conclu et, partant, sans considération de la qualité des parties.

2. Une extension nécessaire de la prohibition à l'ensemble des contrats indépendamment de la qualité des parties

529. - **Une dangerosité indépendante de la qualité des parties** – La généralisation de la prohibition consumériste relative aux obligations non matérialisées ne doit pas se limiter quant aux sujets auxquels elle bénéficie. La dangerosité de la mise en œuvre de ces obligations n'est, en effet, pas caractérisée par la faiblesse des parties auxquelles elles sont opposées mais par la remise en cause d'exigences imposées par le droit commun. Ce dernier étant d'application générale, il n'opère pas de distinction en

- présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ».

¹⁶⁴² C. consom., art. R. 132-1 1°.

considération de la qualité des parties. La protection offerte s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées ne doit, dès lors, pas bénéficier aux seuls consommateurs et non-professionnels. Les garanties relatives au caractère éclairé du consentement des contractants et à la sécurité juridique des contrats conclus ne sont, en effet, pas spécifiques au droit de la consommation mais applicables à l'ensemble des relations contractuelles. Puisque la dangerosité des obligations non matérialisées naît de la remise en cause d'impératifs de droit commun, il est nécessaire d'effectuer une généralisation de la prohibition relative aux obligations non matérialisées à tous les contrats.

530. - La généralisation des bénéficiaires de la prohibition relative aux obligations non matérialisées – La généralisation nécessaire de la prohibition relative aux obligations non matérialisées apparaît, donc, comme une exigence de droit commun, permettant de protéger tous les contractants, quelle que soit leur qualité. Elle permet, à ce titre, de pallier aux lacunes relatives au caractère éclairé du consentement, d'une part, et d'encourager un regain de sécurité juridique de l'ensemble des contrats conclus, d'autre part.

531. - La généralisation de la prohibition relative aux obligations non matérialisées est, ainsi, encouragée par les prémices posés par le droit de la consommation au vu des finalités qu'il poursuit et justifiée par les exigences de droit commun remises en cause par leur caractère obligatoire. Puisque la consommation du droit commun des contrats permet un regain de sécurité s'agissant des relations contractuelles et des contractants, il semble qu'il soit nécessaire que cette influence transcende la seule catégorie obligationnelle étudiée.

II. Vers une consommation du droit commun des contrats

532. - Le caractère bénéfique de la consommation de la réglementation relative aux obligations non matérialisées encourage l'extension de cette influence au droit commun (A) qui doit, toutefois, s'effectuer de manière prudente (B).

A) Une consumérisation nécessaire du droit commun

533. - L’opportunité de l’utilisation du droit de la consommation au service du droit commun – Le droit de la consommation révèle d’une réglementation protectrice, voire même surprotectrice, s’agissant des consommateurs et des non-professionnels. Bien plus attentif à la dangerosité des mécanismes contractuels utilisés en pratique, il semble nécessaire que le droit commun des contrats s’en inspire afin de renforcer la protection des contractants et la sécurité des contrats¹⁶⁴³.

Le déséquilibre juridique issu de la constatation de l’existence d’une partie faible contre lequel lutte le droit de la consommation, d’une part, n’existe pas uniquement s’agissant des relations consuméristes¹⁶⁴⁴. Coexistent, en effet, aux consommateurs et aux non professionnels, d’autres contractants en situation de faiblesse à l’image des salariés ou encore des patients. Si ces derniers bénéficient, également, d’un droit spécial – droit du travail et droit de la santé –, et ne justifient pas, à eux seuls, la consumérisation du droit commun, la constatation de déséquilibres entre des parties qui ne sont pas officiellement qualifiées de faibles appuie la proposition. Le professionnel, par exemple, est systématiquement considéré comme étant en position de force quel que soit le contrat qu’il conclut. Il est, toutefois, des cas où des contrats entre professionnels sont conclus, ne bénéficiant pas d’une protection particulière, mais dans lesquels l’une des parties sera en situation de faiblesse par rapport à l’autre. Une relation contractuelle peut, ainsi, être source d’insécurité pour l’un ou l’ensemble des contractants indépendamment de la reconnaissance légale d’une partie faible. L’idée même d’équilibre contractuel n’est, d’ailleurs, pas ignoré du droit commun¹⁶⁴⁵ et il s’agit,

¹⁶⁴³ D. MAZEAUD, « L’attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 95, pt. 24 – D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003/1, p. 295, pt. 12 et s.

¹⁶⁴⁴ J.-L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010, p. 83 – C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p. 357, pt. 28.

¹⁶⁴⁵ D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, p. 697 et s., spéc. p. 724, n° 29.

ainsi, d'uniformiser le droit tant les contrats tendent à se ressembler¹⁶⁴⁶ et appellent à la sauvegarde d'impératifs communs, notamment s'agissant du consentement et de la sécurité juridique¹⁶⁴⁷.

534. - Le poids de l'influence consumériste sur le droit commun – Certaines règles consuméristes doivent, ainsi, pouvoir trouver application, indépendamment de la qualité du cocontractant et de la nature du contrat¹⁶⁴⁸. L'obligation d'information, par exemple – envisagée indépendamment des exigences formalistes qu'impose le droit de la consommation s'agissant de son application –, doit être obligatoire à tous les contrats, qu'une partie faible ou non soit qualifiée. Sa promotion au rang de devoir général dans la réforme de droit des contrats prouve, d'ailleurs, que la question ne porte pas sur la qualité des parties mais bien sur la protection d'une exigence supérieure qu'est le consentement¹⁶⁴⁹. Le droit de la consommation doit, alors, servir le droit commun¹⁶⁵⁰, le faire progresser¹⁶⁵¹. Dans cette perspective, « *il faut voir dans les lois de protection du consommateur une sorte de laboratoire d'expérimentation de techniques nouvelles à partir desquelles doit s'élaborer un droit général nouveau ayant vocation à figurer dans le Code civil* »¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁶ Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 oct. 1985, L. CADIET (dir.), PUF, 1986, p. 117 et s., spéc. p. 134-135.

¹⁶⁴⁷ M. BORYSEWICZ, « Les règles protectives du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Etudes offertes à P. KAYSER*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s., spéc. p. 126.

¹⁶⁴⁸ E. SAVAUX, « A propos de la modernisation du droit des contrats », in *Obligations, procès et droit savant*, Mélanges en hommage à J. BEAUCHARD, LGDJ, coll. *Mélanges*, 2013, p. 637 et s., spéc. p. 644, n° 13.

¹⁶⁴⁹ Sur la généralisation du devoir d'information prévue par le projet de réforme relatif au droit des contrats : V. *Supra* n° 510.

¹⁶⁵⁰ S. BERNHEIM-DESVAUX, *Droit de la consommation*, Studyrama, coll. *Panorama du droit*, 2^{ème} éd., 2011, p. 23.

¹⁶⁵¹ M. BORYSEWICZ, « Les règles protectives du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Etudes offertes à P. KAYSER*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s., spéc. p. 94.

¹⁶⁵² J.-L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010, p. 70.

Si la consumérisation du droit commun se justifie, elle doit, toutefois, s'effectuer avec prudence. Il ne s'agit pas, en effet, de calquer les réglementations relevant du droit de la consommation pour les appliquer de manière générale à l'ensemble des relations contractuelles mais, simplement, de s'en inspirer.

B) Une consumérisation prudente du droit commun

535. - L'inefficacité d'une transposition du droit de la consommation – La mise en œuvre de la consumérisation du droit commun doit être tempérée. Il ne s'agit pas, en effet, d'appliquer l'intégralité des dispositions du droit de la consommation à l'ensemble des relations contractuelles. L'idée ne réside pas en une retranscription des règles consuméristes dans le Code civil mais invite à les appréhender comme un « *aiguillon* »¹⁶⁵³ afin de s'en inspirer¹⁶⁵⁴ pour pallier aux insuffisances du droit commun¹⁶⁵⁵.

Les finalités du droit de la consommation et du droit commun sont différentes. Lorsque le premier invite à la protection spécifique d'une catégorie de personnes, le consommateur et le non-professionnel, le second permet d'encadrer, de protéger l'ensemble des relations contractuelles tout en encourageant l'efficacité des opérations juridiques¹⁶⁵⁶. Il apparaît, ainsi, inefficace et contre-productif de borner l'idée de consumérisation du droit commun à un simple copier-coller. Cette idée est, par ailleurs, justifiée par le fait que le droit de la consommation, parfois trop protecteur, trop directif¹⁶⁵⁷, se heurte à certains principes généraux de droit des contrats¹⁶⁵⁸.

¹⁶⁵³ D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 95, pt. 20 et s.

¹⁶⁵⁴ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

¹⁶⁵⁵ J.-P. PIZZIO, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53 – Y. GUYON, « Rapport de synthèse », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 121, pt. 22.

¹⁶⁵⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p.705.

¹⁶⁵⁷ B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 71.

536. - La remise en cause consumériste de principes de droit commun – La liberté contractuelle, le consensualisme¹⁶⁵⁹ ou encore la force obligatoire¹⁶⁶⁰ peuvent être remis en cause par la mise en œuvre du droit de la consommation.

Les limites relatives à la liberté contractuelle, d'abord, s'illustrent par l'exemple du cautionnement. Ce dernier contrat est strictement encadré s'agissant de son contenu par le Code de la consommation¹⁶⁶¹. Il n'apparaît plus, en effet, édicté ni de manière bilatérale, ni de manière unilatérale par les parties mais est imposé par les pouvoirs publics¹⁶⁶². La liberté contractuelle des contractants relative à la détermination du contenu de leur engagement est limitée et, par conséquent, un recul du poids de leur volonté, est constaté¹⁶⁶³.

Le consensualisme, ensuite, subit un déclin similaire du fait de l'essor du formalisme¹⁶⁶⁴. Si le recours à un écrit est généralement imposé, il peut être renforcé par la retranscription de mentions obligatoires, notamment, en application de l'obligation consumériste d'information¹⁶⁶⁵ qui impose un nombre important de précisions à retranscrire¹⁶⁶⁶.

La force obligatoire des contrats, enfin, recule face à certaines dispositions consuméristes, notamment eu égard au traitement des situations de surendettement. Une telle qualification est retenue lorsqu'une personne physique est, de bonne foi – par la constatation d'un comportement spécialement diligent qui ne permet pas d'avoir conscience de la création ou de l'aggravation de sa situation¹⁶⁶⁷ –, dans l'impossibilité

¹⁶⁵⁸ G. ROUHETTE, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in Etudes offertes à R. RODIERE, Dalloz, 1981, p. 247 et s.

¹⁶⁵⁹ Y. GUYON, « Rapport de synthèse », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 121, pt. 6.

¹⁶⁶⁰ D. BUREAU, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, p. 291, pt. 28.

¹⁶⁶¹ C. consom., art. L. 341-1 et s.

¹⁶⁶² V. en ce sens : J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239.

¹⁶⁶³ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, LGDJ, coll. *Université Panthéon-Assas (Paris II)*, 2005, p. 415, n° 529.

¹⁶⁶⁴ G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP 1979, II, 2954, pt. 26.

¹⁶⁶⁵ V. *Supra* n° 508.

¹⁶⁶⁶ C. consom., art. L. 111-1 et s. et R. 111-1 et s.

¹⁶⁶⁷ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010, p. 360, n° 503.

de faire face à l'ensemble de ses dettes non-professionnelles¹⁶⁶⁸. La Commission départementale – du domicile du débiteur – émet alors, suite à une enquête, une recommandation dans laquelle elle constate la possibilité de mettre en place un rétablissement personnel avec une liquidation judiciaire ou non¹⁶⁶⁹. Dans le second cas, les dettes¹⁶⁷⁰ de la personne en situation de surendettement seront alors effacées¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁸ C. consom., art. L. 330-1, al. 1^{er} : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée ».

¹⁶⁶⁹ C. consom., art. L. 330-1, al. 3 et s. : « Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées à l'alinéa précédent, la commission de surendettement peut, dans les conditions du présent titre :

1° Soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ;

2° Soit saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle constate que le débiteur n'est pas dans la situation mentionnée au 1° ».

¹⁶⁷⁰ Remarque : certaines dettes ne peuvent pas faire l'objet d'un effacement à l'exception de l'accord du créancier : C. consom., art. L. 333-1 : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement :

1° Les dettes alimentaires ;

2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ;

3° Les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale énumérés à l'article L. 114-12 du Code de la sécurité sociale.

L'origine frauduleuse de la dette est établie soit par une décision de justice, soit par une sanction prononcée par un organisme de sécurité sociale dans les conditions prévues aux articles L. 114-17 et L. 162-1-14 du même Code.

Les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement ».

¹⁶⁷¹ C. consom., art. L. 332-5 : « Lorsque la commission recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire et en l'absence de contestation, le juge du tribunal d'instance confère force exécutoire à la recommandation, après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé.

Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal d'instance entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de l'ordonnance conférant force exécutoire à la recommandation, à l'exception des dettes visées à l'article L. 333-1, de celles mentionnées à l'article L. 333-1-2 et des dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

Se constate, alors, une entrave au principe de la force obligatoire des contrats puisque le débiteur n'est plus contraint d'exécuter ses obligations¹⁶⁷².

537. - La recherche de conciliation entre les impératifs de droit commun et les atteintes portées par le droit de la consommation – La consumérisation du droit commun doit, donc, s'effectuer avec prudence. Il s'agit, en effet, d'allier un regain nécessaire de protection de l'ensemble des parties et des contrats et la sauvegarde des principes fondamentaux du droit des contrats. Si l'incompatibilité entre ces deux exigences peut rendre utopique la mise en œuvre de la tendance proposée, cette dernière apparaît nécessaire au nom de la sécurité juridique.

*

538. - Bilan – La prohibition relative aux obligations non matérialisées apparaît, s'agissant de sa mise en œuvre, encouragée par le droit de la consommation. Ce dernier, au service de la protection des parties faibles, accorde, du fait de sa finalité, une attention particulière à la dangerosité des mécanismes contractuels. Sur le fondement de la réglementation relative aux clauses abusives, cette branche du droit sanctionne, ainsi, le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite du fait des lacunes relatives à l'intégrité du consentement des contractants et de l'insécurité juridique qu'elles produisent. Ces insuffisances n'apparaissent, toutefois, ni spécifiques au droit de la consommation – puisqu'elles relèvent d'exigences imposées par le droit commun à l'ensemble des relations contractuelles – ni à ces obligations non matérialisées – car elles se révèlent s'agissant du mécanisme des clauses par référence. Il apparaît, ainsi, justifié de généraliser la prohibition consumériste à l'ensemble des obligations non matérialisées et sujets de droit.

Le greffe procède à des mesures de publicité pour permettre aux créanciers qui n'auraient pas été avisés de la recommandation de la commission de former tierce opposition à l'encontre de la décision du juge lui conférant force exécutoire. Les créances dont les titulaires n'auraient pas formé tierce opposition dans un délai de deux mois à compter de cette publicité sont éteintes ».

¹⁶⁷² N. GERARDIN, « Le créancier, la caution et le débiteur surendetté », LPA 31 mars 2000, p. 5.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

539. - Les obligations non matérialisées présentent des lacunes relatives à certaines exigences imposées par le droit commun. Leur caractère obligatoire remet, en effet, d'une part, en cause le caractère éclairé du consentement des parties et, d'autre part, ne permet pas de garantir une sécurité juridique absolue des contrats qui les comportent. Leur prohibition apparaît, alors, à ces deux égards, comme une solution justifiée s'agissant de leur traitement légal.

540. - Les prémices consuméristes relatifs à cette prohibition permettent d'en envisager la mise en œuvre. Berceau de la reconnaissance de la dangerosité des mécanismes contractuels et des insuffisances relatives aux réglementations applicables en droit positif, le droit de la consommation apparaît, en effet, encourager cette proposition de prohibition légale. Sanctionnant, sur le fondement des clauses abusives, les obligations non matérialisées par renvoi implicite, il a, alors, été question de s'interroger sur les raisons d'une telle prohibition. Les insuffisances relatives aux exigences de droit commun sus-évoquées sont, ainsi, apparues comme les justifications de la réglementation consumériste. Puisque la dangerosité relative à la mise en œuvre des obligations non matérialisées par renvoi implicite en explique, justement, la prohibition, il apparaît alors justifié d'en généraliser le traitement.

541. - Il ne s'agit, par conséquent, plus de réputer non écrites les seules obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les seuls contrats de consommation mais d'étendre la prohibition à l'ensemble des obligations non matérialisées dans le cadre de l'ensemble des relations contractuelles. Le droit de la consommation apparaît, alors, une fois de plus, précurseur s'agissant du renforcement de la sécurité des contrats et des contractants. Cette constatation invite à envisager une consumérisation de l'ensemble du droit commun dans une perspective de protection. L'idée ne serait pas, dans cette hypothèse, d'appliquer la réglementation consumériste, telle qu'elle est rédigée, aux relations contractuelles n'intéressant pas le droit de la consommation mais de s'en inspirer dans une optique de sécurisation des relations contractuelles.

CONCLUSION DU TITRE 1

542. - Les obligations non matérialisées, qu'elles soient par renvoi explicite ou implicite, posent des difficultés rendant la mise en place d'un traitement légal indispensable. Ce dernier peut s'extérioriser sous deux formes.

543. - Le caractère obligatoire de ces obligations peut, d'une part, être envisagée en considération de l'appréhension retenue du contrat. Si le Code civil est d'inspiration volontariste, cette approche contractuelle semble laisser place à une modernisation proposée par les tenants des écoles solidaristes et utilitaristes. Il a été démontré que chacune de ces écoles induit un traitement particulier des obligations non matérialisées, leur effet contraignant se voit reconnaître d'une manière limitée s'agissant des volontaristes, absolue d'un point de vue utilitariste et conditionnée, voire prohibée concernant les solidaristes. Cette étude démontrant que le choix de l'appréhension du contrat est déterminante s'agissant de la mise en œuvre des obligations non matérialisées, il apparaît, alors, nécessaire, de prendre définitivement position en matière contractuelle. Les obligations étudiées ne sont, en effet, qu'une illustration du défaut de prévisibilité entraîné par l'absence d'établissement d'une approche ferme et définitive du contrat puisque chacune d'entre elles produit des effets spécifiques concernant l'appréhension des règles en matière contractuelle.

544. - Indépendamment de l'approche contractuelle retenue, la mise en œuvre des obligations non matérialisées pose des lacunes relatives au consentement éclairé des parties et à la sécurité juridique des contrats conclus. La généralisation de leur prohibition, encouragée par la matière consumériste qui a ouvert la marche s'agissant de la prohibition des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats de consommation, apparaît, alors, comme la solution, si elle est la plus extrême, la plus adéquate aux exigences de droit commun imposées en matière contractuelle. Elle peut, toutefois, se voir tempérée par la mise en place d'un traitement judiciaire relatif à ces obligations.

Titre 2 : Le traitement judiciaire des obligations non matérialisées

545. - Le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvois explicite et implicite est respectivement affirmée et découverte par le juge puisqu'il est celui qui commande aux parties de respecter le contenu obligationnel applicable à leur relation contractuelle. Si aucun traitement légal n'est mis en œuvre, il apparaît, alors, nécessaire de pallier aux difficultés émises par ces obligations d'un point de vue judiciaire.

Cette proposition se justifie par la nécessité de redéfinition des pouvoirs des magistrats (Chapitre 1). Il se constate, en effet, que l'intervention judiciaire peut être source d'insécurité juridique qui, renforcée par les lacunes issues de l'effet contraignant des obligations non matérialisées, se doit d'être traitée (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La nécessité de redéfinir les pouvoirs du juge

546. - En matière contractuelle, le législateur reconnaît au juge français la possibilité d'intervenir à la fois d'un point de vue modérateur et interprétatif dans les contrats (Section 1). Le traitement judiciaire relatif à l'effet contraignant des obligations non matérialisées induit, toutefois, une redéfinition de ces pouvoirs judiciaires. Leur mise en œuvre peut, en effet, donner lieu à une insécurité juridique s'ajoutant aux difficultés résultant du caractère obligatoire des obligations envisagées qui se doit d'être traitée (Section 2).

Section 1 : La dualité des prérogatives judiciaires

547. - En matière contractuelle, le juge est doté d'un pouvoir modérateur (Paragraphe 1) et d'un double pouvoir d'interprétation (Paragraphe 2). Les prochains développements porteront sur la mise en œuvre de ces pouvoirs s'agissant du contenu du contrat afin de les rattacher à l'étude des obligations non matérialisées.

Paragraphe 1 : Le pouvoir modérateur du juge

548. - L'exposé du contenu du pouvoir modérateur du juge (I) est un préalable nécessaire à l'étude de sa mise en œuvre (II).

I. Le contenu du pouvoir modérateur du juge

549. - **Le pouvoir modérateur du juge face à la règle de droit** – Le langage commun définit l'adjectif *modérateur* comme une « *personne, une chose qui tend par son action ou ses effets à modérer ce qui est excessif, à concilier les parties opposées* »¹⁶⁷³. Juridiquement, la notion est rattachée à l'exercice du pouvoir judiciaire.

¹⁶⁷³ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1614, V° *Modérateur*.

Elle vise, ainsi, le « *pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi dans des cas spécifiés (exceptionnels) de déroger à l'application normale de la règle de droit, lorsque celle-ci entraînerait, dans le cas particulier soumis au juge, des conséquences d'une rigueur manifestement excessive* »¹⁶⁷⁴.

Il s'agit, donc, de « *la faculté reconnue par le droit (et non seulement la loi) au juge d'intervenir pour adoucir les effets d'une application rigide du droit* »¹⁶⁷⁵.

A titre exceptionnel¹⁶⁷⁶, donc, dès lors que le juge déroge à une règle de droit du fait de l'excès manifeste qu'il produit, il exerce son pouvoir modérateur¹⁶⁷⁷. Il est possible d'illustrer cette idée par le régime de l'obligation aux dettes dans le cadre d'une succession. Par principe, l'héritier qui a accepté la succession de manière pure et simple¹⁶⁷⁸ ne peut pas revenir sur sa décision¹⁶⁷⁹ et est, ainsi, tenu indéfiniment aux dettes successorales¹⁶⁸⁰. Le législateur a, néanmoins, tempéré cette disposition en reconnaissant un pouvoir modérateur au juge s'agissant de la mise en œuvre de la règle de droit¹⁶⁸¹. Selon l'alinéa 2 de l'article 786 du Code civil¹⁶⁸², l'héritier qui découvre, ainsi, l'existence d'une dette importante a la possibilité, dans un délai de cinq mois, de demander en justice de s'en voir exonérer de manière totale ou partielle si une double condition est remplie. Il est nécessaire, d'une part, que l'héritier ait ignoré l'existence de la dette le jour où il a accepté la succession. Il est impératif, d'autre part, que le montant

¹⁶⁷⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 663, V^o *Modérateur*.

¹⁶⁷⁵ F. LAFAY, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Lyon 3, 2005.

¹⁶⁷⁶ C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris, 1973, p. 1.

¹⁶⁷⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Préface », in J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 11 et s., spéc. p. 11.

¹⁶⁷⁸ Lors d'une succession, l'héritier a trois possibilités : il peut, d'abord, accepter purement et simplement la succession, l'accepter à concurrence de l'actif net, ensuite, ou la refuser, enfin (C. civ., art. 768). Dans le cas de l'acceptation pure et simple, l'héritier accepte l'actif et le passif de la succession et est donc, par principe, tenu aux dettes du défunt sur son patrimoine personnel si elles dépassent la valeur de l'héritage (C. civ., art. 782 et s.).

¹⁶⁷⁹ C. civ., art. 786, al. 1^{er} : « *L'héritier acceptant purement et simplement ne peut plus renoncer à la succession ni l'accepter à concurrence de l'actif net* ».

¹⁶⁸⁰ C. civ., art. 785, al. 1^{er} : « *L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent* ».

¹⁶⁸¹ D. VIGNEAU, « Donations et testaments, Legs d'universalité, Condition juridique du légataire », J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, 2010, pt. 33.

¹⁶⁸² C. civ., art. 786, al. 2 : « *Toutefois, [l'héritier qui a accepté purement et simplement la succession] peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel* ».

de la dette envisagée soit susceptible de gravement porter atteinte à son patrimoine. Si ces deux exigences sont réunies, le juge a, alors, la possibilité de décider de décharger l'héritier de la totalité ou d'une partie de la dette. Il exerce, ainsi, son pouvoir modérateur en ce sens que le magistrat choisit de contourner une règle de droit dont les effets sont considérés comme manifestement excessifs.

550. - Pouvoir modérateur et pouvoir modulateur – Afin de mieux appréhender le contenu du pouvoir modérateur accordé au juge, il est nécessaire de revenir sur une distinction. Deux auteurs ont, en effet, proposé de distinguer le pouvoir modérateur du pouvoir modulateur du juge.

Monsieur Jérôme Fischer¹⁶⁸³, d'abord, propose un élément de distinction basé sur la finalité de l'exercice des pouvoirs. S'agissant du pouvoir modérateur, d'une part, l'idée est de donner la possibilité au juge de corriger des effets manifestement excessifs créés par une application trop stricte de la règle au cas d'espèce qui lui est soumis. Il s'agit de troquer une application à la lettre des règles de droit contre une appréciation « *plus humaine ou plus équitable* »¹⁶⁸⁴. L'auteur caractérise, dans cette hypothèse, une « *exception de disproportion* », l'idée étant de déroger à la règle en considération de ses effets. Concernant, d'autre part, son pouvoir modulateur, il s'agit pour le juge d'établir un équilibre parfait entre la finalité de la règle et ses effets¹⁶⁸⁵. Dans ce second cas, la simple disproportion, non nécessairement excessive, permettrait au juge d'intervenir en contournant la règle¹⁶⁸⁶ mais sans en dénaturer le sens¹⁶⁸⁷. Monsieur Jérôme Fischer avance, alors, l'exemple des délais de grâce accordés aux débiteurs dans le cadre du règlement de leur dette¹⁶⁸⁸. Si la mise en œuvre de ce mécanisme contrevient au principe de la force obligatoire du contrat posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du Code civil, elle n'y déroge pas exactement. Le juge, dans ce cas précis, va en effet

¹⁶⁸³ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004.

¹⁶⁸⁴ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 29, n° 14.

¹⁶⁸⁵ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004p. 30, n° 14.

¹⁶⁸⁶ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, n° 44.

¹⁶⁸⁷ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 30, n° 15.

¹⁶⁸⁸ *Contra* : Y. PICOD, « Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014, pt. 73 : s'agissant des délais de grâce, le juge exerce son pouvoir modérateur.

uniquement retarder, échelonner, le paiement de la dette en établissant une proportion entre les exigences du créancier et la situation du débiteur¹⁶⁸⁹. La règle de droit selon laquelle les parties sont tenues par le contenu du contrat conclu n'est donc pas remise en cause puisqu'à terme, le créancier se verra rembourser la dette qui lui est due.

Monsieur Fabien Lafay¹⁶⁹⁰, ensuite, propose de distinguer les pouvoirs modérateur et modulateur du juge en considération de la nature des effets de l'intervention judiciaire. Si le juge procède à un travail d'atténuation, d'une part, il est considéré qu'il exerce son pouvoir modérateur. C'est, par exemple, le cas s'agissant du mécanisme juridique permettant de contourner l'obligation à la dette successorale prévue par l'article 786 alinéa 2 du Code civil¹⁶⁹¹. Le juge atténue, en effet, les effets de la règle de droit en exonérant de manière totale ou partielle l'héritier du paiement de sa dette. Si l'intervention judiciaire s'effectue, d'autre part, dans une optique d'aggravation, est, alors, relevée une mise en œuvre de son pouvoir modulateur par le juge. Si l'auteur retient cette seconde qualification, il propose, toutefois, de caractériser, de manière générale, le pouvoir du juge de modérateur, et ce, même si une aggravation est constatée. L'objectif de l'exercice de son pouvoir, qu'il ait une finalité atténuante ou aggravante, est, en effet, toujours d'atteindre « *un idéal de modération eu égard à l'autre partie* ». Il est, d'ailleurs, possible d'ajouter, afin d'appuyer cette idée, que la constatation d'une aggravation ou d'une atténuation varie en fonction du point de vue du contractant retenu. S'agissant, par exemple, de l'exonération d'une dette successorale, si l'héritier voit sa situation atténuée puisqu'il n'est plus tenu de rembourser la dette, le créancier, quant à lui, subit une aggravation de sa situation en ce sens qu'à l'inverse de l'autre partie, il ne récupèrera pas la somme qui lui est due.

¹⁶⁸⁹ C. civ., art. 1244-1 : « *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.*

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments ».

¹⁶⁹⁰ F. LAFAY, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Lyon 3, 2005.

¹⁶⁹¹ V. *Supra* n° 549.

551. - Le pouvoir modérateur du juge face au contrat – Le pouvoir modérateur du juge s'exerce du point de vue de l'application des règles de droit mais également s'agissant du contrat. Il peut, ainsi, se révéler en matière contractuelle dès lors que le contrat conduit à des conséquences « *manifestement excessives* »¹⁶⁹². Une fois cette condition constatée, il est permis au magistrat d'intervenir dans l'exécution du contrat en en palliant les excès. Le pouvoir modérateur du juge correspond, alors, à une révision des modalités d'exécution du contrat¹⁶⁹³. Il n'est plus question, dans cette hypothèse, d'une modération mais d'une réelle immixtion dans la manière d'exécuter la relation contractuelle¹⁶⁹⁴. Afin de comprendre la façon dont le juge peut exercer son pouvoir modérateur en matière contractuelle, il est nécessaire d'en envisager la mise en œuvre.

II. La mise en œuvre du pouvoir modérateur du juge en matière contractuelle

552. - Le pouvoir modérateur du juge s'agissant de la révision des clauses contractuelles – Lorsqu'il exerce son pouvoir modérateur, le juge peut intervenir dans la sphère contractuelle par la modulation de son contenu obligationnel. Les clauses pénales, de non-concurrence et abusives sont autant d'exemples qui peuvent illustrer la mise en œuvre de ce pouvoir judiciaire.

Les clauses pénales, d'abord, sont celles « *en vertu desquelles un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en générale très supérieur au montant du préjudice réel subi par le créancier* »¹⁶⁹⁵. Cette stipulation contractuelle revêt, ainsi, un double rôle, protecteur à l'égard du

¹⁶⁹² E. PUTMAN et J. FISCHER, « Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français », RTD civ. 2005, p. 880.

¹⁶⁹³ Y. PICOD, « Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014, pt. 72 et s.

¹⁶⁹⁴ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 185 et s., n° 193 et s.

¹⁶⁹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 751, V° *Pénale (-Clause)* – C. civ., art. 1229, al. 1^{er} : « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* » – Sur la notion de clause pénale : V. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992.

créancier de l'obligation et incitateur s'agissant de son débiteur¹⁶⁹⁶. A l'origine, les clauses pénales étaient dotées d'une intangibilité et le juge n'avait, donc, pas la possibilité de les modifier¹⁶⁹⁷. Leur mise en œuvre ayant, néanmoins, donné lieu à de forts abus, le législateur est intervenu¹⁶⁹⁸ et a octroyé aux magistrats le pouvoir d'en modérer le contenu. A la condition que la stipulation contractuelle est « *manifestement excessive ou dérisoire* »¹⁶⁹⁹ et ne répond, de ce fait, pas aux finalités escomptées¹⁷⁰⁰, le juge est, alors, en mesure d'augmenter ou de diminuer le montant prévu. Il est possible d'illustrer cette idée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 avril 1998¹⁷⁰¹. Une vente par acte sous seing privé a, en l'espèce, été conclue sans, toutefois, être réitérée par l'acheteur arguant d'une tromperie relative aux travaux de peinture, à la taille de la cave et à l'existence d'une servitude. Une clause pénale d'un montant de 70.000 francs – soit dix pour cent du prix convenu de la vente – était stipulée. Les juges de première instance ont prononcé la résolution de la vente aux torts exclusifs de l'acheteur et lui ont imputé le paiement de la clause pénale. L'acheteur a, alors, interjeté appel, non pas en contestation de la résolution de la vente, mais s'agissant du montant de la clause pénale due. La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement de première instance en réduisant, cependant, la clause pénale à un montant de 35.000 francs.

¹⁶⁹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 530, n° 990 – J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n° 940 et s.

¹⁶⁹⁷ C. civ., anc. art. 1152 : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ».

¹⁶⁹⁸ L. n° 75-597 du 9 juill. 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale : JORF du 10 juill. 1975, p. 7076 – L. n° 85-1097 du 11 oct. 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes : JORF du 26 janv. 1985, p. 1097.

¹⁶⁹⁹ C. civ., art. 1152 : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre*.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite » – Cass. civ. 3^{ème}, 26 avr. 1978, n° 76-11424 : Bull. civ. III, n° 160 ; R., p. 37 ; D. 1978, p. 349 ; RTD civ. 1978, p. 672, obs. G. CORNU : « *Mais attendu que si, lorsqu'ils modifient un contrat en modérant ou augmentant la peine qui y est stipulée, les juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est « manifestement excessif », ou « dérisoire », ils n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, ils refusent de modifier le montant de la « peine » qui y est forfaitairement prévue* ».

¹⁷⁰⁰ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 462 et s., V° *Pénale*, spéc. p. 476.

¹⁷⁰¹ CA Paris, 30 avr. 1998 : RDI 1998 p. 391, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Les juges ont, ainsi, mis en œuvre le pouvoir modérateur qui leur est reconnu par l’alinéa 2 de l’article 1152 du Code civil afin de réajuster le contenu de la stipulation contractuelle considérée comme « *manifestement excessive* »¹⁷⁰².

S’agissant, ensuite, des clauses de non-concurrence, elles sont des « *stipulations par lesquelles un contractant se prive de la faculté d’exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer l’autre* »¹⁷⁰³. Il est précisé que la clause de non-concurrence sera, dans les présents raisonnements, envisagée sous le prisme du droit du travail. L’encadrement d’une telle stipulation contractuelle a été, en cette matière, mis en place par les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002¹⁷⁰⁴. Le caractère obligatoire d’une clause de non-concurrence à un salarié nécessite, ainsi, qu’elle soit indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise, limitée dans le temps et dans l’espace, prenne en considération les spécificités de l’emploi du salarié – dans le but de ne pas l’empêcher de travailler – et comporte l’obligation pour l’employeur de verser au salarié une contrepartie financière¹⁷⁰⁵. L’appréciation de ces conditions par le juge lui permet, alors, d’exercer son pouvoir modérateur. L’intervention judiciaire porte sur le respect de ces conditions. Etant cumulatives¹⁷⁰⁶, l’absence de l’une ou plusieurs

¹⁷⁰² Sur le pouvoir modérateur du juge en matière de clauses pénales, V. : B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l’intervention judiciaire », JCP G 1975, I, 2742 – H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, « Clause pénale, Caractère forfaitaire, Cass. civ. 14 févr. 1866 : DP 66. 1. 84, S. 66. 1. 194 », in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. II, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 12^{ème} éd., 2008, p. 207 et s., n° 168 – J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Application du pouvoir modérateur du juge à propos d’une clause pénale », RDI 1998, p. 391 – F. PASQUALINI, « Sur la révision des clauses pénales », Defrénois 1995, p. 769 – Y. PICOD, « Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014, pt. 74.

¹⁷⁰³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 685, V° *Non-concurrence (-Clause de)*.

¹⁷⁰⁴ Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45135 : Bull. civ. V, n° 239 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 46 ; D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; RJS 2002, p. 840, n° 1119 ; JS Lamy 2002, n° 108-2 ; Dr. ouvrier 2002, p. 533, note D. TATE ; CSB 2002, p. 446, A. 54 ; RDC 2003, p. 17, obs. J. ROSCHFELD ; RDC 2003, p. 142, obs. Ch. RADE : « *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 cumulative* ».

¹⁷⁰⁵ G. BLANC-JOUVAN, « Clause de non-concurrence », J.-Cl. Travail Traité, fasc. 18-25, 2015, pt. 34.

¹⁷⁰⁶ Cass. soc., 2 avr. 2014, n° 12-29693 : « *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* ».

d'entre elles annule la clause de non-concurrence. Lorsque l'ensemble de ces exigences de sa validité sont réunies, le juge doit en vérifier la portée. C'est dans cette hypothèse qu'il exerce son pouvoir modérateur. Il s'agit d'illustrer cette idée par un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 18 septembre 2002¹⁷⁰⁷. Un contrat de travail à durée indéterminée a, en l'espèce, été conclu entre la société GAN-vie et Monsieur X, embauché en qualité de chargé de mission. Huit ans plus tard, l'employé, désireux de travailler en tant que courtier et non plus en tant que salarié, en a formulé la demande auprès de son employeur. Ce dernier ayant refusé, Monsieur X lui a présenté sa démission. La société lui a, alors, rappelé le caractère obligatoire d'une clause de non-concurrence stipulée dans son contrat de travail qui, en échange d'une contrepartie financière, lui interdisant « *pendant deux années à compter de la cessation de ses fonctions, dans le département de la Vendée et les départements limitrophes, de représenter des sociétés d'assurance-vie ou « I.A. », de capitalisation ou d'épargne, de présenter au public, directement ou indirectement, des opérations d'assurance, de capitalisation ou d'épargne, et de collaborer avec des courtiers ou agents généraux d'assurances* ». Monsieur X a assigné son employeur devant le Conseil des Prud'hommes afin de faire prononcer la nullité de la stipulation contractuelle. La Cour d'appel de Poitiers, confirmant le jugement prud'homal, a accédé partiellement à la demande. Les juges ont commencé par constater le fait que la clause était indispensable s'agissant de la protection des intérêts légitimes de l'employeur. Elle a, cependant, nuancé cette idée en expliquant que la portée de la stipulation constituait une entrave trop importante à la liberté de travailler du salarié et en a limité le champ d'application à « *l'interdiction faite au salarié de démarcher les clients de la société GAN-vie* ». Suite à cette décision, l'employeur a formé un pourvoi en cassation au moyen que la clause de non-concurrence était, comme confirmé par la Cour d'appel, indispensable à la protection de ses intérêts légitimes, et que sa portée ne plaçait pas le salarié dans l'impossibilité totale de travailler. La Chambre sociale de la Cour de cassation a, alors, rejeté le pourvoi et a appuyé l'exercice de leur pouvoir modérateur par les juges du fond en expliquant 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*

¹⁷⁰⁷ Cass. soc, 18 sept. 2002, n° 00-42904 : JSL, 2002, p. 110, obs. M.-C. HALLER – V. en ce sens : Cass. soc., 13 juill. 2005, n° 03-44975 : JSC, 2005, p. 176, obs. M.-C. HALLER.

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 en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ». La Haute juridiction a, ainsi, affirmé explicitement le pouvoir modérateur des magistrats s'agissant de l'appréciation des conditions de validité d'une clause de non-concurrence.

Une véritable appréciation est, donc, laissée au juge s'agissant de l'exercice de son pouvoir modérateur. Dès lors qu'il constate, par principe, des conséquences « *manifestement excessives* » liées à des stipulations contractuelles, il est, en effet, en mesure de s'immiscer dans l'exécution du contrat. Cette possibilité qui lui est accordée de modérer certaines clauses constitue une entrave évidente au principe de la force obligatoire du contrat tel que posé par l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil. Les conventions tiennent donc de loi à ceux qui les ont faites à condition que le contenu prévu par les parties n'ait pas de conséquences « *manifestement excessives* ».

553. - Le pouvoir modérateur du juge et les obligations non matérialisées – La mise en œuvre de son pouvoir modérateur par le juge en matière contractuelle illustrée, il s'agit de se demander si son exercice a un impact s'agissant des obligations non matérialisées.

Il est établi que le juge a la possibilité d'exercer ce pouvoir spécifique s'agissant des clauses abusives¹⁷⁰⁸. Il est, en effet, dans l'obligation d'en relever le caractère abusif¹⁷⁰⁹ dès lors qu'il constate l'existence d'un déséquilibre juridique significatif entre les parties. Cette dernière condition démontre des conséquences « *manifestement excessives* » de ces clauses dont la mise en œuvre révèle une « *exception de*

¹⁷⁰⁸ V. D. MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 23 et s. – Sur la notion de clause abusive, V. *Supra* n° 72 et s.

¹⁷⁰⁹ O. DESHAYE, « L'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause », RDC 2010/1, p. 59 – CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Gyórfi* : JCP E 2009, p. 293 ; D. 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; JCP G 2009, p. 336, note G. PAISANT ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. P. REMY-CORLAY : « « *Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale* » – CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-40/08, *Asturcom telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Noguerna* : « *La juridiction est tenue de relever d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur* ».

disproportion »¹⁷¹⁰. Il convient, ainsi, d'effectuer un parallèle entre le pouvoir modérateur du juge et les obligations non matérialisées implicites et explicites.

S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi implicite, d'une part, il a été établi qu'elles relèvent de la réglementation consumériste relative aux clauses abusives lorsqu'elles sont obligatoires dans un contrat conclu avec un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel¹⁷¹¹. Il s'agit, dès lors, de s'intéresser à leur rapport avec le pouvoir modérateur du juge. Si ce dernier permet aux magistrats de relever d'office des stipulations contractuelles qui répondent au conditionnement consumériste, les obligations non matérialisées par renvoi implicite relèvent de la liste noire visée par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation. Leur révélation n'apparaît, dès lors, pas rattachée à l'exercice de son pouvoir modérateur par le juge puisqu'elles sont automatiquement réputées non écrites. De manière générale, il semble difficile de rattacher ces obligations, même lorsqu'elles sont obligatoires dans d'autres contrats que des contrats de consommation, à l'exercice de son pouvoir modérateur par le juge. L'idée n'est pas, en effet, de modérer l'effet de l'exécution de la stipulation contractuelle mais d'en définir le contenu.

S'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite, d'autre part, il semble que le pouvoir modérateur du juge n'ait pas de conséquence sur la mise en œuvre des clauses par référence. Strictement encadrées¹⁷¹², ces dernières répondent à des exigences qui permettent, en amont, d'éviter toute problématique relative à des disproportions excessives entre les parties. Puisqu'elles sont obligatoires dès lors que les parties ont conscience que le contenu référencé fait partie du champ contractuel et qu'elles ont été mises en mesure d'en prendre connaissance, le mécanisme ne peut créer, en lui-même, de « *conséquences manifestement excessives* ». Il s'agit, alors, de se demander si le contenu référencé peut, indépendamment de l'appréciation de la clause par référence, être soumis au pouvoir modérateur du juge. Il ne semble, une fois de plus, que ce dernier ne puisse pas être exercé en pareille hypothèse puisqu'il n'est pas question de modérer les modalités d'exécution de la relation contractuelle mais d'en déterminer le contenu qui s'impose.

¹⁷¹⁰ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 30, n° 14.

¹⁷¹¹ V. *Supra* n° 73.

¹⁷¹² V. *Supra* n° 60 et s.

554. - Le pouvoir modérateur du juge envisagé, il s'agit de s'intéresser à son double pouvoir d'interprétation.

Paragraphe 2 : Le double pouvoir d'interprétation du juge

555. - Le juge bénéficie, en matière contractuelle, d'un pouvoir d'interprétation qu'il a la possibilité d'exercer de deux manières¹⁷¹³. Objectivement, d'une part, il est en mesure de s'écarter de la volonté des contractants en leur imposant une partie du contenu obligationnel (I). Subjectivement, d'autre part, le juge peut être amené à révéler le contenu du contrat en se fondant sur la commune intention des parties¹⁷¹⁴ (II).

I. L'interprétation objective du contrat : l'éloignement de la commune intention des parties

556. - **Exposé de l'interprétation objective du contrat : le contenu de l'article 1135 du Code civil** – L'interprétation objective du contrat implique un éloignement, par le juge, de la volonté des parties¹⁷¹⁵ par l'application de l'article 1135 du Code civil. Il s'agit, pour lui, de compléter le contenu obligationnel par l'adjonction d'obligations apparaissant en adéquation, voire indispensables, avec l'opération voulue par les parties¹⁷¹⁶. Afin de déterminer l'objet de ce pouvoir du juge, il est nécessaire de revenir sur le contenu de l'article 1135. Ce dernier dispose que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». La lecture de cette disposition implique, ainsi, que le contenu obligationnel ne se limite pas aux stipulations prévues par les parties. L'étendue de l'engagement doit, en effet, contenir les « suites » des

¹⁷¹³ V. en ce sens : D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Les obligations*, Ellipse, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 170-171, n° 223.

¹⁷¹⁴ C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008/2, p. 207, pt. 3 – Ph. SIMLER, « Contrats et obligations, Interprétation des contrats, L'instrument : Notion, normes, champ d'application », *J.-Cl. Civil Code*, fasc. 10, 2009, pt. 10.

¹⁷¹⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, t. II : Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 19, n° 12.

¹⁷¹⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 416, n° 397.

obligations, selon leur nature, telles que prévues par l'équité, l'usage et la loi et ce même si les parties ne l'ont pas expressément prévu. Il ne s'agit, donc, pas, dans cette hypothèse, de prendre en compte la volonté des parties – déclarée ou interne – mais de déduire de la nature des obligations qu'elles ont stipulées des « suites »¹⁷¹⁷ dès lors que les contractants ne se sont pas opposés à l'application de l'article 1135 du Code civil¹⁷¹⁸.

Le juge a, par conséquent, la possibilité d'adjoindre des obligations à la charge des parties au nom de l'équité, de l'usage et de la loi à condition que l'opération contractuelle ne soit pas dénaturée¹⁷¹⁹. Les ajouts doivent, ainsi, constituer des « *suites évidentes et naturelles de l'accord* »¹⁷²⁰. Quel que soit l'adjectif qui y est associé, « implicites »¹⁷²¹, « accessoires »¹⁷²² ou « complétives »¹⁷²³, les obligations découvertes,

¹⁷¹⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 179, n° 180.

¹⁷¹⁸ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1961, p. 360, n° 367.

¹⁷¹⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014, p. 418, n° 399 – F. ROUVIERE, « Le contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010.

¹⁷²⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 08-18559 : Bull. civ. III, n° 272 ; AJDI 2010, p. 396, obs. S. PORCHERON ; RDC 2010, p. 670, note J.-B. SEUBE ; RLDC 2010/68, n° 3702, obs. C. LE GALLOU.

¹⁷²¹ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 198, n° 206 : L'auteure explique que le caractère contractuel des obligations issues de l'article 1135 du Code civil est justifié par la « corrélation entre l'obligation initiale et sa « suite ». L'adjectif « accessoire » ne peut pas être choisi puisqu'il désigne, entre autres, « une pièce qui ne fait pas partie intégrante d'un ensemble » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 16, V° *Accessoire*). Or, les obligations visées font partie intégrante du champ contractuel. Dès lors, l'utilisation de l'adjectif « implicite » doit leur être choisi puisqu'il correspond à ce « *qui, sans être énoncé formellement peut être déduit de ce qui est exprimé* » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1287, V° *Implicite*) – L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le consentement au cœur du contentieux », *Dr. et patr.* 2013, p. 74 (« *Contenu implicite du contrat et article 1135 du Code civil* »).

¹⁷²² Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1083 et 1084, n° 3207-1 – F. ROUVIERE, « Le contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 38 et 41 : l'auteur explique que les obligations contenues dans l'article 1135 du Code civil doivent être qualifiées « d'accessoires ». L'emploi de ce qualificatif se justifie par le fait que la suppression de l'accessoire « *ne met pas en péril la poursuite du but principal des parties, l'opération contractuelle elle-même* ». Autrement dit, l'ajout de ces obligations n'a aucun impact sur la nature de l'opération contractuelle voulue par les parties.

¹⁷²³ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2005, p. 723 et s., n° 339 et s. : pour l'auteur, les obligations issues de l'article 1135 du Code civil doivent être qualifiées de « complétives ». Ce terme permet alors de regrouper les caractères accessoires, inexprimés et complémentaires de leurs effets.

voire inventées¹⁷²⁴ par le juge sur le fondement de l'article 1135 du Code civil intègrent le champ contractuel. L'objectif visé réside dans l'adaptation de l'opération contractuelle aux impératifs sociaux¹⁷²⁵ et économiques contemporains¹⁷²⁶.

557. - Interprétation objective et obligations non matérialisées – L'objet de l'interprétation objective du contrat par le juge mis en exergue, il s'agit d'en envisager les conséquences s'agissant des obligations non matérialisées.

La mise en application de l'article 1135 du Code civil par le juge permet, donc, de déterminer le contenu du contrat par la découverte ou la création de nouvelles obligations lorsqu'il considère qu'il est lacunaire¹⁷²⁷. S'il s'agit, au sens littéral du terme, d'obligations non matérialisées puisqu'elles ne sont pas retranscrites dans un acte instrumentaire mais s'imposent aux parties, elles ne concernent, toutefois, pas la présente étude. Etant fondées par la loi, l'usage ou encore l'équité, elles ne relèvent, en effet, pas du champ d'application envisagé qui rejette les obligations imposées¹⁷²⁸. Il s'agit, dès lors, de s'intéresser au pouvoir d'interprétation subjectif du juge.

¹⁷²⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014, p. 400 et s., n° 1098 et s. – J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s., spéc. p. 18 et s. – Sur les notions de suites des obligations selon la loi, l'usage et l'équité : V. *Supra* n° 28 et s.

¹⁷²⁵ Par ex. : J. MOULY, « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié » (à propos de : Cass. soc., 18 oct. 2006 : Bull. civ. V, n° 307), D. 2007, p. 695 : en l'espèce, a été dérogée, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, une obligation à la charge de l'employeur de garantir ses salariés contre une action pénale en lien avec les faits qu'ils accomplissent ou les actes qu'ils concluent en exécution de leur contrat de travail. Monsieur le professeur Jean Mouly explique alors que « *il est clair que, en faisant peser sur l'employeur une obligation de protection juridique du salarié, les juges ajoutent à ce qui a été expressément ou implicitement convenu par les parties, et que cette création prétorienne, qui dépasse la simple interprétation, même amplifiante, ne pouvait, dès lors, qu'être fondée sur l'article 1135 du Code civil* » et que « *le mécanisme prévu par cet article a pu être, en l'occurrence, utilisé pour instaurer une protection juridique du salarié par l'employeur* ».

¹⁷²⁶ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1084, n° 3207-1.

¹⁷²⁷ F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 157, n° 182.

¹⁷²⁸ V. *Supra* n° 47 et s.

II. L'interprétation subjective du contrat : la recherche de la commune intention des parties

558. - L'interprétation subjective du contrat s'effectue en considération de la volonté des parties puisque le juge est, dans cette hypothèse, tenu par leur « loi »¹⁷²⁹. L'ensemble des parties à un contrat n'étant, toutefois, pas nécessairement dotées de compétences juridiques, elles peuvent se fourvoyer lorsqu'elles s'engagent dans une relation contractuelle. Le juge intervient alors afin de pallier à d'éventuelles erreurs¹⁷³⁰ tant s'agissant de la qualification du contrat (A) – qui sera indispensable quant à la détermination des obligations qui seront applicables à la relation contractuelle – que de son contenu (B).

A) L'interprétation subjective portant sur la qualification du contrat

559. - Le pouvoir d'interprétation subjectif reconnu au juge est celui qui implique une lecture du contrat fondée sur la volonté des parties¹⁷³¹. Lorsqu'il porte sur la qualification du contrat (1), son exercice met en exergue un dépassement de la part du pouvoir judiciaire s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées (2).

1. Le contenu de l'interprétation subjective de la qualification du contrat

560. - **La justification la qualification du contrat par le juge** – L'alinéa 1^{er} de l'article 12 du Code de procédure civile explique que le juge « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Cette disposition implique, pour les magistrats, d'effectuer un travail préalable nécessaire de qualification afin de

¹⁷²⁹ C. civ., art. 1134, al. 1^{er} : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁷³⁰ G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, coll. *Université*, 17^{ème} éd., 2014, p. 255, n° 229.

¹⁷³¹ D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Les obligations*, Ellipse, coll. *Cours magistral*, 2008, p. 170, n° 223.

déterminer, par la suite, les dispositions applicables au litige¹⁷³². Cette idée se traduit, en matière contractuelle, par la qualification juridique du contrat sur lequel il lui est demandé de statuer. Cette dernière est, en effet, nécessaire afin de déterminer les corps de règles opposables et ceux, à l'inverse, qui sont inapplicables.

561. - La mise en œuvre de la qualification du contrat par le juge – Lorsque la situation contractuelle est faussement qualifiée par les parties, le juge doit donc procéder à un travail de requalification¹⁷³³. Il apparaît nécessaire de s'interroger sur la nature de ce pouvoir. S'agit-il d'une possibilité qui lui est offerte ou d'une obligation qui lui est imposée ? L'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile dispose que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Il convient, alors, de distinguer la situation dans laquelle les parties ne proposent pas de qualification juridique et inversement.

Lorsque les contractants ne proposent pas de qualification juridique relative à leur relation contractuelle, d'une part, il relève de l'obligation du juge de qualifier la situation juridique en considération des éléments de faits présentés par les parties¹⁷³⁴, sans quoi il se rendra coupable d'un déni de justice¹⁷³⁵.

Il s'agit, d'autre part, de s'interroger sur la nature de l'intervention judiciaire s'agissant de la situation dans laquelle une qualification erronée a été formulée par les parties. L'utilisation du verbe « *devoir* » par le législateur dans la rédaction de l'article 12 du Code de procédure civile présume que la requalification des contrats est,

¹⁷³² D. COHEN, « Méprise du plaideur et initiative du juge. La seconde peut-elle suppléer la première ? », Gaz. Pal. 1996, I, chron. 240 – G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, coll. *Université*, 17^{ème} éd., 2014, p. 263, n° 237.

¹⁷³³ « *Rattachement d'un acte à une notion ou une catégorie préexistante* » : F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 137, n° 156.

¹⁷³⁴ S. GUINCHARD, C. CHANAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. *Précis*, 32^{ème} éd., 2014, p. 417, n° 513.

¹⁷³⁵ C. civ., art. 4 : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* » – C. pén., art. 434-7-1 : « *Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans* ».

également, dans cette seconde hypothèse, une obligation à la charge du juge¹⁷³⁶. Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁷³⁷ a, toutefois, tempéré cette affirmation. Un contrat de vente portant sur un véhicule d'occasion a, en l'espèce, été conclu entre la société Carteret automobiles et Monsieur X. tombé en panne, l'acheteur a assigné le vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés. Le demandeur n'a, cependant, pas apporté la preuve de ses allégations. La Cour d'appel a alors estimé que le litige ne portait pas sur la garantie prévue par l'article 1641 du Code civil – comme avancé par Monsieur X – mais était relative à un manquement de son obligation de délivrance par le vendeur. S'est, donc, posé un problème relatif à la qualification des prétentions du demandeur. La Cour de cassation a estimé que la mauvaise qualification du contrat par les parties n'emportait pas l'obligation pour le juge d'en appliquer l'exacte formulation au litige mais uniquement d'en relever l'inexactitude. Elle en a alors déduit que la Cour d'appel n'était pas tenue de vérifier si, suite à la requalification, le demandeur était en mesure d'obtenir gain de cause. La juridiction de second degré avait, ainsi, la possibilité de se contenter de rejeter les prétentions fondées sur des effets contractuels inapplicables du fait de l'erreur de qualification.

Il s'agit, en réalité, de distinguer le changement de dénomination et de fondement des actes et faits litigieux, d'une part, et des demandes, d'autre part¹⁷³⁸. Cette idée signifie que, si le juge doit redonner l'exacte qualification aux faits et actes, il n'est pas dans l'obligation d'en appliquer les conséquences juridiques au litige qui lui est

¹⁷³⁶ R. MARTIN, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », D. 1994, p. 308, pt. 8.

¹⁷³⁷ Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343 : Bull. ass. plén. n° 10 ; BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapport M. LORIFERNE et avis R. DE GOUTTES ; D. 2008, p. 228, obs. L. DARGENT et p. 1102, chron. O. DESHAYES ; JCP 2008, II, 10006, note L. WEILLER et I. 138, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RCA 2008, comm. 112, note S. HOCQUET-BERG ; Dr. et proc. 2008, p. 103, note Ch. LEFORT ; Contrats, concu, consom. 2008, comm. 92, note L. LEVENEUR ; RDI 2008, p. 102, note Ph. MALINVAUD ; RDC 2008/5, p. 43 ; Ann. Loyers 2008, p. 1982, obs. R. MARTIN ; Rev. huiss. 2008, p. 90, rapport M. LORIFERNE, obs. Ch. LEFORT : « *Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau 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; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef* ».

¹⁷³⁸ S. GUINCHARD, C. CHANAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. *Précis*, 32^{ème} éd., 2014, p. 298, n° 69.

soumis¹⁷³⁹. L'application des effets de la requalification par le juge apparaît, ainsi, comme un pouvoir et non comme une obligation¹⁷⁴⁰. Dans un communiqué, la Cour de cassation a, d'ailleurs, enlevé toute ambiguïté à la question¹⁷⁴¹ en expliquant que, « *mis à part les cas où la loi lui fait l'obligation de relever d'office un moyen de droit non expressément invoqué par les parties, le juge n'était pas tenu de le faire* »¹⁷⁴².

562. - L'obligation de respecter la volonté des parties¹⁷⁴³ – Les pouvoirs de qualification et de requalification octroyés au juge sont, toutefois, limités par l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile¹⁷⁴⁴ sur le fondement de la volonté des parties¹⁷⁴⁵. Si ces dernières ont, par un accord exprès – la renonciation ne pouvant pas s'appliquer de manière tacite comme par la simple concordance des prétentions des parties¹⁷⁴⁶ – et pour les droits dont elles ont la libre disposition, décidé de lier le juge aux qualifications qu'elles proposent, ce dernier n'aura pas la possibilité de les modifier.

563. - La pratique démontre que, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de qualification, le juge dépasse, parfois, la volonté réelle des parties, et notamment s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées.

¹⁷³⁹ G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, coll. *Université*, 17^{ème} éd., 2014, p. 265, n° 237-1 – S. GUINCHARD, C. CHANAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. *Précis*, 32^{ème} éd., 2014, p. 438, n° 538.

¹⁷⁴⁰ F. EUDIER et N. BERBAY, « Jugement », Rép. proc. civ. Dalloz, 2014, pt. 121 – Ch. LEFORT, *Procédure civile*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd., 2014, p. 211, n° 274.

¹⁷⁴¹ F. EUDIER et N. BERBAY, « Jugement », Rép. proc. civ. Dalloz, 2014, pt. 114.

¹⁷⁴² C. cass., *Communiqué relatif à l'arrêt n° 564 du 21 décembre 2007* : BICC, n° 680, 15 avr. 2008.

¹⁷⁴³ V. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1957, rééd., LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du droit*, 2014.

¹⁷⁴⁴ CPC, art. 12, al. 3 : « *Toutefois, [le juge] 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* ».

¹⁷⁴⁵ V. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1957, rééd., LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du droit*, 2014.

¹⁷⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976 : Bull. civ. I, n° 417 – Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 1979 : Bull. civ. III, n° 175 – Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1992 : Bull. civ. I, n° 261 – Cass. civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006 : Bull. civ. II, n° 217 ; D. 2007, pan. 1382, obs. P. JULIEN ; JCP 2007, I, 139, n° 16, obs. T. CLAY – Cass. civ. 2^{ème}, 2 juill. 2009, n° 08-11599 : Procédures 2009, n° 307, obs. R. PERROT.

2. Le dépassement de son pouvoir par le juge par la découverte des obligations non matérialisées

564. - Pouvoir de qualification et obligations non matérialisées – S’agissant des obligations non matérialisées, l’utilisation de ses pouvoirs de qualification par le juge lui permet de découvrir l’existence d’une clause implicite de tacite caducité dans les contrats interdépendants. Dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 novembre 2013¹⁷⁴⁷, deux contrats de prestation de service ont été conclus entre la société Easydentic et Mme X dans le cadre de l’exploitation de l’hôtel de cette dernière. Le premier contrat portait sur du matériel de télésurveillance et le second sur sa maintenance moyennant le versement de deux loyers. Mme X a conclu un troisième contrat de location portant sur le matériel en question auprès de la société Parfip France en contrepartie du paiement d’un loyer. Le contrat de location comportait une clause d’indépendance par rapport aux premiers contrats de prestations de service. Il était, ainsi, contractuellement prévu que l’inexécution ou la mauvaise exécution des contrats conclus avec la société Easydentic n’auraient aucun impact sur la validité de celui conclu avec la société Parfip France.

Le matériel ne fonctionnant pas, Mme X a alors cessé de payer les loyers dus au titre de son contrat de location conclu avec la société Parfip France. Cette dernière l’a alors assigné en paiement. La Cour d’appel de Paris a, le 25 mai 2012, reconnu le caractère obligatoire des clauses d’indépendance et condamné Mme X au versement des loyers impayés et à la restitution sous astreinte du matériel. La demanderesse s’est pourvue en cassation, arguant du fait que la juridiction de second degré a violé l’article 12 du Code de procédure civile en appliquant les clauses de divisibilité alors que la situation de fait démontrait l’existence d’une interdépendance économique entre les contrats que le juge aurait dû qualifier¹⁷⁴⁸. Cassant et annulant l’arrêt de la Cour d’appel, la Cour de cassation a donc accueilli l’argumentation juridique formulée par Mme X reconnaissant,

¹⁷⁴⁷ Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23955 : D. 2013, p. 1634, obs. J.-P. REMERY.

¹⁷⁴⁸ Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23955 : D. 2013, p. 1634, obs. J.-P. REMERY, annexe : « 1°) Alors que le juge doit redonner à un contrat son exacte qualification sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ; qu’en relevant, pour écarter l’indivisibilité des conventions de location et de maintenance dont se prévalait Madame X..., épouse Y..., que les contrats stipulaient qu’ils étaient divisibles et que le loueur n’assumait dès lors aucune responsabilité quant à l’exécution des prestations de maintenance, sans s’attacher à la teneur réelle des contrats qui avaient été conclus par les parties, la Cour d’appel a violé l’article 12 du Code de procédure civile ».

ainsi, la situation d'interdépendance et, par conséquent, l'absence d'effet contraignant de la clause d'indépendance. Si la Haute juridiction n'a pas repris explicitement l'article 12 du Code de procédure civile dans son visa, elle a mis en œuvre son pouvoir de requalification et en a appliqué les effets. Elle a, ainsi, fait primer une requalification de la situation contractuelle sur une stipulation prévue et acceptée par les parties.

565. - La suprématie du pouvoir de requalification du juge s'agissant des clauses contractuellement prévues par les parties – Une Chambre mixte de la Cour de cassation¹⁷⁴⁹ est revenue sur cette problématique particulière de la coexistence entre une situation d'interdépendance et une clause d'indépendance en affirmant la suprématie de la requalification sur la volonté des parties.

Deux contrats de partenariat ont, en l'espèce, été conclus entre la société Bar le Paris et la société Media vitrine. Aux termes de ces contrats, la société Media vitrine s'engageait à installer chez son cocontractant un « *réseau global de communication interactive* », par la mise en place d'un ensemble informatique et vidéo « *avec un contenu interactif pour les clients et un contenu en diffusion médiatique* », contenant, notamment, des spots publicitaires ainsi que de s'acquitter d'une redevance. En contrepartie, la société Bar le Paris garantissait à la société Media vitrine l'exclusivité de l'exploitation du partenariat publicitaire.

La société Leaseo, détenteur du matériel nécessaire à l'exécution des précédents contrats, a consenti à la société Bar le Paris un contrat de location en contrepartie du paiement d'un loyer. La société Leaseo a, par la suite, cédé le matériel à la société Siemens lease services, qui a apposé sa signature sur le contrat de location en qualité de bailleur substitué. Ce contrat de location prévoyait une clause d'indépendance par rapport aux contrats que la société Bar le Paris avait conclus avec la société Media vitrine.

Le système ne fonctionnant pas, la société Bar le Paris a arrêté de verser les loyers dus à la société Siemens lease services. Cette dernière l'a alors mise en demeure de lui

¹⁷⁴⁹ Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR.

régler les loyers impayés. La Cour d'appel de Paris, le 6 avril 2011, a écarté l'application de la clause d'indépendance et a prononcé la résiliation de l'ensemble des contrats conclus. La société Siemens lease services a, alors, formé un pourvoi en cassation en s'appuyant, notamment, sur l'article 1134 du Code civil, reprochant à la juridiction de second degré d'avoir « *amputé le contrat d'une partie de son contenu* » et, partant, d'avoir porté atteinte au principe de la force obligatoire des contrats. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en expliquant que les stipulations contractuelles litigieuses étant en contradiction avec la constatation d'une situation d'interdépendance, la Cour d'appel en a, à bon droit, écarté l'application¹⁷⁵⁰.

Cette solution démontre la supériorité des effets d'une requalification judiciaire de la situation contractuelle par les juges sur la volonté des parties. Si la « *norme posée [par les parties] doit lui servir de référence* »¹⁷⁵¹, le juge, dans le cas des obligations non matérialisées, semble, de fait, s'écarter de cette règle.

566. - Le pouvoir de qualification accordé au juge par l'article 12 du Code de procédure civile semble, ainsi, outrepassé s'agissant de l'appréciation du caractère obligatoire des obligations non matérialisées, puisque sa mise en œuvre va à l'encontre de la volonté exprimée des parties. Il s'agit, à présent, de s'intéresser à son pouvoir d'interprétation subjective s'agissant du contenu du contrat.

¹⁷⁵⁰ Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR : « *Mais attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ».

¹⁷⁵¹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. Université, 14^{ème} éd., 2014, p. 398, n° 1087.

B) L'interprétation subjective portant sur le contenu du contrat

567.- L'objet de l'interprétation – Son pouvoir d'interprétation subjective s'agissant du contenu du contrat est octroyé au juge par les articles 1156 à 1164 du Code civil. La première interrogation porte sur l'objet de l'exercice de son pouvoir. Quelles sont les clauses que les magistrats ont la possibilité d'interpréter ?

Le juge est lié par la volonté des parties tel qu'il en ressort de l'article 1134 du Code civil. Si l'autonomie de la volonté est discutée quant à sa place de principe gouvernant le droit des contrats, la volonté des parties conserve une place prédominante s'agissant des relations contractuelles. Le pouvoir judiciaire n'intervient, alors, qu'en cas de doute sur l'interprétation à retenir. La Chambre civile de la Cour de cassation a expliqué ce principe en 1982. Il s'agissait, en l'espèce, d'une société qui promettait, dans un avis réglementaire, une prime à tous les salariés qui exécuteraient une tâche précise. Il était, toutefois, précisé que, n'étant pas automatique, son versement restait facultatif. L'un des salariés, ayant accompli le travail demandé, a réclamé la prime qui ne lui a pas été versée au titre, justement, de son caractère optionnel. Suite à sa saisine, par l'employé, le Conseil des Prud'hommes a condamné la société à payer le montant prévu. L'employeur s'est, par la suite, pourvu en cassation. La Cour de cassation a alors précisé que, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, le caractère clair et précis d'une stipulation contractuelle empêchait le juge d'exercer son pouvoir d'interprétation et a cassé le jugement précédemment rendu¹⁷⁵². Si les clauses du contrat présentent ce double caractère de clarté et de précision, les parties et le juge y sont, donc, liés selon le principe de l'intangibilité du contrat et les stipulations ne peuvent, par conséquent, pas être interprétées¹⁷⁵³. La réforme de droit des contrats appuie, d'ailleurs, cet encadrement puisqu'il est expressément prévu qu'*« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation »*¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁵² Cass. civ., 15 avr. 1872 : Bull. civ. 1872, n° 72 ; DP 1872, jurispr. p. 176 ; S. 1872, jurispr. p. 232 : *« Attendu qu'aux termes de cet article, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ;*

Qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment ».

¹⁷⁵³ C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », RDC 2008/2, p. 207, pt. 4 – Ph. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », JCP G 2011, p. 1402.

¹⁷⁵⁴ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1189.

L'ambiguïté et l'absence de clarté apparaissent, ainsi, comme deux exigences nécessaires à l'application de son pouvoir d'interprétation par le juge¹⁷⁵⁵. Cette règle permet d'éviter toute dénaturation du contrat en faisant primer la volonté des parties¹⁷⁵⁶. La finalité recherchée par cette technique d'interprétation est d'assurer la meilleure exécution du contrat en considération de la commune intention des contractants. Il s'agit donc, pour le juge, d'effectuer une recherche plus psychologique que littéraire, auprès des parties afin de déterminer ce qu'elles ont voulu et, ainsi, éviter toute dénaturation du contrat. Cette idée est d'ailleurs rappelée dans la formulation de l'article 1156 du Code civil qui dispose qu'« *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

568. - La mise en œuvre de l'interprétation : la suprématie de l'esprit sur la lettre – L'interprétation des clauses obscures et ambiguës par le juge implique, donc, un travail psychologique puisque la rédaction de l'article 1156 induit explicitement la suprématie de l'esprit sur la lettre. Il s'agit, à cet effet, de différencier la volonté déclarée de la volonté réelle¹⁷⁵⁷. En cas de litige, les insuffisances de la première laissent place à l'appréciation de la seconde.

Dans un souci de protection de la volonté des parties, la mise en œuvre de son pouvoir d'interprétation par le juge est soumise à trois conditions¹⁷⁵⁸. Le juge doit, d'abord, rechercher une intention commune aux contractants en ce sens qu'elle doit être partagée par l'ensemble des parties. Cette commune intention doit, ensuite, pouvoir être identifiée. Il ne s'agit pas, à ce titre, pour le juge, d'extrapoler ou d'inventer ce que les parties ont potentiellement voulu¹⁷⁵⁹. S'il n'est pas possible d'établir avec certitude ce que souhaitent les contractants, d'autres instruments d'interprétation sont mis à la

¹⁷⁵⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, t. II : Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 17, n° 10.

¹⁷⁵⁶ H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, « Cass. civ., 15 avr. 1872 : DP 1872, jurispr. p. 176 ; S. 1872, jurispr. p. 232 », in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. II : Contrats spéciaux, obligations, sûretés*, 11^{ème} éd., 2000, p. 111 et s.

¹⁷⁵⁷ Sur les notions de volontés déclarée et réelle : V. *Supra* n° 406.

¹⁷⁵⁸ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 331-52 – H. LEMAIRE et A. MAURIN, « Droit français et principes du droit européen du contrat », LPA 7 mai 2004, p. 38.

¹⁷⁵⁹ G. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, Arthur Rousseau, Paris, 1905, p. 12 et s.

disposition du pouvoir judiciaire¹⁷⁶⁰. L'objectif est, une fois de plus, de ne pas dénaturer la relation contractuelle telle qu'elle est consentie. La commune intention des parties doit, enfin, être appréciée au jour de la conclusion du contrat. Il s'agit de déterminer le plus fidèlement possible la manière dont les contractants souhaitaient voir exécuter leur relation contractuelle au jour de l'échange de leurs consentements.

L'appréciation de la volonté commune des parties peut, donc, à la fois prendre en considération les termes utilisés et le comportement adopté¹⁷⁶¹.

569. - Interprétation subjective du contenu du contrat et obligations non matérialisées – La reconnaissance de certaines obligations non matérialisées par le juge permet de répondre à l'impératif de recherche de la commune intention des parties lorsqu'il exerce son pouvoir d'interprétation. Tel est, notamment, le cas de l'effet contraignant reconnu au contenu des documents contractuels et des obligations non matérialisées par renvoi explicite.

S'agissant de la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant des documents précontractuels¹⁷⁶², d'une part, elle répond parfaitement à la recherche de la volonté commune des parties par le juge. Ces documents correspondant à des éléments prévus, avant la conclusion du contrat, entre les contractants, ils révèlent des indices relatifs à leur commune intention. Si l'existence d'un accord de principe¹⁷⁶³ est, par exemple, constatée, son contenu, s'il ne porte pas nécessairement sur l'intégralité du contenu contractuel, en précise des éléments d'ores et déjà acceptés par les parties. Il relève, dès lors, du pouvoir d'interprétation du juge de préciser le contenu obligationnel en considération de ces

¹⁷⁶⁰ Sur les autres techniques d'interprétations mises à la disposition du juge : V. par ex. C. civ., art. 1157 : « *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* » – C. civ., art. 1162 : « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ».

¹⁷⁶¹ Cass. civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, n° 69-12443 : D. 1971, p. 281, rapp. M. CORNUEY : « *Mais attendu qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher l'intention des parties contractantes dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester* » – Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1988, n° 86-19068 : Bull. civ. I, n° 352 : « *Mais attendu que pour déterminer quelle a été la commune intention des parties à un acte il n'est pas interdit aux juges du fond de relever le comportement ultérieur des contractants* ».

¹⁷⁶² Sur la notion de documents précontractuels, V. *Supra* n° 200 et s.

¹⁷⁶³ Sur la notion d'accord de principe, V. *Supra* n° 206.

stipulations au nom, justement, de la commune intention des parties.

S'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite, d'autre part, puisque les parties ont choisi de recourir à une clause par référence, leur mise en œuvre permet de révéler le contenu obligationnel applicable à la relation. Si les parties acceptent de se soumettre à ce mécanisme contractuel, il relève de leur volonté de le doter d'une effectivité qui se révèle, alors, par le caractère obligatoire du contenu référencé. Les obligations non matérialisées par renvoi explicite se justifient, donc, par la commune intention des contractants et son appréciation relève, par conséquent, de l'exercice de son pouvoir d'interprétation subjective par le juge.

*

570. - Bilan – Les conditions de mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge – qu'ils portent sur la qualification ou sur l'interprétation – sont strictement encadrées par le législateur. Il est, toutefois, permis de constater qu'il est des situations où les magistrats outrepassent les limites qui leurs sont imposées. La reconnaissance du caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées permet d'illustrer l'insécurité provoquée par ce constat.

Section 2 : La mise en œuvre des pouvoirs du juge source d'insécurité juridique

571. - La mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge se révèle être source d'insécurité juridique en ce qu'elle présente un risque tant de dénaturation de la volonté des parties (Paragraphe 1) que d'imprévisibilité relative à l'avenir du contenu obligationnel du contrat (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le risque de dénaturation de la volonté des parties

572. - Si le risque relatif à la dénaturation de la volonté des parties¹⁷⁶⁴ causé par la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge se constate s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées (I), cette constatation doit, toutefois, être tempérée puisque certaines d'entre elles servent la révélation de la commune intention des parties (II).

I. Un risque de dénaturation révélé par le caractère obligatoire des obligations non matérialisées

573. - La reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par l'exercice de ses pouvoirs par le juge peut, *a minima*, être difficilement rattachable à la commune intention des parties (A) et, *a maxima*, y porter atteinte (B).

A) Des obligations non matérialisées difficilement rattachables à la commune intention des parties

574. - Le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées se révèle difficilement rattachable à la commune intention des parties. L'inter-applicabilité des clauses compromissaires et les clauses contradictoires dans les conditions générales illustrent, ainsi, ce postulat.

575. - Inter-applicabilité des clauses de compétence – En présence de deux contrats interdépendants, il se constate un phénomène d'inter-applicabilité des clauses compromissaires¹⁷⁶⁵. Si une telle obligation de recourir à une instance arbitrale en cas de litige s'impose dans le contrat A, le contrat B y sera soumis, même si elle n'y est pas retranscrite.

¹⁷⁶⁴ V. en ce sens : T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », JCP G 1981, I, 3023, pt. 21 – F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 50, 2010, pt. 60 et s.

¹⁷⁶⁵ V. *Supra* n° 256 et s.

La constatation, par le juge, d'une telle inter-applicabilité, semble, alors, difficilement rattachable à la commune intention des parties. S'agissant, en effet, de la validité d'une clause compromissoire, l'alinéa 1^{er} de l'article 1443 du Code de procédure civile¹⁷⁶⁶ exige, à peine de nullité, la retranscription écrite de l'obligation. Si elle n'a pas été stipulée dans l'acte instrumentaire, il semble donc, en outre de son défaut de conformité légale, compliqué de justifier son caractère obligatoire par la volonté des parties puisque si elles avaient voulu faire trancher un éventuel litige par un arbitre, elles y aurait consenti explicitement en la prévoyant contractuellement¹⁷⁶⁷. Si le consentement des contractants ne peut pas être révélé, leur commune intention ne le peut, par conséquent, pas non plus.

576. - Les clauses contradictoires dans les conditions générales – S'agissant de l'existence de contradictions entre les stipulations prévues dans les conditions générales, il est nécessaire d'effectuer une distinction entre celles qui se révèlent du fait d'une seule partie et celles qui existent entre les deux parties.

Concernant les contradictions émanant de l'un seul des contractants, d'une part, elles se révèlent principalement lorsque coexistent des conditions générales et particulières. Leur traitement judiciaire semble répondre à des impératifs relatifs à la recherche de la commune intention des parties. S'agissant, par exemple, des contrats d'assurance, le juge choisit de faire primer les conditions particulières sur les conditions générales en estimant que ce sont celles qui reflètent le plus fidèlement la volonté des contractants¹⁷⁶⁸. Il est possible d'illustrer cette idée par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 février 1999¹⁷⁶⁹. L'association Héliclub de Bourbon Nord a, en l'espèce, conclu un contrat d'assurance responsabilité civile avec la société Axa Assurances IARD. Il était stipulé, dans les conditions particulières, que le contrat aurait une durée de 12 mois à compter du 9 avril 1991 – et expirerait, donc, le 9 avril 1992. Les conditions générales prévoyaient, quant à elles, que la prise d'effet du contrat aurait lieu le lendemain à midi du paiement de la première prime, acquittée le

¹⁷⁶⁶ CPC, art. 1443, al. 1^{er} : « La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel il se réfère ».

¹⁷⁶⁷ V. *Supra* n° 46.

¹⁷⁶⁸ V. *Supra* n° 111.

¹⁷⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 févr. 1999, n° 96-19538 : RCA n° 4, avr. 1999, p. 20.

13 décembre 1991 – ce qui impliquait que le contrat prendrait fin le 13 décembre 1992. Le 11 avril 1992, l'un des hélicoptères dont l'assuré était propriétaire s'est écrasé, causant le décès du pilote et de son passager. L'association, et quatre de ses membres, ont, alors, assigné l'assureur en paiement de la valeur de l'hélicoptère. Le défendeur a justifié son refus de remboursement en arguant de l'expiration du contrat d'assurance. Il s'agissait, ainsi, d'établir une hiérarchie entre le contenu prévu par les conditions générales et celui stipulé par les conditions particulières. Appuyant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion le 19 mars 1996, la Cour de cassation a rappelé que « *les conditions particulières devaient prévaloir sur les conditions générales* ». Le contrat d'assurance avait donc, en l'espèce, pris fin le 11 avril 1992 – soit avant l'accident – et l'assureur n'était, de ce fait, pas tenu de rembourser la valeur de l'hélicoptère. La solution retenue répond à une volonté de révéler la commune intention des parties en faisant primer le document qui apparaît y correspondre le plus justement. Plus les conditions seront particulières, en effet, plus elles seront en adéquation avec la volonté la plus précise des contractants¹⁷⁷⁰. Ce traitement des disparités entre les conditions générales et particulières se révèle, donc, être une stricte application de l'article 1156 du Code civil¹⁷⁷¹ par le juge.

S'agissant des contradictions relevées entre deux parties, d'autre part, elles s'illustrent, principalement, s'agissant des conditions générales de vente et d'achat. Le traitement judiciaire de telles divergences semble plus difficilement rattachable à la commune intention des parties puisqu'il ne reçoit, à l'heure actuelle, aucune solution homogène¹⁷⁷². Si, parfois, l'existence de deux clauses contradictoires a pour

¹⁷⁷⁰ V. en ce sens : J. BIGOT, V. HEUZÉ, J. KULLMANN, L. MAYAUX, R. SCHULZ et K. SONTAG, *Traité de droit des assurances, t. III : Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014, p. 417 et s., n° 865 – Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015, p. 1017, n° 2712.

¹⁷⁷¹ C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

¹⁷⁷² V. *Supra* n° 180.

conséquence d'en anéantir le caractère obligatoire¹⁷⁷³, deux autres solutions peuvent être appliquées à cette problématique. Le système de la « *last shot rule* »¹⁷⁷⁴, permet, ainsi, de faire primer la solution prévue par les dernières conditions proposées. Les contradictions peuvent, encore, être qualifiées de contre-offre si la modification est substantielle¹⁷⁷⁵ et, si elle ne l'est pas, s'appliquer sans qu'il ne soit nécessaire qu'elle ait été expressément acceptée¹⁷⁷⁶. Cette dernière solution, notamment, illustre la difficulté d'assimiler le traitement judiciaire des contradictions à la commune intention des parties. Il est possible d'illustrer cette idée par une affaire présentée devant la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international¹⁷⁷⁷. Un contrat de

¹⁷⁷³ V. par ex. : CA Paris, 25 juin 1958 : Gaz. Pal. 1958, 2, p. 125 : « *est admis en principe que des clauses contradictoires (...) s'annihilent et s'annulent réciproquement pour laisser le droit commun reprendre son empire* » – Principes UNIDROIT, 2010, art. 2.1.22 : « *Lorsque les parties utilisent des clauses-types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat* » – Commission de droit européen des contrats, O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, art. 2 : 209 : « (1) *Lorsque les parties sont parvenues à un accord mais que l'offre et l'acceptation renvoient à des conditions générales incompatibles, le contrat est néanmoins conclu. Les conditions générales font partie du contrat pour autant qu'elles sont pour l'essentiel communes aux parties.*

(2) *Le contrat, cependant, n'est pas formé si une partie*

(a) *a indiqué à l'avance, explicitement et non dans ses conditions générales, qu'elle ne veut pas être liée par le contrat en vertu de l'alinéa 1er,*

(b) *ou informe ultérieurement et sans retard l'autre partie qu'elle n'entend pas être liée par le contrat.*

(3) *Les conditions générales du contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties* » – V. *Supra* n° 180.

¹⁷⁷⁴ V. *Supra* n° 180.

¹⁷⁷⁵ Convention des Nations Unies du 11 avr. 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, art. 19 : « (1) *Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre ;*

2) *Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation*

3) *Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre* » – V. *Supra* n° 180.

¹⁷⁷⁶ CNUDCI, Déc. n° 189, Autriche, 20 mars 1997, *Oberster Gerichtshof* : CNUDCI, Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, New York, 2009, p. 70.

¹⁷⁷⁷ CNUDCI, Déc. n° 189, Autriche, 20 mars 1997, *Oberster Gerichtshof* : CNUDCI, Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, New-York, 2009, p. 70.

vente portant sur une automobile a, en l'espèce, été conclu entre un détaillant allemand et un grossiste installé au Danemark. Le document de commande prévoyait une date de livraison précise. Le vendeur, après avoir accepté ce dernier, y a ajouté ses conditions types qui prévoyaient qu'il se réservait le droit de modifier la date de la livraison du bien. La voiture n'ayant pas été livrée à la date prévue dans la commande, l'acheteur a prorogé le délai d'une semaine. La prolongation n'a, pas non plus, été respectée par le vendeur puisqu'il a procédé à la livraison sept semaines plus tard. L'acheteur a alors considéré que la vente était résolue, et a assigné son cocontractant en paiement de la différence entre le prix initialement convenu et celui auquel il a vendu la voiture à un autre acheteur. La Commission a, toutefois, considéré que la modification relative au délai de livraison opposée par le vendeur à l'acheteur n'altérait pas de manière substantielle le contrat. Puisque le détaillant n'avait pas objecté à son caractère obligatoire, l'article 19 2) de la Convention de Vienne trouvait, alors, application et la réserve apportée par le vendeur intégrait le contenu obligationnel applicable à la relation contractuelle. L'adoption d'une telle solution apparaît difficilement conciliable avec la recherche de la commune intention des parties, notamment s'agissant de l'acheteur. Comment, en effet, justifier le fait que ce dernier, par son silence, accepte que le délai de livraison qu'il a lui-même prévu soit modifié ? La prorogation proposée par le détaillant – restreinte à une seule semaine – semble, d'ailleurs, appuyer l'idée selon laquelle cette partie était attachée aux dates prévues sur la commande. Si, finalement, la résolution du contrat a été envisagée en considération de l'exigence de délai raisonnable prévu par l'article 33 de la Convention de Vienne¹⁷⁷⁸, c'est uniquement parce que le vendeur n'avait pas précisé le délai auquel il souhaitait se soumettre. Si tel n'avait pas été le cas, il est possible d'imaginer que le délai prévu par le grossiste aurait primé s'agissant de la définition du contenu obligationnel applicable à la relation contractuelle sans que cette solution ne puisse être rattachée à la commune intention des parties.

¹⁷⁷⁸ Remarque : en l'espèce, la résolution du contrat a néanmoins été acceptée parce que, si le contenu de la modification n'altérait pas substantiellement le contenu contractuel, le vendeur ne précisait pas le délai qu'il entendait tenir. Il s'agissait, dès lors, d'appliquer le délai raisonnable prévu par l'article 33 c) de la Convention de Vienne (« *Le vendeur doit livrer les marchandises (...) c) Dans tous les autres cas, dans un délai raisonnable à partir de la conclusion du contrat* ») qui, en l'espèce, était considéré comme dépassé.

577. - S'agissant de la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées, l'exercice de ses pouvoirs par le juge révèle, ainsi, le risque de dénaturation de la volonté des parties puisqu'elle leur est difficilement rattachable. Le contrat conclu devient, ainsi, source d'insécurité juridique¹⁷⁷⁹ puisque les contractants ne peuvent plus se fier à la stricte application de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil et sont soumises à la volonté du juge.

Il est des cas où ce constat de dénaturation est d'autant plus avéré que le pouvoir judiciaire porte directement atteinte à ce à quoi les parties ont consenti.

B) Des obligations non matérialisées portant atteinte à la commune intention des parties

578. - **Clauses de tacite caducité et clause de divisibilité** – La reconnaissance par le juge du caractère obligatoire des obligations non matérialisées révèle, parfois, une atteinte à la volonté des parties. Cette idée s'illustre, notamment, s'agissant de l'effet contraignant des clauses implicites de tacite caducité dans les contrats interdépendants puisqu'il se constate que les magistrats s'écartent de ce qu'il leur est permis de faire dans le cadre de leurs prérogatives.

Le caractère obligatoire des clauses implicites de tacite caducité est imposé par le pouvoir judiciaire dès lors qu'est qualifiée une situation d'interdépendance contractuelle. Si les parties n'ont rien stipulé s'agissant du sort du contrat B lorsque le contrat A disparaît – et inversement –, le juge déduit de la qualification de la situation contractuelle les effets applicables au contrat subsistant¹⁷⁸⁰. Cette situation ne révèle pas explicitement la remise en cause de la commune intention des contractants par le juge en ce sens que le contrat étant silencieux, aucune contradiction ne peut expressément être constatée.

Il existe, toutefois, des hypothèses dans lesquelles le juge va directement et explicitement porter atteinte à ce qui est contractuellement prévu par les parties. Afin de se protéger des effets de la situation d'interdépendance, les parties peuvent, en effet,

¹⁷⁷⁹ Sur la notion de sécurité juridique, V. *Supra* n° 479.

¹⁷⁸⁰ V. *Supra* n° 561.

stipuler une clause d'indépendance que le juge décidera d'écarter¹⁷⁸¹. Tel a, notamment, été le cas dans deux arrêts d'une Chambre mixte de la Cour de cassation en date du 17 mai 2013. La société Business support services a, en l'espèce, conclu, le 26 avril 2002, trois contrats relatifs à la télé-sauvegarde de ses fichiers informatiques avec la société Adhersis – aux droits de laquelle s'est jointe la société Risc group. La société Business a, par la suite, conclu trois autres contrats avec la société Adhersis lease portant sur la location financière du matériel informatique nécessaire à l'exécution des premiers contrats. Ces trois derniers contrats ont, par la suite, été cédés à la société KBC lease France.

La société Adhersis a arrêté d'exécuter ses obligations contractuelles. La société Business a, alors, adressé une lettre de résiliation à la société KBC lease France et a interrompu le paiement les loyers contractuellement prévus, arguant du caractère interdépendants des contrats de prestation de service et de location de matériel. La société Adhersis a assigné son cocontractant en résiliation du contrat à ses torts exclusifs et au paiement des mensualités impayées en s'appuyant sur l'existence d'une clause d'indépendance qui s'impose aux contrats que les deux parties ont conclus ensemble. La question était donc de savoir si la qualification de la situation d'interdépendance économique prime sur l'existence d'une clause d'indépendance expressément prévue par les parties. La Cour d'appel de Lyon, saisie après renvoi le 16 juin 2011, a retenu le caractère obligatoire de la stipulation contractuelle en expliquant « *que l'exécution de chaque contrat ne dépend donc pas, dans l'intention commune des parties, de l'exécution de l'autre et qu'aucun élément ne permet d'écarter*

¹⁷⁸¹ V. *Supra* n° 249 – V. par ex. : Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR : « *Mais attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* » – Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23955 : D. 2013, p. 1634, obs. J.-P. REMERY : « *Attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* » – Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18052 : « *Attendu que les contrats concomitants ou successifs, qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ».

la stipulation d'indépendance figurant aux contrats de location ». C'est, donc, en se fondant sur la volonté déclarée des parties que la juridiction de second degré a reconnue le caractère obligatoire de la clause d'indépendance prévue par les parties. En retenant une telle solution, la Cour d'appel a effectué une stricte application de son pouvoir d'interprétation subjectif en recherchant ce qu'était la commune intention des parties. Si l'article 1156 du Code civil recommande de rechercher cette dernière, même au détriment du « *sens littéral des termes* », il apparaît qu'aucune ambiguïté ou qu'aucun défaut de clarté n'était constatable en l'espèce s'agissant de la clause contractuelle litigieuse. Il est rappelé que ces qualités sont indispensables pour permettre au juge d'exercer son pouvoir d'interprétation du contrat¹⁷⁸² et qu'il apparaît donc que les clauses envisagées dans l'arrêt n'étaient pas sujettes à interprétation. La Cour de cassation a, toutefois, sanctionné l'arrêt de la Cour d'appel en expliquant, sans aucune ambiguïté, que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». La Haute juridiction a, ainsi, écarté une stipulation contractuelle claire et précise prévue par les parties au profit de l'application des effets de la qualification qu'elle a effectuée de la situation d'interdépendance.

Si, par principe, « *Tout ce que le contrat contient est censé être obligatoire pour le juge* »¹⁷⁸³, l'exemple précité démontre de l'inverse. Le juge écarte, en effet, une clause expressément prévue par les parties suite à l'exercice de son pouvoir de qualification d'une situation contractuelle. Or s'agissant du pouvoir d'interprétation du juge, la Cour de cassation affirme, depuis longtemps¹⁷⁸⁴, l'idée selon laquelle le juge ne peut pas écarter une partie du contenu obligationnel contractuel à moins qu'il ne démontre que cette suppression réponde à la commune intention des parties. Dans le cas étudié, les clauses de divisibilité sont prévues, sans ambiguïté ni défaut de clarté par les parties et

¹⁷⁸² J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, t. II : Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, p. 17, n° 10 – V. *Supra* n° 567.

¹⁷⁸³ F. ROUVIERE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 41 et s., spéc. p. 43.

¹⁷⁸⁴ Cass. civ. 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 77 et s., n° 153 – Cass. civ., 5 janv. 1948 : D. 1948, p. 265, note P.L.P. – Cass. civ., 29 juin 1948 : D. 1948, p. 554 – Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1956 : Bull. civ. 1956, I, n° 11 – Cass. civ. 1^{ère}, 26 nov. 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 520 – Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1965 : Bull. civ. 1965, I, n° 306.

répondent donc à leur volonté de ne pas subir les effets de la disparition d'un autre contrat faisant partie de l'ensemble contractuel interdépendant. Envisagé sous l'angle de son pouvoir de révéler le contenu du contrat tel que voulu par les parties, le juge semble outrepasser ses pouvoirs d'interprétation en annulant une stipulation contractuelle claire et précise. Puisqu'aucune règle d'ordre public n'impose cette suppression, renoncer aux effets d'une interdépendance devrait relever de la seule volonté des parties sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. En adoptant une telle solution, le juge porte, donc, atteinte aux principes de liberté contractuelle, de force obligatoire et d'intangibilité des contrats. Une atteinte à la commune intention des parties, pourtant extrêmement claire est, donc, constatable s'agissant de la reconnaissance, par le juge, de le caractère obligatoire des clauses de tacite caducité.

579. - Si le risque de dénaturation de la volonté des parties du fait de l'exercice de ses pouvoirs par le juge est avéré, la pratique démontre qu'il est, toutefois, nécessaire de le tempérer.

II. Un risque de dénaturation atténué par le caractère obligatoire des obligations non matérialisées

580. - L'exercice de ses pouvoirs par le juge ne semble pas, s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées, dénaturer la volonté des parties puisque leur révélation apparaît, *a minima*, au service de la recherche de leur commune intention (A) et, *a maxima*, en relever (B).

A) Des obligations non matérialisées au service de la recherche de la commune intention des parties

581. - S'agissant de la mise en œuvre de ses pouvoirs, le juge doit se rattacher à la commune intention des parties. C'est dans la satisfaction de cet objectif que le caractère obligatoire des obligations non matérialisées peut apparaître révélatrice de cette volonté et, ainsi, au renfort de l'office du pouvoir judiciaire. L'effet contraignant du contenu des

documents contractuels et l'application de l'article L. 211-5 du Code de la consommation vont, ainsi, servir cette recherche de la commune intention des parties.

582. - Le caractère obligatoire des documents contractuels – En l'absence d'acte instrumentaire, les documents contractuels permettent au juge de déceler le contenu obligationnel qui s'impose à la relation contractuelle¹⁷⁸⁵. Les accords de principe et la lettre d'intention seront envisagés afin d'illustrer cette idée.

Les accords de principe¹⁷⁸⁶, d'une part, permettent aux parties de déterminer, en amont de la formation d'un contrat, certaines obligations qui seront potentiellement obligatoires dans le cadre de leur relation contractuelle. Les contractants s'accordent, en effet, sur les éléments essentiels d'un éventuel futur contrat qu'ils n'ont pas encore décidé de conclure¹⁷⁸⁷. Si un litige naît entre les parties et que la question portée devant le juge concerne l'inexécution d'une obligation, il se servira, alors, de l'accord afin de déceler quelle était la commune intention des parties s'agissant du contenu obligationnel obligatoire. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant du document vont, ainsi, permettre au pouvoir judiciaire de rechercher quelle était la volonté des parties au jour de la conclusion du contrat.

La lettre d'intention¹⁷⁸⁸, d'autre part, permet d'apporter son soutien au débiteur d'une obligation s'agissant de son exécution¹⁷⁸⁹. Un tel document peut préexister à la conclusion d'un contrat. Si ce dernier est, par la suite, conclu, et que le débiteur de l'obligation ne s'exécute pas, que le contenu de la lettre d'intention soit retranscrit explicitement ou non dans l'acte instrumentaire, son contenu sera obligatoire et, partant, son rédacteur engagé. Il s'agit, donc, pour le juge de rechercher la commune intention des parties, en révélant, notamment, le consentement du créancier de conclure le contrat du fait de l'existence de la lettre d'intention.

Les obligations non matérialisées relevant des documents contractuels sont, ainsi, au service de la recherche de la commune intention des parties par le juge. En matière

¹⁷⁸⁵ V. *Supra* n° 192 et s.

¹⁷⁸⁶ Sur la notion d'accord de principe, V. *Supra* n° 206.

¹⁷⁸⁷ V. I. NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991, p. 57.

¹⁷⁸⁸ Sur la notion de lettre d'intention, V. *Supra* n° 207.

¹⁷⁸⁹ C. civ., art. 2322 : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

consommériste, l'article L. 211-5 du Code de la consommation permet, de manière similaire, au pouvoir judiciaire d'exercer ses pouvoirs.

583. - L'article L. 211-5 du Code de la consommation – L'article L. 211-5 du Code de la consommation dispose que « *Pour être conforme au contrat, le bien doit (...) I° (...) présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage* ». Le professionnel est, ainsi, tenu, dans les contrats de consommation, des déclarations publiques qu'il a formulées à l'égard de son cocontractant puisque si le bien ne correspond pas à ce qu'il a déclaré, sa responsabilité peut être engagée. Il est, ainsi, permis aux magistrats de tenir compte de considérations qui ne sont pas nécessairement retranscrites dans l'acte instrumentaire et les opposer au professionnel.

Le caractère obligatoire de ces obligations non matérialisées par renvoi implicite répond aux exigences de recherche de la commune intention des parties par le juge. Il s'agit, en effet, de retenir des éléments qui ont été déterminants pour le consommateur ou le non-professionnel lorsqu'il a consenti à la formation du contrat. Si le professionnel a, dès lors, vanté certaines qualités et que le produit ne correspond pas à ses descriptions, sa responsabilité pour défaut de conformité peut se voir engagée. S'agissant, par exemple, des déclarations présentes sur les documents publicitaires¹⁷⁹⁰, elles peuvent être utilisées par le juge afin de définir les conditions d'exécution du contrat. Dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 17 juin 1997¹⁷⁹¹, un contrat portant sur une machine libellant des chèques avait été conclu entre la société Tomy – acheteur – et la société Satas – vendeur. Ce dernier, sur un document publicitaire, avançait que le produit en question permettait de produire des chèques infalsifiables. Malgré son utilisation, l'acheteur a tout de même été victime de deux falsifications et a donc assigné la société Satas en réparation du préjudice subi. La question qui se posait était celle de savoir si les arguments avancés par le vendeur

¹⁷⁹⁰ Remarque : Cette illustration de l'article L. 211-5 du Code de la consommation peut également être rattachée aux développements relatifs aux obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant des documents contractuels – V. *Supra* n° 191 et s. et n° 217 et s.

¹⁷⁹¹ Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11164 : Bull. civ. IV, n° 195 – F. ROUVIERE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 41 et s., spéc. p. 46-47.

dans ses documents publicitaires permettaient de justifier le prononcé d'une inexécution contractuelle. La Haute juridiction a répondu par la positive, appuyant ainsi la Cour d'appel, en expliquant « *qu'ayant relevé, d'un côté, que la société Satas avait garanti dans ses documents publicitaires que les chèques libellés au moyen de la machine litigieuse étaient infalsifiables et, d'un autre côté, que la société Tomy, malgré l'utilisation de cette machine qu'elle avait achetée à la société Satas, avait été victime de chèques falsifiés, l'arrêt a exactement retenu que la société Satas avait manqué à son engagement* ». Le caractère obligatoire d'une telle obligation non matérialisée par renvoi implicite semble correspondre à la recherche de la commune intention des parties. Il est, en effet, évident qu'un tel argument ne pouvait, aucunement, être étranger à la volonté des parties de conclure le contrat.

584. - Le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées permet, ainsi, d'aiguiller le juge lorsqu'il recherche la commune intention des parties dans l'exercice de ses pouvoirs. D'autres, quant à elles, relèvent directement de leur volonté.

B) Des obligations non matérialisées relevant de la commune intention des parties

585. - Certaines obligations non matérialisées relèvent directement de la volonté des parties et la reconnaissance de leur caractère obligatoire par le juge ne pose, ainsi, aucune difficulté. Le contenu obligationnel auquel renvoie une clause par référence, d'une part, et les clauses de réserves de propriété prévues dans les contrats-cadre et s'appliquant aux contrats d'application, d'autre part, permettent d'illustrer ce postulat.

586. - **Obligations non matérialisées par renvoi explicite** – Les obligations non matérialisées par renvoi explicite sont celles qui se justifient par l'existence d'une clause par référence retranscrite dans l'acte instrumentaire. Les parties acceptent expressément, dans cette hypothèse, la mise en œuvre du mécanisme de renvoi. L'affirmation du caractère obligatoire du contenu obligationnel référencé par le juge représente, ainsi, une pure traduction de la commune intention des parties. Il s'agit, en effet, pour le pouvoir judiciaire, de rappeler aux contractants qu'ils sont tenus de ce à quoi ils ont consenti.

Si le contenu de l'obligation référencée peut poser des difficultés s'agissant du caractère éclairé du consentement de la partie à laquelle elle est opposée¹⁷⁹², en signant l'acte instrumentaire contenant la clause par référence, les parties expriment leur volonté d'en voir les effets applicables à leur relation contractuelle. Il s'agit, ainsi, d'une expression explicite de la commune intention des parties de se soumettre à ces obligations non matérialisées. Si une partie a, dès lors, accepté une clause par référence retranscrite dans l'acte instrumentaire qu'elle a signé – à l'exception de la démonstration d'un vice du consentement – il est difficile de justifier que sa volonté n'est pas d'en voir le contenu obligatoire. Imposer de respecter les obligations relevant de la clause contractuelle révèle, ainsi, une application stricte de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil par les juges.

587. - Clauses de réserve de propriété dans les contrats-cadres – S'agissant des contrats-cadres, la jurisprudence a, dans un premier temps, rejeté le caractère obligatoire des clauses de réserve de propriété, prévues dans ces contrats principaux, aux contrats d'application – sous-jacents – qui ne les retranscrivaient pas. Le législateur est, dans un second temps, intervenu en consacrant l'effet contraignant de ces obligations non matérialisées par renvoi implicite à l'ensemble des contrats conclus dans le cadre d'une relation régie par un contrat-cadre.

Cette règle, codifiée à l'article L. 624-16 du Code de commerce¹⁷⁹³, se fonde sur l'idée selon laquelle l'effet contraignant de ces obligations se justifie par la commune intention des parties. Un contrat-cadre est, en effet, celui dans lequel les parties s'entendent sur le cadre général de leurs futures relations contractuelles. Les obligations prévues ont donc, par définition, vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats qu'elles seront amenées à conclure. Si les contractants consentent à se soumettre à une

¹⁷⁹² V. *Supra* n° 179 et s.

¹⁷⁹³ C. com., art. L. 624-16 : « *Peuvent être revendiquées, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire.*

Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier.

clause de réserve de propriété dans leur contrat-cadre, elles choisissent, par conséquent, que leurs futurs engagements contractuels y soient soumis. Il s'agit, donc, de traduire leur commune intention, explicite dans le contrat-cadre et implicite dans le contrat d'application.

588. - Si le caractère obligatoire de certaines obligations non matérialisées semble atténuer le risque de dénaturation judiciaire de la volonté des parties en y étant rattachées, celui-ci demeure, toutefois, avéré. Il s'accompagne, par ailleurs, d'une imprévisibilité relative à l'évolution du contenu obligationnel au cours de la relation contractuelle.

Paragraphe 2 : L'imprévisibilité relative à l'évolution du contenu obligationnel du contrat

589. - En exerçant ses pouvoirs, le juge peut modifier le contenu obligationnel obligatoire et, partant, faire évoluer ce qui a été convenu par les parties au cours de l'exécution du contrat (I). Ce constat révèle, alors, une imprévisibilité s'agissant de la détermination des obligations applicables dans le cadre de la relation contractuelle (II).

I. L'exercice de ses pouvoirs par le juge à l'origine de l'évolution du contenu obligationnel

590. - La constatation des évolutions relatives au contenu obligationnel du contrat du fait de l'exercice de ses pouvoirs par le juge (A) s'illustre s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées (B).

A) La constatation des évolutions du contenu obligationnel par le juge

591. - Le glissement d'un contenu A vers un contenu B – Lorsqu'un contrat est conclu, la détermination de son contenu obligationnel doit être pensée en accord avec l'ordre public et les bonnes mœurs¹⁷⁹⁴ mais également, plus généralement, en considération de l'ensemble des règles juridiques applicables selon la nature de l'opération contractuelle. Le législateur ne peut, néanmoins, pas anticiper l'intégralité des règles de droit efficacement applicables à l'ensemble des relations contractuelles existantes. Il est, en effet, impossible d'envisager, de manière exhaustive, l'ensemble des situations qui pourraient se présenter et l'ensemble des potentielles difficultés qu'elles pourraient poser. Les règles en vigueur souffrent, ainsi, d'une incomplétude et d'une certaine ambiguïté laissant place à l'interprétation du juge.

Les futurs cocontractants doivent, lors de la conclusion du contrat, être les plus fidèles possibles aux règles qui encadrent leur relation afin de restreindre l'éventuelle interprétation judiciaire du contenu obligationnel prévu. Le meilleur moyen d'obtenir ce résultat est de faire appel à des experts juridiques. Ces derniers peuvent, en effet, aider les parties à établir un contenu obligationnel en accord avec les règles juridiques applicables et les interprétations retenues à l'instant T de la conclusion du contrat.

Il apparaît, toutefois, impossible d'affirmer le fait que les interprétations judiciaires appliquées au jour de la formation de la relation contractuelle seront similaires tout au long de son exécution. Si le contenu obligationnel est soumis au juge, il n'est, en effet, pas certain qu'il retienne une interprétation identique à celle qu'il aurait appliquée au jour de la formation du contrat. La réalité juridique étant en perpétuelle mouvance, l'exercice de leur pouvoir d'interprétation par les magistrats induit une imprévisibilité relative à l'évolution du contenu obligationnel¹⁷⁹⁵.

¹⁷⁹⁴ C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹⁷⁹⁵ V. en ce sens : D. MAINGUY, « Introduction », in *Cours de contrats d'affaires et de distribution*, 2014, <http://www.daniel-mainguy.fr/page-6455568.html>.

592. - L'exemple des clauses de non-concurrence – L'évolution de l'interprétation du juge s'agissant de la détermination du contenu obligationnel du contrat s'illustre par l'encadrement des clauses de non-concurrence¹⁷⁹⁶. En matière de droit du travail, la Cour de cassation exige, depuis 2002¹⁷⁹⁷, de l'employeur qu'il verse une contrepartie financière significative et non dérisoire¹⁷⁹⁸ au salarié auquel il impose la stipulation contractuelle sous peine de nullité. La question qui s'est posée était celle de savoir si les contrats conclus avant 2002 prévoyant de telles clauses étaient tenus par cette nouvelle interprétation – devant, ainsi, modifier le contrat – ou si l'absence de contrepartie restait valable. Les employeurs ont eu le choix. Ils avaient, dans un premier temps, la possibilité de renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence et, de ce fait, échapper au versement de la contrepartie financière à leurs salariés¹⁷⁹⁹. Ils pouvaient, dans un second temps, choisir de maintenir la stipulation contractuelle mais, dans ce cas, avaient l'obligation de se plier au nouvel encadrement et, ainsi, de verser la contrepartie financière exigée¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 685, V° *Non-concurrence (-Clause de)* : « *Stipulations par lesquelles un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer l'autre* » – Sur la notion de clause de non-concurrence, V. *Supra* n° 552.

¹⁷⁹⁷ Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45135 : Bull. civ. V, n° 239 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 46 ; D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; RJS 2002, p. 840, n° 1119 ; JS Lamy 2002, n° 108-2 ; Dr. ouvrier 2002, p. 533, note D. TATE ; CSB 2002, p. 446, A. 54 ; RDC 2003, p. 17, obs. J. ROSCHFELD ; RDC 2003, p. 142, obs. Ch. RADE : « *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* ».

¹⁷⁹⁸ Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46721 : D. 2006, IR, 2946 ; RDT 2007, p. 95, obs. A. PELISSIER ; RJS 2006, p. 58, n° 50 ; Dr. soc. 2007, p. 241, obs. C. MOULY ; JS Lamy 2006, n° 201-3 : « *Mais attendu qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* ».

¹⁷⁹⁹ Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-44923 : « *que la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait libéré le salarié de cette clause au moment de la notification de son licenciement, a, par ce seul motif, justifié sa décision déboutant le salarié de sa demande en paiement de contrepartie financière* ».

¹⁸⁰⁰ Cass. soc., 25 févr. 2004, n° 02-41306 : « *Attendu que l'employeur soutient que le moyen tendant à l'application à la présente instance de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 1992 relative à la nullité des clauses de non-concurrence qui ne comportent pas de contrepartie financière, porte atteinte au principe fondamental de sécurité juridique, la validité d'une convention ne devant être appréciée qu'au regard des règles de droit applicables au jour de sa conclusion et non pas au regard des règles fixées postérieurement par la loi ou la jurisprudence ; Mais attendu que la sécurité juridique ainsi invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit ;*

Les interprétations jurisprudentielles, d'application immédiate, ont donc un impact sur l'ensemble des contrats, incluant ceux dont la formation leur est antérieure. La problématique qui se pose alors est celle de savoir ce qu'il en est dans les autres matières du droit. A l'exception de contrats spécifiques pour lesquels la clause de non-concurrence est strictement encadrée – à l'image du contrat de travail –, l'interprétation judiciaire des clauses de non-concurrence n'impose pas de contrepartie financière comme condition de validité de la stipulation contractuelle¹⁸⁰¹. Que se passerait-il, alors, si le juge décidait de modifier sa position s'agissant des exigences en encadrant sa mise en œuvre ? Un phénomène similaire à celui qui a eu lieu en 2002 serait, certainement, constaté. La nouvelle condition de validité devrait, ainsi, s'appliquer à l'ensemble des contrats stipulant une clause de non-concurrence, sans considération de sa date de formation – antérieure ou postérieure à la nouvelle interprétation. Les parties devraient, alors, adapter les obligations qui s'imposent à leur relation contractuelle.

Le contenu obligationnel aujourd'hui consenti n'est, par conséquent, pas nécessairement celui qui sera obligatoire demain.

Et 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 ;

Attendu que, pour déclarer licite la clause de non-concurrence et en limiter les effets, la cour d'appel énonce que l'existence d'une compensation financière en faveur du salarié n'est pas une cause de validité de la clause ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence de contrepartie financière rendait la clause illicite, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé » – Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40008 : « Mais attendu 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 ; que, loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate ».

¹⁸⁰¹ M. DEPINCE, « Critères de validité et d'efficacité d'une clause de non-concurrence », http://www.lexcellis-avocats.fr/pages/Criteres_de_validite_et_defficacite_dune_clause_de_nonconcurrence-2363821.html.

593. - Cette évolution du contenu contractuel du fait de l'exercice de ses pouvoirs par le juge se constate s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées.

B) Une évolution du contenu obligationnel constatée s'agissant des obligations non matérialisées

594. - S'agissant de la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées, l'exercice de ses pouvoirs par le juge se révèle à trois égards. Il est, en effet, en mesure de créer, de modifier et de découvrir une partie du contenu obligationnel applicable à la relation contractuelle.

595. - La découverte d'obligations non prévues expressément par les parties – La découverte désigne l'action de faire connaître « *ce qui est ignoré, inconnu, caché* »¹⁸⁰². Il s'agit donc, pour le juge, de déduire de l'opération contractuelle des obligations qui n'ont pas été expressément prévues par les parties. Concernant, par exemple, le contrat de travail, a été précédemment révélée l'idée selon laquelle le règlement intérieur ou la convention collective de l'employeur s'impose au salarié sans qu'il ne soit nécessaire que l'écrit principal y fasse référence¹⁸⁰³. Le conditionnement du caractère obligatoire de son contenu se limite au dépôt du document auprès du greffe du Conseil des Prud'hommes¹⁸⁰⁴ et de son affichage dans un lieu accessible aux salariés¹⁸⁰⁵. Il n'est, en effet, pas imposé que le salarié ait consenti à son effet contraignant pour qu'il s'impose à la relation contractuelle, comme l'a précisé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 1971. Un contrat de travail a, en l'espèce, été conclu entre Demoiselle X et la Société techniques, arts et décors. Le règlement intérieur de l'employeur conditionnait le paiement des primes de

¹⁸⁰² P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 640, V° *Découverte*.

¹⁸⁰³ L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008, p. 55, n° 86 – V. *Supra* n° 281 et s.

¹⁸⁰⁴ C. trav., art. R. 1321-2 : « *Le règlement intérieur est déposé, en application du deuxième alinéa de l'article L. 1321-4, au greffe du conseil de prud'hommes du ressort de l'entreprise ou de l'établissement* ».

¹⁸⁰⁵ C. trav., art. R. 1321-1 : « *Le règlement intérieur est affiché à une place convenable et aisément accessible dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux et à la porte des locaux où se fait l'embauche* ».

bilan aux salariés. Leur versement était, ainsi, limité aux employés travaillant dans l'entreprise au 31 décembre 1968. Demoiselle X a quitté la société le 27 avril 1968, soit avant l'échéance prévue par le règlement intérieur. La prime ne lui ayant pas été versée, elle a, alors, assigné son employeur aux fins de l'y contraindre. La Cour d'appel de Lyon, le 30 septembre 1969, a rejeté sa demande en expliquant que la date prévue par le règlement intérieur s'imposait à lui et, dès lors qu'elle avait quitté la société préalablement à cette échéance, la prime ne lui était pas due. L'ancienne salariée s'est alors pourvu en cassation arguant du fait que l'échéance fixée par le règlement intérieur ne présentait pas de caractère obligatoire parce qu'elle ne l'avait pas accepté et qu'il ne figurait pas dans son contrat de travail. La Haute juridiction a, alors, explicité l'idée selon laquelle le consentement individuel des employés et la retranscription ou la référence du document dans leur contrat de travail ne sont pas des exigences nécessaires à son effet contraignant¹⁸⁰⁶. Cette solution correspond à une découverte, par le juge, d'obligations non matérialisées. Il s'agit, en effet, de doter de caractère obligatoire un contenu ignoré par l'écrit principal conclu entre les parties. Cette idée est d'autant plus appuyée par le fait que le consentement des salariés ne soit pas exigé. Leurs sont, ainsi, opposées des obligations, si elles sont en lien avec leur contrat de travail, auxquelles ils n'ont, toutefois, pas expressément consenti.

Le contenu du règlement intérieur est limité par la loi aux règles d'hygiène, de sécurité, de discipline et de droits de la défense des salariés¹⁸⁰⁷. Cette délimitation matérielle semble justifier l'absence de nécessité de consentement expresse et individuel de la part de chaque salarié en ce sens qu'il s'agit du cadre général de fonctionnement de l'entreprise employeur. Le caractère obligatoire du règlement intérieur révèle, ainsi, la découverte, par le juge, d'obligations applicables à la relation contractuelle. Le salarié ne consentant, toutefois, pas expressément au règlement

¹⁸⁰⁶ Cass. soc. 24 févr. 1971, n° 70-40113 : Bull. civ. V n° 146.

¹⁸⁰⁷ C. trav., art. L. 1321-1 : « *Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :*

1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;

2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;

3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

intérieur, il ne connaît pas, nécessairement, le champ d'application de sa force contraignante au jour de la conclusion du contrat et, partant, ne peut prévoir que son contenu s'imposera au cours de sa relation contractuelle.

596. - La création d'obligations non prévues expressément par les parties – Il s'agit de distinguer la découverte et la création de nouvelles obligations par le juge. La création se définit comme l'« *action de donner l'existence, de tirer du néant* »¹⁸⁰⁸. En matière contractuelle, elle se constate lorsque le juge oppose aux parties des obligations qui n'étaient pas prévues lors de la conclusion du contrat.

Il s'agit, alors, de s'interroger sur l'existence d'une telle mise en œuvre concernant les obligations non matérialisées. La clause *paramount* stipulée dans les contrats maritimes sera envisagée afin de répondre à cette interrogation. Cette dernière désigne « *la clause du contrat de transport maritime par laquelle les parties soumettent leur contrat à une autre loi ou Convention que celle qui a normalement vocation à régir* »¹⁸⁰⁹. Le contrat de transport maritime impliquant une relation tripartite composée du transporteur, du chargeur et du destinataire¹⁸¹⁰, il s'agit de s'intéresser aux conditions du caractère obligatoire d'une telle stipulation contractuelle du point de vue de la volonté de chacune des parties. Re transcrite sur le connaissement¹⁸¹¹, la clause *paramount* doit avoir été expressément acceptée par le chargeur qui doit y avoir apposé sa signature¹⁸¹². S'agissant du destinataire, l'exigence de consentement apparaît plus tacite comme l'illustre l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008¹⁸¹³. Un connaissement avait, en l'espèce, été émis le 25 mars 2003 par la Société Orca, opérateur de transport maritime, envers la Société Dole, destinataire.

¹⁸⁰⁸ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 581, V° *Création*.

¹⁸⁰⁹ Ph. LE TOURNEAU et C. BLOCH, « Contrat de transport », Rép. civ. Dalloz, 2015, pt.15 – J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011, p. 723, V° *Clause Paramount*.

¹⁸¹⁰ R. MAHIEU, « La clause paramount dans les contrats maritime », RD transp. 2013/4, form. 4.

¹⁸¹¹ Sur la notion de connaissement, V. *Supra* n° 232.

¹⁸¹² CA Paris, 30 nov. 1993 : DMF 1994, p. 554, obs. Y. Tassel – CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2001 : DMF 2001, p. 313, obs. Y. TASSEL – CA Paris, 18 oct. 2008 : Juris-Data n° 2006-322792.

¹⁸¹³ Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-10460 : JurisData n° 2008-046296 ; D. 2009, p. 89, obs. X. DELPECH et p. 972, obs. H. KENFACK et p. 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2009, p. 524, note F. JAULT-SESEKE ; RTD com. 2009, p. 643, obs. Ph. DELEBECQUE, DMF 2009, p. 124, rapp. A. POTOCKI, obs. Ph. DELEBECQUE.

Il concernait le transport d'un conteneur à partir de Nairobi jusqu'à Marseille à bord du navire Delmas Mascareignes. Le 28 mars 2003, la société DAL a émis un second connaissement relatif au transport de plusieurs conteneurs, dont celui visé dans le premier connaissement, de Mombasa jusqu'à Marseille. Le document stipulait une clause *paramount* qui soumettait tout litige au droit allemand et une clause attributive de compétence désignant les tribunaux de Hambourg. Ni la société Dole – destinataire – ni la société Kenya Horticultural Exporters – chargeur – n'étaient mentionnées dans le connaissement. Des avaries ont été constatées par la société Dole et la société Kenya Horticultural Exporters lors de la livraison des conteneurs. Les sociétés ont, alors, assigné les sociétés DAL et Orca en réparation de leur préjudice devant le tribunal d'instance de Marseille. Ce dernier ayant retenu sa compétence, les défenderesses ont formé un recours en contredit que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a, le 11 octobre 2007, rejeté. La juridiction de second degré a expliqué que les clauses *paramount* et attributive de compétence n'ayant pas été spécialement acceptées par les demanderesses, elles étaient obligatoires. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné l'arrêt expliquant que la Cour d'appel, afin de rejeter le caractère obligatoire des stipulations contractuelles, ne devait pas se borner à rejeter l'application desdites clauses uniquement sur le postulat selon lequel les demanderesses n'y apparaissaient pas. Il lui appartenait, en effet, de vérifier si la société Dole avait succédé aux droits et obligations du chargeur selon le droit applicable. Il s'agissait, donc, de se demander si la loi allemande considère que le destinataire non nommé au connaissement succède au chargeur ou non¹⁸¹⁴. La situation du destinataire est, par conséquent, liée à celle du chargeur¹⁸¹⁵ s'agissant de la clause *paramount*, peu importe qu'il l'ait accepté ou non. Le caractère obligatoire de la stipulation contractuelle malgré l'absence de consentement particulier de la part du destinataire démontre que le juge a créé une obligation à sa charge.

Le juge ne se borne pas à créer de nouvelles obligations puisque, s'agissant des obligations non matérialisées, il peut exercer un pouvoir modificateur.

¹⁸¹⁴ B. KERGUELEN-NEYROLLES (dir.), *Lamy transport, t. II : Commission de transport, mer, fer, air, commerce extérieur*, Lamy, 2015, n° 897.

¹⁸¹⁵ R. MAHIEU, « La clause paramount dans les contrats maritime », RD transp. 2013/4, form. 4.

597. - La modification d'obligations prévues par les parties – La modification s'analyse comme un « *changement apporté à quelque chose* »¹⁸¹⁶. En matière contractuelle, l'idée est celle selon laquelle les parties stipulent une obligation que le juge, en exerçant ses pouvoirs, modifie. L'exemple le plus significatif à ce sujet réside dans l'absence de caractère obligatoire des clauses d'indépendance dans les contrats interdépendants au profit d'une clause implicite de tacite caducité¹⁸¹⁷. En exerçant son pouvoir de qualification de la situation contractuelle, le pouvoir judiciaire s'octroie la possibilité de changer ce qui a été initialement prévu par les parties.

598. - La mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge, notamment, s'agissant des obligations non matérialisées, révèle un risque d'imprévisibilité contractuelle. Il apparaît, alors, difficile pour les parties d'être certaines, au jour de la conclusion de leur contrat, de l'immutabilité du contenu obligationnel applicable au cours de l'exécution de la relation contractuelle et, potentiellement, en cas de litige.

II. Les conséquences des évolutions du contenu obligationnel par le juge

599. - L'évolution du contenu obligationnel du contrat due à l'exercice de ses pouvoirs par le juge porte atteinte à la sécurité juridique, à la liberté contractuelle et au principe de l'immutabilité des contrats.

600. - L'atteinte à la sécurité juridique contractuelle – La sécurité juridique contractuelle se qualifie, notamment, en considération de la prévisibilité des contrats¹⁸¹⁸. Il est nécessaire que les parties puissent connaître avec certitude le contenu obligationnel qui est obligatoire dans le cadre de leur relation contractuelle. Il a été, toutefois, démontré que l'exercice de ses pouvoirs par le juge peut avoir pour conséquences de découvrir, de créer ou de modifier le contenu obligationnel durant l'exécution du contrat. Lorsqu'une telle situation est constatée, il est difficile pour les

¹⁸¹⁶ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015, p. 1615, V° *Modification*.

¹⁸¹⁷ V. *Supra* n° 254 et 564 et s.

¹⁸¹⁸ Sur la notion de sécurité juridique et ses liens avec la prévisibilité, V. *Supra* n° 479 et s.

contractants d'avoir une visibilité absolue de leur relation contractuelle au jour de leur engagement. Le spectre de l'intervention judiciaire pèse, ainsi, sur elles comme une épée de Damoclès.

La possible mutabilité du contenu obligationnel entre le jour de la conclusion du contrat et le jour où il est soumis à l'appréciation judiciaire porte atteinte au principe de sécurité juridique. Les parties qui s'engagent dans une relation contractuelle au contenu A peuvent, en effet, se voir opposer, durant l'exécution du contrat, un contenu B. Si l'interprétation du juge était figée, la prévisibilité ne pourrait pas être remise en question puisque les contractants seraient en mesure de l'anticiper. Tel n'est, toutefois, pas le cas. Aucun droit à une jurisprudence stable n'est, en effet, reconnu. La Cour de cassation a eu l'occasion d'appuyer cette idée expliquant que « *la sécurité juridique, corollaire du droit à un procès équitable prévu par ce même texte, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit* »¹⁸¹⁹ et l'a, notamment, appliquée dans un autre arrêt rendu en date du 12 novembre 2002¹⁸²⁰. Un contrat de travail avait, en l'espèce, été conclu entre Monsieur X et la société Les Ateliers Paquot en 1962. Le 18 janvier 1983, le salarié a été classé dans la deuxième catégorie d'invalidité par la sécurité sociale. Du fait de son invalidité, Monsieur X était inapte à exercer ses fonctions et son employeur a donc pris acte de la rupture du contrat de travail. L'employé l'a, alors, assigné devant une juridiction prud'homale en paiement d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts. Le Conseil de prud'hommes de Sedan a, le 31 août 2000, débouté Monsieur X de sa demande aux motifs que jusqu'en 1990, la jurisprudence applicable considérait que le départ d'un salarié dû à une invalidité totale s'analysait en une rupture non imputable à l'employeur ne donnant lieu à aucune indemnité¹⁸²¹. L'employeur, en s'abstenant de verser ladite somme à son ancien salarié, avait, donc, respecté les règles en usage au moment des faits, et n'avait, par conséquent, commis aucune faute justifiant

¹⁸¹⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n° 08-20528 et n° 08-21220.

¹⁸²⁰ Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 00-45414.

¹⁸²¹ En 1990, la Chambre sociale de la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence et a admis que la résiliation d'un contrat de travail par l'employeur du fait de l'inaptitude de son salarié à exercer ses fonctions du fait de son invalidité donne lieu au versement d'une indemnité : « *la résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié atteint d'une invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise s'analyse en un licenciement qui ouvre droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable au salarié et si les clauses de la convention ne l'excluent pas, à l'indemnité conventionnelle* » (Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 87-43243).

le versement de dommages-intérêts. La Cour de cassation a sanctionné la juridiction de première instance expliquant que cette dernière s'est fondée sur l'application d'une jurisprudence antérieure au jour de règlement du litige, portant, ainsi, atteinte au principe selon lequel « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ».

En perpétuelle évolution et mutation, il est donc impossible, pour les parties à un contrat, de se fonder sur les appréciations jurisprudentielles afin de prévoir avec certitude le contenu de leur relation contractuelle. Ce défaut de prévisibilité, porte, alors, atteinte à la sécurité juridique puisque les parties ne peuvent anticiper les réactions et les solutions des pouvoirs judiciaires.

601. - L'atteinte à la liberté contractuelle des parties – La liberté contractuelle reconnue aux parties leur permet, notamment, de choisir le contenu du contrat qu'elles souhaitent conclure¹⁸²². Par principe, donc, les parties étant dotées de cette liberté, le contenu obligationnel voulu sera celui qui leur sera imposable, à conditions que soient respectés l'ordre public et les bonnes mœurs¹⁸²³. Le juge est, toujours par principe, tenu de respecter la commune intention des parties et, ainsi, de rechercher le contenu auquel les contractants ont souhaité se soumettre¹⁸²⁴.

Il a été, toutefois, démontré que le juge peut outrepasser ses pouvoirs et s'éloigner de la commune intention des parties, ce qui a pour effet de générer une imprévisibilité contractuelle. Les parties s'accordent, dans cette hypothèse, sur un contenu obligationnel qui se voit modifié lorsque leur contrat est soumis à l'appréciation judiciaire. Une atteinte à la liberté contractuelle ne peut, dès lors, qu'être constatée. Il apparaît, en effet, que, si les parties sont libres de choisir les obligations qui s'imposent dans le cadre de leur relation contractuelle, son interprétation par les magistrats peut bouleverser ce qui a été prévu. Lorsque le juge crée, découvre ou modifie des obligations contractuelles, son intervention n'est pas nécessairement rattachable à la commune intention des parties. Si cette dernière n'est pas décelable, il

¹⁸²² Sur la notion et la valeur du principe de liberté contractuelle, V. *Supra* n° 386.

¹⁸²³ C. civ., art. 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

¹⁸²⁴ C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

est alors établi que les contractants sont dans l'impossibilité, au jour de la conclusion du contrat, d'anticiper les éventuelles évolutions du contenu obligationnel qui les lie. Si l'évolution du contenu obligationnel était liée à la volonté des parties, l'interventionnisme judiciaire ne poserait pas réellement de difficultés. Il s'agirait, en effet, uniquement de mettre en lumière des éléments que les contractants souhaitent se voir opposer mais qui, pour certaines raisons, n'apparaissent pas dans le contrat ou dans la manière de l'exécuter. S'éloigner, à l'inverse, de ce qui est voulu par les parties, ne fait qu'accentuer les difficultés d'imprévisibilité liées à l'exercice de ses pouvoirs par le juge en matière contractuelle. Comment, en effet, serait-il possible d'attendre des individus qu'ils envisagent des éléments auxquels ils ne souhaitent pas nécessairement se soumettre ? Il est possible d'illustrer cette idée par le cas de l'annulation des clauses d'indépendance dans le cadre des situations d'interdépendance. Si les parties choisissent, au jour de la formation de leur contrat, que sa mise en œuvre s'effectue de manière autonome, comment justifier que le juge rejette le caractère obligatoire de cette stipulation contractuelle expressément prévue ? Cette modification du contenu obligationnel du fait de l'interprétation retenue par le pouvoir judiciaire constituant une atteinte à la liberté contractuelle, au choix des parties, comment serait-il possible pour elles de prévoir que les stipulations choisies au jour de la formation du contrat seraient finalement écartées pendant son exécution ?

Une atteinte à la liberté contractuelle est donc constatée s'agissant de l'exercice de ses pouvoirs par le juge, atteinte qui accentue le défaut de prévisibilité du contenu obligationnel.

602. - L'atteinte à l'intangibilité du contrat – Corollaire de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique, l'intangibilité du contrat¹⁸²⁵ est, elle aussi, mise à rude épreuve s'agissant de l'exercice de ses pouvoirs par le juge. Si un contrat est, par principe, figé par ce que les parties ont choisi au jour de sa formation, l'analyse de la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge révèle un constat différent. Le fait, pour le pouvoir judiciaire, d'avoir la possibilité de créer, de découvrir ou de modifier le contenu obligationnel démontre que le contenu obligationnel est susceptible d'évolution. Si le

¹⁸²⁵ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357.

contenu obligationnel est susceptible d'évolution, le contrat n'est plus, par conséquent, intangible¹⁸²⁶.

Une contradiction peut, dès lors, être relevée. Le principe d'intangibilité des contrats par le juge est avancé au renfort du rejet de la révision pour imprévision. Il s'agit, en effet, d'interdire l'adaptation du contenu obligationnel aux changements de circonstances économiques depuis la célèbre affaire du canal de Craponne¹⁸²⁷. Adam de Craponne, propriétaire d'un canal, percevait, en l'espèce, le paiement d'une redevance destinée à l'entretien et à la fourniture d'eau à la plaine voisine. Suite à une dépréciation monétaire, le montant de la redevance est devenu dérisoire et inadapté, ne couvrant plus les seuls frais d'entretien du Canal. Le propriétaire a, alors, saisi les tribunaux dans le but de revaloriser la redevance perçue. La Cour de cassation a expliqué qu'« *il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Il s'agissait, dans cet arrêt, de faire primer l'intangibilité du contrat sur l'interventionnisme judiciaire¹⁸²⁸. Le projet de réforme du droit des contrats appuie ce rejet de la reconnaissance de la révision pour imprévision par l'alinéa second de son article 1196¹⁸²⁹. Il est, en effet, prévu que l'ingérence du juge dans le contrat du fait d'un changement imprévisible de circonstances exige un commun accord de la part des contractants. Le législateur, projetant de codifier – en l'encadrant – la solution de l'affaire de 1876, restreint bien les pouvoirs du juge s'agissant de son action sur l'évolution du contrat puisqu'il place la volonté des parties au cœur de son

¹⁸²⁶ V. en ce sens : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2009, p. 28, n° 32 : « *Le recul de l'intangibilité du contrat (...) autorise, au cours de son exécution, la modification ou la découverte d'obligations* ».

¹⁸²⁷ Cass. civ. 6 mars 1876 : GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 123 et s., n° 163; DP 1876, 1, 193, note A. GIBOULOT ; D. 1876, I, p. 161.

¹⁸²⁸ M. LATINA, « L'imprévision », in *Blog Réforme du droit des obligations*, 23 mars 2015, Dalloz, <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/>.

¹⁸²⁹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1196 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

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

action. Ce projet, justifié par l'exigence de prévisibilité contractuelle, semble entrer en contradiction avec le constat tiré de l'exercice de ses pouvoirs par le juge. Cette lutte inépuisable contre l'interventionnisme judiciaire, préservant, de fait, l'intangibilité des contrats, est paradoxale avec les conséquences constatées par la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge. Comment, en effet, justifier le rejet constant de la révision pour imprévision dès lors qu'il est constaté que le juge peut s'ingérer dans le contrat en remettant, de surcroît, parfois en cause la volonté des parties ?

L'intangibilité des contrats est, ainsi, atteinte par les interprétations judiciaires relatives au contenu obligationnel.

*

603. - Bilan – La mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge révèle des risques relatifs à la dénaturation de la volonté des parties et à l'imprévisibilité liée à l'évolution du contenu obligationnel applicable à un contrat. Ce constat contribue à un accroissement de l'insécurité juridique au détriment des parties en matière contractuelle, et notamment s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

604. - Le juge dispose d'un double pouvoir modérateur et d'interprétation. Ce dernier, qui permet de reconnaître le caractère obligatoire des obligations non matérialisées, révèle une insécurité juridique. Il peut, en effet, occasionner une évolution du contenu obligationnel qui s'impose dans le cadre d'un contrat de nature à dénaturer la volonté des parties ou amoindrir la prévisibilité contractuelle. Cet ensemble de risques a, ainsi, été vérifié dans un arrêt du 7 juillet 2015 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁸³⁰.

605. - Un contrat a, en l'espèce, été conclu entre la société Laureda et la société Hilabs. Cette dernière s'engageait à installer une vitrine tactile intelligente, fournir et mettre à jour le logiciel d'application, outre la maintenance de l'installation, pendant soixante mois en échange du versement d'un loyer. Il était fait référence, dans l'acte instrumentaire établi par les parties, de la conclusion d'un second contrat de crédit-bail relatif au financement de cette opération avec un organisme spécialisé. La société Laureda s'est, à ce titre, engagée dans une relation contractuelle avec la société Locam. Il était convenu que la première verserait un loyer mensuel à la seconde pendant une durée de soixante mois. La société Hilabs ayant, par la suite, été placée en liquidation judiciaire, son mandataire-liquidateur ainsi que la société Laureda en résolution des deux contrats.

La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 29 octobre 2013, a rejeté la demande en condamnant la société Laureda au paiement d'une certaine somme d'argent au profit de l'organisme de financement aux motifs, notamment, qu'était stipulée, dans le contrat de crédit-bail, une clause d'indépendance vis-à-vis du contrat conclu avec la société Hilabs. La Cour de cassation a, alors, sanctionné la décision des juges du second degré expliquant que « *les contrats concomitants ou successifs, qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». Si cette solution, classique, met en exergue le caractère obligatoire d'une clause implicite de

¹⁸³⁰ Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-18052.

tacite caducité, elle présente l'intérêt d'avoir été rendue au visa de l'article 1134 du Code civil.

Les magistrats de la Cour de cassation, ont, ainsi, déclaré, de manière paradoxale, dénuée de caractère obligatoire une stipulation contractuelle prévue par les parties dans leur acte instrumentaire sur le fondement de la disposition qui prône la force obligatoire du contrat et, partant, l'intangibilité de son contenu obligationnel. Les conséquences de cet arrêt sont doubles puisque les contractants ont, d'une part, vu leur volonté expressément dénaturée et, d'autre part, subi une imprévisibilité du fait de l'évolution du contenu obligationnel choisi.

606. - L'exercice de leurs pouvoirs par les juges pose, ainsi, des difficultés telles qu'il apparaît nécessaire d'en renforcer l'encadrement. La redéfinition de la mise en œuvre des prérogatives judiciaire doit permettre de renforcer la sécurité juridique des parties au contrat et de l'opération qu'elles envisagent.

Chapitre 2 : La mise en œuvre de la redéfinition des pouvoirs du juge

607. - L'étude de la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge permet de constater que, si le droit positif ne lui reconnaît pas explicitement un pouvoir de forçage du contrat, il s'imisce, en pratique, dans la détermination du contenu obligationnel de certaines relations contractuelles. Les risques relatifs à la dénaturation de la volonté des parties et à l'imprévisibilité contractuelle sous-tendent de cette ingérence induisent, alors, une insécurité juridique indéniable. La redéfinition des pouvoirs du juge apparaît, par conséquent, nécessaire et peut se révéler sous deux natures. Il s'agit, ainsi, de brider son interventionnisme en limitant expressément sa capacité de forcer le contrat soit d'un point de vue contractuel (Section 1), soit d'un point de vue légal (Section 2).

Section 1 : Les limitations contractuelles relatives au forçage du contrat par le juge

608. - Contractuellement, les parties ont la possibilité de renforcer l'intangibilité du contenu obligationnel applicable au contrat conclu par l'insertion d'une clause d'intégralité (Paragraphe 1). Cette stipulation contractuelle n'excluant, toutefois, pas tout pouvoir d'interprétation du juge, constitue un seul préalable qui se doit d'être consolidé afin de garantir le pouvoir des parties relatif à la détermination des obligations qui s'imposent dans le cadre de leur engagement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La clause d'intégralité, préalable au renforcement de l'intangibilité du contenu obligationnel

609. - D'un point de vue contractuel, les parties ont la capacité de brider l'intervention du juge s'agissant de la détermination du contenu du contrat qu'elles ont conclu en y insérant une *clause des quatre coins*, dite aussi *clause d'intégralité*. Il s'agira, alors, de s'intéresser aux finalités de cette stipulation contractuelle (I) avant d'en envisager le régime (II).

I. Les finalités de la clause d'intégralité

610. - Une clause inspirée de la parole evidence rule anglo-américaine – Les clauses d'intégralité, désignées, aussi, sous la dénomination d'*entire agreement* ou *merger clauses*, sont une pratique courante en droits anglais et américain. Leur stipulation traduit une réitération contractuelle de la règle de la *parole evidence rule* applicable lors des conflits portant sur la détermination du contenu d'un contrat. Selon cette dernière, dès lors qu'un écrit constate le contenu d'une relation contractuelle, aucun autre document ne peut adjoindre, contredire ou modifier les obligations prévues¹⁸³¹. Cette règle d'interprétation est sujette à différentes controverses s'agissant de son application¹⁸³² en ce qu'elle ne constitue qu'une présomption simple. Sa mise en œuvre n'est, par conséquent, pas absolue. En droit américain, par exemple, elle ne s'applique que lorsque les contrats sont qualifiés d'*intégrés* en ce qu'ils retranscrivent de manière complète le contenu obligationnel qui s'impose à la relation contractuelle. Si tel n'est pas le cas, la règle peut, à l'inverse, être écartée par les juges. Le fait, pour les parties, de stipuler une clause d'*entire agreement* leur permet, alors, d'appuyer le caractère *intégré* du contrat conclu et, ainsi, d'affirmer l'applicabilité de la *parole evidence rule* que les magistrats ne pourront, en principe, plus écarter.

L'appréhension anglo-américaine du contenu obligationnel, implique, par ailleurs, une subdivision entre les *express* et *implied terms*¹⁸³³. Les premiers constituent les éléments du contrat explicitement convenus entre les parties et, partant, les obligations retranscrites dans l'acte instrumentaire. Les seconds correspondent à des obligations qui devraient s'imposer à la relation contractuelle mais qui ne sont pas expressément – autrement dit, littéralement – prévues par les parties. Il s'agit, donc, du contenu obligationnel implicite constitué, en droit français, par les obligations non matérialisées – au sens de la présente étude – et celles qui sont qualifiées d'imposées. Ces *implied terms* sont, eux-mêmes, subdivisés en deux catégories, les *implied terms in fact* et les *implied terms in law*. La découverte des *implied terms in fact* par le juge,

¹⁸³¹ M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », RLDC 2007, p. 75, pt. 6.

¹⁸³² M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », RLDC 2007, p. 75, pt. 6.

¹⁸³³ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 14.04.

d'abord, doit être rattachée à la volonté des parties en répondant à deux conditions¹⁸³⁴. L'obligation doit, d'une part, être « *nécessaire pour conférer au contrat son utilité commerciale* ». Il doit être, d'autre part, « *évident que les parties les auraient stipulés si la question avait été portée à leur attention* »¹⁸³⁵. Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'une stipulation que les contractants, régulièrement en relations contractuelles, prévoient, normalement, systématiquement¹⁸³⁶. Les *implied terms in law*, ensuite, sont découverts lorsqu'il existe une lacune contractuelle que le juge comblera, non plus en recherchant la commune intention de parties, mais en s'appuyant sur des considérations de juste et de raisonnable. Il s'agit, par exemple, d'une garantie de qualité des marchandises, imposée par la loi anglaise¹⁸³⁷. Une fois décelée, cette obligation s'appliquera à l'ensemble des contrats du même type. Le recours à une clause d'intégralité permet, alors, aux parties d'empêcher aux juges de recourir à la technique de ces *implied terms* et de moduler, ainsi, le contenu obligationnel du contrat conclu à la condition – selon le droit américain¹⁸³⁸ – que la stipulation contractuelle soit précise quant au rejet de cette pratique judiciaire.

Les clauses d'intégralité apparaissent, donc, en droit anglo-américain, comme un rempart contre le forçage du contrat par le juge.

¹⁸³⁴ Le débat n'est pas tranché s'agissant du caractère cumulatif ou alternatif des conditions : V. en ce sens : A. PHANG, *Implied Terms, Business Efficacy and the Officious Bystander, A Modern History*, JBL 1, 1998.

¹⁸³⁵ M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », RLDC 2007, p. 75, pt. 11.

¹⁸³⁶ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 14.04.

¹⁸³⁷ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 14.04 – Sale of Goods Act, 1979, art. 14 (2) : « *Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality* » (Lorsqu'un vendeur vend un bien dans l'exercice de sa profession, il existe un *implied term* garantissant le caractère satisfaisant de la qualité de la chose livrée).

¹⁸³⁸ Uniform commercial Code, art. 2-202 : « *Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement but may be explained or supplemented*

(a) *by course of dealing or usage of trade (Section 1-205) or by course of performance (Section 2-208); and*

(b) *by evidence of consistent additional terms unless the court finds the writing to have been intended also as a complete and exclusive statement of the terms of the agreement* ».

611. - Clause d'intégralité et intangibilité du contrat – Lorsque les contractants concluent un contrat, la possibilité leur est donnée de renforcer le caractère intangible de son contenu obligationnel en stipulant une clause d'intégralité. Autrement appelée clause des quatre coins, l'idée est, littéralement, de limiter les droits et obligations des parties aux quatre coins de l'acte instrumentaire qui constate leur relation contractuelle¹⁸³⁹. En présence d'une telle stipulation, seul le contenu qui est prévu dans l'écrit rédigé entre les contractants ou dans les documents dotés d'une force contraignante explicitement qualifiée par eux, produisent, en théorie, des effets et s'imposent lors de l'exécution de la relation¹⁸⁴⁰. La finalité de cette clause contractuelle réside, donc, dans la « *perméabilité de l'accord* »¹⁸⁴¹ conclu. Elle permet, en effet, de laisser les parties maîtresses du contenu obligationnel. Tout document ou comportement n'étant pas retranscrit dans l'acte instrumentaire sera, de ce fait, dénué de toute force obligatoire ou de toute utilisation à titre d'interprétation¹⁸⁴².

Dans les contrats précédés d'une négociation, par exemple, les parties ont la possibilité, par l'utilisation de ce mécanisme contractuel, d'empêcher le juge d'en utiliser le contenu afin de déterminer quelle a été leur commune intention et *in fine*, de s'en servir pour justifier leur immixtion dans le contrat¹⁸⁴³. La période précontractuelle est, en effet, sujette à diverses négociations retenues ou abandonnées mais, dans ce second cas, qui ne révèlent que d'une discussion en vue d'aboutir à un compromis. Il est, ainsi, difficile de les considérer comme reflétant la réelle volonté des parties puisqu'il ne s'agit que d'indices sur ce que chaque contractant, envisagé isolément de l'autre, pouvait espérer de la relation contractuelle mais qui ne s'est pas nécessairement avéré réalisable. Ces discussions, abandonnées au profit de ce qui est devenu le contrat final, ne peuvent donc pas être réellement prises en considération s'agissant de la détermination de la commune intention des parties puisqu'elles comprennent des

¹⁸³⁹ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, V° *Intégralité*, p. 306 et s., spéc. p. 306-307 – A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause d'intégralité », *Contrats, conc., consom.* 2015, n° 5, form. 5, pt. 1.

¹⁸⁴⁰ F.-X. TESTU (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011, pt. 37-13.

¹⁸⁴¹ M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDC* 2007, p. 75, pt. 1.

¹⁸⁴² E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents contractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2011, p. 233.

¹⁸⁴³ E. RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents contractuels dans l'interprétation du contrat », *D.* 2011, p. 233.

éléments qui, s'ils n'ont pas été contractualisées, ont été écartés lors de la conclusion du contrat. La clause d'intégralité permet, alors, aux parties d'éviter que le juge ne tire, de ces documents, des conclusions qui ne reflètent plus leur commune intention.

Le renforcement de l'intangibilité du contrat par la limitation de l'interventionnisme judiciaire constitue, ainsi, la finalité escomptée par les parties lorsqu'elles stipulent une clause d'intégralité.

612. - Clause d'intégralité et sécurité juridique – L'intangibilité du contenu du contrat permet de renforcer la sécurité juridique¹⁸⁴⁴. En stipulant une clause d'intégralité, les parties vont être en mesure de connaître, avec certitude, les droits et obligations qui leurs seront applicables durant leur relation contractuelle. Il leur est, ainsi, possible de faire de l'acte instrumentaire une stricte représentation de leur commune intention¹⁸⁴⁵ puisque seul l'écrit contenant la stipulation contractuelle d'intégralité, et les éventuels autres documents référencés, seront pourvus de force obligatoire¹⁸⁴⁶.

L'objectif recherché est d'empêcher le juge de se servir d'autres éléments pré ou post contractuels pour en déduire le caractère obligatoire d'obligations non prévues par les parties dans l'acte instrumentaire¹⁸⁴⁷. Il s'agit, ainsi, de se prémunir contre les éventuelles dérives dues à l'interprétation judiciaire du contrat en ne rendant obligatoire que ce qui y est strictement retranscrit. Si le juge ne peut plus modifier les obligations prévues entre les parties, l'exécution de la relation contractuelle bénéficie, par conséquent, d'un regain de prévisibilité puisqu'une immixtion externe relative à la détermination de son contenu est contractuellement exclue. Les parties sont, alors, dans cette hypothèse, mises en mesure de connaître avec précision les droits et obligations qui seront applicables à leur relation au jour de la conclusion du contrat. Les clauses d'intégralité révèlent, ainsi, un palliatif au manque de prévisibilité issu de l'exercice de ses pouvoirs par le juge.

¹⁸⁴⁴ F. TORT, « La gestion des durées par le juriste », in *Durées et contrats*, D. MAZEAUD, T. REVET et E. FILIBERTI (dir.), RDC 2004/1, numéro spécial, 2004, p. 208 et s.

¹⁸⁴⁵ D. VELARDOCCIO, « Clause d'intégralité », Dr. et patr. 2003, p. 177.

¹⁸⁴⁶ J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011, p. 511 et s., V. *Clause d'intégralité*, spéc. p. 511.

¹⁸⁴⁷ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, V° *Intégralité*, p. 306 et s., spéc. p. 307.

613. - Les finalités de la clause d'intégralité abordées, il s'agit d'en envisager la mise en œuvre.

II. Le régime de la clause d'intégralité

614. - Une effectivité reconnue par les principes de droit européen des contrats et les principes UNIDROIT – La validité des clauses d'intégralité est consacrée par les principes de droit européens des contrats et les principes UNIDROIT qui en prévoient le régime.

S'agissant, d'une part, des Principes de droit européen des contrats, la validité et la mise en œuvre des clauses d'intégralité est prévue par leur article 2 :105¹⁸⁴⁸. Ce dernier conditionne le caractère obligatoire de la stipulation contractuelle à l'existence d'une négociation individuelle. Cette exigence permet d'éviter que l'une des parties n'impose une clause d'intégralité à l'autre de manière unilatérale. Si une négociation entre les contractants est constatée, la stipulation contractuelle a, alors, plein effet et le contenu obligationnel applicable à la relation contractuelle est celui qui a été désigné, par écrit, par les parties. Si, toutefois, la clause d'intégralité ne relève d'aucune négociation, elle ne constitue qu'une présomption simple de la volonté des parties de cantonner leurs droits et obligations à la lettre de leur contrat sans qu'une autre forme d'interprétation ne soit possible. Parallèlement à la question de l'existence d'une négociation relative à la clause d'intégralité entre les parties, les principes de droit européen des contrats imposent que la rédaction employée soit précise. Il ne suffit pas, en effet, de se borner à énoncer que le contenu obligationnel est limité aux énonciations retranscrites dans l'acte instrumentaire. Il est nécessaire, pour les parties, de préciser, en des termes clairs et précis, qu'aucune interprétation de quelque document écrit ou échange oral que ce soit

¹⁸⁴⁸ PDEC, art. 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 ».

n'est possible lors de la détermination de la commune intention des parties¹⁸⁴⁹. Les principes de droit européen des contrats apportent, toutefois, un tempérament au caractère obligatoire de la clause d'intégralité. Si les déclarations antérieures à la conclusion du contrat peuvent être écartées par une telle stipulation contractuelle, son efficacité est, en effet, limitée. Le paragraphe 4 de l'article 2 :105 précise que l'effet contraignant d'une clause d'intégralité peut être écarté sur demande raisonnable de l'une des parties en raison de déclarations ou comportements de son cocontractant de nature à l'empêcher de s'en prévaloir. Il est, toutefois, nécessaire d'atténuer cette idée puisque l'article 1 :102 des Principes de droit européen des contrats précise, en son second alinéa, que « *Les parties peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement* ». Le paragraphe 4 de la disposition relative à la clause d'intégralité n'explicitant pas d'impossible dérogation, il suffit, alors, aux parties de prévoir que seule la modification écrite de la clause d'intégralité a des conséquences sur son caractère obligatoire.

Concernant, d'autre part, les principes UNIDROIT, la validité des clauses d'intégralité est prévue en leur article 2.1.17¹⁸⁵⁰. Il y est précisé qu'il s'agit d'un mécanisme contractuel obligatoire – sous réserve que les parties y aient consenti – qui a pour conséquence d'interdire le recours à tout autre documents ou déclarations que ceux qui y sont visés aux fins de contredire ou de compléter le contenu obligationnel prévu par les parties. Le principe de l'intangibilité du contrat peut, donc, être renforcé par sa mise en œuvre. Il est possible d'illustrer cette idée avec l'affaire opposant Joseph C. Lemire à l'Ukraine¹⁸⁵¹, dans laquelle l'article 2.1.17 des principes UNIDROIT a été utilisé et appliqué. Un contrat relatif à la création d'une station de radio a, en l'espèce, été conclu entre Joseph C. Lemire et le gouvernement ukrainien.

¹⁸⁴⁹ D. VELARDOCCIO, « Article 2 : 105 – Clause d'intégralité », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, C. PRIETO (dir.), PUAM, 2003, p. 177 et s., spéc. p. 180, n° 7.

¹⁸⁵⁰ Principes UNIDROIT, art. 2.1.17 : « *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* ».

¹⁸⁵¹ International centre for settlement of investment disputes, Washington, d.c., 14 janv. 2010, ICSID case n° ARB/06/18, *Joseph C. Lemire v/ l'Ukraine* – W. BEN HAMIDA, « Les principes d'UNIDROIT et l'arbitrage transnational : L'expansion des principes d'UNIDROIT aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées », JDI 2012, p. 12, pt. 36.

Suite à des difficultés relatives de l'exécution du contrat, Monsieur Lemire a formulé une demande d'arbitrage auprès du mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Durant le déroulé de la procédure, les deux cocontractants sont parvenus à une entente amiable prévoyant, notamment, les normes d'interprétation à appliquer à leur contrat et ont demandé au tribunal arbitral d'incorporer cet accord dans la sentence. Les règles envisagées par les parties renvoyaient, majoritairement, aux mécanismes d'interprétation prévus par les principes UNIDROIT. Etait, par ailleurs, stipulée une clause d'intégralité précisant que le contenu de l'entente « *constitutes the entire agreement between the parties on the subject matter hereof and supersedes all prior correspondence, negotiations and understandings between them with respect to the matters covered herein* »¹⁸⁵². Monsieur Lemire a, par la suite, souhaité faire reconnaître le caractère obligatoire d'obligations non explicitement prévues dans l'accord mais envisagées par les parties durant la phase de négociations. Il s'appuyait, pour fonder sa demande, sur une stipulation de l'accord prévoyant que la commune intention des parties quant à la détermination du contenu du contrat devait s'envisager en considération de l'ensemble des circonstances entourant la relation contractuelle. Le tribunal arbitral a rejeté cette demande estimant que la lecture conjointe de cette dernière stipulation avec la clause d'intégralité ne permettait que d'envisager les éléments expressément prévus dans l'accord, sans que les points antérieurement discutés ne puissent avoir une quelconque influence. La clause d'intégralité bénéficiait donc, au regard des principes UNIDROIT applicables au cas d'espèce, d'un plein caractère obligatoire. Il semble, toutefois, nécessaire de tempérer les effets d'une telle stipulation contractuelle lorsqu'elle est envisagée selon les principes UNIDROIT. Si ces derniers reconnaissent le caractère obligatoire de la clause d'intégralité, ils n'excluent pas, néanmoins, et malgré sa stipulation, la considération, dans une perspective d'interprétation, des déclarations et accords des parties intervenus antérieurement à la conclusion du contrat. Se révèle, ainsi, une distinction entre la valeur contractuelle et la valeur interprétative des documents envisagés par la clause d'intégralité puisque seule la première constitue un effet de la stipulation contractuelle.

¹⁸⁵² L'entente « *constitue l'intégralité de l'accord entre les parties sur l'objet des présentes et remplace toutes les correspondances antérieures, les négociations et les ententes entre eux en ce qui concerne les questions qui y sont envisagées* ».

Qu'il s'agisse des principes de droit européen des contrats ou de principes UNIDROIT, il se constate une distinction entre ce qui est qualifiable de contractuel et ce qui peut être sujet à l'interprétation¹⁸⁵³. Le pouvoir du juge n'est, par conséquent, pas totalement bridé par la stipulation, par les parties, d'une clause d'intégralité dans leur contrat.

615. - Une validité reconnue par la jurisprudence – En droit interne, aucun texte ne prévoit la validité ou le régime de la clause d'intégralité. N'allant, toutefois, à l'encontre d'aucune règle d'ordre public¹⁸⁵⁴, et en application du principe de liberté contractuelle¹⁸⁵⁵, les parties ont la possibilité de la stipuler. L'identification de l'encadrement et des effets de ce mécanisme contractuel nécessite de se tourner vers la jurisprudence. Cette dernière, bien que timide s'agissant des arrêts rendus en matière de clause d'intégralité, en affirme le caractère obligatoire, notamment par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 3 avril 2002¹⁸⁵⁶. La société Marang et compagnie a, en l'espèce, entrepris, sous la maîtrise d'œuvre de la société Cabinet Alliaume et le contrôle de la Société de contrôle technique, la construction d'un immeuble qu'elle a vendu en l'état futur d'achèvement. L'immeuble a, toutefois, été livré sans isolation renforcée. Le syndicat des copropriétaires et un certain nombre de propriétaires, se plaignant de nuisances acoustiques, ont assigné la société Marang et compagnie en réparation de leur préjudice. La Cour d'appel de Paris, le 22 novembre 2000, a fait droit à la demande. Après avoir constaté que les plaquettes publicitaires de la société annonçaient une construction bénéficiant d'isolations renforcées, la juridiction de second degré a qualifié leur défaut de manquement contractuel puisque cet élément était de nature à influencer le consentement des acheteurs. La défenderesse s'est alors pourvue en cassation et la Haute juridiction a sanctionné l'arrêt de la Cour d'appel. Elle a, en effet, constaté l'existence d'une clause d'intégralité spécifiant que seuls l'acte instrumentaire et les documents limitativement

¹⁸⁵³ M. LAMOUREUX, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », RLDC 2007, p. 75, pt. 15.

¹⁸⁵⁴ D. VELARDOCCIO, « Clause d'intégralité », Dr. et patr. 2003, p. 177.

¹⁸⁵⁵ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, V° *Intégralité*, p. 306 et s., spéc. p. 307.

¹⁸⁵⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 2002, n° 01-01647.

énumérés – ne faisant pas référence au document publicitaire – avaient une valeur contractuelle et définissaient les termes de la relation. Ainsi, « *la notice descriptive précisant les normes de construction, le genre et la qualité des matériaux devant être utilisés annulait et remplaçait tous documents antérieurs ayant le même objet et, en général, toute référence d'ordre descriptif* ». Dans cet arrêt, la troisième Chambre civile a, ainsi, fait produire plein effet à la clause d'intégralité en refusant d'inclure au contenu contractuel des éléments extérieurs à ceux qui étaient limitativement énumérés par la stipulation contractuelle.

Si la Cour d'appel de Paris avait, dans ce dernier cas d'espèce, ignoré le caractère contraignant de la clause d'intégralité, elle est, par la suite, revenue sur sa position. Dans un arrêt rendu par la juridiction le 15 juin 2005¹⁸⁵⁷, un contrat avait, en l'espèce, été conclu entre la SA Thomson Télévision Angers et la SAS française de restauration Sodexo. Cette dernière s'engageait, alors, à fournir des repas collectifs. Durant la période de négociation, et sous forme écrite, avait été évoquée l'idée selon laquelle ce service donnerait lieu au versement d'une redevance de la part de la société prestataire au bénéfice de son cocontractant. Le contrat finalement conclu ne stipulait, toutefois, aucunement le caractère obligatoire d'une telle obligation. Une clause d'intégralité avait, par ailleurs, été prévue dans l'acte instrumentaire précisant que son contenu « *annule et remplace tous accords écrits et verbaux antérieurs à la signature* » et qu'« *aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu par le présent contrat* ». La société Thomson Télévision Angers a, au cours de la relation contractuelle, assigné son contractant en paiement de ladite redevance. En déboutant la demande, la Cour d'appel de Paris a, alors, reconnu la validité de la clause d'intégralité. Elle a, en effet, refusé de reconnaître le caractère obligatoire d'une obligation qui, bien qu'évoquée durant la période précontractuelle, n'avait, d'une part, pas été reprise dans l'acte instrumentaire qui, d'autre part, constituait le seul contenu obligationnel de la relation contractuelle du fait justement du caractère obligatoire de la clause d'intégralité.

Les juges ont, donc, dans les deux arrêts exposés, rejeté l'effet contraignant d'éléments qui n'ont pas été repris dans l'acte instrumentaire constatant les relations contractuelles du fait de l'existence d'une clause d'intégralité. Ces solutions démontrent

¹⁸⁵⁷ CA Paris, 15 juin 2005 : RTD civ. 2006, p. 111, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

qu'il est permis aux parties de se munir contractuellement contre le caractère obligatoire d'obligations non matérialisées dans leurs contrats.

616. - Si aucun texte interne n'encadre et ne reconnaît officiellement la validité des clauses d'intégralité, la jurisprudence n'en contredit pas le caractère obligatoire. Il s'agit, alors, de s'interroger sur une éventuelle consolidation de l'intangibilité du contrat grâce à la mise en œuvre de ce mécanisme contractuel. Les valeurs contractuelle et interprétative des éléments relevant de la clause d'intégralité devant être dissociées, la stipulation ne constitue pas un rempart inébranlable face à l'immixtion du juge dans le contrat¹⁸⁵⁸. Il apparaît, donc, nécessaire d'en consolider les effets.

Paragraphe 2 : La consolidation de l'intangibilité du contrat

617. - L'efficacité de la clause d'intégralité peut s'avérer limitée s'agissant de l'interprétation du contrat, et notamment par l'application judiciaire de l'article 1135 du Code civil puisqu'il ne s'agit plus d'examiner les échanges entre les parties mais d'analyser la relation contractuelle en elle-même et de se fonder sur des éléments qui lui sont extérieurs (I). Les parties vont, alors, avoir la possibilité de renforcer la définition contractuelle relative à la portée de l'interventionnisme judiciaire par la mise en œuvre d'une clause d'interprétation (II).

I. L'interprétation judiciaire exclue de la portée de la clause d'intégralité

618. - **La distinction entre la valeur contractuelle et la valeur interprétative** – La mise en œuvre des clauses d'intégralité n'est pas absolue s'agissant de la détermination du contenu du contrat. Il est, en effet, nécessaire de différencier le document auquel est attribué une valeur contractuelle – protégée par la clause des quatre coins – de celui qui est susceptible d'être interprété. La réglementation issue des principes UNIDROIT marque clairement cette distinction en expliquant, en son article 2.1.17 (3), que l'ensemble des éléments envisagés entre les parties « *peut*

¹⁸⁵⁸ B. FAGES et M. DESOLNEUX (dir.), *Lamy Droit des contrats*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2015, n° 105-28.

cependant servir à l'interprétation » du contrat. Si la clause d'intégralité constitue un rempart contre le forçage du contrat par le juge, il n'est, toutefois, pas insurmontable puisque le pouvoir judiciaire a la possibilité d'exercer son pouvoir d'interprétation s'agissant de documents ne relevant pas du contenu obligationnel. En droit interne, cette insuffisance se révèle par l'application de l'article 1135 du Code civil.

619.- Clause d'intégralité et article 1135 du Code civil – L'article 1135 du Code civil dispose donc que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Sa mise en œuvre permet au juge de moduler le contenu obligationnel d'un contrat¹⁸⁵⁹. Il s'agit, alors, de s'intéresser à la mise en œuvre de cette disposition légale dans le cadre d'un contrat stipulant une clause d'intégralité.

Le caractère obligatoire des suites de l'obligation données par la loi ne pose pas réellement de difficulté de mise en œuvre puisque, si l'article 6 du Code civil précise qu'« *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », les lois supplétives peuvent être écartées par la volonté des parties¹⁸⁶⁰. Il s'agit, alors, de se demander si les clauses d'intégralité constituent une barrière suffisante s'agissant de l'interprétation du contenu obligationnel en considération des usages et de l'équité.

Concernant les usages, d'une part, la question a été clairement tranchée par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 15 mai 2002¹⁸⁶¹. La société Sygma a, en l'espèce, mis à la disposition de la société d'étude et de développement de la presse périodique, aux droits de laquelle se trouve la société Hachette Filipacchi, des photographies afin d'illustrer la couverture d'un magazine. Cette dernière, suite à sa parution, a été réutilisée et affichée par la société à qui les images avaient été cédées dans un objectif de promotion du périodique. La société Sygma a, alors, assigné son cocontractant en contrefaçon et versement de dommages-intérêts. La Cour d'appel a accueilli la demande en estimant que la clause contractuelle interdisant l'emploi publicitaire du cliché dont le droit de reproduction

¹⁸⁵⁹ V. *Supra* n° 28 et s.

¹⁸⁶⁰ V. *Supra* n° 387.

¹⁸⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, n° 99-21090 : Bull. civ. 2002, I, n° 130, p. 100 ; JCP E 2002, n° 1121, note C. CARON.

avait été acquis pour illustrer la couverture d'un magazine s'imposait aux parties. La Cour de cassation a, toutefois, sanctionné l'arrêt de la juridiction de second degré en développant un raisonnement en deux temps. Elle a, d'abord, expliqué, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, que selon les suites que l'usage donne à l'obligation prévue par les parties d'après sa nature, la stipulation contractuelle ne s'étendait pas à l'exposition publique de la photographie lorsqu'elle est faite pour la promotion des ventes du périodique à qui elles ont été cédées. Elle a, ensuite, ajouté que seule une « *clause contraire spéciale expresse* » permettait d'empêcher au juge d'augmenter un contenu obligationnel par l'application d'un usage. Les magistrats, faisant ici référence à la clause d'intégralité, ont révélé son efficacité contre la modification du contenu obligationnel par le pouvoir judiciaire¹⁸⁶². Cette idée se justifie d'autant plus que les usages visés par l'article 1135 du Code civil sont ceux qui ont un caractère supplétif¹⁸⁶³ et qui peuvent, donc, être écartés par la seule volonté des parties. Les clauses d'intégralité apparaissent, ainsi, comme un obstacle au forçage du contrat par le juge s'agissant du caractère obligatoire d'un usage.

Concernant l'équité, d'autre part, le raisonnement est différent. S'il semble que la clause d'intégralité puisse permettre aux parties d'empêcher le juge de s'immiscer dans leur contrat sur le fondement de l'article 1135 du Code civil¹⁸⁶⁴, il apparaît, toutefois, que cette stipulation contractuelle ne permet pas d'écarter l'application de la disposition s'agissant de l'équité. Lorsque le juge intervient sur le contenu obligationnel en se fondant sur cette dernière, son objectif n'est pas de combler une lacune contractuelle mais d'imposer des obligations qu'il considère comme relevant de l'ordre public et

¹⁸⁶² V. en ce sens : D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Colloque, Dijon A. ETIENNEY et C. COUTANT LAPALUS (dir.), RDC 2015/1, p. 187, pt. 15 : « la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'une clause d'intégralité pouvait efficacement exclure le pouvoir du juge de densifier le contenu obligationnel du contrat, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, en s'appuyant sur les usages. Décision qui se comprend d'autant mieux que les usages ne sont que supplétifs de la volonté des contractants et que leur exploitation judiciaire n'est, par conséquent, pas possible si les contractants les évincent » – J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s.

¹⁸⁶³ V. *Supra* n° 32.

¹⁸⁶⁴ J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011, p. 511 et s., V. *Clause d'intégralité*, spéc. p. 511.

auxquelles les parties ne peuvent, à ce titre, déroger par une stipulation contractuelle¹⁸⁶⁵. Le peu d'arrêts rendus en matière de clause d'intégralité et l'absence de législation ne permettent, toutefois, pas de répondre de manière certaine à la question de savoir si l'interprétation du contenu obligationnel d'un contrat par le juge au regard de l'équité peut être écartée par une clause d'intégralité. S'il est certain qu'une telle stipulation pourrait contrarier l'interprétation judiciaire des contrats, il ne peut pas être établi que le juge ne serait pas en mesure de la contourner.

620. - Obligations non matérialisées et clause d'intégralité – S'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées, le fait que la clause d'intégralité soit axée sur la détermination des éléments dotés d'une valeur contractuelle et non sur l'interprétation du contrat en limite l'efficacité. Concernant, par exemple, le rejet systématique, par le juge, d'une clause d'indépendance stipulée par les parties en situation d'interdépendance contractuelle, les effets de l'existence d'une clause d'intégralité sur la solution judiciaire n'apparaissent pas évidents à déterminer. Deux hypothèses peuvent, en effet, être envisagées. La première appelle à une stricte application de la clause d'intégralité qui ne permet pas, lorsque son régime est calqué sur celui qui lui est reconnu par le droit anglo-américain, de supprimer des obligations prévues par les parties. Les juges seraient, ainsi, dans l'impossibilité de retrancher la clause relative à la survie du contrat en cas de disparition de celui auquel il est lié. La seconde hypothèse appelle à fonder le rejet de la clause d'indépendance par la requalification de la relation contractuelle par le juge. Dans pareille situation, le magistrat exerce, donc, son pouvoir d'interprétation et en impose les conséquences aux parties. La clause d'intégralité peut, par conséquent, être écartée puisqu'il ne s'agit pas, pour les magistrats, d'apprécier la valeur contractuelle d'un élément mais d'interpréter le contrat.

621. - Si les clauses d'intégralité apparaissaient comme une fortification contre le forçage du contrat par le juge, il est constaté qu'elle n'est pas imparable. Il s'agit, donc, d'imaginer la conciliation d'une telle stipulation avec une clause d'interprétation afin de

¹⁸⁶⁵ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, V° *Intégralité*, p. 306 et s., spéc. p. 308.

renforcer le caractère intangible du contenu obligationnel tel qu'il a été prévu par les parties.

II. Le renforcement de la clause d'intégralité par une clause d'interprétation

622. - Notion de clause d'interprétation – Les clauses d'interprétation « *tendent à encadrer le pouvoir de l'interprète du contrat, qu'il s'agisse du juge ou de l'arbitre* »¹⁸⁶⁶. Il s'agit, donc, de stipulations contractuelles aux termes desquelles les parties vont déterminer la façon dont les éventuels défauts de clartés ou les ambiguïtés générés par la rédaction de leur contrat seront interprétés par le juge. Si le Code civil met à la disposition du pouvoir judiciaire des moyens de déceler la commune intention des parties¹⁸⁶⁷, la mise en œuvre de ces clauses donne la possibilité, aux contractants, d'aiguiller cette interprétation afin de s'assurer que la détermination du contenu obligationnel retenue soit celle qui est le plus en accord avec leur volonté¹⁸⁶⁸. La finalité de la clause d'interprétation est, donc, de prévenir les « *aléas de l'interprétation judiciaire* »¹⁸⁶⁹ en octroyant aux parties un pouvoir de contrôle relatif à l'immixtion du juge dans leur relation contractuelle.

Les articles du Code civil relatifs à l'interprétation des contrats par le juge n'étant pas d'ordre public¹⁸⁷⁰, sur le fondement de la liberté contractuelle, les clauses d'interprétation sont valables. Un unique bémol peut être apporté à cette idée s'agissant

¹⁸⁶⁶ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 390 et s., V^o *Interprétation*, spéc. p. 391.

¹⁸⁶⁷ V. *Supra* n^o 317.

¹⁸⁶⁸ J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, p. 647, n^o 1613.

¹⁸⁶⁹ J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011, p. 541 et s., V. *Clause d'interprétation*, spéc. p. 541.

¹⁸⁷⁰ V. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, n^o 77-14827 : Bull. civ. 1979, I, n^o 81 : « *Mais attendu que les articles 1156 et suivants du Code civil formulent, pour l'interprétation des conventions des règles qui ne présentent pas un caractère impératif et dont une éventuelle méconnaissance ne saurait, à elle seule, donner ouverture à cassation* » – Cass. com., 19 janv. 1981, n^o 79-14485 : Bull. civ. 1981, IV, n^o 34 : « *Mais attendu que les articles du Code civil visés au moyen formulent pour l'interprétation des conventions des règles qui ne présentent pas un caractère impératif* » – Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, n^o 89-12186 : « *Attendu, en second lieu, que l'article 1602 du Code civil, qui ne revêt aucun caractère impératif, ne déroge pas aux règles générales d'interprétation des contrats posées par les articles 1156 à 1161 du même Code* » – Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n^o 93-11672 : « *Attendu, ensuite, que les articles 1156 à 1164 du Code civil, qui sont applicables à l'interprétation des testaments, n'ont aucun caractère impératif* ».

des contrats de consommations. Les clauses d'interprétation peuvent, en effet, y être stipulées à condition qu'elles ne contrarient pas les dispositions consuméristes d'ordre public ou qu'elles ne sont pas constitutives de clauses abusives¹⁸⁷¹. Le contenu de ces relations contractuelles n'étant pas ouvert à la négociation, il s'agit de protéger le consommateur contre d'éventuels abus de la part d'un professionnel qui serait tenté de lui imposer des clauses ou des techniques d'interprétation défavorables, créant, ainsi, un déséquilibre juridique.

623. - La mise en œuvre des clauses d'interprétation – Les clauses d'interprétation peuvent s'extérioriser de multiples façons¹⁸⁷², rendant, ainsi, difficile l'établissement d'une liste limitative. Il est possible, toutefois, de trier ces stipulations contractuelles en trois catégories en considération du sujet, de l'objet et de la manière dont elles sont mises en œuvre.

Les parties ont, d'abord, la possibilité de prévoir l'auteur de l'interprétation en stipulant, par exemple, une clause d'interprétation unilatérale¹⁸⁷³. Cette catégorie ne sera pas développée puisqu'elle n'a pas d'impact direct sur la détermination du contenu du contrat en ce qu'elle se contente, uniquement, de désigner un interprète.

¹⁸⁷¹ Sur la notion de clause abusive, V. *Supra* n° 72 et s.

¹⁸⁷² F. DE LY, « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux (Qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle) », RDAI 2000/6, p. 736 : « sans essayer d'être complet, les douze catégories de clauses d'interprétation suivantes ont été identifiées sur la base d'une recherche d'environ 270 clauses d'interprétation (...) 1) Clauses de qualification (identification par les parties de la nature du contrat) 2) Clauses de définition et de classement du contrat (identification des documents comprenant les droits et obligations des parties et hiérarchisation des documents contractuels) 3) Clauses d'accord complet (clause d'intégralité) 4) Clauses d'intitulés (utilisation ou rejet de la formulation des intitulés s'agissant de l'interprétation du contrat) 5) Clauses de définition (définitions des termes utilisés dans le contrat) 6) Clauses de langage (détermination de la langue) 7) Clauses de non modification orale (toute modification du contrat doit se faire sous forme écrite, par exemple, les modifications orales ou les changements de comportement ne peuvent pas être considérés comme entraînant une modification du contenu du contrat) 8) Clauses de non-renonciation (il est interdit aux parties de renoncer aux clauses du contrat comme par exemple à une clause de non modification orale ou d'intégralité) 9) Clauses de nullité partielle (la nullité d'une clause du contrat est autonome et n'entraîne pas la nullité du contrat en son entier) 10) Clauses de comblement des lacunes (il s'agit, pour les parties, de désigner les règles qui fonderont le comblement d'éventuelles lacunes contractuelles comme les usages par exemple) 11) Coutumes, usages et pratiques commerciales (clauses qui incluent ou excluent l'application des coutumes, usages et pratiques commerciales au contrat conclu) 12) Clauses de bonne foi (référence à la bonne foi ou à l'équité comme norme d'interprétation objective du contrat) ».

¹⁸⁷³ V. en ce sens : J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011, p. 541 et s., V. *Clause d'interprétation*, spéc. p. 541 – Les clauses d'interprétation unilatérale permettent aux parties de désigner la personne ou l'autorité qui a le pouvoir d'interpréter les éventuelles lacunes contractuelles révélées dans le cadre de leur engagement.

Les contractants, peuvent, ensuite, déterminer quel sera l'objet de l'interprétation, en ciblant, par exemple, les éléments qui ont une valeur contractuelle et qui, seuls, peuvent être soumis à une interprétation judiciaire. S'identifie, dans cette hypothèse, une référence aux clauses d'intégralité puisque seules les stipulations visées par les parties sont considérées comme intégrées dans le contenu obligationnel et peuvent, dès lors, être soumises à l'exercice de son pouvoir par le juge. Il s'agit, en d'autres termes, de « *regrouper les composantes de l'accord* »¹⁸⁷⁴. Par l'utilisation d'une telle stipulation contractuelle, l'inter-applicabilité des clauses compromissaires serait empêchée, à moins que la désignation de l'instance arbitrale n'ait été prévue par les parties. Les clauses d'interprétation peuvent encore, permettre aux parties de déterminer la hiérarchisation des stipulations contractuelles. Il s'agit de donner, en amont, la solution à appliquer en cas de contradiction relevée dans le contenu obligationnel et, ainsi, de désigner les droits et obligations qui reflètent le plus précisément leur volonté. La problématique relative aux discordances contractuelles et la question de l'application des obligations prévues dans les contrats-cadres à l'ensemble des contrats d'application seraient, ainsi, solutionnées.

Les contractants ont, enfin, la possibilité de stipuler des clauses permettant de déterminer la façon dont leur contrat doit être interprété. Dans cette hypothèse, trois catégories de stipulations contractuelles se distinguent. Les parties peuvent, dans un premier temps, régler la manière dont le contenu obligationnel doit être apprécié de manière générale. Les règles d'interprétation mises à la disposition du juge n'étant pas impératives, les contractants ont, par exemple, la possibilité d'opter pour celles qu'ils souhaitent, ou non, voir appliquées. Les parties peuvent, dans un second temps, impacter sur la manière dont est apprécié le contenu de leur engagement contractuel en intervenant sur sa clarification. Il s'agit, notamment, des clauses de définition, d'intitulés ou encore de non-renonciation. Dans une telle hypothèse, les contractants peuvent, par exemple, s'agissant des contrats interdépendants, préciser les liens entre les différentes relations contractuelles dans le but de renforcer l'effet contraignant d'éventuelles clauses d'indépendance. Les parties sont, dans un troisième temps, en mesure de choisir les règles en considération desquelles leur relation contractuelle doit

¹⁸⁷⁴ J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, p. 647, n° 1608.

être appréciée ou, à l'inverse, celles qui ne pourront pas être utilisées. Elles pourront alors, par exemple, se référer aux usages ou en rejeter l'application.

*

624. - Bilan – La mise en œuvre des clauses d'interprétation permet aux parties de renforcer l'intangibilité de leur contenu obligationnel, notamment lorsqu'elles sont stipulées en association avec une clause d'intégralité. Ces clauses constituent, en effet, un rempart contractuel contre le forçage du contrat par le juge, notamment s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées.

Leur caractère obligatoire n'exclut, toutefois, pas de manière absolue l'interprétation judiciaire, et, partant, la modulation du contenu obligationnel. Ces lacunes invitent, donc, à envisager une limitation légale de l'immixtion judiciaire s'agissant de la détermination des obligations applicables aux relations contractuelles.

Section 2 : Les limitations légales relatives au forçage du contrat par le juge

625. - Limiter, légalement, le forçage du contrat par le juge se justifie par la nécessité d'un regain de primauté de la volonté des parties. L'idée ici défendue a pour finalité de permettre une détermination du contenu obligationnel en évitant une reformulation trop éloignée de ce que souhaitent les parties par le conditionnement de l'interprétation judiciaire. Il s'agit, donc, en amont, d'encadrer strictement la possibilité de mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge (Paragraphe 1). Le contrat ne pouvant, toutefois, pas être totalement figé, il apparaît opportun d'octroyer au pouvoir judiciaire, lorsqu'il intervient en matière contractuelle, les moyens nécessaires à la découverte de la commune intention des parties (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge

626. - L'analyse de l'exercice de ses pouvoirs par le juge met en exergue la nécessité d'en renforcer l'encadrement. Il apparaît, ainsi, nécessaire d'en limiter la mise en œuvre aux lacunes contractuelles (I) et de renforcer les conditions d'application de l'article 1135 du Code civil (II).

I. Des pouvoirs limités à la constatation de lacunes contractuelles

627. - **Une limitation affirmée** – Le droit positif encadre, d'ores et déjà, les prérogatives octroyées au juge¹⁸⁷⁵. S'agissant de la mise en œuvre de son pouvoir d'interprétation – celui qui est à l'origine des plus grandes difficultés eu égard à la question du forçage du contrat¹⁸⁷⁶ –, il est, en principe, conditionné à la constatation du caractère obscur ou ambiguë d'une stipulation contractuelle. Cette limitation des pouvoirs judiciaires est, d'ailleurs, explicitement reconnue par les magistrats eux-mêmes. La Cour de cassation a, en effet, affirmé cette idée à plusieurs reprises¹⁸⁷⁷, appuyée, d'ailleurs, par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt rendu le 13 juillet 2004¹⁸⁷⁸. Un testament a, en l'espèce, été établi par Carolina Pujol Oller,

¹⁸⁷⁵ Sur la définition des pouvoirs du juge : V. *Supra* n° 549 et s., 556 et s., 560 et s.

¹⁸⁷⁶ V. *Supra* n° 564 et s.

¹⁸⁷⁷ Cass. civ. 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 153 et s., n° 160 – Cass. civ. 6 juin 1921 : DP 1921, 1, 73, rapp. A. COLIN ; S. 1921, 1, 193, note L. HUGUENEY – Cass. civ. 9 oct. 1940 : DA 1941, 1, 130 – Cass. civ. 3^{ème}, 17 mars 1975 : Bull. civ. III, n° 110, p. 82 – Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, 612, note F. CHABAS – Cass. com., 5 juill. 1984 : JCP 1985, II, 20409, note E.-M. BEY – Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2001 : Bull. civ. I, n° 106 ; JCP 2001, II, 10647, note C. PUIGELIER – C. cass., *Rapport annuel*, La documentation française, 2012, V° *Dénaturation*.

¹⁸⁷⁸ CEDH, 13 juill. 2004, req. n° 69498/01, *P. et P. c/ Andorre* : D. 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT et pan. 2124, obs. M. NICOD ; JCP 2005, II, 10052, note F. BOULANGER et I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; Defrénois 2005, p. 1909, note Ph. MALAURIE ; AJDA 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RDC 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD.

dans lequel elle instituait une substitution fidéicommissaire¹⁸⁷⁹ à son fils, Francesc-Xavier Pla et, s'il était dans l'incapacité d'hériter, à sa sœur, Carolina. Il était prévu que « *celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique* ». Carolina Pujol Oller est décédée en 1949. Francesc-Xavier Pla a, par la suite, contracté un mariage canonique et, avec son épouse, adopté sous la forme plénière un petit garçon, Antoni, en 1969 puis une petite fille quelque temps plus tard. Dans son testament, Francesc-Xavier Pla a indiqué léguer 300.506 euros à son fils, 180.303 euros à sa fille, et désigné son épouse légataire universelle du reste de ses biens. Par un codicille¹⁸⁸⁰ du 3 juillet 1995, il a, par ailleurs, légué à Antoni la nue-propriété des biens provenant du fidéicommiss, l'usufruit ayant été attribué à son épouse. Francesc-Xavier Pla est décédé en 1996. Les petites-filles de Carolina Pujol Oller ont, alors, demandé l'annulation du codicille arguant du fait qu'Antoni ayant été adopté, il ne pouvait pas être reconnu comme un enfant issu d'un mariage légitime et canonique et qu'il était, par conséquent, dans l'impossibilité de recevoir les biens visés par la substitution fidéicommissaire. La juridiction de première instance d'Andorre a rejeté la demande expliquant que le droit applicable à l'époque du contrat ne permettait pas de conclure que la testatrice souhaitait exclure les enfants adoptés. Le Tribunal supérieur d'Andorre infirma le jugement expliquant que la tradition catalane ayant tendance à rejeter les enfants adoptés, il y avait lieu de ne pas considérer Antoni comme issu d'un mariage légitime et canonique. Suite à cette décision, Antoni et sa mère ont formé un recours devant le Tribunal constitutionnel d'Andorre qui a déclaré la demande irrecevable. Les demandeurs ont, alors, saisi la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette dernière a alors expliqué que « *dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe,*

¹⁸⁷⁹ La substitution fidéicommissaire est une « *Disposition entre vifs ou testamentaire par laquelle le déposant charge la personne gratifiée (dite grevé) de conserver toute sa vie les biens à elle donnés ou légués en vue de les transmettre à son décès à une autre personne (dite appelé) désignée par le disposant lui-même* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 995, V° *Substitution (-Fidéicommissaire)* – Remarque : une telle pratique est, par principe, prohibée en droit français : C. civ., art. 896 : « *La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi* ».

¹⁸⁸⁰ Le codicille est le « *Nom encore donné dans la pratique au testament postérieur qui complète, modifie ou même révoque un testament antérieur mais ne désignant plus, comme en Droit romain, la clause additionnelle par laquelle le testateur prévoyait, pour le cas où son testament serait annulé comme tel, que celui-ci devrait au moins valoir comme codicille* » : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 187, V° *Codicille*.

elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ». Elle a, ainsi, considéré que l'absence d'ambiguïté et de clarté du contenu contractuel en cause ne permettait pas au juge de l'interpréter en lui prêtant un sens qui n'est pas le sien. Puisque la testatrice n'entendait pas explicitement exclure les enfants adoptés du contrat, aucun élément ne permettait au pouvoir judiciaire en cause d'en déduire autrement. Lorsque le contenu obligationnel est clair et précis, il devient, donc, immuable et le juge est, par conséquent, dans l'impossibilité de le modifier sur le fondement, en droit interne, de l'article 1134 du Code civil¹⁸⁸¹.

628. - La constatation du dépassement de cette limitation par le juge – Si l'intervention judiciaire doit, par principe, se limiter aux lacunes contractuelles révélées par un défaut de clarté ou l'existence d'une ambiguïté, la pratique démontre néanmoins que le juge, lorsqu'il s'agit d'interpréter le contenu du contrat, peut dénaturer la volonté des parties en redéfinissant des clauses pourtant claires. S'agissant, ainsi, des obligations non matérialisées, le dépassement de l'encadrement des prérogatives octroyées aux magistrats s'illustre s'agissant du caractère obligatoire d'une clause implicite de tacite caducité au détriment d'une clause d'indépendance contractuellement stipulée par les parties¹⁸⁸². Si la stipulation contractuelle consentie par les contractants apparaît, en effet, claire et dénuée de toute ambiguïté, les juges l'écartent, néanmoins, au profit du caractère obligatoire de l'obligation non matérialisée par renvoi implicite du fait de la qualification retenue de la relation. En évinçant une clause claire et précise prévue par les contractants, le pouvoir judiciaire s'ingère dans le contrat, alors que les conditions de la mise en œuvre de ses pouvoirs ne sont pas remplies. Si l'idée se justifie en ce qu'il s'agit d'une application des effets d'une qualification judiciaire de la relation contractuelle, les magistrats imposent,

¹⁸⁸¹ T. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », D. 1976, p. 153 – C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, PUF, 1974, p. 17 – C. Cass., *Rapport annuel*, La documentation française, 2012, V° *Dénaturation*

¹⁸⁸² V. *Supra* n° 254, 264 et 578.

néanmoins, une interprétation expressément contraire à la volonté explicite des parties en violation des conditions de l'exercice de leurs pouvoirs.

629. - La nécessité d'une règle au caractère impératif – Puisque le juge s'éloigne des règles qui encadrent l'exercice de ses pouvoirs, il apparaît nécessaire de leur attribuer un caractère impératif au sens d'une « *Exigence catégorique, un objectif essentiel, un commandement inflexible, un précepte qui ne souffre ni transgression ni mollesse* »¹⁸⁸³. La finalité de cette proposition réside dans le renforcement de la protection des parties contre un risque de dénaturation de leur volonté et, partant, de garantir aux relations contractuelles la sécurité juridique nécessaire. Si la volonté des parties est formellement exprimée, le juge ne doit, donc, pas être en mesure de procéder à un forçage du contrat. Les tournures grammaticales doivent, par conséquent, être choisies avec beaucoup d'attention par les contractants et envisagées strictement par les magistrats¹⁸⁸⁴.

Le projet de réforme du droit des contrats propose, d'ailleurs, de codifier cet encadrement de l'interprétation judiciaire en un nouvel article 1189 disposant qu'« *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* »¹⁸⁸⁵. La formulation de cette disposition permet, ainsi de limiter légalement la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge. Le fait de créer cet article laisse supposer que l'étude de la pratique des magistrats a révélé la nécessité, pour le législateur, de préciser les conditions relatives à leur interventionnisme. Si le pouvoir judiciaire ne remettait pas en cause le caractère obligatoire de clauses claires et précises, aucun besoin n'aurait été ressenti de le préciser dans le Code civil. Peut-être le verbe « *pouvoir* » devrait, toutefois, remplacer le verbe « *devoir* » dans ce nouvel article 1189 afin d'appuyer le caractère impératif de l'interdiction faite au juge d'effectuer des modifications contractuelles contraires à ce qui a été clairement stipulé par elles.

¹⁸⁸³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014, p. 521, V° *Impératif*.

¹⁸⁸⁴ V. en ce sens : E. DE CALLATAÏ, *Etudes sur l'interprétation des conventions*, Bruylant, 1947 – *Contra* : F. ROUVIERE, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 120, n° 133 : L'auteur explique que la carté ne doit pas s'envisager en considération des tournures grammaticales mais comme une « *conformité des engagements au but poursuivi par les parties* ».

¹⁸⁸⁵ Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

630. - L'idée d'une limitation de l'ingérence du juge dans le contrat se doit, toutefois, d'être tempérée par le maintien de l'application de l'article 1135 du Code civil.

II. Des pouvoirs limités à l'application de l'article 1135 du Code civil : le maintien conditionné de l'interprétation objective

631. - **Le pouvoir créateur d'obligations octroyé au juge par l'article 1135 du Code civil** – L'article 1135 du Code civil dispose donc que « *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* »¹⁸⁸⁶. L'idée des présents développements est de démontrer que, dans une optique de limitation du forçage du contrat par le juge, il est nécessaire de maintenir l'application judiciaire de l'article 1135 s'agissant de la détermination du contenu obligationnel.

Si la disposition légale offre au pouvoir judiciaire la possibilité de s'écarter de la volonté des parties en intervenant sur le contenu obligationnel du contrat, son application permet également de combler des lacunes contractuelles générées par les parties¹⁸⁸⁷ tant du point de vue de l'anticipation que de la prévision¹⁸⁸⁸.

L'article 1135 du Code civil permet aux magistrats de découvrir de nouvelles obligations applicables à une relation contractuelle¹⁸⁸⁹ déduites des suites de la nature de l'obligation envisagée. L'octroi de cette prérogative, autorise, donc, les magistrats à forcer du contrat en s'immiscant dans la détermination de son contenu obligationnel. Cette idée peut être illustrée par l'obligation de surveillance instituée s'agissant du contrat de location. Dans un arrêt du 13 octobre 1987, la première Chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, découvert cette obligation sur le fondement de l'article 1135 du Code civil¹⁸⁹⁰. La société Relais Formation a, en l'espèce, loué un salon à la

¹⁸⁸⁶ V. *Supra* n° 28 et s.

¹⁸⁸⁷ Ch. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 303, n° 456.

¹⁸⁸⁸ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006, p. 1, n° 1.

¹⁸⁸⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013, p. 361, n° 743 – R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. *Cours Dalloz*, 11^{ème} éd., 2014, p. 82, p. 108, n° 123.

¹⁸⁹⁰ Cass. civ 1^{ère}, 13 oct. 1987, n° 86-10124 : Bull. civ. I, n° 262, p. 190 ; D. 1987, IR, 212.

société Le Grand Hôtel afin d'y organiser une journée de formation professionnelle. Monsieur X et Madame Y, participant à cet événement se sont, malheureusement, fait voler des vêtements de valeur dans une antichambre attenante au salon utilisée au titre de vestiaire. Monsieur X et Madame Y ont alors assigné la société Le Grand Hôtel en indemnisation de la perte de leurs vêtements. Le tribunal de première instance, ainsi que la Cour d'appel de Paris, ont fait droit à la demande. La société Le Grand Hôtel s'est, alors, pourvu en cassation au moyen qu'aucune obligation de surveillance n'ayant été contractuellement prévue, elle ne pouvait être tenue de cette réparation sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi expliquant que « *que la Cour d'appel, en retenant que la mise à disposition de Relais Formation d'une antichambre attenante au salon loué et aménagée en vestiaire entraînait une obligation de surveillance accessoire au contrat de location, a usé du pouvoir qu'elle tient de l'article 1135 du Code civil qui dit que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». La Haute juridiction a, en l'espèce, pallié à une lacune contractuelle en découvrant le caractère obligatoire d'une nouvelle obligation de surveillance à la charge du loueur. Elle a, ainsi, affirmé très nettement sa capacité à densifier le contenu obligationnel sans qu'il ne soit nécessaire que les ajouts ne relèvent de la volonté des parties. Il s'agit d'un forçage du contrat par le juge puisqu'il impose une obligation qui n'a pas été prévue par les parties mais qui se justifie en ce qu'il se rattache à la nature des obligations stipulées ou, plus justement, à la nature du contrat.

Plus qu'un rôle d'interprétation, le juge est, ainsi, doté d'une véritable prérogative de création s'éloignant incontestablement de la volonté des parties¹⁸⁹¹. S'il semble nécessaire que les magistrats puissent combler les insuffisances contractuelles, il apparaît que la mise en œuvre de l'article 1135 du Code civil doit bénéficier d'un encadrement renforcé afin d'en éviter les dérives. En découvrant de nouvelles obligations applicables aux situations contractuelles en cours, le juge empêche, en effet, les parties d'être en mesure de prévoir, au jour de la conclusion du contrat, le contenu obligationnel qui sera obligatoire au cours de leur relation. Il s'agit, donc, de trouver un

¹⁸⁹¹ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, p. 339, n° 339 – J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s., spéc. p. 18 et s.

juste équilibre entre le maintien de l'application de l'article 1135 du Code civil et la sécurité juridique dont le contrat doit bénéficier.

632. - La nécessité d'encadrer strictement l'application de l'article 1135 du Code civil – Il s'effectue, progressivement, un passage de la découverte judiciaire d'obligations spécifiques à une relation contractuelle vers la considération de la nature générale des contrats. L'application actuelle de l'article 1135 du Code civil apparaît, en effet, comme un fondement utilisé par les juges de justifier la découverte de nouvelles obligations contractuelles, sans qu'elles ne puissent, nécessairement, être rattachées aux suites de l'obligation telles qu'envisagées par l'équité, la loi ou les usages.

S'agissant, d'abord, de la loi, aucune difficulté n'est réellement constatable puisqu'il s'agit d'appliquer les dispositions légales eu égard à la relation contractuelle envisagée. Imposer, par exemple, au vendeur la livraison de la chose telle qu'imposée par l'article 1603 du Code civil¹⁸⁹² ne laisse pas apparaître un dépassement de ses pouvoirs par le juge mais une stricte application de la loi.

Concernant, ensuite, les usages, si les conditions d'obligatorité sont respectées aucune difficulté ne se posera. L'appréciation du caractère obligatoire des usages s'effectue, en effet, en considération de la volonté des parties puisqu'elle nécessite une omission involontaire de leur part et l'absence de dénaturation de l'opération contractuelle¹⁸⁹³. Si, en application de l'article 1135 du Code civil, le juge intervient en considération de ces exigences, aucun risque de forçage du contrat ne sera réellement encouru puisqu'il s'agit, simplement, d'une lacune contractuelle qui n'est pas voulue par les contractants.

L'équité, enfin, est la notion qui pose le plus de difficulté, s'agissant de la recherche d'un équilibre entre la sécurité juridique contractuelle et la nécessité de maintenir l'application de l'article 1135 du Code civil. Initialement, la découverte de nouvelles obligations, sur ce fondement, doit permettre de renforcer la protection de l'une des parties¹⁸⁹⁴. Vaste notion, il apparaît, toutefois, que les juges ont recours à l'équité afin de justifier, sans nécessairement que ce soit opportun, les obligations qu'ils découvrent.

¹⁸⁹² C. civ., art. 1603 : Le vendeur « (...) a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ».

¹⁸⁹³ V. *Supra* n° 32.

¹⁸⁹⁴ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 311, n° 473.

Cette idée s'illustre, notamment, par la consécration de l'obligation de sécurité par les juges, justement fondée par la notion d'équité¹⁸⁹⁵.

Inconnue jusqu'à un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 novembre 1911¹⁸⁹⁶, l'obligation de sécurité a été découverte dans le cadre des contrats de transport. Sieur Zbidi Hamida ben Mahmoud a, en l'espèce, pris un billet de transport dans le but de relier Tunis à Bône en paquebot auprès de la Compagnie Générale Transatlantique. Le titre de transport lui permettait de voyager à côté des marchandises dans le sous-pont. Durant le trajet, le passager a été blessé par un tonneau qui n'avait pas été correctement immobilisé et a assigné le transporteur en versement de dommages-intérêts devant le tribunal de Bône. La Compagnie Générale Transatlantique a, alors, soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en se fondant sur une clause attributive de compétence, prévue dans le contrat, qui stipulait que toute difficulté relative à l'exécution du contrat doit être réglée par le tribunal de commerce de Marseille. La Cour d'appel d'Alger, le 25 juillet 1908, a rejeté la prétention du transporteur expliquant que le litige ainsi présenté impliquait la qualification d'un quasi-délit et ne constituait, de ce fait, pas un problème relatif à l'exécution du contrat puisqu'aucune obligation de sécurité n'était contractuellement prévue. Suite à un pourvoi en cassation formé par le transporteur, la Haute juridiction a sanctionné la Cour d'appel expliquant que la clause attributive de compétence était applicable parce que « l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ». La Cour de cassation a, ainsi, découvert une obligation contractuelle de sécurité applicable aux contrats de transport. Cette solution se justifie par l'idée selon laquelle ces contrats particuliers font encourir aux transportés des risques d'atteintes corporelles qui ne peuvent, dans un souci d'équité, pas demeurer sans réparation¹⁸⁹⁷. Etendue, par la suite, de manière

¹⁸⁹⁵ F. ZENATI, *Le juge et l'équité*, L'Hermès, coll. *Annales de la faculté de Lyon*, 1985, p. 93-94, n° 10.

¹⁸⁹⁶ Cass. civ. 21 nov. 1911, *Cie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida ben Mahmoud* : DP 1913, 1, p. 249, 1^{ère} espèce, note SARRUT ; S. 1912, p.73, note G. LYON-CAEN – V. en ce sens : Cass. civ., 27 janv. 1913, *Chemin de fer du Midi c/ Mestrelan* : S-1913, 1, p.177, concl. M. SARRUT, note G. LYON-CAEN – Cass. req. 1^{er} août 1929 : DP 1930, 1, 25.

¹⁸⁹⁷ V. en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, 22^{ème} éd., 2000, p. 520 et s., n° 295.

excessive à une multitude de contrats¹⁸⁹⁸, le caractère obligatoire de l'obligation de sécurité semble de plus en plus s'éloigner de cette justification initiale en ce qu'elle n'apparaît plus réellement rattachable à la notion d'équité prévue par l'article 1135 du Code civil qui en justifiait, pourtant, la découverte¹⁸⁹⁹.

S'agissant, toujours, de l'équité¹⁹⁰⁰, il semble indispensable que son application ait pour objectif de favoriser l'exécution du contrat¹⁹⁰¹ et ne dérive, donc, pas vers une attitude trop envahissante du juge dans la détermination du contenu obligationnel. Il est, en effet, difficile de tolérer un éloignement trop important, par le juge, de la volonté des parties au contrat qui lui est spécifiquement soumis s'agissant de la mise en œuvre de son pouvoir créateur¹⁹⁰². Il apparaît, ainsi, nécessaire de recentrer l'application judiciaire de l'article 1135 du Code civil qui devient « *passablement audacieuse* »¹⁹⁰³.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées s'agissant du recours, par le juge, à la notion d'équité prévue par l'article 1135 du Code civil. Peut-être, d'abord, faudrait-il limiter son application aux contrats d'adhésion. Puisque, dans cette situation contractuelle, l'un des cocontractants n'a pas la possibilité d'intervenir s'agissant de la

¹⁸⁹⁸ Par ex. : **Contrat d'hébergement (hôtellerie)** : Cass. civ. 1^{ère}, 19 juill. 1983 : Bull. civ. I, n° 211 ; RTD civ. 1984, p. 729, obs. H. HUET – Cass. civ. 1^{ère}, 29 janv. 1985 : Gaz. Pal. 1985, 1, 264 – Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 1991, n° 89-21791 : Bull. civ. I, n° 163 ; RTD civ. 1991, p. 757, obs. P. JOURDAIN – **Contrat de vente** : Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, n° 93-13075 : Bull. civ. I, n° 43 ; R., p. 307 ; D. 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; D. 1996, somm. 15, obs. G. PAISANT ; RTD civ. 1995, p. 631, obs. P. JOURDAIN – Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 96-12078 : Bull. civ. I, n° 95 ; R., p. 277 ; D. 1999, p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; JCP 1998, II, 10049, rapp. S. SARGOS et I, 144, n° 18, obs. G. VINEY ; Gaz. Pal. 1998, 2, 720, note E. FOUASSIER ; RTD civ. 1998, p. 683, obs. P. JOURDAIN – Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, n° 05-17947 : Bull. civ. I, n° 185 ; D. 2007, AJ 1592, obs. I. GALLMEISTER et pan. 2906, obs. Ph. BRUN ; JCP 2007, I, 185, n° 7, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2007, somm. 4242, obs. A. ONAT ; RDC 2007, p. 1147, obs. J.-S. BORGHETTI – **Contrat d'entreprise** : Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 209 ; RTD civ. 1993, p. 828, obs. P. JOURDAIN – Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 350 ; D. 1999, somm. 260, obs. Ph. JOURDAIN.

¹⁸⁹⁹ V. en ce sens : C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002.

¹⁹⁰⁰ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 303 et s., n° 456 et s.

¹⁹⁰¹ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000, p. 308, n° 468 – E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge dans le contrat*, Sirey, Paris, 1935, p. 201, n° 52.

¹⁹⁰² V. en ce sens : J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s., spéc. p. 20.

¹⁹⁰³ J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s., spéc. p. 22.

délimitation du contenu du contrat, son appréciation judiciaire envisagée en considération de l'équité se justifie. Doit-on, ensuite, de manière plus radicale, supprimer l'équité de l'article 1135 du Code civil ? Cette solution apparaît certainement trop extrême en ce sens que, si l'application de l'équité entre en contradiction avec le respect de la volonté des parties, il ne semble pas judicieux de l'évincer totalement. Il est, en effet, impossible de nier les bienfaits de la découverte judiciaire de certaines obligations, à l'image de l'obligation d'information. Il est, enfin, peut-être judicieux de limiter le rôle créateur du juge en délimitant avec précision les conséquences qu'il pourra tirer de l'application de l'équité au sens de l'article 1135 du Code civil, à commencer par la mise en place d'une réelle définition de la notion.

633. - L'application de l'article 1135 du Code civil ne doit, donc, pas entrer en concurrence avec la volonté des parties en altérant ou supprimant des stipulations contractuelles explicitement prévues. L'utilisation de cette disposition doit conserver un caractère supplétif permettant au juge de combler les lacunes contractuelles et, ainsi, de constituer un renfort pour les parties s'agissant la détermination du contenu obligationnel.

634. - Les conditions d'exercice de ses pouvoirs par le juge doivent, ainsi, être affirmées afin de renforcer la sécurité juridique des relations contractuelles. Si la volonté des parties doit regagner une place plus importante, il semble, toutefois, impossible de considérer un contrat de manière totalement figée et d'exclure le rôle du juge du paysage contractuel. Il s'agit, alors, de s'intéresser à la mise en œuvre des pouvoirs judiciaires.

Paragraphe 2 : Les moyens utilisés pour la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge

635. - L'idée relative à la limitation du forçage du contrat par le juge ne doit pas l'empêcher d'intervenir lorsque le contrat comporte des lacunes ou que son contenu n'est pas clair ou ambiguë. Il s'agit, en réalité, de rejeter l'application d'une juste interprétation du contrat au profit d'une interprétation fidèle à la volonté des parties afin de replacer cette dernière au cœur des relations contractuelles. L'exercice de ses

pouvoirs par le juge doit se rapprocher de l'impératif fixé par l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du Code civil. Pour ce faire, et lorsque les conditions de mise en œuvre de ses prérogatives sont remplies, le juge doit effectuer un basculement d'une juste vers une stricte interprétation du contrat (I) qui peut être facilitée par la mise en place d'une obligation générale de renégociation (II).

I. Le retour de la juste interprétation vers la stricte interprétation du contrat

636. - La juste interprétation – Dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation, il est permis de constater que le juge intervient, parfois, dans une optique de justice. Qu'il s'agisse d'une justice commutative¹⁹⁰⁴ – par le rééquilibrage économique du contrat – ou distributive¹⁹⁰⁵ – par la prise en considération de la qualité des parties –, l'éloignement de la commune intention des parties est accentué. Il est possible d'illustrer cette idée par un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 juillet 2006¹⁹⁰⁶. Un contrat d'assurance de groupe a, en l'espèce, été souscrit en 1993 par la société Minoterie X auprès de la société Suisse, aujourd'hui Swisslife. Il s'agissait de garantir à son président-directeur général, Monsieur X, le versement d'un capital en cas de décès et d'invalidité permanente et totale. Une clause stipulait dans le contrat qu'une garantie doublant le capital en cas d'accident était prévue « *si le décès ou l'invalidité permanente et totale de la personne assurée résulte d'un accident et s'il survient immédiatement ou dans les douze mois suivant le jour de l'accident* ». Le 26 février 1999, Monsieur X était victime d'un accident aux suites duquel un état d'invalidité totale a été caractérisé à partir du 15 février 2001. L'assureur a refusé d'appliquer la clause contractuelle précitée au motif que la condition de délai exigée s'agissant de la qualification de l'invalidité n'était pas remplie, puisque survenue presque deux ans après l'accident et que, par conséquent, l'obligation n'était pas

¹⁹⁰⁴ V. *Supra* n° 422.

¹⁹⁰⁵ V. *Supra* n° 422.

¹⁹⁰⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 13 juill. 2006, n° 05-18104 : Bull. civ. II, n° 214 ; Gaz. Pal. 2007, p. 4036, note X. LEDUCQ ; Contrats, conc., consom. 2006, n° 209, note G. RAYMOND ; RDC 2007, p. 347, obs. D. FENOUILLET – V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 2003, n° 00-13342 et 00-19001 : Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, note H. CLARET et AJ 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RCA 2003, chron. 13, par G. COURTIEU ; RTD civ. 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI ; RGDA 2003, p. 442, note J. KULLMANN.

obligatoire. La société Minoterie et Monsieur X ont, alors, assigné l'assureur en exécution de la stipulation contractuelle arguant du fait que cette dernière visait uniquement le décès et non l'invalidité. La Cour d'appel de Rennes, le 25 mai 2005, a rejeté la demande aux motifs que la clause ne contenait aucune ambiguïté ou défaut de clarté puisque l'utilisation de la conjonction de coordination « *ou* » induisait, sans controverse possible, son application à l'invalidité. Suite au pourvoi formé par la société et Monsieur X, la Cour de cassation, de manière surprenante, a sanctionné l'arrêt de la Cour d'appel expliquant que « *la clause litigieuse était ambiguë et qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à l'assuré* [en application de l'article L. 133-2 du Code de la consommation¹⁹⁰⁷], *ce qui excluait l'application du délai de douze mois à l'invalidité* ». La Haute juridiction a, ainsi, critiqué l'exercice de leur pouvoir d'interprétation du contrat par les magistrats du second degré¹⁹⁰⁸. L'unique justification qui puisse être avancée¹⁹⁰⁹ s'agissant de la solution retenue réside dans le fait qu'il était, en l'espèce, question d'un contrat d'adhésion et que l'article L. 133-2 du Code de la consommation doit, dans pareille hypothèse, être relevé d'office¹⁹¹⁰. Une lecture littérale de l'article régissant les règles d'interprétation s'agissant des contrats d'adhésion permet, néanmoins, de constater que, si le juge doit l'appliquer d'office, il ne doit le faire qu'à la condition qu'il existe un doute relatif à la formulation de la stipulation contractuelle en cause. Il apparaîtrait, ainsi, surprenant que la disposition

¹⁹⁰⁷ C. consom., art. L. 133-2 : « *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 le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 ».

¹⁹⁰⁸ V. en ce sens : D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Colloque, Dijon A. ETIENNEY et C. COUTANT LAPALUS (dir.), RDC 2015/1, p. 1871, pt. 20 et s. : « *alors que les juges du fond avaient, en l'espèce, décidé que la clause litigieuse ne présentait point de caractère ambigu et que, par conséquent, leur pouvoir d'interprétation était évincé, la Cour de cassation a censuré leur décision au motif que « la clause litigieuse était ambiguë et devait [donc] être interprétée dans le sens le plus favorable au contractant consommateur faible » ».*

¹⁹⁰⁹ V. en ce sens : D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Colloque, Dijon A. ETIENNEY et C. COUTANT LAPALUS (dir.), RDC 2015/1, p. 1871, pt. 20 et s – J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s., spéc. p. 15.

¹⁹¹⁰ C. consom., art. L. 141-4 : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application* ».

consomériste ait été appliquée en l'espèce puisque la tournure grammaticale de la clause contractuelle litigieuse ne laissait aucune place au doute en visant explicitement l'invalidité. La lecture retenue par la Cour de cassation ne révèle, par conséquent, pas une stricte interprétation du contrat mais bien une juste interprétation au profit de Monsieur X. La volonté des parties, au moment de la conclusion du contrat, a, donc, été écartée au bénéfice d'une relecture altérée mais plus juste des stipulations contractuelles au profit de l'assuré.

De manière sous-jacente à la dénaturation de la stricte volonté des parties au jour de la conclusion du contrat, la mise en œuvre d'une juste interprétation induit le risque d'une lecture personnelle et différente d'un contrat de la part de chaque magistrat¹⁹¹¹. Cet arbitraire judiciaire a pour conséquence un renforcement de l'insécurité juridique du fait de l'impossible anticipation de l'appréciation qui peut être retenue du contenu obligationnel. Le retour vers une juste interprétation semble, ainsi, d'autant nécessaire.

637. - La stricte interprétation – La stricte interprétation du contrat par le juge s'illustre par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 mars 2009¹⁹¹² qui permet d'en comprendre la mise en œuvre. Une « *convention de jument à l'élevage* » a, en l'espèce, été conclue, le 25 juin 2002, aux termes de laquelle Monsieur X confiait une jument reproductrice, Fersella, à Madame Y en contrepartie d'un poulain. Ce dernier n'ayant pas été remis à Monsieur X, il a assigné Madame Y aux fins de la remise de l'animal sous astreinte. Suite à l'accueil de cette demande par la Cour d'appel de Bourges le 1^{er} février 2007, Madame Y s'est pourvue en cassation. Une télécopie, transmise à Madame Y, l'informait que Fersella souffrait d'une anomalie portant sur son appareil génital qui réduisait ses chances de mettre bas. Madame Y ne pouvait, donc, ni accroître son propre élevage, ni remettre de poulain né de la jument à Monsieur X. Elle a alors invoqué un manquement à l'article 1134 du Code civil arguant de la contradiction entre l'économie générale du contrat et le caractère obligatoire de la stipulation contractuelle. En appuyant le raisonnement de la Cour d'appel, la Cour de cassation a expliqué qu'indépendamment des difficultés de la jument à être pleine,

¹⁹¹¹ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », RDC 2015/1, p. 149.

¹⁹¹² Cass civ. 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 08-10363 : D. actu., 17 mars 2009, note I. GALLMEISTER.

l'article 1134 du Code civil imposait, s'agissant de la détermination du contenu obligationnel, de rechercher la commune intention des parties. La convention stipulait, en l'espèce, que la jument avait été confiée en échange « d'un » poulain et non de « son » poulain. La lettre du contrat, claire et précise, s'imposait donc à Madame Y¹⁹¹³. La lecture contractuelle effectuée par les magistrats dans cet arrêt est, ainsi, représentative d'une stricte interprétation de la volonté des parties au détriment de l'économie générale du contrat.

La stricte interprétation de la volonté des parties peut, aussi, s'envisager en considération de leur manière d'exécuter le contrat. Cette appréciation n'est, toutefois, possible qu'à la condition que le comportement envisagé soit réellement significatif. Il ne s'agit pas, en effet, de déduire d'une conduite ponctuelle une potentielle controverse entre les volontés des parties afin d'éviter que le contrat ne s'interprète « *au gré des fluctuations des états d'âme de chacun ou de leur intérêt bien compris* »¹⁹¹⁴. Il est possible d'illustrer cette mise en œuvre par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 23 juin 1998¹⁹¹⁵. Madame Mandelman travaillait, en l'espèce, pour la société Manoukian en qualité d'attachée commerciale. Durant ses vingt-trois années d'exercice, elle recevait, d'une manière récurrente, des collections de vêtement de la part de son employeur sans jamais les restituer. La société l'a assignée en paiement d'une somme correspondant auxdits vêtements en arguant du fait que l'employée était dépositaire d'une obligation de restitution. Madame Mandelman objectait qu'aucune stipulation contractuelle ne mettait à sa charge une telle obligation et que le comportement des parties durant la relation contractuelle ne permettait pas de la déceler, au contraire. La Cour d'appel de Grenoble, le 27 mars 1995 a appuyé le raisonnement de la défenderesse et la société s'est pourvue en cassation. Il s'agissait, en l'espèce, de se demander si l'obligation qui n'était pas prévue dans l'acte instrumentaire

¹⁹¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 08-10363 : D. actu., 17 mars 2009, note I. GALLMEISTER : « *sous couvert de griefs non fondés de violation de l'article 1134 Code civil et de manque de base légale au regard de ce même texte, le moyen ne tend dans ses deuxième et troisième branches qu'à contester la commune intention des parties telle qu'elle a été souverainement établie par la cour d'appel qui n'avait pas à procéder à la recherche prétendument omise dès lors qu'elle relevait que par la télécopie du jour du contrat M. X... ne faisait état que de difficultés de la jument à être pleine en raison d'ovaires peu développés* ».

¹⁹¹⁴ J. MESTRE, « Comportements et qualification des contrats », RTD civ. 1994, p. 595.

¹⁹¹⁵ Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12820 : Dr. et patr., janv. 1999, p. 28, note B. FAGES ; RTD civ. 1999, p. 389, obs. J. MESTRE.

s'imposait à la relation contractuelle. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi expliquant l'idée selon laquelle « *ayant constaté qu'aucune stipulation du contrat n'imposait à Madame Mandelman la restitution des objets mis à sa disposition, l'arrêt retient, par motif adopté, que la pratique qui s'est instaurée au cours des vingt-trois années de collaboration entre les parties montre que la société Manoukian n'a jamais demandé la restitution de ces objets, faisant ainsi ressortir que l'attitude prolongée des parties au cours de l'exécution du contrat devait être interprétée dans leur commune intention comme une précision apportée aux stipulations d'origine ; par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». Le comportement des contractants dans l'exécution du contrat et le silence de ce dernier relatif à la question du caractère obligatoire d'une obligation de restitution ont, ainsi, permis au juge de justifier une stricte application de la commune intention des contractants.

C'est dans cette perspective de stricte interprétation qu'il s'agit de limiter les pouvoirs du juge s'agissant de l'appréciation d'une relation contractuelle.

638. - Importance de la stricte interprétation – Il apparaît nécessaire de renforcer la place centrale de la volonté des parties dans l'appréciation du contrat par le pouvoir judiciaire. La stricte interprétation de la commune intention des contractants s'agissant de l'appréciation du contrat par le juge est en adéquation avec le droit positif. Si différentes appréhensions du contrat sont proposées et appliquées¹⁹¹⁶, le Code civil, tel qu'il est actuellement rédigé, prône la vision volontariste du contrat à la fois par ses articles 1134 alinéa 1^{er} et 1156¹⁹¹⁷. Le législateur a utilisé, tout particulièrement dans ce dernier, le verbe « *devoir* » lorsqu'il renvoie le juge à la volonté des parties. Ce choix lexical ne semble pas anodin et révèle l'importance de la liberté contractuelle des parties, notamment s'agissant de la détermination du contenu obligationnel applicable à leur relation contractuelle.

¹⁹¹⁶ V. *Supra* n° 384 et s. (Volontarisme), 420 et s. (Utilitarisme) et 440 et s. (Solidarisme).

¹⁹¹⁷ C. civ., art. 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

639. - Si le silence n'exclut pas d'office l'interprétation¹⁹¹⁸, il est nécessaire que le juge se borne à rechercher les éléments les plus en adéquation avec la commune intention des parties qui doit retrouver un rôle central.

640. - La volonté des parties n'est, toutefois, pas nécessairement facilement décelable. La mise en place d'une obligation de renégociation en cas de lacunes contractuelles apparaît, alors, comme une solution permettant de pallier à cette difficulté.

II. La mise en place d'une obligation de renégociation

641. - La limitation du forçage du contrat par le juge permet de replacer la volonté des parties au cœur de la détermination du contenu obligationnel applicable à leur relation contractuelle. La mise en place d'une obligation de renégociation se justifie, alors, en ce qu'elle permet de redonner leurs pleins pouvoirs aux contractants (A). Il apparaît, toutefois, nécessaire d'en encadrer la mise en œuvre (B).

A) L'opportunité de la mise en place d'une obligation de renégociation

642. - **Un mécanisme existant s'agissant du bouleversement de l'économie du contrat** – Les principes d'intangibilité¹⁹¹⁹ et de force obligatoire¹⁹²⁰ du contrat issus de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 du Code civil rejettent toute idée de révision du contrat au cours de son exécution. La liberté contractuelle¹⁹²¹ reconnue aux parties tempère, toutefois, cette impossibilité en accueillant la reconnaissance de la renégociation du contrat au cours de son exécution. Il s'agit de proposer aux parties d'entrer en discussions afin de déterminer si elles souhaitent voir modifier les termes du contrat qu'elles ont conclu. Quand bien même la renégociation serait qualifiée d'obligation,

¹⁹¹⁸ Ph. SIMLER, « Contrats et obligations, Interprétation des contrats, La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, 2009, pt. 43.

¹⁹¹⁹ Sur le principe d'intangibilité du contrat, V. *Supra* n° 388.

¹⁹²⁰ Sur le principe de force obligatoire du contrat, V. *Supra* n° 124.

¹⁹²¹ Sur la notion de liberté contractuelle, V. *Supra* n° 386.

l'idée n'est pas d'imposer aux parties de modifier le contenu contractuel mais de leur proposer d'en converser. Seule la rencontre de leurs volontés permet, par ce mécanisme, de moduler le contenu de la relation contractuelle.

La renégociation judiciaire n'étant, actuellement, pas officiellement¹⁹²² accueillie en droit interne¹⁹²³, seule les prévisions contractuelles ou une demande judiciaire vont permettre, par principe¹⁹²⁴, aux parties de moduler le contenu de leur engagement lors de changements de circonstances économiques. S'agissant de la renégociation contractuellement prévue, d'une part, si la stipulation peut emprunter une multitude de formes¹⁹²⁵, elle se révèle souvent par une clause de *hardship*. Il s'agit, pour les parties, de s'imposer une obligation de renégociation en cas de bouleversement de l'économie du contrat survenu suite à un événement spécifiquement précisé ou de caractère général et de prévoir les conséquences de l'échec de la discussion, généralement la fin du contrat ou son rééquilibrage par un tiers désigné¹⁹²⁶. Les contractants ont, d'autre part, la possibilité de demander judiciairement une renégociation du contrat. Cette hypothèse est ainsi offerte par les principes de droit européen des contrats. Leur article 6.2.3¹⁹²⁷ prévoit, en effet, que, lorsqu'un bouleversement fondamental de

¹⁹²² L'obligation de renégociation du contrat n'est pas, à l'heure actuelle, reconnue par le législateur mais est déduit par certains des arrêts *Huard* (Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547, *Huard* : Bull. civ. IV, n° 346, p. 247 ; JCP 1993, II, 22614, note G. VIRASSAMY ; D. 1993, somm. 287, obs. F. PEROCHON ; Contrats, conc., consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE) et *Chevassus-Marche* (Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Chevassus-Marche* : Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999, IR 9 ; JCP 1999, II, 10210, note Y. PICOD et I, 143, n° 6 s., obs. Ch. JAMIN ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. MESTRE, et p. 646, obs. P-Y. GAUTIER) sur le fondement de la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

¹⁹²³ Sur le rejet de la révision pour imprévision, V. *Supra* n° 602.

¹⁹²⁴ Sur l'émergence d'une obligation de renégociation s'agissant des « *contrats devenus profondément déséquilibrés* » : V. D. MAZEAUD, « Du renouveau sur l'obligation de renégocier », D. 2004, p. 1754.

¹⁹²⁵ V. en ce sens : A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, p. 46 – R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1982, p. 1.

¹⁹²⁶ W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 249 et s., V° *Hardship* – P. ACCAOUI LORFING, *La renégociation des contrats internationaux*, Bruylant, coll. FEDUCI, 2011.

¹⁹²⁷ Principes UNIDROIT, art. 6.2.3 : « 1) *En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. 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.*

3) *Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.*

4) *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:*

a) *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe;*

ou

b) *adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».*

l'équilibre contractuel est constaté, la partie lésée a la possibilité d'effectuer une demande, motivée, de renégociation des termes du contrat. En cas de désaccord entre les parties, à l'image des principes de droit européen des contrats, le juge saisi pourra alors soit mettre fin au contrat soit le rééquilibrer. Le projet de réforme en droit des contrats prévoit, d'ailleurs, d'octroyer la possibilité aux parties de procéder à une demande de renégociation auprès du juge lorsqu'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* »¹⁹²⁸.

Puisque l'obligation extracontractuelle de renégociation n'est pas reconnue en droit positif¹⁹²⁹, la compréhension de sa mise en œuvre invite à analyser les corps de règles qui l'accueillent. Les principes UNIDROIT, par exemple, en règlementent l'application. Leur article 6 : 111¹⁹³⁰ relatif aux « *changements de circonstances* » prévoit, en effet,

¹⁹²⁸ Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1196 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

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

¹⁹²⁹ Remarque : L'accueil de la renégociation par la réforme de droit des contrats ne l'envisage pas comme une obligation mais uniquement comme une possibilité accordée aux parties : Projet d'ord. portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, C. civ., art. 1196 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

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

¹⁹³⁰ 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.*

(2) *Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances*

(a) *qui est survenu après la conclusion du contrat,*

(b) *qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,*

(c) *et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.*

(3) *Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut*

(a) *mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,*

(b) *ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.*

une obligation de renégociation. Dans des cas très spécifiques, ainsi, si l'exécution du contrat « *devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances* » les parties sont invitées à renégocier les termes de leur engagement lorsque l'événement à l'origine du bouleversement répond à trois critères. S'il est survenu après la formation du contrat, d'abord, qu'il était imprévisible au jour de sa conclusion, ensuite, et qu'une partie supporte un risque qui n'aurait pas dû être à sa charge selon la lettre du contrat, enfin, une obligation de renégociation s'impose, alors, aux contractants. Si la discussion entre les parties échoue, le juge a le choix. Il peut soit mettre fin au contrat, rééquilibrer la relation. La réglementation envisagée prévoit, ainsi, une obligation de renégociation, en l'absence de stipulation contractuelle prévue à cet effet, en cas de changements de circonstances altérant, de manière significative, l'équilibre du contrat tel qu'il était envisagé par les parties au jour de sa conclusion.

643. - Un mécanisme fondé sur la prééminence de la volonté des parties – Que l'obligation de renégociation soit contractuelle ou extracontractuelle, un bouleversement profond de l'équilibre contractuel initialement prévu par les parties est à l'origine de sa mise en œuvre. Son exécution nécessite, par la suite, la rencontre de la commune intention des parties. Ce mécanisme replace, de ce fait, au cœur de la détermination du contenu du contrat la volonté des contractants. C'est justement en ce sens qu'il semble approprié de transposer l'obligation de renégociation aux difficultés relatives aux lacunes contractuelles. Plutôt que de laisser, directement, au juge le soin d'apprécier quelle était la commune intention des parties, au jour de la conclusion du contrat, lorsqu'une stipulation contractuelle ambiguë et manquant de clarté est constatée, il s'agit de s'adresser préalablement aux contractants eux-mêmes. Ces derniers apparaissent, en effet, comme les plus qualifiés pour déterminer ce qu'a été leur volonté initiale. Cette solution ne peut, cependant, être mise en œuvre sans un strict encadrement. Il est, alors, nécessaire d'envisager les conditions de la transposition d'une obligation de renégociation concernant les difficultés relatives à l'interprétation des contrats.

Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations » – V. R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 211 et s. – Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.

B) L'encadrement de l'obligation de renégociation

644. - La constatation d'une lacune contractuelle – L'obligation de renégociation proposée s'agissant de l'interprétation du contenu du contrat ne doit être mise en œuvre qu'à la condition qu'une lacune contractuelle soit constatée. Il ne s'agit pas, en effet, de laisser la possibilité au contractant qui, au cours de l'exécution du contrat, se sent lésé par une stipulation contractuelle qu'il a pourtant acceptée et qui est vierge de tout défaut de clarté ou d'ambiguïté, d'imposer à l'autre partie une discussion relative à l'interprétation des obligations qui s'imposent à la relation contractuelle. Le simple désaccord relatif à l'effet contraignant d'une obligation clairement exprimée ne doit, par conséquent, pas pouvoir donner lieu à une renégociation sauf si les deux parties souhaitent, d'un commun accord, modifier le contenu de leur engagement.

Puisqu'il est nécessaire qu'une lacune contractuelle soit constatée, il apparaît indispensable d'en déterminer les conditions de qualification. Il s'agit de transposer les exigences actuellement applicables à la mise en œuvre de son pouvoir d'interprétation subjectif par le juge. L'absence de clarté et l'ambiguïté d'une stipulation contractuelle pourront, en ce sens, donner lieu à la mise en œuvre d'une obligation de renégociation. Il s'agit, principalement, de se méfier de la mauvaise foi des parties au contrat afin d'éviter des demandes de renégociations dans leur propre intérêt et du risque d'arbitraire de la part du juge.

645. - L'indifférence du caractère contractuel de l'obligation de renégociation – Lorsqu'une lacune contractuelle est constatée, l'obligation de renégociation pourrait, alors, être mise en œuvre. En pareille hypothèse, soit une clause de renégociation est prévue par les parties et trouve, donc, application, soit une obligation de renégociation extracontractuelle serait obligatoire. Le caractère contractuel de l'obligation de renégociation est, par conséquent, indifférent.

S'agissant de la clause de renégociation prévue dans le contrat, d'une part, elle serait appliquée en considération de ce qui a été prévu par les contractants, lorsque sa lecture ne pose aucune difficulté.

Concernant, d'autre part, l'obligation extracontractuelle de renégociation, elle interviendrait soit face à une clause contractuelle de renégociation illisible, soit à

l'initiative du juge ou des parties elles-mêmes si le contenu du contrat est difficilement identifiable, ou s'il s'avère que des erreurs de formulation ont été commises.

646. - La mise en œuvre de la renégociation extracontractuelle – Lorsque la renégociation est mise en œuvre, il s'agit, pour le juge, d'inviter les parties à entrer en discussion afin de déterminer l'interprétation qu'elles souhaitaient retenir au jour de la conclusion du contrat. Il s'agit, donc, de renforcer la recherche de la commune intention des parties plutôt que de risquer sa dénaturation par le juge. Il a été, en effet, démontré que certains arrêts laissent constater une appréciation judiciaire quelque peu critiquable tant s'agissant de la transformation de la volonté des parties¹⁹³¹ que de la lettre, pourtant claire, du contrat¹⁹³². Replacer au centre de la détermination du contenu obligationnel la commune intention des parties en plaçant ces dernières au cœur de la renégociation de leur contrat est, ainsi, la finalité de la procédure proposée. La volonté des contractants doit, ainsi, primer sans, toutefois, exiger une certaine issue à la renégociation. Concernant, donc, la détermination de la force de l'obligation de renégociation, il s'agit de calquer le régime proposé à celui qui est applicable s'agissant des principes de droit européens et UNIDROIT. L'obligation de renégociation serait, ainsi, une obligation de moyen. Les parties seraient alors uniquement invitées à entrer en discussion sans qu'une issue favorable ne soit exigée ou n'engage leur responsabilité. Ce régime se justifie d'autant plus que la renégociation est une action comportementale qui ne peut, raisonnablement, être imposée aux parties qui ne souhaitent pas entrer en discussions.

647. - Les issues possibles de la renégociation – Une fois mises en mesure de discuter de l'interprétation à retenir des lacunes du contrat qu'elles ont conclu, les parties peuvent s'accorder, ou non.

Si une issue favorable est, d'une part, trouvée, le juge constatera alors la modification du contrat qui s'imposera aux contractants.

Si la renégociation est, d'autre part, un échec, les parties, si elles souhaitent poursuivre la relation contractuelle, doivent avoir la possibilité de désigner un tiers ou, à défaut, le juge tranchera à propos de l'interprétation à retenir de la clause contractuelle

¹⁹³¹ V. par ex. *Supra* n° 575.

¹⁹³² V. par ex. *Supra* n° 254.

litigieuse. Il s'agit, dans cette hypothèse, de laisser une tierce personne rechercher ce qui semble avoir été la commune intention des parties en donnant un sens à l'obligation ou, si elle n'est pas essentielle, l'écarter du contenu du contrat. L'idée ainsi proposée constitue un retour aux dispositions actuellement mises en œuvre en matière d'interprétation subjective. Ces dernières ne seraient, toutefois, applicables que de manière supplétive, en cas d'échec de la renégociation des parties. Si les contractants ne souhaitent, toutefois, pas poursuivre leur relation contractuelle, la possibilité doit leur être offerte de se désengager.

648. - Illustration de l'obligation de renégociation s'agissant des obligations non matérialisées – Il est possible d'illustrer l'opportunité de la mise en place d'une telle obligation de renégociation s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite et implicite.

S'agissant, d'une part, des obligations non matérialisées par renvoi explicite, il a été précédemment démontré¹⁹³³ que, si la clause par référence peut être claire et dépourvue de toute ambiguïté, il n'en va pas nécessairement de même s'agissant du contenu de l'obligation référencée. Ces difficultés de lisibilité peuvent ainsi conduire les parties à s'engager dans une relation contractuelle qui n'est pas nécessairement claire. Le caractère obligatoire de l'obligation de renégociation permettra, en telles circonstances, aux parties d'être mises en mesure de rediscuter de l'interprétation à retenir du contrat.

Concernant, d'autre part, les obligations non matérialisées par renvoi implicite, l'exemple de l'inter-applicabilité des clauses de compétences sera envisagé. Une telle stipulation contractuelle nécessite, pour être valable, d'être retranscrite par écrit. Il a, toutefois, été démontré que le juge écarte cette exigence au profit du caractère obligatoire de l'obligation. L'idée serait donc, par l'obligation de renégociation, d'affirmer avec certitude que son caractère obligatoire est réellement voulue par les parties et qu'il s'agissait d'une simple lacune contractuelle. La révélation de la commune intention des contractants ne laisserait, ainsi, plus de place au doute.

649. - Le caractère obligatoire d'une obligation de renégociation s'agissant de l'interprétation du contrat apparaît donc comme un moyen qui mettrait le juge en

¹⁹³³ V. *Supra* n° 175.

mesure de pouvoir réellement rechercher la volonté des parties en faisant participer ces dernières à la procédure. Le forçage du contrat par le juge en serait alors limité puisque les contractants retrouveraient en quelque sorte une place centrale dans la détermination du contenu du contrat qui les lie.

*

650. - Bilan – La proposition relative aux limitations légales du forçage du contrat par le juge implique de renforcer les conditions de la mise en œuvre de leurs pouvoirs et de leur octroyer les moyens indispensables à la recherche de la commune intention des parties qui doit retrouver une place centrale en matière contractuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

651. - La redéfinition des prérogatives octroyées au pouvoir judiciaire en matière contractuelle apparaît indispensable dans un souci de sécurité juridique. Sa mise en œuvre implique de limiter les possibilités offertes au juge de forcer le contrat lorsqu'il exerce ses pouvoirs. Cette entreprise peut, alors, s'effectuer d'un point de vue contractuel ou légal.

652. - Contractuellement, d'une part, les parties peuvent s'accorder afin d'exclure l'immixtion des magistrats s'agissant de la détermination du contenu obligationnel applicable à leur relation contractuelle. Les clauses d'intégralité et d'interprétation apparaissent, lorsqu'elles sont combinées, comme la protection la plus efficace de l'intangibilité de leur contrat. Il s'agit, d'abord, pour les contractants, de limiter les obligations applicables à leur relation contractuelle, de manière positive en dressant une liste exhaustive ou de manière négative en rejetant le caractère obligatoire de certains documents. Les parties ont, ensuite, la possibilité de choisir la mise en œuvre d'une éventuelle interprétation en choisissant son auteur, son objet ou encore les modalités de sa mise en œuvre. Ces stipulations contractuelles n'excluent, toutefois, pas de manière absolue l'immixtion du juge dans le contrat puisqu'il se réserve le droit de choisir les éléments soumis à son interprétation.

653. - Limiter, légalement, les prérogatives accordées au juge apparaît, alors nécessaire. L'idée de redéfinition proposée n'implique pas une prohibition absolue de l'interventionnisme judiciaire en matière contractuelle. Il s'agit, en effet, de conditionner la mise en œuvre de leurs pouvoirs par les magistrats s'agissant du contenu obligationnel en mettant, parallèlement, à leur disposition, des moyens efficaces leur permettant de rechercher de la commune intention des parties.

Le juge n'aurait, à ce titre, la possibilité d'apprécier le contenu obligationnel qu'à condition que soit relevée une stipulation présentant un défaut de clarté ou une ambiguïté. Cette règle, déjà imposée par le droit positif, n'est pas appliquée à la lettre par les juges. Il s'agit, donc, d'en renforcer le caractère obligatoire. L'interprétation judiciaire objective des contrats exercée en application de l'article 1135 du Code civil

doit, par ailleurs, être limitée, principalement lorsqu'elle est effectuée en considération de l'équité. Cette dernière notion étant extrêmement vaste, doit, ainsi, être définie tant littéralement que s'agissant de sa mise en œuvre.

Renforcer légalement l'encadrement de l'exercice de ses pouvoirs par le juge n'induit pas son exclusion de la matière contractuelle. Son intervention est, en effet, nécessaire lorsqu'il s'agit, notamment, de rechercher la commune intention des parties. Si une lacune contractuelle est, ainsi, constatée, le magistrat doit, tout de même, être mis en mesure d'appliquer une stricte interprétation du contenu obligationnel. Cette dernière doit être appréciée en considération de la volonté des parties. Ces dernières, grâce à la mise en œuvre d'une procédure de renégociation extracontractuelle, pourraient, ainsi, seconder et aiguiller le juge si le contrat révèle une clause ni claire ni précise.

654. - La mise en œuvre des obligations non matérialisées a, ainsi, permis de relever les insuffisances et les dangers liés à l'immixtion du juge dans le contrat et d'illustrer l'efficacité d'une redéfinition de ses pouvoirs.

CONCLUSION DU TITRE 2

655. - L'exercice de ses pouvoirs par le juge, en considération de ce qui est défini par le droit positif, révèle une insécurité juridique en matière contractuelle. Cette limite s'illustre particulièrement s'agissant des obligations non matérialisées dans les contrats en ce sens que leur caractère obligatoire peut induire une dénaturation de la volonté des parties accompagnée d'une imprévisibilité relative à la détermination du contenu obligationnel. Ces risques ne représentent, toutefois, qu'une infime partie de la problématique relative à l'immixtion des magistrats dans le contrat. Si l'étude des obligations non matérialisées permet, en effet, de révéler les risques liés à l'interventionnisme judiciaire, ils ne leurs sont, toutefois, pas spécifiques. Ce postulat implique, alors, une redéfinition des pouvoirs du juge permettant, notamment, de replacer la commune intention des parties au cœur de l'appréciation judiciaire des contrats.

656. - L'idée proposée n'est pas de prohiber toute intervention judiciaire. Le rôle des magistrats est, en effet, indispensable en matière contractuelle pour différentes raisons. Leur intervention se justifie, notamment, en ce que le contenu des contrats peut révéler des lacunes que les parties ne sont pas nécessairement aptes à pallier par elles-mêmes ou, du moins, sans l'aide d'un spécialiste. Il est, par ailleurs, difficile d'envisager une relation contractuelle de manière figée et isolée et le juge peut, ainsi, aiguiller les parties afin de replacer leur engagement selon un contexte ou des considérations qu'elles peuvent ne pas avoir envisagés.

Il s'agit, alors, de donner aux contractants la possibilité de participer à l'appréciation du contenu obligationnel applicable dans le cadre de leur engagement, tant d'un point de vue contractuel que légal afin de renforcer tant le respect que la prise en considération de leur commune volonté. Contractuellement, d'une part, il apparaît nécessaire de renforcer l'intangibilité du contrat par des stipulations limitant l'exercice de ses pouvoirs, principalement d'interprétation, par le juge. Légalement, d'autre part, le conditionnement de l'immixtion judiciaire en matière contractuelle doit être renforcé afin d'éviter les dérives constatées en pratique.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

657. - L'identification des obligations non matérialisées dans les contrats révèle des lacunes s'agissant de leur mise en œuvre. Les limites induites par leur le caractère obligatoire s'identifient principalement s'agissant du consentement des parties qu'il soit question de son existence, de son intégrité ou de sa dénaturation.

La remise en cause de l'existence du consentement, d'abord, s'illustre s'agissant de l'inter-applicabilité des clauses compromissaires dans les contrats liés. Le fait, en effet, d'imposer une telle obligation, prévue dans un contrat 1 conclu entre A et B, à une relation contractuelle 2 engageant B et C qui ne la retranscrit pas ne révèle pas la volonté d'au moins l'une des parties de s'y soumettre.

Les lacunes relatives à l'intégrité du consentement, ensuite, se constatent concernant le caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite. Si les parties choisissent de doter une clause par référence d'un effet contraignant, il n'est pas toujours permis d'affirmer qu'elles connaissent effectivement ou comprennent le contenu obligationnel qui s'applique à leur relation contractuelle.

La dénaturation du consentement des contractants, enfin, se décèle s'agissant de la clause implicite de tacite caducité dans les contrats interdépendants. Lorsque les parties prévoient, dans leur acte instrumentaire, une clause d'indépendance, le fait de l'écarter au profit de l'obligation non matérialisée par renvoi implicite constitue, en effet, une contradiction évidente avec leur commune intention, pourtant extériorisée, précise et dénuée de toute ambiguïté.

Cette remise en cause de la volonté des contractants induit, de fait, une insécurité juridique à laquelle il est nécessaire de pallier.

658. - Les différents traitements proposés s'agissant des obligations non matérialisées, qu'ils soient de nature légale ou judiciaire, appellent à leur généralisation en matière contractuelle. Qu'il s'agisse, en effet, de choisir une appréhension spécifique du contrat – volontariste, utilitariste ou solidariste –, de prohiber un contenu obligationnel ne répondant pas aux exigences de droit commun ou de renforcer l'encadrement de la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge, les obligations étudiées

n'apparaissent que comme une illustration permettant de révéler des difficultés qui les transcendent.

CONCLUSION GENERALE

659. - Notion d'obligation non matérialisée – Les obligations non matérialisées s'identifient, de manière négative, grâce à un double qualificatif. Elles ne relèvent pas, d'une part, de la catégorie des obligations imposées. Ces dernières sont entendues comme celles qui s'imposent à une relation contractuelle en ce qu'elles « *vont sans dire* ». Qu'elles aient un caractère essentiel ou accessoire, leur caractère obligatoire ne nécessite, de ce fait, pas le consentement des parties de s'y soumettre. Les obligations non matérialisées se caractérisent, d'autre part, en ce que leur contenu n'est pas retranscrit, en son intégralité, dans un éventuel acte instrumentaire prévu par les contractants. Lorsque l'étude d'une obligation qui s'impose à une relation contractuelle répond – ou, plus justement, ne répond pas – à ces deux critères, la qualification d'obligation non matérialisée est, alors, retenue.

660. - Catégorisation des obligations non matérialisées – Généralement, donc, la notion correspond aux *obligations contractuelles qui ne sont pas imposées et dont le contenu n'est pas retranscrit par les parties dans un acte instrumentaire*. Leur analyse démontre qu'elles se subdivisent en deux catégories.

Les unes, qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi explicite, s'identifient par la stipulation, par les parties, d'une clause par référence dans l'*instrumentum* qui fait expressément référence à leur caractère obligatoire. Si leur effet contraignant est, donc, justifié par la force obligatoire du contrat dans lequel la stipulation contractuelle est prévue, le contenu qui s'impose à la relation contractuelle n'est, toutefois, pas retranscrit dans l'écrit principal.

Les autres, qualifiées d'obligations non matérialisées par renvoi implicite, sont celles qui s'imposent aux contractants sans que ces derniers ne justifient d'une volonté explicite de s'y soumettre. Si cette définition est similaire à celle des obligations imposées en ce qu'elles ne sont pas nécessairement expressément rattachables à la commune intention des parties, ces obligations non matérialisées s'en distinguent par leur fondement. Lorsque les obligations imposées se justifient par la lettre ou la mise en œuvre d'une disposition légale, les obligations non matérialisées par renvoi implicite s'expliquent par la notion d'utilité. Faisant appel à diverses considérations transcendant la seule volonté des parties les exigences légales ou encore des impératifs au caractère

trop restreint, l'utilité apparaît, en effet, comme le fondement permettant de justifier tant les particularités que l'autonomie de cette seconde catégorie d'obligations.

661. - La mise en œuvre critiquée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées – La révélation de l'existence de cette catégorie obligationnelle spécifique a induit l'analyse de sa mise en œuvre. Cette dernière a, ainsi, révélé certaines lacunes démontrant un accroissement de l'insécurité juridique. La principale difficulté relative au caractère obligatoire des obligations non matérialisées se révèle, ainsi, s'agissant du consentement des parties. Ce dernier est, en effet, remis en cause à trois égards puisque des atteintes à son existence et son intégrité ainsi que sa dénaturation se constatent. Ces révélations ont, de fait, un impact sur la prévisibilité contractuelle puisque les parties ne sont pas nécessairement en mesure, au jour de la conclusion du contrat, de connaître ou de comprendre le contenu obligationnel qui s'imposera à elles au cours de la relation contractuelle. L'ensemble de ces difficultés ne permettant pas à la mise en œuvre des obligations non matérialisées de répondre aux exigences de sécurité juridique imposées par le droit commun en matière contractuelle, la mise en place d'un traitement se révèle indispensable.

662. - La nécessité de généralisation du traitement des obligations non matérialisées – La révélation de difficultés communes générées par le caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées, combinée avec la constatation de caractéristiques de qualification similaires justifie la proposition d'un traitement commun applicable à l'ensemble de la catégorie obligationnelle. Il se constate que les insuffisances liées au caractère obligatoire des obligations non matérialisées, du fait de leur caractère général, ne leur sont pas spécifiques en ce qu'elles peuvent être décelées dans d'autres situations contractuelles. Les traitements proposés dans la présente étude ont, ainsi, vocation à s'appliquer à l'ensemble de la matière contractuelle.

Il apparaît, d'abord, nécessaire de prendre position s'agissant de l'appréhension du contrat à retenir. Si le Code civil présente un caractère volontariste, l'existence d'un débat relatif à la manière d'envisager les relations contractuelles ne permet pas aux parties d'avoir une visibilité suffisante s'agissant des prévisibilités contractuelles.

Ce constat s'illustre par le mécanisme des obligations non matérialisées en ce sens que la question relative à leur caractère obligatoire est limitée par le volontarisme, absolue d'un point de vue utilitariste et conditionnée par le volontarisme. L'existence de trois solutions différentes démontre que le choix d'une appréhension unique du contrat est indispensable à l'uniformité du traitement de la matière contractuelle.

Il est, ensuite, indispensable de renforcer la protection relative au défaut de sécurité juridique que peut générer la détermination du contenu obligationnel. Cette tendance est, notamment, amorcée par les dispositions relevant du droit de la consommation. Cette branche du droit se caractérisant par une extrême vigilance s'agissant à la protection des parties faibles que sont les consommateurs et non-professionnels, elle permet de déceler les mécanismes contractuels ne garantissant pas la sécurité nécessaire aux relations contractuelles. Il apparaît, ainsi, indispensable d'envisager une consumérisation du droit commun dans l'objectif de renforcer la protection offerte aux parties dans le cadre de leurs engagements contractuels. S'agissant des obligations non matérialisées, cette tendance se caractérise par la généralisation de leur prohibition garantissant, alors, contre les difficultés qui leurs sont inhérentes.

Il faut, enfin, renforcer l'encadrement de la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge qui apparaît, actuellement, trop permissive et, partant, source d'insécurité juridique. Il se constate, en effet, que les magistrats usent, mais surtout, abusent des prérogatives qui leurs sont octroyées par la loi afin de s'immiscer dans le contrat. Les solutions rendues se révèlent, ainsi, parfois trop éloignées de la commune intention des parties et, partant, de l'application du principe de la liberté contractuelle et de la garantie de sécurité juridique. Il apparaît, ainsi, indispensable de renforcer les conditions de mise en œuvre de l'interprétation judiciaire du contrat en la limitant, strictement, aux lacunes contractuelles et aux stipulations présentant un défaut de clarté ou une ambiguïté. L'objectif principal de protection des parties et des contrats doit, ainsi, être réaffirmé et encouragé par la mise en place de mécanismes permettant aux contractants d'aiguiller le juge lorsqu'il recherche leur commune intention.

663. - La mise en œuvre de la généralisation du traitement des obligations non matérialisées – Les prémices de la généralisation de traitements permettant de renforcer l'impératif de sécurité juridique en matière contractuelle se révèlent en pratique.

La réforme de droit des contrats l’amorce, en effet, notamment s’agissant de la mise en place d’un devoir d’information applicable à l’ensemble des relations contractuelles, indépendamment de la qualité des parties ou de la nature de l’opération visée. Le fait d’imposer ce mécanisme apparaît comme un moyen de renforcer le caractère éclairé du consentement des parties à un contrat et, partant, de pallier à l’une des lacunes générales sus-évoquées.

L’initiative de réforme relative au droit commun des contrats semble, toutefois, devoir dépasser ce qui est actuellement envisagé. Si certaines propositions encouragent, d’ores et déjà, le renforcement de la sécurité juridique relative aux contrats, certaines problématiques ne sont, toutefois, pas traitées. Il apparaît, ainsi, nécessaire de repenser la matière contractuelle en considération d’un contexte qui n’est plus celui de 1804.

BIBLIOGRAPHIE

(Les publications sont classées par auteur(s) puis suivant l'ordre alphabétique du titre)

I. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec, coll. *Manuel*, 5^{ème} éd., 2007

AUBERT (J.-L.) et COLLART-DUTILLEUL (F.), *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010

AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. *Université*, 15^{ème} éd., 2014

BAUDOIN (J.-L.) et JOBIN (P.-G.), *Les obligations*, Les éditions Yvon Blais inc., 5^{ème} éd., 1998

BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Domat droit privé*, 14^{ème} éd., 2014

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey, coll. *Université*, 14^{ème} éd., 2014

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Dalloz, coll. *Cours Dalloz*, 11^{ème} éd., 2014

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015

CARBONNIER (J.),

- *Droit civil, Vol. 1 : Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrige*, 2004
- *Droit civil, Vol. 2 : Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige*, 22^{ème} éd., 2000

CAS (G.) et FERRIER (D.), *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 28^{ème} éd., 2015

DE SAVIGNY (F.-C.), *Le droit des obligations*, trad. G. GIRARDIN et P. JOZON, Durand, Paris, 1863

DELEBECQUE (Ph) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, coll. *Objectif droit cours*, 5^{ème} éd., 2010

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. VI : Effets des Obligations*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. *Corpus Histoire du droit*, 2^{ème} éd., 2012

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 2^{ème} éd., 2013

FABRE-MAGNAN (M.), *Les obligations, t. I : Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis droit*, 3^{ème} éd., 2012

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ/Lextenso éditions, coll. *Manuel*, 5^{ème} éd., 2015

FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 7^{ème} éd., 2014

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t. I : L'acte juridique*, Sirey, coll. *Université*, 16^{ème} éd., 2014

GAUDEMMENT (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (J.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, t. II : Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. I : Le contrat – Le consentement*, LGDJ-Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2013

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2012

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. *Dalloz action*, 10^{ème} éd., 2014-2015

LECOURT (A.), *Fiches de droit des obligations*, Ellipses, 4^{ème} éd., 2014

LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil, t. III : Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 7^{ème} éd., 2014

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations (contrats, responsabilité, régime de l'obligation)*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 7^{ème} éd., 2014

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 6^{ème} éd., 2013

MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction au droit*, Defrénois-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 5^{ème} éd., 2014

MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 14^{ème} éd., 2013

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 13^{ème} éd., 2014

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations, t. I : Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988

MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.),

- *Leçons de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit, Vol. 1^{er}*, Montchrétien, 12^{ème} éd., 2000
- *Leçons de droit civil, t. II : Obligations, Vol. 1^{er} : Théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998

MONTANIER (J.-C.), *Le contrat*, PUG, 4^{ème} éd., 2006

NUYTEN (B.) et LESAGE (L.), *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, Defrénois 1998, p. 497

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (G.),

- *Droit romain et ancien droit français*, PUF, 1969
- *Histoire du droit privé, t. I : Les obligations*, PUF, coll. *Thémis droit*, 1957

PICOD (Y.) et DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010

PIEDELIEVRE (S.), *Droit de la consommation*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2^{ème} éd., 2014

POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier, t. III : Traité des obligations*, Beaucé, Paris, 1818, rééd. Cosse et Marchal, Paris, 1861, n° 3 et 103 et s., rééd. Dalloz, coll. *Bibl. Dalloz*, 2011

POUMAREDE (M.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. *Cours*, 3^{ème} éd., 2014

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 6^{ème} éd., 2015

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, coll. *Thémis droit*, 2^{ème} éd., 2013

SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. *Droit Fondamental*, 2^{ème} éd., 2014

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 11^{ème} éd., 2013

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015

WEIL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil, t. IV : Les obligations*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986

II. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

A) Dictionnaires

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. *Quadrige*, 2003

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993

BALEYTE (J.), KURGANSKY (A.), LAROCHE (C.) et SPINDLER (J.), *Dictionnaire économique et juridique*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2000

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2014

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, Coll. *Quadrige*, 10^{ème} éd., 2014

DROSS (W.), *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011

FLOBERT (P.) et GAFFIOT (F.) (dir.), *Le grand Gaffiot, Dictionnaire Latin Français*, Hachette, 2000

MERLET (Ph.) et BERES (A.) (dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2015

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2014/2015

QUICHERAT (L.), *Dictionnaire français – latin*, 1858, rééd. rev. corr. et augm. par E. CHATELAIN, Hachette, 1929, rééd. Hachette, 1967

ROBERT (P.), REY-DEBOVE (J.) et REY (A.) (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2015

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999

SACCO (R.), *Dictionnaire, Contrat, Revue européenne de droit privé*, Boston Kluwer Law International, 1999

B) Encyclopédies

ALLEGRET (M.), « Transport ferroviaire interne », J.-Cl. Commercial, fasc. 616, 1989

BARRET (O.), « Vente (3^o) », Rép. dr. immo. Dalloz 2015

BÉAL (S.), COLBEAUX (J.), COLBEAUX (V.), DORLENCOURT (S.), DUPAYS (A.), HAUTEFORT (M.), LE MEUR (J.-R.), LE PETITCORPS (K.), NIEL (S.), NIVELLES (V.), PHÉRIVONG (C.), PIETRALUNGA (C.), « Formulaire ProActa droit social », Lamy, 2015

BLANC-JOUVAN (G.), « Clause de non-concurrence », J.-Cl. Travail traité, fasc. 18-25, 2015

BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », Rép. civ. Dalloz, 2014

BOYER (L.), « Contrats et conventions », Rép. civ. Dalloz, 1993

BECQUE-ICKOWICZ (S.), « Contrats et obligations, Obligations naturelles », J.-Cl. Notarial, fasc. 63, 2013

BENNER (Cl.), « Acte juridique », Rép. civ. Dalloz, 2013

CHAUVEL (P.), « Consentement », Rép. civ., Dalloz, 2007

CLARET (H.), « Etiquetage », J.-Cl. Concurrence-consommation, fasc. 980, 2014

COLLART (F.), DUTILLEUL (S.), CHAMOUARD-EL BAKKALI (S.) et BAILLAT-DEVERS (M.) (dir.), « Formulaires ProActa Pratique notariale des contrats civils et commerciaux », Lamy, 2013

DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allégement des obligations », J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 110, 2002

EUDIER (F.) et BERBAY (N.), « Jugement », Rép. proc. civ. Dalloz, 2014

FRANCQ (S.), « Loi applicable aux obligations contractuelles (matières civile et commerciale) », Rep. dr. com. Dalloz, 2013

GAREIL-SUTTER (L.), « Période précontractuelle, Contenu », J.-Cl. contrats-distribution, fasc. 20, 2005

GATSI (J.), « Vente commerciale, Obligation de délivrance du vendeur, Mise à disposition de la chose », J.-Cl. commercial, fasc. 290, 2009

GHESTIN (J.) et SERINET (Y.-M.), « Erreur », Rép. civ. Dalloz, 2006

GIBIRILA (D.), « Sûretés portant sur un bien », J.-Cl. Banque Crédit Bourse, fasc. 760, 2008

GRYNFOGEL (C.), « Droit français des ententes, article L. 420-1 du Code de commerce », J.-Cl. Commercial, fasc. 262, 2012

GUILLENCHMIDT-GUIGNOT (A.), « Typologie des contrats », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 15, 2008

HONORAT (J.), « Nullités », Rép. dr. soc. Dalloz, 2015

KENFACK (H.), « Location-gérance de fonds de commerce », Rép. civ. Dalloz, 2006

KERGUELEN (E.), « Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (pratiques commerciales restrictives) », J.-Cl. Commercial, fasc. 280, 2014

LATINA (M.), « Contrats (généralités) », Rép. civ. Dalloz, 2014

LE TOURNEAU (Ph.) et BLOCH (C.), « Contrat de transport », Rép. civ. Dalloz, 2015

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.), « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz, 2009

LEGIER (G.), « Actes juridiques, Forme, Domaine de la loi applicable à la forme », J.-Cl. Civil Code, fasc. 72, 2007

MAINGUY (D.), « Conditions générales de vente et contrats-types », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 60, 2012

MATHEY (N.), « Contrats et obligations – Des contrats sous forme électronique », J.-Cl. Civil Code, fasc. 10, 2008

MAYAUX (L.), « Contrat d'assurance », Rép. civ. Dalloz, 2014

MAZEAUD (D.) et PIEDELIEVRE (S.), « Avant-contrat, Promesse de vente, Formation du contrat », J.-Cl. Notarial, fasc. 40, 2014

MERCADAL (B.), « Contrat de transport », Rép. com. Dalloz, 2014

MOLINIER (J.), « Principes généraux », Rép. dr. européen Dalloz, 2014

MONNET (J.), « Sociétés anonymes, Conseil d'administration, Statut des administrateurs », J.-Cl. Commercial, fasc. 1377, 2009

MOREAU (D.), « Référé précontractuel administratif », J.-Cl. Contrats et Marchés Publics, Fasc. 30-1, 2015

NADAL (S.), « Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions », Rép. trav. Dalloz, 2015

PETIT (B.) :

- « Contrats et obligations, Définition et classification des contrats », J.-Cl. Civil Code : Art. 1101 à 1108-2, 2013
- « Contrats et obligations, Consentement », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014

PETIT (B.) et ROUXEL (S.), « Contrats et obligations, Obligation d'information », J.-Cl. Civil Code, fasc. 50, 2014

PICOD (Y.),

- « Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, 2014
- « Les articles 1134 et 1135 du Code civil : Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. Civil Code, 2014
- « Obligations », Rép. civ. Dalloz, 2015

RAYMOND (G.),

- « Clauses abusives », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 820, 2012
- « Contrats de consommation », J.-Cl. Concurrence-Consommation, fasc. 800, 2013

ROCHFELD (J.), « Cause », Rép. civ. Dalloz, 2012

ROUVIERE (F.), « Contenu du contrat », J.-Cl. contrats-distribution, fasc. 50, 2010

SAINT-PAU (J.-C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle », J.-Cl. Notarial, Fasc. 171-10, 2013

SALAH M. MAHMOUD (M.), « Usages commerciaux », Rép. com., Dalloz, 2011

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Clauses abusives », Rép. com. Dalloz, 2015,

SÉLINSKY (V.), BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S.) et MATHONNIÈRE (C.) (dir.), « Formulaires ProActa Droit économique », Lamy, 2007

SERIAUX (A.), « Patrimoine », Rép. civ. Dalloz, 2013

SIMLER (Ph.),

- « Contrats et obligations, Interprétation des contrats, L'instrument : Notion, normes, champ d'application », J.-Cl. Civil Code, fasc. 10, 2009
- « Contrats et obligations, Interprétation des contrats, La mise en œuvre : rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation », J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, 2009

SIRINELLI (P.), VIVANT (M.) et DE ROMANET (J.) (dir.), « Formulaires ProActa Droit de l'immatériel (depuis 2005) », Lamy, FI. 2008

STRICKLER (Y.), « Acquiescement », Rep. civ. Dalloz, 2010

TAUDIN (L.) et DESOLNEUX (M.) (dir.), « Formulaires ProActa Droit des régimes matrimoniaux », Lamy, 2010

TENAILLEAU (F.), « Contrats de partenariat », J.-Cl. Collectivités Territoriales, fasc. 758, 2012

TEYSSIE (B.), « Union Européenne, Etablissement des relations de travail », J.-Cl. Travail Traités, fasc. n° 92-30, 2011

VEAUX-FOURNERIE (P.) et VEAUX (D.), « Commerce maritime, Contrat de transport de marchandises, Notion, Formation », J.-Cl. Transports, fasc. 1255, 1993

VIGNEAU (D.), « Donations et testaments, Legs d'universalité, Condition juridique du légataire », J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, 2010

VOINOT (D.), « Réserve de propriété », Rép. com. Dalloz, 2015

III. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, COMMUNIQUEs, PROJETS ET RAPPORTS

A) Ouvrages spéciaux et Monographies

ALCOUFFE (Ch.), ALCOUFFR (S.), BELIN-MUNIER (Ch.), BERNARD (Ch.), CHASTAGNARET (M.), CORREGE (N.), DUSSART (V.), GASTINEL (E.), GIRARDEAU (M.), LATTES (J.-M.), MARTOXICZ (P.), PAULIN (Ch.), RAYNOUARD (A.), ROCHER (E.), SEGONDS (M.), STAES (O.), VAUQUE (J.-C.) et WERTENSCHLAG (B.), Le Lamy logistique, Lamy, 2015

AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 8^{ème} éd., 2014

AYNES (L.), CROCQ (P.), DELEBECQUE (Ph.) et MARRAUD DES GROTTES (G.), *Lamy Droit des sûretés*, Lamy, coll. *Lamy droit civil*, 2014

BAZIN-BEUST (D.), *Droit de la consommation*, Gualino-Lextenso éditions, coll. *Mémentos LMD*, 2014-2015

BEAUCHARD (J.), *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. *Thémis dr. privé*, 1996

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, coll. *Traité des contrats*, 1999

BEKKER (E. I.), *Die aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871

BENTHAM (J.),

- *Défense de l'usure ou lettre sur les inconvénients des lois qui fixent le taux de l'intérêt de l'argent*, Malher et compagnie, Paris, 1828
- *Déontologie ou science de la morale*, in *Œuvres de J. BENTHAM*, t. III, trad. B. LAROCHE, Charpentier, Paris, 1834
- *La Théorie des peines et des récompenses*, t. I, Imprimerie De Vogel et Schulze, Londres, 1811, rééd. Hachette-bnf, 2014
- *Traité de législation civile et pénale*, 1802, rééd. Dalloz, 2010

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 5^{ème} éd., 2012

BERNHEIM-DESVAUX (S.), *Droit de la consommation*, Studyrama, coll. *Panorama du droit*, 2^{ème} éd., 2011

BIGOT (J.), HEUZÉ (V.), KULLMANN (J.), MAYAUX (L.), SCHULZ (R.) et SONTAG (K.), *Traité de droit des assurances, t. III : Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014

BONHOMME (R.), *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2011

BOUGLE (C.), *Solidarisme et libéralisme*, L'Harmattan, coll. *Logiques sociales*, 2009

BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.) et POILLOT-PERUZZETTO (S.), *Lamy Droit économique*, Lamy, coll. *Lamy droit des affaires*, 2015

BRINZ (A.),

- *Der begriff obligatio*, in *Grünhuts zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart, t. I*, 1874, Vienne
- *Kritische Blätter*, Erlangen, 1853
- *Lehrbuch der pandekten, t. II, 1^{ère} partie*, Erlangen, , 2^{ème} éd, 1879

CAILLE (A.), LAZZERI (Ch.) et SENELLART (M.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique : Le bonheur et l'utile*, La Découverte et Syros, Paris, 2001

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. *Précis*, 9^{ème} éd., 2015

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923

CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. II, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 12^{ème} éd., 2008

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Armand Colin, 1972, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, 2004

CASTALDO (A.) et MAUSSEN (Y.), *Introduction historique au droit*, Dalloz, coll. *Précis*, 4^{ème} éd., 2013

CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) et BOUGLE (C.), *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. *Objectif droit*, 2^{ème} éd., 2011

COLLART-DUTILLEUL (R.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd., 2015

COSTES (L.), MARCELIN (S.), AUROUX (J.-B.), PERRAY (R.) et SALEN (P.) (dir.), *Le Lamy droit du numérique, Guide pratique*, Lamy, 2015

COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, coll. *Université*, 17^{ème} éd., 2014

DE JUGLART (M.) (dir.), DE PONTAVICE (E.), DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), MILLER (G. M.), *Traité de droit aérien*, LGDJ, 1989

DE SAVIGNY (F.-C.), *Le droit des obligations*, Durand, Paris, trad. G. GIRARDIN et P. JOZON, 1863

DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon (29), t. II : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand et Pédone, Paris, 1869

DEMOGUE (R.), *Notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du droit, coll. *Références*, 1911

DOMAT (J.),

- *Œuvres complètes*, Didot Père et fils, Paris, 1828, p. 122 et s., rééd. Hachette-Bnf, 2012
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, J.-B. Coignard Veuve et Fils, Paris, 2^{ème} éd., 1695

DONEAU (H.), *Opera omnia, Commentariorum de jure civilis, t. I*, Florence, 1840

DONNETTE (A.), *Le Lamy négociation collective, Droit et pratique*, Lamy, coll. *Lamy droit social*, 2015

DURAND (B.), CHENE (C.) et LECA (A.), *Introduction historique au droit*, Montchrétien, coll. *Pages d'Amphi*, 2004

FOUILLEE (A.), *La science sociale contemporaine*, Hachette, 3^{ème} éd., 1897

GAIUS, *Institutes*, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), Livre 44, Titre VII, 3, trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979

GAUDEMMENT (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd., Dalloz, 2004

GIFFARS (A.-E.) ET VILLERS (R.), *Droit romain et ancien droit français : Les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 1976

GODARD (N.), *Conventions collectives, Mode d'emploi*, Tissot, 2009

GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.), *Droit de la franchise*, Litec, 2011

GROSS (B.) et BIHR (Ph.), *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, coll. *Thémis*, 2^{ème} éd., 2011

GROTIUS (H.), *Droit de la guerre et de la paix*, 1625, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, trad. par P. PRADIER-FODERE, 2012

GROUTEL (H.), LEDUC (F.), PIERRE (Ph.) et ASSELAIN (M.), *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, coll. *Traités*, 2008

GUINCHARD (S.), CHANAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. *Précis*, 32^{ème} éd., 2014

HELO (F.), *La jurisprudence française conférée avec le droit romain, t. II*, E. Loyson, 1665

HOBBS (T.), *Léviathan*, 1651, rééd. Dalloz, 1999

HOLMES (O.W.) Jr., *The path of the law*, 10 Harvard Law Review 457, 1897, http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm

HUME (D.), *Enquête sur les principes de la morale*, 1751, rééd. GF-Flammarion, trad. Ph. SALTEL et Ph. BARANGER, 1991

JAMIN (Ch.) et MAZEAUD (D.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001

JULIEN (J.), *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrétien-Lextenso éditions, coll. *Cours*, 2009

JUSTINIEN, *Institutes*, Livre III, Titre XIV, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), trad. par H. Hulot, J.-F. Berthelot, P.-A. Tissot, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979

KANT (E.),

- *Critique de la raison pratique*, 1788, rééd. PUF, coll. *Quadrige*, trad. F. PICAUVET, 7^{ème} éd., 2007
- *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785, rééd. Vrin, Paris, trad. V. DELBOS, 2008

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, trad. par Ch. EISENMANN, 1962, rééd. LGDJ-Bruylant, coll. *La pensée juridique*, 1999

KERGUELEN-NEYROLLES (B.) (dir.), *Lamy transport, t. II : Commission de transport, mer, fer, air, commerce extérieur*, Lamy, 2015

KULLMAN (J.) (dir.), *Lamy Droit des assurances*, Lamy, 2015

LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.) et WITZ (C.), *Code civil allemand (BGB)*, Dalloz-Juriscopie, coll. *La lettre des lois*, 2010

LE TOURNEAU (Ph.),

- *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2014
- *Les contrats de franchisage*, Litec, coll. *Litec professionnels*, 2^{ème} éd., 2007

LEFORT (Ch.), *Procédure civile*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd., 2014

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. *Universités*, 21^{ème} éd., 2014

LEVI (A.), SAYAD (A.), GARBIT (P.), AZEMA (J.), VALLENS (J.-L.), MARTIN (J.-F.) et FILIOL DE RAIMOND (M.), *Lamy droit commercial*, Lamy, coll. *Lamy droit économique*, 2014

LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. *Précis*, 2^{ème} éd., 2010

LOYSEL (A.), *Institutes coutumières, Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, 1607, rééd. Paris, 1846

MARTINEZ (E.) et VIALLA (F.) (dir.), *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique*, LGDJ, coll. *Les grandes décisions*, 2^{ème} éd., 2014

MEDICUS (D.), *Allgemeiner Teil des BGB*, Müller Juristischer Verlag, 8^{ème} éd., 2002

MERCADAL (B.), *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. *Précis*, 1996

MESTRE (J.) et RODA (J.-C.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso-éditions, coll. *Les intégrales*, 2011

MILL (J. S.), *L'utilitarisme*, 1863, rééd. Champs classiques, 2008

MODESTIN, *Digeste ou Pandectes*, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), Livre 50, Titre VI, 108, trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979

MOUSSERON (J.-M.), GUIBAL (M.) et MAINGUY (D.), *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001

MOUSSERON (J.-M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010

NAGEL (T.), *Questions mortelles*, PUF, 1983

NEUMAYER (K. H.) et MING (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : Commentaire*, Cedidac, Lausanne, 1993

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé, t. I Les obligations*, PUF, coll. *Thémis droit*, 1957

PAUL, *Digeste ou Pandectes*, in *Corpus juris civilis* (Corps de droit civil romain en latin et en français), Livre 44, Titre VII, 3, trad. par H. HULOT, J.-F. BERTHELOT, P.-A. TISSOT, 1803, rééd., Scientia Verlag, 1979

PEDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 2^{ème} éd., 2004

PELISSIER (J.), AUZERO (G.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, Dalloz, coll. *Précis*, 27^{ème} éd., 2013

PHANG (A.), *Implied Terms, Business Efficacy and the Officious Bystander, A Modern History*, JBL 1, 1998

PIEDELIEVRE (S.), *Droit de la consommation*, Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2^{ème} éd., 2014

PORTALIS (J.-E.-M.),

- *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*, 1801, in Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s.
- *Exposé des motifs du projet de loi sur le titre préliminaire du Code civil*, CE, Séance du 4 ventôse An XI, in Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 66 et s.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980

RAWLS (J.), *A Theory of Justice*, Harvard, 1972, rééd. Oxford Univ. Press., 1973, rééd. Seuil, trad. C. AUDARD, 1987

RAYMOND (G.), *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. *Droit & professionnels*, 3^{ème} éd., 2014

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949

ROBINE (E.), *La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980*, Litec, coll. *Jurisprudence française*, 1990

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951

ROUSSIER (J.), *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Domat-Montchrétien, 1933

SALEILLES (R.),

- *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, F. Pichon, 1901
- *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Libr. Cotillon, Paris, 2^{ème} éd., 1901, rééd. LGDJ, 3^{ème} éd., 1914

SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Desclée et Cie, trad. M. S. GILLET, 1932

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), POILLOT (E.), AUBERT (C.) et BRUNAU (G.), *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, coll. *Traité*, 2012

SAYAD (A.) (dir.), *Le contrat-cadre, t. II : la distribution*, Etudes du CREDA, Litec, 1995

SCHLECHTRIEM (P.) et WITZ (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2008

SIMON (F.-L.), *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2009

SOHM (R.), *Der Begriff des Forderungrechts*, Grünhut's Zeitschrift, 1877

STOFFELS (M.), *AGB – Recht*, Beck, 2003

STORY (W. W.), *A Treatise on the Law of Contracts not under Seal*, 1847, rééd. Gale, Making of Modern Law, 2010

SUPIOT (A.), *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. *La couleur des idées*, 2005

TESTU (F.-X.) (dir.), *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. *Dalloz référence*, 2010-2011

TEYSSIE (B.), *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 9^{ème} éd., 2012

TOMAS CALDERA (R.), *Le jugement par inclinaison chez Saint Thomas d'Acquin*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, coll. *Problèmes et controverses*, 1980

TOULLIER (Ch.-B.-M.), *Le droit civil français, vol. 6 : suivant l'ordre du Code civil*, Warée oncle et Warée fils aîné, Paris, 1824

ULPIEN (D.), *Digeste*, in *Corpus Iuris Civilis*, Metz, trad. par H. HULOT, 1803

VIANDIER (A.) et VALLANSAN (J.), *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, PUF, 2^{ème} éd., 1992

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983

VON AMIRA (K.),

- *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882-1885
- *Grundriss des germanischen rechts*, Strasbourg, 1913, rééd. Isha Books, 2013

VON JHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. III*, Maresq, 3ème éd., 1880

WHINCUP (M. H.), *Contract Law and Practice, The English system and continental comparisons*, Kluwer, 1992

WINDSCHEID (B.), *Lehrbruch des pandektenrechts, t. II*, Francfort, 1906

B) Communiqués, Projets et Rapports

1. Communiqués

Cour de cassation, Communiqué relatif à l'arrêt n° 564 du 21 décembre 2007 : BICC n° 680, 15 avril 2008

2. Rapports

Rapports de la Commission des affaires économiques :

Comm. aff. économiques, séance 23 juillet 2013, Compte rendu n°104

Rapports de la Commission européenne :

Com. CE, Rapport sur la politique de concurrence de 2011, COM(2012) 0253 final

Rapports du Conseil d'Etat :

- CE, *Rapport public annuel 1991, De la sécurité juridique, Etudes et documents*, La documentation française, 1991

- CE, *Rapport public 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, 2006

Rapports de la Cour de cassation

- Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010
- Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012
- Rapport annuel de la Cour de cassation, 2013

3. Projets

CATALA (P.), *Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à M. P. CLEMENT Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La Documentation française, 2006

Commission de droit européen des contrats, O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000

La Chancellerie, *Projet de réforme du droit des obligations*, Newsletter n° 4, février 2009

Projet de loi du 27 novembre 2013 *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*

Projet de loi Sénat n° 175, *relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, 2013-2014

Projet d'ordonnance *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

IV. THESES

ACCAOUI LORFING (P.), *La renégociation des contrats internationaux*, Bruylant, coll. *Feduci*, 2011

ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997

ALBORTCHIRE (A.), *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales*, thèse, Université d'Auvergne, 2005

AMMAR (D.), *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, thèse, Paris I, 1990

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2002

AP. POPA (E.), *Notions de « debitum » (schuld) et « obligatio » (haftung) et leur application en droit français moderne*, Libr. des facultés E. Muler, 1935

ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, Litec, coll. *Bibl. de dr. de l'entr.*, 2008

AYNES (L.), *La cession et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, coll. *Droit civil*, 1984

BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, coll. *Bibl. de dr. priv.*, LGDJ, 1996

S. BELAID, *Essai sur le pouvoir normateur et créatif du juge*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1974

BARBASON (A.), *L'avant-contrat de distribution*, thèse, Montpellier, 2008

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1973

BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse, Paris II, 1979

BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002

BOURRIER (Ch.), *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003

BOYER (Y.), *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, PUAM, 1978

BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse, Paris, 1973

CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions*, thèse, Toulouse, 1939

CARDELLA (B.), *Le droit des jeux vidéos : de la virtualité à la réalité juridique*, thèse, Toulon-Var, 2011

CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2008

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2002

CHOLEY-COMBE (J.-Y.), *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion : étude de droit français et de droit comparé*, thèse, Aix-en-Provence, 1974

CHRISTIANOS (V.), *L'obligation d'information dans la vente de produits mobiliers*, thèse, Paris 2, 1987

COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964

- COQUELET (M.-L.),** *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris X, 1994
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.),** *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006
- DE CALLATAÏ (E.),** *Etudes sur l'interprétation des conventions*, Bruylant, 1947
- DE GAUDIN DE LAGRANGE (E.),** *L'intervention du juge dans le contrat*, Sirey, Paris, 1935
- DE PAGE (H.),** *A propos du gouvernement des juges, L'équité face au droit*, Sirey-Bruylant, 1931
- DEREUX(G.),** *De l'interprétation des actes juridiques*, PUF, 1905
- DUPICHOT (Ph.),** *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, LGDJ, coll. *Université Panthéon-Assas (Paris II)*, 2005
- JE NGOMA (D.),** *L'avance des frais du procès civil*, thèse, Nantes, 1993
- DELEBECQUE (P.),** *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse, Aix-Marseille, 1981
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),** *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000
- DEREUX (G.),** *De l'interprétation des actes juridiques*, PUF, 1905
- DUCLOS (J.),** *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1984
- DUPEYROUX (J.-J.),** *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955
- FABRE-MAGNAN (M.),** *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014
- FARJAT (G.),** *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1963
- FISCHER (J.),** *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004
- FOREST (G.),** *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2012
- FORRAY (V.),** *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2007
- FRANÇOIS (G.),** *Consentement et objectivisation*, PUAM, 2007

- GATSI (J.),** *Le contrat-cadre*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1996
- GAUDEMET (E.),** *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898, rééd. Panthéon Assas, coll. *Les introuvables*, 2014
- GENINET (M.),** *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse, Paris II, 1985
- GHOZI (A.),** *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980
- GOMAA (N. M. K.),** *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1968
- GOUNOT (E.),** *L'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912
- GOUTAL (J.-L.),** *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1981
- GRIMALDI (C.),** *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, 2005
- GUERLIN (G.),** *L'attente légitime du contractant*, thèse, Amiens, 2008
- HAUSER (J.),** *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1971
- HOUTCIEFF (D.),** *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001
- JACQUEMIN (H.),** *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, Larcier, 2010
- JACQUES (Ph.),** *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, coll. *Nouv. Bibl. de thèses*, 2005
- LABARTHE (F.),** *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1994
- LAFAY (F.),** *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, thèse, Lyon 3, 2005
- LARDEUX (G.),** *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, PU du Septentrion, 2001
- LATINA (M.),** *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2009
- LAUDE (A.),** *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992
- LEBRUN (A.),** *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, LGDJ, 1932

- LEDAIN SANTIAGO (R.)**, *La circulation du cautionnement*, thèse, Evry Val d'Essonne, 2011
- LEMAY (P.)**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse, Lille II, 2012
- LOIR (R.)**, *Les conventions non créatrices d'obligations*, thèse, Lille, 2007
- LIMBACH (F.)**, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. priv.*, 2004
- LOIR (R.)**, *Les conventions non créatrices d'obligations*, thèse, Lille, 2007
- MADER (L.)**, *L'évaluation législative : Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne, 1985
- MAILLET (J.)**, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain, Exposé et examen critique*, Impr. d'éd. P. Roubaud, Aix-en-Provence, 1944
- MARRAUD (C.)**, *La notion de dénaturation en droit privé français*, PUF, 1974
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1992
- MOULY-GUILLEMAUD (C.)**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2006
- MOZAS (Ph.)**, *La notion de dette en droit privé*, thèse, Bordeaux IV, 1996
- OBELLIANNE (S.)**, *Les sources des obligations*, PUAM, 2009
- PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Panthéon-Assas, 2013
- PELET (J.)**, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit Suisse*, Impr. Charles Pache, Lausanne, 1937
- PELLE (R.)**, *Notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2007
- PERES-DOURDOU (C.)**, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004
- PIAZZON (T.)**, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions - Defrénois, coll. *Doctorat et Notariat*, 2009
- PIMONT (S.)**, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004
- RAFFRAY (R.)**, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz, coll. *Nouv. bibl. de thèses*, 2011
- RAJA (C.)**, *Droit de la concurrence et droit de la santé : Etude d'un entrecroisement normatif*, thèse, Montpellier, 2010

- RIEG (A.)**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1961
- RUSTAN (M.-J.)**, *Le fondement de la force obligatoire du contrat*, thèse, Montpellier, 1949
- ROCHFELD (J.)**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. privé*, 1999
- ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965
- ROUVIERE (F.)**, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005
- SALVIEJO (C.)**, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse, Montpellier, 2003
- SAVAUX (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997
- SCHMIDT (J.)**, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982
- SEUBE (J.-B.)**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999
- STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *L'abus dans le contrat, L'essai d'une théorie*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2000
- TERRE (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1957, rééd., LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthologie du droit*, 2014
- TISON (R.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien droit français*, thèse, Paris, 1931
- TRAIN (F.-X.)**, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2003
- VALEMBOIS (A.-L.)**, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, coll. *Bibl. constit. et de sc. po.*, 2005
- VENIAMIN (L.)**, *Essai sur les données économiques dans l'obligation civile*, LGDJ, 1930
- WALINE (J.)**, *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, 1949, rééd. Dalloz, coll. *Bibl. de thèses*, 2007
- WEILL (A.)**, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938

WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique,* LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1997

WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droits français et allemand,* LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004

ZENATI (F.), *Le juge et l'équité,* L'Hermès, coll. *Annales de la faculté de Lyon,* 1985

V. ACTES DE COLLOQUES, TRAVAUX COLLECTIFS, MELANGES

A) Actes de colloques

Droit du marché et droit commun des obligations, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998

Droits et obligations d'information en Droit allemand et français, 27^{ème} séminaire des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, 22 juin-4 juillet 1995, Heidelberg, Juristische fakultät der Universität Heidelberg, 1996

Durées et contrats, D. MAZEAUD, T. REVET et E. FILIBERTI (dir.), RDC 2004/1, numéro spécial, 2004

Egalité et Equité, antagonisme ou complémentarité, T. LAMBERT (dir.), *Economica,* 1999

L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats, O. DESHAYES (dir.), PUF, coll. *Ceprisca,* 2008

L'efficacité du contrat, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires,* 2011

L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, L. CADIET (dir.), PUF, 1986

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Economica,* coll. *Etudes juridiques,* 2001

L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?, A. ETIENNEY et C. COUTANT LAPALUS (dir.), RDC 2015/1

Le juge et l'exécution du contrat, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993

Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Economica,* coll. *Etudes juridiques,* 2004

La cessation des relations contractuelles d'affaires, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, PUAM, 1997

La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms, Paris, 1^{er} et 2 décembre 1989, Y. DERAÏNS et J. GHESTIN (dir.), LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 1990

La nouvelle crise du contrat, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003

La réforme du régime général des obligations, L. ANDREU (dir.), Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2011

Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Université du Luxembourg, 22 juin 2007, R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM (dir.), Société de législation comparée, coll. *Droit privé comparé et européen*, 2008

Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003

Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil, Colloque de l'Université catholique de Louvain, P. WERY (dir.), La Charte, 2004

Le droit et le futur, Actes du 3^{ème} colloque de l'Association française de philosophie du droit, Université Paris II, 4 et 5 novembre 1983, PUF, coll. *Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985

Pour une réforme du droit des contrats, F. TERRE (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009

B) Travaux collectifs

1804-2004 Le code civil : un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004

Etudes de droit français et allemand, W. DORALT et Olivier DESHAYES (dir.), Société de législation comparée, coll. *Trans europ experts* (TEE), 2014

Journées de la société de législation comparée, RIDC, 1979, n° spécial

Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003

L'efficacité du contrat, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Economica, 2001

L'obligation, Dalloz, coll. APD, 2000

L'utile et le juste, APD, 1981

La relativité du contrat, Travaux de l'association H. CAPITANT, Journées nationales Nantes 1999, LGDJ, 2000

La solidarité : un sentiment républicain ?, PUF, 1992

Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004

Le contrat-cadre, vol. 2 : La distribution, A. SAYAD (dir.), Litec, 1995

Le contrat d'aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, D. TALLON et D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987

Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, M. FONTAINE (dir.), LGDJ-Bruylant, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, 2002

Les bonnes mœurs, J. CHEVALLIER (dir.), PUF, 1994

Pour une réforme du droit des contrats, F. TERRE (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009

Pour une réforme du régime général des obligations, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2013

Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, C. PRIETO (dir.), PUAM, 2003

C) Mélanges

Aspects actuels du droit commercial français, Etudes offertes à R. ROBLOT, LGDJ, 1984

Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. CORNU, PUF, 1994

Droit constitutionnel, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s.

Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987

Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. LE BRAS, Sirey, 1965

Etudes d'histoire du droit privé offertes à P. PETOT, Paris, LGDJ, 1959

Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du Moyen-Age, Mélanges P. MANDONNET, Librairie philosophique J. Vrin, coll. *Bibl. Thomiste*, 1930

Etudes de droit civil à la mémoire d'H. CAPITANT, Dalloz, 1939

Etudes de droit de la consommation, Liber Amicorum J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004

Etudes de droit privé, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008

Etudes de droit romain dédiées à P. F. GIRARD à l'occasion du 60^{ème} anniversaire de sa naissance, Rousseau, Paris, 1912

Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974

Etudes offertes à P. KAYSER, t. I, PUAM, 1979

Études offertes à R. RODIERE, Dalloz, 1981

Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD, Litec, 2007

Histoire, théorie et pratique du droit, Etudes offertes à M. VIDAL, Presses universitaires de Bordeaux, 2010

L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999

Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014

Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001

Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, LGDJ, 1950

Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000

Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, GLN Joly-Litec, 1991

Liber Amicorum BARON LOUIS FREDERICQ, E. Story-Scientia, 1966

Liber Amicorum P. DELNOY, Larcier, Bruxelles, 2005

Liber Amicorum P. PESCADORE, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987

Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, Dalloz, 2006

Mélanges en l'honneur du Doyen R. DECOTTIGNIES, PUG, 2003

Mélanges offerts à A. COLOMER, Litec, 1993

Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985

Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003

Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à J. BEAUCHARD, LGDJ, coll. *Mélanges*, 2013

Problèmes d'actualité posés par les entreprises, Mélanges R. HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985

Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, Dalloz, 2001

Recueil en l'Honneur de F. GENY, Sirey, 1977

Recueil d'études sur les sources du droit, t. I : Aspects historiques et philosophiques, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977

Recueil d'études sur les sources du droit, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977

Religion, société et politique, Mélanges en hommage à J. ELLUL, PUF, 1983

VI. – ARTICLES ET CHRONIQUES

AMIEL-COSME (L.), « L'apport partiel d'actif et le contrat de franchise ou le fabuleux destin de *l'intuitus personae* », Rev. sociétés 2010, p. 562

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.), « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836

AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, E. Bruylant, 2000, p. 33 et s.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771

ANCEL (P.) et WINTGEN (R.), « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », RDC 2006/3, p. 897

ARNAUD (P.), « Justice et utile, Deux attributs de l'« ordre réel » qui n'en font qu'un », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 167 et s.

ATIAS (Ch.), « L'équilibre renaissant de la vente », D. 1993, p. 1

AUBRY (H.), POILLOT (E.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Droit de la consommation », D. 2015, p. 588

AYNES (L.),

- « A propos de la force obligatoire du contrat », RDC 2003/1, p. 323
- « Le devoir de renégocier », Rev. jur. com., 1999, p. 19

AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le consentement au cœur du contentieux », Dr. et patr. 2013, p. 74

BANCK (A.), « Données de paiement : mythes et réalités », RD bancaire et financier 2013, p. 16

BARBIERI (J.-F.), « Avant-contrat « obligatoire » ou simplement « préparatoire », contrat-cadre et conventions réglementées. Incidences de l'absence d'autorisation « préalable » » (à propos de Cass. com., 18 mars 1997, n° 94-21430), Rev. sociétés 1997, p. 541

BÉAL (S.), COLBEAUX (J.), COLBEAUX (V.), DORLENCOURT (S.), DUPAYS (A.), HAUTEFORT (M.), LE MEUR (J.-R.), LE PETITCORPS (K.), NIEL (S.), NIVELLES (V.), PHÉRIVONG (C.), PIETRALUNGA (C.), « Contenu d'un contrat de travail « classique » », in *Formulaire ProActa droit social*, Lamy, 2015, FI. 110-4

BEAUCHARD (J.), « Remarques sur le Code de la consommation », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Ecrits en hommage à G. CORNU, PUF, 1994, p. 9 et s.

BEGUIN (J.) et BERANGER (H.), « Réforme du droit des contrats : « Un très bon projet », Entretien avec M. FABRE-MAGNAN, JCP G 2008, p. 199

BÉHAR-TOUCHAIS (M.),

- « LME », Rev. Lamy dr. concu. 2008, n° 17
- « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », RDC 2009, p. 1258

BELLET (P.), « Le juge et l'équité », in *Études offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 9 et s.

BEN HAMIDA (W.), « Les principes d'UNIDROIT et l'arbitrage transnational : L'expansion des principes d'UNIDROIT aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées », JDI 2012, p. 12

BERLIOZ (G.),

- Droit de la consommation et droit des contrats :
 - JCP CI 1979, II, n° 13019
 - JCP G 1979, I, n° 2954

BERLIOZ-HOUIN (B.) et BERLIOZ (G.), Le droit des contrats face à l'évolution économique, in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Mélanges R. HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.

BERNARD (P.-Y.), Les fusions à l'épreuve de l'intuitus personae, RTD com. 2007, p. 279

BERNHEIM-DESVAUX (S.),

- « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », Rev. Lamy dr. aff. 2012, n° 69
- « Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation (1) : la clause de recours à la médiation ou à la conciliation », Contrats, conc. consom. 2011, n° 3

BOCCARA (B.), « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », JCP G 1975, I, 2742

BONNECASE (J.), « La notion juridique de bonnes mœurs », in *Etudes de droit civil à la mémoire d'H. CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 91 et s.

BOULOIS (J.), « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber amicorum P. PESCATORE, Nomos Verlag, 1987, p. 53 et s.

BOULETEL (M.), « Préface », in Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia-Bruylant, coll. *Thèses de sciences humaines*, 2003, p. 9 et s.

BOYE (A.-J.), « Variations sur l'adage « *obligatio mater actionis* » », in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. LE BRAS*, Sirey, 1965, p. 815 et s.

BRENA (S.), *Technique contractuelle*, JCP E 2006, p. 2064

BROCHARD (V.), « La théorie du plaisir d'après Epicure », in *Etudes de philosophie ancienne et de philosophie moderne*, V. BROCHARD, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1926, p. 253 et s.

BORYSEWICZ (M.), « Les règles protectives du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Etudes offertes à P. KAYSER*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s.

BOULANGER (J.), « Volonté réelle et volonté déclarée », in Liber amicorum BARON LOUIS FREDERICQ, E. Story-Scientia, 1966, p. 199 et s.,

BROS (S.), « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », D. 2009, chron. p. 960

BRUNETTI-PONS (C.), « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in *Etudes offertes au professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 103 et s.

BUREAU (D.), « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, p. 291

BURGARD (M.), « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA 22 septembre 2010, p. 7

BUY (F.), « L'interdépendance contractuelle à l'honneur » (à propos de Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927), JCP G 2013, p. 673

CALAIS-AULOY (J.),

- « L'attente légitime, une nouvelle source de droits subjectifs ? », in Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 171 et s.
- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239

CANIVET (G.) et CHAMPALAUNE (C.), « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amirocum J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 227 et s.

CARMET (O.), « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », RTD com. 1982, p. 9

CATALA (P.), « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, p. 535

CATHELINEAU (A.), « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », Contrats, conc. consom. 1999, chron. 13

CARBONNIER (J.), « Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1986, p. 29 et s.

CASSIA (P.), « Nouveau principe général du droit aux multiples facettes », D. 2006, chron. p. 190

CEDRAS (J.),

- « L'obligation de négocier », RTD com. 1985, p. 265
- « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 215 et s.

CHABAS (C.), « Commentaire de l'avant-projet de réforme du régime général des obligations », Rev. Lamy dr. civ. 2014, p. 107

CHABAS (J.), « De la déclaration de volonté en droit civil français », Recueil Sirey, 1931, p. 75

CHAMPAUD (C.), « La concession commerciale », RTD com. 1963, p. 451

CHARPENTIER (E.), « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie des contrats », RDUS, 1996, p. 299

CHAUVEL (P.), « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », Dr. et patr. 1996, p. 36

CHAUVY (Y.), « L'écrit en garantie de l'ordre public social : son incidence sur la durée du contrat de travail », D. 1996, p. 565

CHAZAL (J.-P.),

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil », RTD civ. 2001, p. 265
- « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 260

CHIARINY-DAUDET (A.-C.), « Approche juridique du devis », LPA 8 août 2007, p. 3

COHEN (D.), « Méprise du plaideur et initiative du juge. La seconde peut-elle suppléer la première ? », Gaz. Pal. 1996, I, chron. p. 240

COILLOT (J.), « Les factures », JCP CI 1965, n° 86737

COIPEL (M.), « L'évaluation de l'effectivité et de l'efficacité en légistique matérielle », in Liber Amicorum P. DELNOY, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 885 et s.

COLLART (F.), DUTILLEUL (S.), CHAMOUARD-EL BAKKALI (S.) et BAILLAT-DEVERS (M.) (dir.), « Modèle de contrat de location saisonnière », in *Formulaires ProActa Pratique notariale des contrats civils et commerciaux*, Lamy, 2013, FI. 162-5

CORNIL (G.), « *Debitum* et obligatio, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Etudes de droit romain dédiées à P. F. GIRARD à l'occasion du 60^{ème} anniversaire de sa naissance*, Rousseau, Paris, 1912, p. 199 et s.

CORNU (G.), « L'évolution du droit des contrats en France », in *Journées de la société de législation comparée*, RIDC, n° spécial, 1979, p. 447 et s.

COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 880

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », D. 2002, p. 2814

CROCQ (P.), « La réserve de propriété », JCP G 2006 hors-série, n° 20, p. 23

DAUCHY (P.), « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du droit », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 269 et s.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 211 et s.

DE CANDE (P.), « L'évolution de la jurisprudence en matière de clause de réserve de propriété », RJ com. 1993, p. 133

DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux (Qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle) », RDAI 2000/6, p. 736

DE SALVIA (M.), « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001

DE VISSCHER (F.),

- « L'origine de l'obligation *ex delicto* », RHD 1928, p. 335
- « L'origine de l'obligation romaine », RHD 1925, p. 521

DESHAYE (O.), « L'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause », RDC 2010/1, p. 59

DELFORGE (C.), « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), LGDJ-Bruylant, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, 2002, p. 140 et s.

DELAMARRE (M.), « La sécurité juridique et le juge administratif français », AJDA 2004, p. 186

DELEBECQUE (Ph.),

- « L'indivisibilité », in *La réforme du régime général des obligations*, L. ANDREU (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaire*, 2011, p. 45 et s.
- « Responsabilité civile » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, n° 94-12777), Defrénois 1996, p. 1373

DELPECH (X.),

- « Interdépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité » (à propos de : Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22927 et n° 11-22768), D. 2013, p. 1273
- « Mise en œuvre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 : vers un avènement du « solidarisme contractuel » ? », D. 2001, p. 302
- « Opposabilité de la clause attributive de juridiction au tiers porteur d'un connaissance maritime » (à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 2008, n° 0718834 et Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-10460), D. 2009, p. 89

DEPINCE (M.), « Critères de validité et d'efficacité d'une clause de non-concurrence », http://www.lexcellisavocats.fr/pages/Criteres_de_validite_et_defficacite_dune_clause_de_nonconcurrence-2363821.html

DEPREZ (J.), « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », RRJ 1997, p. 799

DEROUSSIN (D.), « Bentham, l'utilitarisme et le contrat », in *Histoire, théorie et pratique du droit*, Etudes offertes à M. VIDAL, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 431 et s.

DESLANDES (M.), « Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail », Rev. sociétés 1897, p. 1

DONDERO (B.), « La valeur d'une lettre d'intention », D. 2011, p. 2848

DUFOUR (O.), « La réforme du droit des contrats est lancée ! », LPA 3 mars 2015, p. 44

DUMONT (F.), « Précisions sur la requalification du contrat de travail à temps partiel » (à propos de : Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-24012), JCP S 2013, p. 1226

DUPICHOT (Ph.), « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », Dr. et patr. 2015, p. 32

DURELLE-MARC (Y.-A.), « Le « citoyen administratif » : les données théoriques et historiques d'une quadrature », RFDA 2008, p. 7

DURRY (G.), « Solidarisme contractuel en droit des assurances », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 125 et s.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », in *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public du Conseil d'Etat, La documentation française, 2006, p. 369

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1982, p. 1

FAGES (B.), « Un nouveau droit applicable à la vente de biens de consommation », rev. Lamy dr. civ. 2005, n° 16

FAGES (B.) et MESTRE (J.), « Droit du marché et droit commun des obligations, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 71

FENOUILLET (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé à la fin du XX^{ème} siècle*, Études offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 487 et s.

FILLION-DUFOULEUR (B.), « Validité de la clause de prorogation de compétence, en matière de commerce international » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999, n° 96-19469), JCP G 1999, II, 10162

FLOUR (Y.) et GHOZI (A.), « Les conventions sur la forme », Defrénois 2000, p. 911

FONLLADOSA (L.), « Assurances en général, documents contractuels » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 99-21486), RGDA 2002, p. 357

FONTAINE (M.), « Un régime harmonisé de la formation du contrat. Réexamen critique », in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (dir.), 2002, LGDJ-Bruylant, coll. *Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, p. 479 et s.

FORT (V.), « La bataille des conditions générales contradictoires : étude comparative », RIDC 3/2008, p. 729

FORTUIT (Ph.), « Le sort des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion », Rev. sociétés 1998, p. 324

FOURGOUX (J.-L.), « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », Contrats, conc., consom. 2011, n° 3

FOYER (J.), « Les bonnes mœurs », in *1804-2004 Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495 et s.

FROMONT (M.), « Le principe de sécurité juridique », AJDA 1996, numéro spécial, p. 179.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », LPA 19 mai 2005, p. 15
- « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000, p. 361
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573
- « Volonté et obligation », in *L'obligation*, Dalloz, coll. APD, 2000, p. 135 et s.

GAHDOUN (P.-Y.), *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31, Dossier : le droit des biens et des obligations, mars 2011

GASNIER (J.-P.), « Contrat de distribution de jeux vidéo en ligne », in *Formulaires ProActa Droit de l'immatériel (depuis 2005)*, P. SIRINELLI, M. VIVANT et J. DE ROMANET (dir.), Lamy, FI. 565-5, 2008

GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, Dalloz, coll. APD, 2000, p. 19 et s.

GAUTIER (P.-Y.),

- « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ. 1995, p. 79
- « Le non-vouloir dans les documents contractuels : où la Cour de cassation perd une occasion d'appliquer l'adage *protestatio non valet contra actum* » (à propos de : Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2001 : Contrats, conc. consom. 2001, n° 101, note L. LEVENEUR), RTD civ. 2001, p. 904

GENCY-TANDONNET (D.), « La double vocation, consumériste et régulatrice, de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, en droit des transports », D. 2014, p. 1293

GERARDIN (N.), « Le créancier, la caution et le débiteur surendetté », LPA 31 mars 2000, p. 5

GHESTIN (J.),

- « Avant-propos », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 1 et s.
- « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 35 et s.
- « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron. p. 4
- « La notion de contrat », D. 1990, p. 147
- « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent », Cah. dr. entr. 1997/3, p. 7
- « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. d'éco. ind. 2000, p. 81
- « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, Dalloz, 2001, p. 124 et s.
- « Rapport de synthèse », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'association H. CAPITANT, Journées nationales Nantes 1999, LGDJ, 2000, p. 223 et s.

GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com. 2014, p. 26

GILLI (J.-P.), « La responsabilité d'équité de la puissance publique », D. 1971, p. 373

GOLDSCHMIDT (V.), « La théorie épicurienne du droit », in *L'utile et le juste*, APD, 1981, p. 73 et s.

GOUNOT (E.), « La liberté des contrats et ses justes limites », Semaines sociales de France 1938, p. 321

GRIMALDI (C.), « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », RDC 2008/2, p. 207

GROSLIERE (J.-C.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Application du pouvoir modérateur du juge à propos d'une clause pénale », RDI 1998, p. 391

GROSS (B.), « La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation », in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes offertes à R. ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 434 et s.

GUYON (Y.), « Rapport de synthèse », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 121

GRYNBAUM (L.), « Le solidarisme contractuel en pratique : un statut pour les entrepreneurs soumis à un contrat d'intégration », RDC 2007/4, p. 1361

GUIOMARD (P.), « Valeur contractuelle de documents publicitaires » (à propos de : Cass. civ., 1^{ère}, 6 mai 2010, n°08-14461), D. 2010, actu jurispr. 1^{er} juin 2010

HAUSER (J.),

- « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 193 et s.
- « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique*, Mélanges en hommage à J. ELLUL, PUF, 1983, p. 503 et s.

HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », RFDA 1995, p. 963

HEMARD (J.), « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Etudes offertes à G. RIPERT, LGDJ, 1950, p. 341 et s.

HOUSSARD (E.), « L'économie du contrat », Rev. jur. Ouest 2000/50, p. 44

HUET (J.), « Les clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur suppression », INC Hebdo 1997, n° 1015, p. 25

HUGLO (J.-G.), « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001

IVAINER (T.),

- « L'ambiguïté dans les contrats », D. 1976, p. 153
- « La lettre et l'esprit de la loi des parties », JCP G 1981, I, 302

JAMIN (Ch.),

- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 159 et s.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 441 et s.
- « Pour en finir avec la formation du contrat », LPA 6 mai 1998, p. 25

- « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 7 et s
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901

JAUFFRET-SPINOSI (C.), « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Actes de colloque du 22 juin 2007, R. CABRILLAC, D. MAZEAUD et A. PRÜM (dir.), Société de législation comparée, coll. *Droit privé comparé et européen*, 2008, p. 9 et s.

JEANTIN (M.), « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, GLN Joly-Litec, 1991, p. 287 et s.

JASPAR (X.) et METAIS (N.), « Les limites de la transmission universelle du patrimoine, les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens », Bull. Joly Sociétés 1998, p. 447

JESTAZ (P.),

- « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1986, p. 117 et s.
- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélanges offerts à P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.

JOURDAIN (P.), « Transposition de la directive sur la vente : ne pas manquer une occasion du progrès », D. 2003, p. 4

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », APD, 1940, p. 33 et s.

LALOU (H.), « La révision des contrats par le juge en droit français », in *La révision des contrats par le juge*, Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, Société de législation comparée, p. 45 et s

LAVABRE (Ch.), « Éléments essentiels et obligations fondamentales du contrat », RJDA 1997, p. 291

LE TOURNEAU (Ph.),

- « La rupture des négociations », RTD com. 1998, p. 479
- « Préface », in J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 11 et s.
- « Rapport introductif », in *Colloque sur la loi et le contrat*, Toulouse, 16 mars 2001, <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/LeTPublications.html#cinqC>

LECUYER (H.),

- « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999
- « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », LPA 4 mai 1998, p. 44

LEURQUIN DE VISSCHER (F.),

- « Pour une évaluation législative », Rev. Belge de dr. const, 1995, n° 3, p. 277
- « L'évaluation des lois : De l'idée à sa concrétisation », in *Liber Amicorum* M. Coipel, Ed. Kluwer, 2004, p. 135

LAFOND (J.), « Loi Alur : l'impact sur la rédaction des baux régis par la loi du 6 juillet 1989 », JCP N 2014, p. 1161

LAMOUREUX (M.), « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », RLDC 2007, p. 75

LARROUMET (C.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, A propos du projet de réforme du droit des contrats », D. 2008, p. 2441

LATINA (M.),

- « L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle », in *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 17 septembre 2015, <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/09/17/lattractivite-du-droit-des-contrats-la-fonction-de-modele/#more-190>
- « L'imprévision », in *Blog Réforme du droit des obligations*, Dalloz, 23 mars 2015, <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/03/23/limprevision/>
- « L'indivisibilité du contrat de prêt et du contrat de vente reconnue en droit commun ! » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 10 septembre 2015, n° 14-13658 et n° 14-17772), LEDC 2015, p. 1
- « La transmission de la clause attributive de compétence » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n° 13-24796), LEDC 2015, p. 3

LE TOURNEAU (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D. 1987, chron. p. 101

LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 643 et s.

LEGRAND (V.) et BAZIN-BEUST (D.), « Droit de la consommation/droit des contrats : le bilan 20 ans après », LPA 15 avril 2015, p. 4

LEMAIRE (H.) et MAURIN (A.), « Droit français et principes du droit européen du contrat », LPA 7 mai 2004, p. 38

LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247 et s.

LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 173 et s.

LOQUIN (E.), « Préface », in A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, coll. *Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, 2006, p. XIII et s.

LUBY (M.), « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats, conc., consom.* 2000, p. 4

LUC (I.), « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA* 2014, p. 109

LUCAS-PUGET (A.-S.), « La clause d'intégralité », *Contrats, conc., consom.* 2015, n° 5, form. 5

MACKAAY (E.), « L'efficacité du contrat, une perspective économique du droit », in *L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 31 et s.

MAHIEU (R.), « La clause paramount dans les contrats maritime », *RD transp.* 2013/4, form. 4

MAINGUY (D.),

- « Arrêts Codec : de l'acceptation d'une clause de réserve de propriété ou de son refus » (à propos de : Cass. com., 11 juillet 1995 (1^{er} et 2^{ème} arrêts)), *JCP* 1996, II, n° 22583
- « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009, p. 308
- « Droit d'inventaire : En route vers la réforme du droit des contrats et des obligations ! », Le blog de Daniel MAINGUY, 10 février 2015, <http://www.daniel-mainguy.fr/article-la-reforme-du-droit-des-contrats-et-des-obligations-en-2014-122087833.html>
- « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », *D.* 2011, p. 1460
- « L'extension de la clause compromissoire dans l'opération de crédit-bail », *JCP G* 2009, p. 10023
- « Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur (Après la transposition de la directive du 25 mai 1999 par l'ordonnance du 17 février 2005) », *JCP E* 2005, p. 630

MALAUURIE (Ph.),

- « Note sous Cass civ. 1^{ère} 25 janvier 1989, n° 87-13640 », *D.* 1989, p. 253
- « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », *JCP G* 2011, p. 1402

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Solidarisme, distribution et concurrence », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 95 et s.

MALINVAUD (P.), « La protection des consommateurs », D. 1981, chr., p. 49

MANON (S.),

- « Aristote, Vertu et plaisir », *PhiloLog*, 3 décembre 2012, <http://www.philolog.fr/aristote-vertu-et-plaisir/>
- « Idée de justice », *PhiloLog*, 19 mai 2008, <http://www.philolog.fr/idee-de-justice/>

MANSUY (F.), « La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 1987, p. 1

MARMAYOU (J-M.), « Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats », *RJ com.* 1999, p. 292

MARTIN (R.), « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », D. 1994, p. 308

MATHEY (N.), « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *Contrats, conc., consom.* 2013/5, dossier 3

MATHIEU (B.),

- « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel*, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s.
- « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001

MARGUENAUD (J.-P.), « Le solidarisme contractuel aux portes du Palais des droits de l'Homme », *RTD civ.* 2013, p. 336

MARTIN (X.), « L'insensibilité des rédacteurs du code civil à l'altruisme », *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 1982, p. 610

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel*, Mélanges P. GELARD, Montchrestien, 2000, p. 301 et s.

MAZEAUD (D.),

- « Cause » (à propos de Cass. com., 27 mars 2007 n° 06-10452 : D. 2007, p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI, JCP G 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET), *RDC* 2008/2, p. 231
- « Contrats et conventions » (à propos de : Cass. com., 15 février 2000, n° 09-68014), *Defrénois* 2000, p. 1118.

- « Document contractuel » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461), RDC 2010/4, p. 1197
- « Droit commun du contrat et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, p. 697 et s.
- « Du renouveau sur l'obligation de renégocier », D. 2004, p. 1754
- « Fixation unilatérale abusive des conditions de vente par un concédant automobile » (à propos de : Cass. com., 20 janvier 2002), D. 2002, p. 2841
- « L'attraction du droit de la consommation », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD com. 1998, p. 95
- « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Colloque, Dijon A. ETIENNEY et C. COUTANT LAPALUS (dir.), RDC 2015/1, p. 1871
- « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 371 et s.
- « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, PUAM, 1993, p. 23 et s.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, PUF, 1999, p. 603 et s.
- « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003/1, p. 295
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p. 1828
- « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 637 et s.
- « Petite leçon de solidarisme contractuel... », Dalloz, 2001, p. 3236
- « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675
- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité ?*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 57 et s.
- « Transposition de la directive sur la vente : la parole est la défense », D. 2003, p. 6
- « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel... », Dalloz, 2003, p. 93

MAZEAUD (H.), « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », RTD civ. 1929, p. 550

MAZET (P.), « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 13 et s.

MEILHAC-REDON (G.) et MARMOZ (F.), « Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats », LPA 20 décembre 2000, p. 16

MESTRE (C.), « L'obligation d'information dans les droits allemand et français des contrats », in *Droits et obligations d'information en Droit allemand et français*, 27^{ème} séminaire des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, 22 juin-4 juillet 1995, Heidelberg, Juristische fakultät der Universität Heidelberg, 1996, p. 109 et s.

MESTRE (J.),

- « Comportements et qualification des contrats », RTD civ. 1994, p. 595
- « L'économie du contrat », RTD civ. 1996, p. 901
- « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SABATIER, Poitiers, 24-25 octobre 1985, L. CADIET (dir.) PUF, 1985, p. 59 et s.
- « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 231 et s.
- « Une étape importante dans la bataille contre les clauses abusives : l'enrôlement du professionnel contractant hors de sa sphère habituelle d'activité » (à propos de : Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n° 85-13674), RTD civ. 1987, p. 537
- « Offre, acceptation... puis rétractation de l'acceptation par l'acceptant à la suite de la non-acceptation de son acceptation par l'offrant ! » (à propos de : Cass. com., 28 avril 1998), RTD civ. 1999, p. 81

MESTRE (J.) et LAUDE (A.), « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 9 et s.

MICKLITZ (H.), « Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (art. 5) », in *La directive « clauses abusives » cinq ans après*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, Doc. CE, p. 159 et s.

MOLFESSIS (N.),

- « Droit des contrats : l'heure de la réforme », JCP G 2015, n° 7, doctr. 199
- « L'équité n'est pas une source de droit » (à propos de Cass. soc., 4 décembre 1996, n° 94-40693), RTD civ. 1998, p. 221
- « Les « avancées » de la sécurité juridique », RTD civ. 2000, p. 660

MOREAU DE BELLAING (L.), « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 85 et s.

MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », APD, 1940, p. 7 et s.

MORVANT (P.), « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », Dr. soc. 2006, p. 707

MOULY (Ch.), « La formation du contrat », in *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Paris, 1^{er} et 2 décembre 1989, Y. DERAIS et J. GHESTIN (dir.), LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990, p. 57 et s.

MOULY (J.), « Une nouvelle création prétorienne à la charge de l'employeur : l'obligation de protection juridique du salarié » (à propos de : Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48612 : Bull. civ. V, n° 307), D. 2007, p. 695

MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », in Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 503 et s.

MOUSSERON (P.), « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », RTD com. 1998, p. 243

MOURY (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382

NAJJAR (I.), « L'accord de principe », D. 1991, chron. p. 57

NUYTEN (B.) et LESAGE (L.), « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 498

NOGUERO (D.),

- « Clause de renvoi et opposabilité à l'assuré des conditions générales » (à propos de : Cass. civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, n° 07-19234), RDI 2009, p. 369
- « Souscription du contrat par internet et consensualisme », D. 2009, p. 1324

OPPETIT (B.), « Le consentement sans échange : Le concours implicite », RJ com. 1995, fasc. 11, n° spécial : *Échange des consentements*, p. 69

OUTIN-ADAM (A.), « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », AJCA 2015, p. 241

PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA 1995, p. 151

PAISANT (G.),

- « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », JCP E 2001, n° 49, p. 1958
- « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in Mélanges en l'honneur du Doyen R. DECOTTIGNIES, PUG, 2003, p. 233 et s.
- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1^{er} février 1995 », D. 1995, p. 99
- « Obs. sous T. com., Paris, 23 oct. 1989 », JCP G 1990, II, 21573

PASQUALINI (F.), « Sur la révision des clauses pénales », Defrénois 1995, p. 769

PARLEANI (G.), « Le devenir du déséquilibre significatif », AJCA 2014, p. 104

PENSIER (F.-J.), « De l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer » (à propos de : Cass. soc., 29 septembre 2011, n° 10-12722), Cah. dr. soc. 2011, n° 235, p. 285

PEROCHON (F.), « L'irrecevabilité de la revendication exercée hors délai entraîne l'inopposabilité du droit de propriété du créancier évincé à la procédure collective du débiteur et l'absence de droit sur le prix de vente du bien », D. 1996, p. 217

PICOD (Y.),

- « A propos de l'article L. 121-62 du Code de la consommation, Commentaire », in Code de la consommation Dalloz, 2015
- « Avant-propos », in Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, coll. *Université*, 2^{ème} éd., 2010

PIGNARRE (G.) et PAISANT (G.), « A propos de la valeur contractuelle des documents publicitaires », D. 1998, p. 248

PIZZIO (J.-P.),

- « Droit du marché et droit commun des obligations, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53
- « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53

POLLAUD-DULIAN (F.) et ROZANO (A.), « Le contrat-cadre, par delà les paradoxes », RTD com. 1996, p. 179

PRIETO (C.), « Evènements affectant la personne de la société contractante », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, PUAM, 1997, p. 81 et s.

PRIGENT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ. 2008, p. 401

PUISSOCHET (J.-P.) et LEGAL (H.), « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes », in *Le principe de sécurité juridique*, Etudes réunies et présentées par B. MATHIEU, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, 2001

PUTMAN (E.) et FISCHER (J.), « Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français », RTD civ. 2005, p. 880

RADE (Ch.), « Le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel, Mythe ou réalité*, L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), Economica, coll. *Etudes juridiques*, 2004, p. 75 et s.

RAJA (C.), « Pour un renouveau du contrat d'affiliation », RTD com., 2014, p. 1

RAJOT (B.), « Les clauses abusives : clauses « noires » et clauses « grises », nouvelle classification de ces clauses réputées non écrites », RCA 2009, n° 4

RAMPELBERG (R.-M.), « L'obligation romaine : Perspective et évolution », in *L'obligation*, Dalloz, coll. *APD*, 2000, p. 51 et s.

RAYMOND (G.), « Gage et réserve de propriété » (à propos de : TI Villeurbanne, 19 novembre 2012, SA Consumer Finance c/ Chaker Z. : JurisData n° 2012-027939), Contrats, conc., consom. 2013/1, comm. 18

RAYNAUD (P.), « Préface », in J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 1971

RAWACH (E.), « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents contractuels dans l'interprétation du contrat », D. 2011, p. 233

REMY-CORLAY (P.),

- « Rapport introductif », in *Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), 2003, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, p. 3 et s.
- « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels français à l'heure du principe du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), 2003, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, p. 29 et s.

RENET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015, p. 1217

RIERA-THIEBAULT (K.) et COVILLARD (A.), « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », Gaz. Pal. 14 février 2013, p. 6

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977, p. 347 et s.

ROBBE (J.), « Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle des contrats », AJDA 2008, p. 200

ROBERT (A.), « Une source mineure de droits civils : les affiches et écriteaux », JCP G 1958, I, 1458

ROCHFELD (J.), « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ., 2004, p. 574

ROUHETTE (G.),

- « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s.
- « La force obligatoire du contrat, Rapport français », in *Le contrat d'aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. TALLON et D. HARRIS (dir.), LGDJ, 1987, p. 27 et s.

ROUVIERE (F.),

- « L'obligation comme garantie », RTD civ. 2011, p. 1
- « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, G. LARDEUX (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 41 et s.

SACCO (R.), « A la recherche de l'origine de l'obligation », in *L'obligation*, Dalloz, coll. *APD*, 2000, p. 33 et s.

SASSIER (Y.), « L'utilisation d'un concept romain aux temps carolingiens *La res publica* aux IX^{ème} et X^{ème} siècles », *Médiévales* 1988, 7/15, p. 17

SAUTEL (G.) et BOULET-SAUTEL (M.), « Verba ligant homines, taurorum cornua funes », in *Etudes d'histoire du droit privé offertes à P. PETOT*, LGDJ, 1959, p. 507 et s.

SAVAUX (E.), « A propos de la modernisation du droit des contrats », in *Obligations, procès et droit savant*, Mélanges en hommage à J. BEAUCHARD, LGDJ, coll. *Mélanges*, 2013, p. 637 et s.

SAYAD (A.), « Mandat social et contrat de travail, attraits, limites et fictions », *Rev. sociétés* 1981, p. 1

SCHAEGIS (C.), « La fonction rhétorique de l'équité », in *Egalité et Equité, antagonisme ou complémentarité*, *Economica*, 1999, p. 6 et s.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.),

- « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46
- « Regards comparatifs sur les conditions générales du contrat », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 415 et s.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », RTD civ. 2000, p. 25

SELINSKY (V.), « Contrat de franchise de distribution », in *Formulaires ProActa Droit économique*, V. SÉLINSKY, R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO et C. MATHONNIÈRE (dir.), Lamy, FI. 236-10, 2007

SÉLINSKY (V.), BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S.) et MATHONNIÈRE (C.) (dir.), « Contrats de concession commerciale », in *Formulaires ProActa Droit économique*, Lamy, FI. 230-30, 2012

SÉLINSKY (V.), BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S.) et MATHONNIÈRE (C.) (dir.), « Contrat de distribution sélective », in *Formulaires ProActa Droit économique*, Lamy, FI. 232-5, 2011

SÉLINSKY (V.), BOUT (R.), BRUSCHI (M.), LUBY (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S.) et MATHONNIÈRE (C.) (dir.), « Contrat international d'agence commerciale », in *Formulaires ProActa Droit économique*, Lamy, FI. 222-10, 2011

SENECHAL (J.), « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », D. 2010, p. 1000

SENN (F.), « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit, t. I : Aspects historiques et philosophiques*, Recueil en l'honneur de F. GENY, Sirey, 1977, p. 53 et s.

SERIAUX (A.), « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Actes du 3^{ème} colloque de l'Association française de philosophie du droit, Université Paris II, 4 et 5 novembre 1983, PUF, coll. *Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985, p. 77 et s.

SEUBE (A.), « Les conditions générales des contrats », in *Etudes offertes à A. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 621 et s.

SEUBE (J.-B.), « Clauses d'indivisibilité et de divisibilité entre deux conventions » (à propos de : Cass. civ. 3^{ème}, 6 décembre 2011, n° 10-21832), RDC 2012, p. 518

SEVE (S.), « L'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », in *Le Droit et le futur*, Actes du 3^{ème} colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, Paris II, 4 et 5 novembre 1983, PUF, coll. *Travaux et recherches de l'université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, 1985, p. 49 et s.

SINAY-EYTERMANN (A.), « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804

SMORTO (G.), « La justice contractuelle », RIDC 2008/3, p. 583

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- « Il suffit de certifier avoir accepté les conditions générales jointes au contrat pour que celles-ci intègrent le champ contractuel », *Comm. comm. électr.* 2006, comm. 10
- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p.705
- « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel », *JCP G* 2005, I, 129

STRICKLER (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA* 25 octobre 2004, p. 6

TAUDIN (L.) et DESOLNEUX (M.) (dir.), « Communauté universelle », in *Formulaires ProActa Droit des régimes matrimoniaux*, Lamy, 2010, FI. 306-5

TCHENDJOU (M.), « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141

TENDLER (R.), « Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 801 et s.

TERRE (F.),

- « L'inutile et l'injuste », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 865 et s.
- « Préface », in *Individu et justice sociale autour de John Rawls*, Seuil, 1988, p. 9 et s.
- « Présentation », in *L'obligation*, Dalloz, coll. *APD*, t. 44, 2000, p. 9 et s.

TESTU (F. X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3673

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357

THOMAS (V.), « La facture pro forma », RTD com. 1977, p. 671

TORT (F.), « La gestion des durées par le juriste », in *Durées et contrats*, D. MAZEAUD, T. REVET et E. FILIBERTI (dir.), RDC 2004/1, numéro spécial, 2004, p. 208 et s.

TOURNAFOND (O.),

- « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », D. 2002, p. 2883
- « Les conditions de la valeur contractuelle d'un document publicitaire dans le cadre d'une vente de boutiques » (à propos de : CA Paris 3 mai 1994, n° 03-051994), D. 1996, p. 11

TRICOT (D.), « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », RDC 2015/1, p. 149

TROCHU (M.), « Vente et garantie des biens de consommation », D. 2000, chron. p. 119

TOURNAFOND (O.), « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », Dr. et patr. 2015, p. 50

VALEMBOIS (A.-L.), « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17, mars 2005

VAPAILLE (A.-L.), « Le principe de sécurité juridique, réalité ou avenir en droit administratif français », LPA 10 août 1999, p. 18

VATINET (R.), « Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat de dirigeant social », *Rev. sociétés* 2005, p. 273

VELARDOCCHIO (D.),

- « Article 2 : 105 – Clause d'intégralité », in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, C. PRIETO (dir.), PUAM, 2003, p. 177 et s.
- « Clause d'intégralité », *Dr. et patr.* 2003, p. 177

VIALLA (F.),

- « Bref retour sur le consentement éclairé », *D.* 2011, p. 292
- « Ne pas confondre efficacité et efficience (À propos de l'intervention institutionnelle en matière de prescription de médicaments ou comment concilier intérêt sanitaire et intérêt économique) », *LPA* 30 octobre 2009, p. 3

VILLEY (M.),

- « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981/2, p. 166
- « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD* 1957, p. 87
- « Préface historique », in *L'utile et le juste*, *APD* 1981, p. 1 et s.

VINEY (G.), « Préface » in C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. priv.*, 2004, p. I et s.

VISSERT HOOFT (H. Ph.), « John Rawls et l'utilitarisme », in *L'utile et le juste*, *APD*, 1981, 1981, p. 175 et s.

VIVANT (M.), « Les documents contractuels », in *Le Lamy droit du numérique, Guide pratique*, L. COSTES, S. MARCELIN, J.-B. AUROUX, R. PERRAY et P. SALEN (dir.), Lamy, 2015, n° 3382

WALINE (J.),

- « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, rééd. LGDJ-Lextenso éditions, coll. *Anthropologie du Droit*, 2014, p. 965 et s.
- « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, 2000, p. 869 et s.

WALTZ-TERACOL (B.), « La protection par le droit civil », *RGDA* 2014/5, p. 306

WEBERT (J.), « « Reflexio », étude sur les opérations réflexives dans la psychologie de Saint Thomas d'Aquin », in *Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du Moyen-Age*, Mélanges P. MANDONNET, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, coll. *Bibl. Thomiste*, 1930, p. 285 et s.

WESTER-OUISSE (V.), « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », JCP G 1999, I, 176

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 151 et s.

WITZ (C.), « La protection de la volonté par le principe de transparence en droit allemand des conditions générales d'affaires », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Études à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 899 et s.

ZELLEVIC-DUHAMEL (A.), « La notion d'économie du contrat », JCP G 2001, I, 300

ZIMMERMANN (R.), « Réforme du droit des contrats : l'expérience allemande », in *Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés, Etudes de droit français et allemand*, W. DORALT et Olivier DESHAYES (dir.), Société de législation comparée, coll. *Trans europ experts (TEE)*, 2014, p. 25 et s.

TABLE DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES

(Les décisions, arrêts, jugements et avis cités sont classés par ordre chronologique en considération des juridictions ou autorités desquelles ils émanent)

I. JURIDICTIONS, AUTORITES INTERNES

A) Juridictions internes

1. Conseil Constitutionnel

Cons. constit., 3 août 1994, n° 94-348 DC : D. 1996, p. 45, obs. X. PRETOT et 1995, p. 344, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN et p. 351, obs. P. GAÏA ; RTD civ. 1996, p. 151, obs. J. MESTRE

C. constit., 10 juin 1998, n° 98-401 DC : JO 14 juin 1998, p. 9033 ; RTD civ. 1998, p. 797, obs. N. MOLFESSIS et 1999, p. 78, obs. J. MESTRE ; D. 2000, somm. p. 60, obs. L. FAVOREU

Cons. constit., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC : JO 22 décembre 1999, p. 19041 ; RTD civ. 2000, p. 660, obs. N. MOLFESSIS

Cons. constit., 19 décembre 2000, n° 2000-237 DC : D. 2001, p. 1766, obs. D. RIBES ; GADS 2010, n° 110-111 ; GAJF, 5^{ème} éd., 2009, n° 7 ; RDSS 2001, p. 89, obs. P.-Y. VERKINDT ; RTD civ. 2001, p. 229, obs. N. MOLFESSIS

Cons. constit., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC

Cons. constit., 13 juin 2013, QPC n° 2013-672 DC : JORF 16 juin 2013, p. 9976 ; JCP G 2013, p. 929, note J. GHESTIN ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. BARBIER ; RDC 2013, p. 1285, obs. C. PERES

2. Juridictions judiciaires

a) Cour de cassation

- *Décisions rendues en formation*

Assemblée plénière

Cass., ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11569 : D. 1963, p. 277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP G 1963, II, 13105, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1963, p. 572, obs. G. CORNU

Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255 : Bull. civ. n° 9 ; R., p. 398 ; BICC 1^{er} décembre 2006, note et rapp. B. ASSIE, concl. A. GARIAZZO ; D. 2006, p. 2825, note G. VINEY et IR, 2484, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007, pan. 2900, obs. P. JOURDAIN, et 2976, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; JCP, 2006, II, 10185, concl. A. GARIAZZO, note M. BILLIAU et 2007, I, 115, n° 4 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; JCP E 2007, p. 1523, n° 15 et s. note H. KENFACK ; Contrats, conc., consom. 2007, n° 63, note L. LEVENEUR ; AJDI 2007, p. 295, obs. N. DUMAS ; LPA 22 janvier 2007, note C. LACROIX et 16 mai 2007, note V. DEPADT-SEBAG ; RCA 2006, Etude 17, par L. BLOCH ; RLDC 2007/34, n° 2346, note Ph. BRUN ; RDC 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD et p. 279, obs. S. CARVAL et p. 379, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2007, p. 61, obs. P. DEUMIER, 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et 123, obs. P. JOURDAIN

Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11343 : Bull. ass. plén. n° 10 ; BICC 15 avril 2008, p. 18, rapp. M. LORIFERNE et avis R. DE GOUTTES ; D. 2008, p. 228, obs. L. DARGENT et p. 1102, chr. O. DESHAYES ; JCP 2008, II, 10006, note L. WEILLER et I. 138, obs. S. AMRANI-MEKKI ; RCA 2008, Comm. 112, note S. HOCQUET-BERG ; Dr. et proc. 2008, p. 103, note Ch. LEFORT ; Contrats, conc., consom. 2008, Comm. 92, note L. LEVENEUR ; RDI 2008, p. 102, note Ph. MALINVAUD ; RDC 2008/5, p. 43 ; Ann. Loyers 2008, p. 1982, obs. R. MARTIN ; Rev. huiss. 2008, p. 90, rapport M. LORIFERNE, obs. Ch. LEFORT

Chambre Mixte

Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22768 et n° 11-22927 : Bull. ch. mixte, n° 1 ; D. actu. 22 mai 2013, obs. X. DELPECH ; D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD et p. 2487, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY et 2014, p. 630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTD civ. 2013, p. 597, obs. H. BARBIER ; RTD com. 2013, p. 569, obs. D. LEGEAIS ; JCP E 2013, p. 1403, note D. MAINGUY ; JCP 2013, n° 673, note F. BUY ; et n° 674, note J.-B. SEUBE ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 176, obs. L. LEVENEUR

- *Chambre des requêtes*

- Cass. req. 1^{er} avril 1895 : DP 1895 1, p. 263
- Cass. req., 22 mars 1920 : S. 1920, 1, p. 208
- Cass. req. 1^{er} août 1929 : DP 1930, 1, 25
- Cass. req. 6 novembre 1933 : Gaz. Pal. 1934. 1. 78
- Cass. req., 20 mai 1935 : DP 1935, 1, 97, rapp. M. PILON
- Cass. req. 1^{er} juillet 1941 : DC 1943, p. 57, note A. BESSON
- Cass. req., 14 avril 1942 : S. 1942, 1, p. 123
- Cass. req., 15 mars 1944 : S. 1945, 1, p. 40

- *Chambre commerciale*

- Cass. com., 18 janvier 1950 : D. 1950, p. 227
- Cass. com., 7 novembre 1950 : Bull. civ. III, n° 321
- Cass. com., 9 janvier 1956 : Bull. civ. III, n° 17
- Cass. com., 17 décembre 1957 : Bull. civ. III, n° 350
- Cass. com., 22 janvier 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 43
- Cass. com., 21 octobre 1958 : Bull. civ. III, n° 355
- Cass. com., 12 novembre 1958 : Bull. civ. III, n° 387
- Cass. com., 16 octobre 1967 : D. 1968, p. 193, note G. PLAISANT
- Cass. com., 30 novembre 1971, n° 70-13070 : D. 1972, p. 209
- Cass. com., 20 mars 1972, n° 70-14154 : JCP 1973, II, 17543, note J. SCHMIDT ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. DURRY
- Cass. com., 14 janvier 1975, n° 73-13212 : Bull. civ. IV, n° 11
- Cass. com., 18 décembre 1979 : Bull. civ. IV, n° 339 ; RTD civ. 1980, p. 780
- Cass. com., 16 juillet 1980 : Bull. civ. IV, n° 300
- Cass. com., 19 janvier 1981, n° 79-14485 : Bull. civ. 1981, IV, n° 34

Cass. com., 24 janvier 1983 : Bull. civ. IV, n° 322 ; RTD com. 1984, p. 321, obs. R. CABRILLAC et B. TEYSSIE

Cass. com., 5 juillet 1984 : JCP 1985, II, 20409, note E.-M. BEY

Cass. com., 23 octobre 1984, n° 83-13683 : Bull. civ. IV, n° 279, p. 226

Cass. com., 9 janvier 1985 : Bull. civ., IV, n° 21, p. 16

Cass. com., 19 octobre 1982 : Bull. civ. IV n° 321 ; D. 1983, IR, 482, obs. B. A. ; RTD civ. 1984, p. 515, obs. J. HUET

Cass. com., 5 juillet 1984: JCP 1985, II, 20409, note E.-M. BEY

Cass. com., 20 novembre 1984, n° 83-15956 : Bull. civ. IV, n° 313

Cass. com., 9 janvier 1985 : Bull. civ. IV, n° 21, p. 16

Cass. com., 3 décembre 1985 : Bull. civ. IV, n° 289

Cass. com., 9 décembre 1986, n° 84-17605 : Bull. civ. IV, n° 237 ; JCP E, 1987, I, n° 16075

Cass. com., 8 décembre 1987, n° 85-16216

Cass. com., 15 novembre 1988 : Bull. civ. 1988, IV, n° 310

Cass. com., 15 novembre 1988 : Bull. civ. IV, n° 309, p. 207

Cass. com., 3 janvier 1989 : Bull. civ. IV, n° 8, p. 4

Cass. com., 3 juillet 1990, n° 87-20028 : Bull. civ. IV, n° 201 ; RTD civ. 1991, p. 318, obs. J. MESTRE

Cass. com., 22 octobre 1991, n° 89-20490 : D. 1993, p. 181, note J. GHESTIN

Cass. com., 7 janvier 1992, n° 88-17726 : Bull. civ. IV, n° 5 ; D. 1992, IR, 52

Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-16207 : Rev. jur. dr. aff. 1992, n° 517, p. 411

Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18547, *Huard* : : Bull. civ. IV, n° 346, p. 247 ; JCP 1993, II, 22614, note G. VIRASSAMY ; Contrats, conc., consom. 1993, n° 45 ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; D. 1993, somm. 287, obs. F. PEROCHON

Cass. com., 19 janvier 1993 , n° 91-15218 : Bull. civ. IV, n° 11

Cass. com., 24 mai 1994, n° 92-15846 : Contrats, conc., consom. 1994, n°191, obs. L. LEVENEUR

Cass. com., 12 juillet 1994, n° 92-10761 : Bull. civ. IV, n° 268 ; D. 1996, somm. 212, obs. F. PEROCHON

Cass. com., 25 octobre 1994, n° 92-21807

Cass. com., 29 novembre 1994, n° 92-19987

Cass. com., 4 avril 1995, n° 93-14585 et n° 93-15671 : D. 1996, p. 141, note S. PIQUET ; D. 1995, somm. p. 231, obs. L. AYNES ; Contrat, conc. consom., juin 1995, comm. n° 105 ; D. 1996, p. 141, note S. PIQUET et somm. comm. p. 231, obs. L. AYNES ; JCP E 1996, I, 523, obs. J.-B. SEUBE

Cass. com., 3 mai 1995, n°93-12981 : D. 1997, p. 10, note L. AMIEL-COSME ; D. 1997, p. 57, note D. FERRIER

Cass. com., 11 juillet 1995

- 1^{er} arrêt, n° 93-10570 : Bull. civ. IV., n° 211 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY
- 2^{ème} arrêt, n° 93-10102 : Bull. civ. IV. n° 212 ; D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON ; JCP 1996. II. 22583, note D. MAINGUY
- 3^{ème} arrêt, n° 93-10105 : D. 1996, somm. p. 212 et p. 223 obs. F. PEROCHON.

Cass. com., 3 janvier 1996, n° 94-12314 : RJDA 1996, p. 353, n° 490 ; RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. MESTRE

Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, *Chronopost* : Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 77 et s., n° 156 ; D. 1997, p. 121, note A. SERIAUX et somm. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 1997, II, 22881, note D. COHEN et I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY et I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Gaz. Pal. 1997, II, 519, note R. MARTIN ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. MESTRE ; D. 1997, chron. 145, note Ch. LARROUMET ; D. aff. 1997, p. 235, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. MOLFESSIS ; JCP 1998, I, 152, note J.-P. CHAZAL

Cass. com., 18 mars 1997, n° 94-22216 : JurisData n° 1997-001413 ; Contrats, conc., consom. 1997, n° 124, note G. RAYMOND

Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11164 : Bull. civ. 1997, IV, n° 195 ; D. 1998, p. 248, note G. PIGNARRE et G. PAISANT ; JCP E 1997, II, n° 1022, note F. LABARTHE

Cass. com., 8 juillet 1997, n° 95-21322

Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11164 : Bull. civ. IV, n° 195

Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14105 : JCP E 1997, 1007, note D. LEGEAIS ; JCP G 1998, I. 103, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE

Cass. com., 8 juillet 1997, n° 95-21322

Cass. com., 12 novembre 1997, n° 95-19960 : D. Affaires 1997, p. 1663

Cass. com., 25 novembre 1997, n° 95-14603 : Bull. civ. 1997, IV, n° 308 ; Contrats, conc., consom. 1998, comm. n° 43, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE

Cass. com., 7 avril 1998, n° 95-20361 : D. 1999, p. 514, note P. CHAUVEL et somm. p. 127, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI

Cass. com., 28 avril 1998, n° 95-17350 : RJDA 1998, n° 938, p. 694 ; RTD civ. 1999, p. 81, obs. J. MESTRE

Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12820 : Dr. et patr., janvier 1999, p. 28, note B. FAGES ; RTD civ. 1999, p. 389, obs. J. MESTRE

Cass. com., 24 novembre 1998, n° 96-18357, *Chevassus-Marche* : Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1999, IR 9 ; JCP 1999, II, 10210, note Y. PICOD et I, 143, n° 6 s., obs. Ch. JAMIN ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. MESTRE, et p. 646, obs. P-Y. GAUTIER

Cass. com., 23 mars 1999 : Bull. civ. IV, n° 71 ; D. Affaires 1999, p. 825, obs. A.-L. M.-D. ; D. 2000, somm. p. 19, obs. A. REYGROBELLET ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. n° 88, note L. LEVENEUR ; Dr. et patr. novembre 1999, p. 116, obs. P. CHAUVEL ; LPA 27 avril 1999, p. 8, note P. M. ; RLDA 1999/97, p. 1067, obs. G. MONTEGODET ; RTD com. 1999, p. 633, obs. J. DERRUPPE

Cass. com., 15 février 2000, n° 97-19793 : Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2000, somm. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 2000, I, 272, n° 9 s., obs. A. CONSTANTIN ; JCP E 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; Defrénois 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; LPA 29 décembre 2000, p. 12, note F. MEILHAC-REDON et G. MARMOZ ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. com., 28 mars 2000, n° 96-19260 : D. 2000, p. 482 et p. 358

Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-18275 : Contrats, conc., consom. 2000, n° 174, note L. LEVENEUR

Cass. com., 9 janvier 2001, n° 97-22668 : Bull. civ. IV, n° 9

Cass. com., 23 octobre 2001, n° 99-11432 : Dr. et patr. 2002, p. 108, obs. P. CHAUVEL

Cass. com., 19 février 2002, n° 97-21604 : Contrats, conc., consom. 2002, n° 91, note L. LEVENEUR

Cass. com., 25 juin 2002 : RTD com. 2003, p. 212, obs. Ph. DELEBECQUE

Cass. com., 2 juillet 2002, n° 00-13459 : RTD civ. 2003, p. 76, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. com., 25 février 2003, n° 00-20956

Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-21555 : Bull. civ. 2003, IV, n° 82 ; JCP G 2003, IV, 2208 ; Contrats, conc., consom. 2003, comm. 124, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2003, p. 727, obs. P.-Y. GAUTIER ; D. 2004, p. 414, note J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ

Cass. com., 3 juin 2003, n° 00-17008

Cass. com., 8 mars 2005 : D. 2005, AJ p. 883, obs. X. DELPUECH ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005, p. 397, obs. D. LEGEAIS ; Rev. Lamy Droit civil, juillet/août 2005, p. 5, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2005, p. 1015, obs. D. MAZEAUD

Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-16878

Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17407 : JCP 2007, II, 10063, note Y.-M. SERINET

Cass. com., 27 mars 2007 n° 06-10452 : D. 2007, pan. p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI, JCP G 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET

Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20380 : D. 2007, p. 1723, obs. X. DELPECH ; RTD civ. 2007, p. 569, obs. B. FAGES ; RTD com. 2008, p. 173, obs. B. BOULOC ; JCP 2007, II, 10184, obs. Y.-M. SERINET ; Dr. et patr. 2007, p. 89, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14768 : D. 2007, jurispr. p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; JCP G 2007 II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; Contrats, conc., consom. 2007, comm. 294, note L. LEVENEUR ; Defrénois 2007, 1454, note E. SAVAUX ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNES et p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 567 obs. B. FAGES

Cass. com., 19 février 2008, n° 06-19310

Cass. com., 3 juin 2008 n° 06-13761 et n° 06-18007 : Bull. civ. IV, n° 110 et 111 ; BRDA 2008, n° 12 ; JCP E 2008, 2210, note H. HOVASSE

Cass. com., 25 novembre 2008, n° 07-21888 : JCP, II, 10023

Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-10460 : JurisData n° 2008-046296 ; D. 2009, p. 89, obs. X. DELPECH et p. 972, obs. H. KENFACK et p. 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2009, p. 524, note F. JAULT-SESEKE ; RTD com. 2009, p. 643, obs. P. DELEBECQUE, DMF 2009, p. 124, rapp. A. POTOCKI, obs. Ph. DELEBECQUE

Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67814 : Bull. civ. IV, n° 112 ; D. 2010, p. 1985, note D. HOUTCIEFF et actu., p. 1620, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2010, p. 552, obs. C. CHAMPAUD et J. DANET et 2011, p. 171, obs. A. MARTIN-SERF ; RTD civ. 2010, p. 593, obs. P. CROCQ ; JCP E 2010, n° 1678, note D. LEGEAIS ; Contrats, conc., consom. 2010, n° 263, obs. G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2010. 2195, obs. S. PIEDELIEVRE ; RJDA 2010, n° 1107 ; Banque et Droit septembre-octobre 2010, p. 59, obs. F. JACOB ; RD bancaire et financier 2010, n° 172, obs. D. LEGEAIS ; Dr. et patr. septembre 2010, p. 89, obs. J. DUPICHOT ; RJ com. 2011, p. 326, obs. F. MACORIG-VENIER ; RLDA septembre 2010, p. 35, note H. GUYADER ; RLDC septembre 2010, p. 12, obs. C. LE GALLOU et p. 36, obs. A. MARRAUD DES GROTTES ; Bull. Joly 2010, p. 808, obs. D. HOUTCIEFF ; Dr. et procéd. novembre 2010, suppl. Droit du recouvrement, p. 21, obs. O. SALATI ; RDC 2010, p. 1351, obs. D. HOUTCIEFF ; RDC 2011, p. 137, obs. D. FENOUILLET

Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-69831

Cass. com., 5 avril 2011, n° 10-18106 : Contrats, conc., consom. 2011, n° 176, obs. G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 2863, note S. PIEDELIEVRE

Cass. com., 12 juillet 2011, n° 10-22930 : RDC 2002, p. 531, obs. C. GRIMALDI

Cass. com., 6 septembre 2011, n° 10-21583 : Contrats, conc., consom. 2011, obs. X. DELPECH ; JCP G 2011, n° 45, 1203, note G. PAISANT

Cass. com., 10 janvier 2012, n° 10-26149 : RDI 2012, p. 222 ; RTD civ. 2012, p. 311, obs. B. FAGES ; RTD com. 2012, p. 174, obs. D. LEGEAIS

Cass. com., 7 février 2012, n° 10-27716

Cass. com., 11 avril 2012, n° 11-16441

Cass. com., 12 mars 2013, n° 10-24465 : RTD com. 2014. 456, obs. DELEBECQUE ; D. 2013, p. 1603, note C. PAULIN et p. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE et 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE

Cass. com., 19 novembre 2013, n° 12-23955 : D. 2013, p. 1634, obs. J.-P. REMERY

Cass. com., 3 décembre 2013, n° 12-26416

Cass. com., 7 janvier 2014, n° 10-18319

Cass. com., 7 janvier 2014, n° 12-20204

Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-20982 : Contrats, conc., consom. 2014, n° 173, obs. G. RAYMOND ; RJDA 2014, n° 732

Cass. com., 13 mai 2014, n° 13-14626

Cass. com., 4 novembre 2014, n° 13-24270 : D. actu. 24 novembre 2014, obs. X. DELPECH

Cass. com., 9 décembre 2014, n° 13-24807

Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525 : Gaz. Pal., 19 mars 2015, n° 78, p. 21 ; D. 2015, p. 1021, obs. F. BUY ; L'essentiel Droit des contrats, 3 avril 2015 n° 4, p. 1, obs. N. LEBLOND

Cass. com., 7 juillet 2015, n° 14-18052

- *Chambres civiles*

Chambre civile

Cass. civ. 15 avril 1872 : DP 1872, 1, 176 ; S. 1972, 1, 232 ; GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 151 et s., n° 160

Cass. civ. 6 mars 1876 : GAJC, t. II, Dalloz, 12^{ème} éd., p. 163 et s., n° 163 ; DP 1876, 1, 193, note A. GIBOULOT ; D. 1876, I, p. 161

Cass. civ., 18 mai 1898 : DP G II.1206 ; D. 1900, p. 481, note L. SARRUT ; S. 1898, 1, 433, note G. LYON-CAEN

Cass. civ., 11 février 1908 : S. 1909, 1, p. 486 ; RTD civ. 1908, p. 357

Cass. civ. 21 novembre 1911, *Cie Générale Transatlantique c/ Zbidi Hamida ben Mahmoud* : DP 1913, 1, p.249, 1^{ère} espèce, note SARRUT ; S. 1912, p. 73, note G. LYON-CAEN

Cass. civ., 27 janvier 1913, *Chemin de fer du Midi c/ Mestrelan* : S-1913, 1, p.177, concl. M. SARRUT, note G. LYON-CAEN

Cass. civ. 6 juin 1921 : DP 1921, 1, 73, rapp. A. COLIN ; S. 1921, 1, 193, note L. HUGUENEY

Cass. civ., 14 novembre 1933 : Gaz. Pal. 1934, 1, 58

Cass. civ., 21 mars 1938 : DH 1938, p. 257

Cass. civ. 9 octobre 1940: DA 1941,p. 130

Cass. civ., 9 mars 1942 : D. 1942, p. 61

Cass. civ., 14 décembre 1942 : DC 1944, p. 112

Cass. civ. 23 octobre 1945: D. 1946, p. 19

Cass. civ., 5 janvier 1948 : D. 1948, p. 265, note P.L.P.

Cass. civ., 29 juin 1948 : D. 1948, p. 554

Cass. civ., 6 mai 1954 : Bull. civ. 1954, II, n° 165

Première Chambre civile

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1954 : JCP 1955, II, 8565

Cass. civ. 1^{ère}, 26 novembre 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 520

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1963 : Bull. civ., I, n° 174

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1965 : Bull. civ. 1965, I, n° 306

Cass. civ. 1^{ère} 28 novembre 1966 : D. 1967, p. 99

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1967 : Bull. civ., I, n° 33

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1969 : D. 1969, p. 492

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1970 : Rev. fr. dr. aérien 1970, p. 311 ; RG air 1970, p. 305, note G. CAS ; D.S. 1971, p. 373, note P. CHAUVEAU

Cass. civ. 1^{ère}, 2 avril 1971 : D. 1972, somm., p. 4

Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1972, n° 70-12133 : RGAT 1972, p. 537, note J. DE MALEVILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 21 avril 1976, n° 75-10129 : Bull. civ., I, n° 135

Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1976 : Bull. civ. I, n° 417

Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1978, n° 75-15796 : Bull. civ. I, n° 62

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, n° 77-14827 : Bull. civ. 1979, I, n° 81

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 1979, n° 77-14689 : Bull. civ. I, n° 128 ; D. 1980, IR, p. 262, obs. J. GHESTIN

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1981, n° 79-16323 : Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1982, p. 101, obs. C. BERR et H. GROUDEL

Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, n° 81-11539 : Bull. civ. I, n° 156

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1982, n° 81-12191 : Gaz. Pal. 1982, 2, 612, note F. CHABAS

Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1983, n° 82-10530 : Bull. civ. I, n° 159, p. 138

Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1983 : Bull. civ. I, n° 211 ; RTD civ. 1984, p. 729, obs. H. HUET

Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1984, n° 82-17077 : Bull. civ. 1984, I, n° 71 ; JCP G 1985, II, 20442, note M. STORCK ; Banque 1984, p. 1307, obs. J.-L. RIVES-LANGE

Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 1985 : Gaz. Pal. 1985, 1, 264

Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 5 ; Banque 1986, p. 401, obs. J.-L. RIVES-LANGE

Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1986, n° 84-16818 : Bull. civ. 1986, I, n° 49 ; D. 1987, p. 342, note L. AYNES

Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 166

Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, n° 84-17745 : Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON, DMF 1987, p. 706, note P.-Y. NICOLAS

Cass. civ. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, n° 85-13674 : JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; D. 1988, 1, note Ph. DELEBECQUE

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1987, n° 85-12530 : Bull. civ. I, n° 156

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1987, n° 86-10124 : Bull. civ. I, n° 262, p. 190 ; D. 1987, IR, 212

Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1987, n° 86-12114 : Bull. civ. I, n° 299

Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1988, n° 86-16473 : JCP N 1988, II, 133, note Ph. SALVAGE

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988 : Bull. civ. I, n° 57

Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1988, n° 86-19068 : Bull. civ. I, n° 352

Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1989, n° 87-13640 : JCP G 1989, II, 21357, note G. PAISANT ; D. 1989, p. 253, note Ph. MAULAURIE ; RTD civ. 1989, p. 532, obs. J. MESTRE et p. 574, obs. Ph. REMY

Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989 : JCP 1990, II, 21523, note H. T.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, n° 86-16262 : RGDA 1989, p. 641, note J. DE MALEVILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, n° 89-12186

Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 1991, n° 89-21791 : Bull. civ. I, n° 163 ; RTD civ. 1991, p. 757, obs. P. JOURDAIN

Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n° 90-17091

Cass. civ. 1^{ère}, 22 avril 1992, n° 89-10822 : Bull. civ. I, n° 126 ; RCA 1992, p. 280 ; RGAT 1992, p. 497, note R. MAURICE

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n° 90-19995 : Bull. civ. I, n° 146, p. 99

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1992, n° 90-19441 : D. 1992, p. 225

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21491 : Bull. civ. I, n° 203

Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 1993, n° 90-21734 : Bull. civ. I, n° 141 ; D. 1994, somm. 33, obs. D. EVERAERT-DUMONT

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 1993 : Bull. civ. I, n° 209 ; RTD civ. 1993, p. 828, obs. P. JOURDAIN

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993 : Bull. civ., I, n° 287

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, n° 91-16344 : D. 1994, p. 211 et p. 115, note A. BENABENT et somm. 237, obs. O. TOURNAFOND ; JCP 1994, I, 3757, n° 6, obs. M. BILLIAU

Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, n° 93-13075 : Bull. civ. I, n° 43 ; R., p. 307 ; D. 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; D. 1996, somm. 15, obs. G. PAISANT ; RTD civ. 1995, p. 631, obs. P. JOURDAIN

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n° 92-18227 : Contrats, conc., consom. 1995, comm. 84 note L. LEVENEUR ; D. 1995, jur., p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm., p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP G 1995, I, n° 3893, obs. G. VINEY

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n° 93-11672

Cass. civ. 1^{ère}, 11 avril 1995 : Contrats, conc., consom. 1995, n° 124, obs. L. LEVENEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, n° 92-20763

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1995, n° 92-17566 : RGAT 1995/4, p. 898, note L. MAYAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 1996, n° 94-14918 : Bull. civ. I, n° 177, p. 123 ; Assur. fr. 1996, n° 723, obs. L. FONLLADOSA ; Contrats, conc. consom. 1996, comm. 113, note G. RAYMOND ; JCP 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; RGDA 1997, p. 135, note M. H. MALLEVILLE ; RTD civ. 1997, p. 118, obs. J. MESTRE ; RCA 1996, comm. 186, obs. G. COURTIEU

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n° 94-14800, *Point club vidéo* : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500, note Ph. REIGNE ; JCP G. 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. LABARTHE ; Defrénois 1996, p. 1015, note Ph. DELEBECQUE ; RTD civ., p. 903, obs. J. MESTRE

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1996, n° 94-18324 : Bull. civ. 1996, I, n° 312 ; D. 1997, somm. p. 252, obs. S. PIEDELIEVRE ; Defrénois 1997, p. 398, obs. L. AYNES ; RTD civ. 1996, p. 955, obs. P. CROCQ

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} octobre 1996, JCP E 1997, I, 617, obs. J.-B. SEUBE

Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, n° 94-17369 : Bull. civ. I, n° 399 ; JCP G 1997, I, 4015, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; JCP E 1997, pan. 9 ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. 32, note G. RAYMOND

Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n° 94-21775 : Contrats, conc., consom. 1997, comm. n° 42, obs. L. LEVENEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, n° 94-20120 : RCA 1997, n° 128

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 96-12078 : Bull. civ. I, n° 95 ; R., p. 277 ; D. 1999, p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; JCP 1998, II, 10049, rapp. S. SARGOS et I, 144, n° 18, obs. G. VINEY ; Gaz. Pal. 1998, 2, 720, note E. FOUASSIER ; RTD civ. 1998, p. 683, obs. P. JOURDAIN

Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1998, n° 96-18707 : Bull. civ. 1998, I, n° 316 ; Contrats, conc., consom. 1999, comm. 18, note L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE

Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1998 : Bull. civ. I, n° 350 ; D. 1999, somm. 260, obs. Ph. JOURDAIN

Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1999, n° 96-19538 : RCA n° 4, avril 1999, p. 20

Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1999, n° 96-22399 : RGDA 1999, p. 322, note J. DE MALEVILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999, n° 96-19469 : JCP G 1999, II, 10162, note B. FILLION-DUFOULEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999 : JCP G 1999, I, 191, n° 1, obs. G. VIRASSAMY

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, n° 96-20190 : Bull. civ. I, n° 80 ; JCP 2000, I, 219, n° 1 et s., obs. J. KULLMANN ; RCA 1999, p. 163, obs. H. GROUDEL

Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 2000, n° 97-20179 : Bull. civ. I, n° 47

Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 98-11982 : Bull. civ. 2000, p. 593, note Ch. ATIAS ; RTD civ. 2000, p. 666, obs. N. MOLFESSIS

Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 2000, n° 97-22498 : Bull. civ. I, n° 246 ; D. 2001, p. 952, note M. BILLIAU et J. MOURY ; JCP 2001, I, 338, n° 6 s., obs. G. VINEY

Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 2001, n° 98-14033 : RGDA 2001, p. 295, note J. DE MALEVILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001: JurisData n° 2001-008041 ; Bull. civ. 2001, I, n° 22 ; JCP G 2001, II, 10567, note C. LEGROS ; JCP E 2001, 1238, note D. MAINGUY et J.-B. SEUBE ; D. 2001, p. 1135, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 2003, p. 2471, obs. Th. CLAY ; Rev. arb. 2001, p. 765, note D. COHEN ; Contrats, conc., consom. 2001, comm. 82, note L. LEVENEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, n° 98-19481: Bull. civ. I, n° 82 ; RCA 2001, n° 206, obs. H. GROUDEL ; RGDA 2001, p. 680, note A. FAVRE-ROCHEX

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2001 : Bull. civ. I, n° 106 ; JCP 2001, II, 10647, note C. PUIGELIER

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2001, n° 99-21617 : RGDA 2001, p. 683, note A. FAVRE-ROCHEX

Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-13395 : Bull. civ. 2001, I, n° 181, p. 116 ; JCP G 2001, II, 10631 ; JCP E 2001, p. 1958, note G. PAISANT

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, n° 98-21591 : Bull. civ. I, n° 224 ; D. 2001, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD com. 2001, p. 1063, obs. Ph. DELEBECQUE ; DMF 2001, p. 621, note Ph. DELEBECQUE

Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, n° 00-14564 : D. 2001, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; JCP 2002, II, 10045, note D. CACHARD ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. LIBCHABER

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, n° 00-11939 : RGDA 2002, 357, note L. FONLLADOSA

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, n° 99-21090 : Bull. civ. 2002, I, n° 130, p. 100 ; JCP E 2002, n° 1121, note C. CARON

Cass. civ. 1^{ère}, 21 janvier 2003, n° 00-13342 et 00-19001 : Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, note H. CLARET et AJ 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RCA 2003, chron. 13, par G. COURTIEU ; RTD civ. 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI ; RGDA 2003, p. 442, note J. KULLMANN

Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 2003, n° 01-17760

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14311 : Bull. civ., I, n° 95

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 03-12496 : D. 2005, IR, 1379

Cass. civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, n° 03-18647 : Bull. civ. I, n° 377 ; RTD civ. 2006, p. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGE

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 04-14960 : Bull. civ. I, n° 286

Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2006, n° 04-15512 : JCP G 2007, I, n° 139, spéc. n° 11, Rev. arb. 2006, p. 1082, RTD civ. 2007, p. 111, note J. MESTRE et B. FAGES

Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 04-17578 : JCP G 2007, II, 10056, note G. PAISANT

Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007 : Bull. civ. I, n° 19 ; D. 2007. 1119, note O. GOUT et pan. 2973, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; JCP 2007, I, 161, n° 6 s., obs. M. MEKKI ; Contrats, conc., consom. 2007, n° 144, note L. LEVENEUR ; RDC 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD et 741, obs. G. VINEY ; RTD civ. 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007 : JurisData n° 2007-038210 ; Bull. civ. 2007, I, n° 129 ; D. 2007, p. 1086, obs. X. DELPECH et p. 2077, note S. BOLLEE ; JCP G 2007, II, 10118, note C. GOLHEN ; Rev. arb. 2007, p. 785, note J. EL-AHDAB ; D. 2008, p. 184, obs. Th. CLAY ; JDI 2007, p. 968, note C. LEGROS ; Contrats, conc., consom. 2007, comm. 166, note L. LEVENEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, n° 05-17947 : Bull. civ. I, n° 185 ; D. 2007, AJ 1592, obs. I. GALLMEISTER et pan. 2906, obs. Ph. BRUN ; JCP 2007, I, 185, n° 7, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2007, somm. 4242, obs. A. ONAT ; RDC 2007, p. 1147, obs. J.-S. BORGHETTI

Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n° 06-19056 : Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2008, AJ p. 1825, obs. X. DELPECH et p. 2008, chron. C. cass. 2363, n° 6, obs. M. CRETON ; JCP 2008, II, 10150, note A. CONSTANTIN ; Gaz. Pal. 2008, 5, 3398, obs. S. PIEDELIEVRE ; Contrats, conc., consom. 2008, comm. n° 255, obs. L. LEVENEUR ; RDC 2008, p. 1129, obs. Y.-M. LAITHIER

Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 2008 : Bull. civ. I, n° 269 ; RDC 2009. 613, obs. J.-B. SEUBE

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2009, n° 08-10363 : D. actu., 17 mars 2009, note I. GALLMEISTER

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n° 08-14461 : Gaz. Pal. 2010, 2, 2403, note D. HOUTCIEFF ; Contrats, conc., consom. 2010, n° 200 ; JCP 2010, n° 38, p. 922, note F. LABARTHE ; JCP E 2010, p. 1834, note F. LABARTHE ; RTD civ. 2010, p. 580, obs. P.-Y. GAUTHIER ; RDC 1^{er} octobre 2010, n° 4, p. 1197, obs. D. MAZEAUD ; D. Actu. 2010, obs. P. GUIOMARD

Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010, n° 09-68014 : D. 2011, p. 566, note D. MAZEAUD

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, Bull. civ., I, n° 95

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 09-72552 et 10-10843 : Bull. civ. II, n° 126 ; D. 2011, p. 1612, obs. T. RAVEL D'ESCLAPON

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n° 11-18450

Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012, n° 11-27631 : Bull. civ. I, n° 259 ; D. 2013, Actu, p. 6, obs. N. KILGUS ; JCP E 2013, n° 1059 ; Contrats, conc., consom. 2013, n° 47, obs. G. RAYMOND ; RJDA 2013, p. 264 ; Gaz. Pal. 2013, 494, obs. S. PIEDELIEVRE ; RDC 2013, p. 489, obs. J. ROCHFELD et p. 554, obs. G. VINEY

Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2013, n°s 10-28397 et 11-11421

Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 2013, n° 11-26881 : Bull. civ. I, n° 21 ; D. 2013, p. 639

Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 2013 : Contrats, conc., consom. 2013, n° 109, note L. LEVENEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n° 12-16563

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013 : Bull. civ. I, n° 125 ; D. 2013, p. 1875, note A. MARAIS et D. NOGUERO ; AJ fam. 2013, p. 507, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; RTD civ. 2013, p. 577, obs. J. HAUSER

Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 2014, n° 12-24016

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-28304 : AJCA 2014, p. 79, obs. L. CONSTANTIN ; D. 2014. 721 ; RTD civ. 2014, p. 397, obs. Y. GAUTHIER ; RTD civ. 2014, p. 641, obs. H. BARBIER

Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, n° 13-18062 : RLDI 2014/107, obs. L. COSTES

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2014, n° 13-17495 : LEDC 2014, p. 3, obs. M. LATINA

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 2014, n° 13-13966

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 2014, n° 13-19498

Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 2014, n° 13-23178

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n° 13-24796 : LEDC 2015, p.3, obs. M. LATINA

Cass. civ. 1^{ère}, 10 septembre 2015, n° 14-13658 et n° 14-17772 : LEDC 2015, p. 1, obs. M. LATINA

Deuxième Chambre civile

Cass. civ. 2^{ème}, 18 octobre 1954 : RTD civ. 1955, p. 135, n° 7, obs. J. CARBONNIER

Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1959 : Bull. civ. II, n° 42

Cass. civ. 2^{ème}, 23 octobre 1963 : Bull. civ. II, n° 656

Cass. civ. 2^{ème}, 6 juillet 1966 : Bull. civ. II, n° 737

Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, n° 94-12777

Cass. civ. 2^{ème}, 30 janvier 2003, n° 99-19488 : Bull. civ. 2003, II, n° 23, p. 19 ; D. 2003, p. 2722

Cass. civ. 2^{ème}, 9 décembre 2003, n° 02-30804

Cass. civ. 2^{ème}, 22 janvier 2004, n° : Bull. civ. 2004, II, n° 12

Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004 : Bull. civ. II, n° 270

Cass. civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, n° 05-18104 : Bull. civ. II, n° 214 ; Gaz. Pal. 2007, p. 4036, note X. LEDUCQ ; Contrats, conc., consom. 2006, n° 209, note G. RAYMOND ; RDC 2007, p. 347, obs. D. FENOUILLET

Cass. civ. 2^{ème}, 14 septembre 2006 : Bull. civ. II, n° 217 ; D. 2007, pan. 1382, obs. P. JULIEN ; JCP 2007, I, 139, n° 16, obs. T. CLAY

Cass. civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, n° 07-19234 : RGDA 2009/1, p. 112, note S. ABRAVANEL-JOLLY ; RDI 2009, p. 369, note D. NOGUERO

Cass. civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, n° 07-19234 : RDI 2009, p. 369, obs. D. NOGUERO

Cass. civ. 2^{ème}, 22 janvier 2009, n° 07-21698

Cass. civ. 2^{ème}, 2 juillet 2009, n° 08-11599 : Procédures 2009, n° 307, obs. R. PERROT

Cass. civ. 2^{ème}, 19 novembre 2009, n° 08-20528 et n° 08-21220

Cass. civ. 2^{ème}, 3 mars 2011, n° 10-11826 : RGDA 2011, p. 686, note S. ABRAVANEL-JOLLY

Cass. civ. 2^{ème}, 6 février 2014, n°^{os} 13-10540 13-10745 : RTD civ. 2014, p. 371, obs. B. BARBIER ; RGDA 2014. 155, obs. J. KULLMANN

Troisième Chambre civile

Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 1968, n° : D. 1968, p. 749, note M. LESAGE-CATEL

Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1969 : JCP 1969, II, 16102

Cass. civ. 3^{ème}, 18 juin 1970, n° 69-10167 : D. 1970, p. 674

Cass. civ. 3^{ème}, 5 février 1971, n° 69-12443 : D. 1971, p. 281, rapp. M. CORNUEY

Cass. civ. 3^{ème}, 26 avril 1978, n° 76-11424 : Bull. civ. III, n° 160 ; R., p. 37 ; D. 1978, p. 349 ; RTD civ. 1978, p. 672, obs. G. CORNU

Cass. civ. 3^{ème}, 10 octobre 1979 : Bull. civ. III, n° 175

Cass. civ. 3^{ème}, 13 novembre 1974, n° 73-12220 : Gaz. Pal. 1975, 1, 210, note I. PLANCQUEEL

Cass. civ. 3^{ème}, 17 mars 1975 : Bull. civ. III, n° 110, p. 82

Cass. civ. 3^{ème}, 2 avril 1979, n° 77-12919 : Gaz. Pal. 1980, p. 213

Cass. civ. 3^{ème}, 3 juillet 1979, n° 77-15552 : Bull. civ. III, n° 149 ; JCP 1980, II, 19384, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ

Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 1983, n° 82-11130 : Bull. civ., III, n° 165, p. 126

Cass. civ. 3^{ème}, 7 décembre 1988, n° 86-18964 : Gaz. Pal. 1989, I, pan. p. 31

Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 1990, n° 88-13384 : D. 1990, p. 257, note A. BENABENT

Cass. civ. 3^{ème}, 27 novembre 1990, n° 89-14033 : JCP 1990, II, 21808, note Y. DAGORNE-LABBE

Cass. civ. 3^{ème}, 13 février 1991, n° 89-18548

Cass. civ. 3^{ème}, 12 janvier 1994, n° 92-13886

Cass. civ. 3^{ème}, 6 décembre 1995, Bull. civ. III, n° 250

Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996 : Bull. civ. III, n° 66

Cass. civ. 3^{ème}, 30 mai 1996 : Contrats, conc., consom. 1996, n° 185, obs. L. LEVENEUR

Cass. civ. 3^{ème}, 17 juillet 1997, n° 95-19166 : Bull. civ. 1997, III, n° 174 ; RJDA 1998, n° 6 ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE

Cass. civ. 3^{ème}, 20 janvier 1999 : Bull. civ. III, n° 16 ; Defrénois 1999, p. 1128, obs. H. PERINET-MARQUET

Cass. civ. 3^{ème}, 21 février 2001, n° 99-17666 : Bull. civ. III, n° 22 ; D. 2002, somm. 932, obs. G. PIGNARRE ; AJDI 2002, p. 412, obs. F. COHET-CORDEY

Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2001 : Contrats, conc. consom. 2001, n° 101, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2001, p. 904, obs. P.-Y. GAUTHIER

Cass. civ. 3^{ème}, 3 avril 2002, n° 01-01647

Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005 : Bull. civ. III, n° 103 ; D. 2005, IR, 1504 ; JCP 2005, II, 10152, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; contrats, conc., consom. 2005, n° 187, note L. LEVENEUR ; RDI 2005, p. 299, obs. Ph. MALINVAUD et 2006, p. 307, obs. O. TOURNAFOND ; RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2006 : Bull. civ. III, n° 52

Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2006, n° 04-20833 : Bull. civ. III, n° 54

Cass. civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, n° 04-10051 : JCP G 2006, II, 10119, obs. O. DESHAYES ; RDC 2006, p. 1154, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2006, p. 553, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2006/2, p. 267, obs. D. MAZEAUD

Cass. civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, n° 07-10750 : Bull. civ. III, n° 17 ; D. 2008, AJ 548, obs. G. FOREST

Cass. civ., 3^{ème}, 18 mars 2009, n° 07-21260 : Bull. civ. III, n° 64 ; D. 2009, AJ 950, obs. Y. ROUQUET et 2010, pan. 224, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; RDC 2009, p. 1358, obs. D. MAZEAUD et p. 1490, obs. A. SEUBE ; RTD civ. 2009, p. 528, obs. B. FAGES

Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, n° 08-18559 : Bull. civ. III, n° 272 ; AJDI 2010, p. 396, obs. S. PORCHERON ; RDC 2010, p. 670, note J.-B. SEUBE ; RLDC 2010/68, n° 3702, obs. C. LE GALLOU

Cass. civ. 3^{ème}, 24 octobre 2012, n° 11-18774, AJD, 13 novembre 2012, obs. C. DREVEAU

Cass. civ. 3^{ème}, 29 janvier 2013, n° 12-12169

- *Chambre criminelle*

Cass. crim., 29 octobre 1984, n° 83-93563

- *Chambre sociale*

Cass. soc., 24 mars 1958, n° 1080 : JCP G 1958, II, 10868, obs. J. CARBONNIER

Cass. soc. 24 février 1971, n° 70-40113 : Bull. civ. V n° 146

Cass. soc. 20 février 1975: Bull. civ. V, n° 93

Cass. soc., 16 octobre 1980, n° 79-12751 : JurisData n° 1980-705370 ; Bull. civ. 1980, V, n° 745 ; Rev. sociétés 1981, p. 88, note Y. CHARTIER

Cass. soc. 15 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 40

Cass. soc., 5 février 1981 : JCP CI 1981, I, 9654

Cass. soc. 15 avril 1983, n° 81-40166 : Bull. civ. V, n° 199

Cass. soc., 19 février 1986 : Rev. sociétés 1986, p. 600

Cass. soc., 14 mai 1987, n° 84-43829 : Bull. civ. 1987, V, n° 337

Cass. soc. 8 octobre 1987 : Bull. civ. V, n° 538; Dr. soc. 1989, p. 361, note A. POULAIN

Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 87-43243

Cass. soc., 16 avril 1991, n° 89-43723 : RJDA 1991, n° 615

Cass. soc. 26 février 1992, n° 88-44441 : RJS 1992/4, n° 470

Cass. soc. 21 octobre 1992, RJS 12/1992, n° 1402

Cass. soc., 14 février 1996, n° 92-43365 : Juns. Hebdo n° 7426, 5 mars 1996

Cass. soc. 21 mai 1996, n° 92-43874 et n° 92-43875 : D. 1996, 565, concl. Y. CHAUVY ; JCP 1996, IV, 1589

Cass. soc. 22 octobre 1996, n° 95-40266 : RJS 1996, p. 804, n° 1238

Cass. soc., 4 décembre 1996, n° 94-40693 : Bull. civ. V, n° 421 ; JCP 1997, I, 4064, n° 11, obs. L. CADIET ; RTD civ. 1998, p. 221, obs. N. MOLFESSIS

Cass. soc., 16 janvier 1997, n° 93-45446 et n° 94-43089

Cass. soc., 25 novembre 1997, n° 94-45333 : Bull. civ. V, n° 397

Cass. soc., 14 mai 1998, n° 97-40652 : Bull. civ. V, n° 256

Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 96-45519

Cass. soc. 18 mai 1999, n° 96-44315 : Bull. civ. V, n° 219 ; D. 2000, somm. 84, obs. M.-C. ESCANDE VARNIOL, et 2001, somm. 2797, obs. B. BOSSU ; RTD civ. 2000, p. 326, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP E 2000, p. 40, note C. PUIGELIER

Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-41992 : Bull. civ. V, n° 399 ; D. 1999, IR 265 ; Dr. soc. 2000, p. 202, obs. ROY-LOUSTAUNAU ; RJS 1999, p. 842, n° 1444

Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-42255 : D. 1999, p. 264

Cass. soc., 26 avril 2000, n° 97-44241 : Bull. civ. V, n° 152

Cass. soc., 2 mai 2000 : Bull. civ. V, n° 162 ; D. 2000, IR p. 168

Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 97-44897 : Bull. civ. V, n° 295

Cass. soc. 10 juillet 2002, n° 00-45135 : Bull. civ. V, n° 239 ; GADT, 4^{ème} éd., n° 46 ; D. 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; RJS 2002, p. 840, n° 1119 ; JS Lamy 2002, n° 108-2 ; Dr. ouvrier 2002, p. 533, note D. TATE ; CSB 2002, p. 446, A. 54 ; RDC 2003, p. 17, obs. J. ROSCHFELD ; RDC 2003, p. 142, obs. Ch. RADE

Cass. soc, 18 septembre 2002, n° 00-42904 : JSL, 2002, p. 110, obs. M.-C. HALLER

Cass. soc., 12 novembre 2002, n° 00-45414

Cass. soc., 11 mars 2003 : Bull. civ. V, n° 88

Cass. soc., 29 avril 2003, n° 01-42026 : Bull. 2003, V, n° 143

Cass. soc., 25 février 2004, n° 02-41306

Cass. soc., 17 décembre 2004, n° 03-40008

Cass. soc., 13 juillet 2005, n° 03-44975 : JSC, 2005, p. 176, obs. M.-C. HALLER

Cass. soc., 18 octobre 2006, n° 04-48612 : Bull. civ. V, n° 307 ; D. 2007, p. 695 ,
obs. J. MOULY

Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-46721 : D. 2006, IR, 2946 ; RDT 2007, p. 95,
obs. A. PELISSIER ; RJS 2006, p. 58, n° 50 ; Dr. soc. 2007, p. 241, obs. C. MOULY ;
JS Lamy 2006, n° 201-3

Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 04-48219 : Bull. civ. V, n° 362

Cass. soc., 13 février 2007, n° 05-41055

Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 07-44923

Cass. soc. 9 janvier 2013, n° 11-16433

Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-24012 : JCP S 28 Mai 2013, p. 1226,
note F. DUMONT

Cass. soc., 2 avril 2014, n° 12-29693

Cass. soc., 13 mai 2014, n^{os} 12-22186 et 12-22605.

b) Cour d'appels

Aix-en-Provence

CA Aix-en-Provence 31 octobre 1991 : BTL 1992, p. 478

CA Aix-en-Provence, 10 janvier 2001 : DMF 2001, p. 313, obs. Y. TASSEL

CA Aix-en-Provence, 26 juin 2002 : JCP 2004, II, 10022, note V. EGEA

CA Aix-en-Provence, 10 mai 2007, n° 05-20844

Amiens

CA Amiens, 3 juin 1985 : RGAT 1986, p. 344, note BIGOT

Angers

CA Angers, 25 novembre 2011, n° 11-02991

Basse-Terre

CA Basse-Terre, 25 février 2013, n° 11-00841

Bastia

CA Bastia, 12 janvier 2011, n° 09-00917

Bordeaux

CA Bordeaux, 20 janvier 1972 : Gaz. Pal. 1972, 1, p. 426

CA Bordeaux, 18 septembre 2008, n° 07/00250

Grenoble

CA Grenoble, 8 mars 2004, n° 02-01675

CA Grenoble, 26 mars 2014, RG 13-00186

Lyon

CA Lyon, 4 juin 1945 : Gaz. Pal. 1945, 2, p. 75

CA Lyon, 12 juin 1950 : D. 1951, somm. p. 2

Nîmes

CA Nîmes, 14 novembre 1984 : Juris-Data n° 0609

CA Nîmes, 27 septembre 2012, n° 11-02916

Nancy

CA Nancy, 2 avril 2012, n° 09-02174

Orléans

CA Orléans, 8 février 2007 : JurisData n° 2007-351512 ; Dr. Soc. 2008, comm. 70, note P.-J. COQUELET

Paris

CA Paris, 25 juin 1958 : Gaz. Pal. 1958, 2, p. 125

CA Paris, 23 septembre 1971 : Gaz. Pal. 1972, 1, 100, note M. D. V

CA Paris, 11 décembre 1984 : RGAT 1986, p. 346, note J. BIGOT ; JCP G 1986, II, 20634, obs. Y. ASSOULINE

CA Paris, 13 juillet 1988 : JCP 88, Actualités n° 38

CA Paris, 30 novembre 1993 : DMF 1994, p. 554, obs. Y. TASSEL

CA Paris, 30 avril 1998 : RDI 1998 p. 391, obs. J.-C. GROSLIERE et C. SAINT-ALARY-HOUIN

CA Paris, 7 juin 1990, n° 07-061990 : D. 1990, p. 176

CA Paris, 20 juin 1990 : JurisData n° 1990-022335 ; Gaz. Pal. 1991, p. 16, note Ch. H. GALLET

CA Paris 28 mars 1991 : DMF 1991, p. 516 et 1992, p. 97, obs. P. BONASSIES ; BTL 1991, p. 780, note D. ASSOULINE

CA Paris, 5 janvier 1996 : JCP 1996, II, 22679, note Th. HASSLER

CA Paris, 18 janvier 1996 : D. affaires 1996, p. 292

CA Paris, 16 octobre 1996 : RD bancaire et bourse 1997, p. 65, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD

CA Paris, 18 octobre 2008 : Juris-Data n° 2006-322792

CA Paris, 27 janvier 2009, n° 06-14384

CA Paris, 19 janvier 2001 : D. 2001, p. 677

CA Paris, 15 juin 2005 : RTD civ. 2006, p. 111, obs. J. MESTRE et B. FAGES

CA Paris, 25 novembre 2010, n° 08/22287: CCE 2011, n° 56, obs. A. DEBET

CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n° 13-16336 : AJCA 2014, p. 373, obs. J.-L. FOURGOUX ; RTD com. 2014, p. 785, obs. M. CHAGNY

CA Paris, 29 octobre 2014, n° 13-11059 : AJCA 2015, p. 39, obs. C. PECNARD et C. TOURNAIRE ; RTD com. 2014, p. 785, obs. M. CHAGNY

Reims

CA Reims, 7 janvier 2004 : Juris-Data n° 2004-237171, RDC 2004, p. 933, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

Rouen

CA Rouen, 10 février 1967 : RTD com. 1967, p. 925, obs. M. DE JUGLART et E. DU PONTAVICE

CA Rouen, 29 novembre 1968 : D. 1969, p. 146 ; RTD civ. 1969, p. 561, obs. Y. LOUSSOUARN

Versailles

CA Versailles, 4 février 2004 : D. 2004, AJ p. 635, obs. V. AVENA-ROBARDET ; CCE 2004, n° 57, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; Contrats, conc., consom. 2004, n° 99, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 10-12 octobre 2004, obs. B. MISSE et C. AVIGNON

CA Versailles, 5 mai 2011 : D. 2011, pan. 2968, obs. Y. PICOD ; JCP 2011, n° 1081, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; Contrats, conc., consom. 2011, n° 203, obs. G. RAYMOND ; CCE 2011, Étude 21, par Ph. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2011, p. 2929 ; RJDA 2011, n° 968

c) Tribunaux

Tribunal civil

Toulon

T. civ. Toulon, 4 juin 1952 : D. 1952, p. 769

Tribunal d'instance

Valence

TI Valence, 22 septembre 1971 : Gaz. Pal. 1972, 1, p. 426

Villeurbanne

TI Villeurbanne, 19 novembre 2012 : JurisData n° 2012-027939 ; Contrats, conc., consom. 2013/1, comm. G. RAYMOND

Tribunal de grande instance

Seine

TGI Seine, 19 décembre 1966 : Gaz. Pal. 1967, 2, p. 292

Tribunal de commerce

Paris

T. com., Paris, 23 octobre 1989 : JCP G 1990, II , 21573, obs. G. PAISANT ; JCP E 1989, p. 19283

T. com. Paris, 22 octobre 1997 : Gaz. Pal. 1998. 2, somm, p. 431

T. com. Paris, 31 janvier 2012 : Gaz. Pal. 2013, p. 2507

Seine

T. com. Seine, 5 janvier 1869 : S. 1869, 2, 24

T. com. Seine, 28 avril 1926 : RTD civ. 1926, p. 776, n° 42, obs. R. DEMOGUE

3. Juridictions administratives

CE, 3 décembre 1980, n° 12814 : D. 1981, p. 228, note Ch. LARROUMET ; JCP G 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN, RTD com. 1981, p. 340, obs. J. HEMARD

CE, 29 juin 2001, *Berton*, Dr. soc. 2001, p. 948, concl. S. BOISSARD ; D. 2001, IR, 2364

CE, 11 juillet 2001, n° 221458 : JCP E 2002, p. 124, note N. SAUPHANOR ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES

CE, 15 mars 2006, n° 288460, 288465, 288474 et 288485 : Rec. Lebon 2006, p. 154 ; D. 2006, p. 1224 et p. 1990 ; AJDA 2006, p. 1028 et s., obs. C. LANDAIS et F. LENICA ; Europe 2006, n° 142, obs. D. SIMON ; JCP G 2006, II, 10113, note M. BELORGEY et P. CASSIA

B) Autorités internes

1. Assemblée Nationale

AN, Question écrite n° 53469, Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation : JOAN Q, 25 juin 2001

AN première séance du 11 septembre 2013 : JOAN 2013, n° 100, p. 8692

AN deuxième séance du 11 septembre 2013 : JOAN 2013, n° 100, p. 8703

2. Réponses ministérielles

Rép. min. S n° 16073 : JO Sénat Q, 30 septembre 1999, p. 3236

Rép. min. AN n° 19266 : JOAN Q, 9 juin 2009, p. 5672

3. Autres Autorités

Commission d'examen des pratiques commerciales

CEPC, Avis du 22 décembre 2008 et réponses de la DGCCRF, *in Les abus dans la relation commerciale : sur la notion de déséquilibre significatif*, CEPC, 15 juin 2015

Comité consultatif national d'éthique

CCNE, Avis n° 58 du 12 juin 1998 consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche

Commission des clauses abusives

CCA, Recommandation n° 84-02 du 25 février 1983 concernant les contrats de transports terrestres de personnes : BODACC, 5 février 1986

CCA, recommandation n° 85-04 du 20 septembre 1985 sur l'assurance multirisques-habitation: RGAT 1986, p. 151

CCA, Recommandation n° 84-02 du 25 février 1983 concernant les contrats de transports terrestres de personnes, art. A. 1° et 2° : BODACC, 5 février 1986

CCA, Recommandation n° 91-01 du 7 juillet 1989 concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement : BOCCRF, 6 août 1991

CCA, Recommandation de synthèse n° 91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclu entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs : BOCCRF, 6 septembre 1991

CCA, Recommandation n° 95-02 du 7 avril 1996 relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs : BOCCRF, 25 août 1995

CCA, Recommandation n° 96-02 du 14 juin 1996 relative aux locations de véhicules automobiles : BOCCRF, 3 septembre 1996

II. JURIDICTIONS ET AUTORITES DE L'UNION EUROPEENNE

A) Juridictions de l'Union européenne

1. Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, *SNUPAT c/ Haute Autorité* : Rec. CJCE, p. 103

CJCE, 13 juillet 1961, aff. 21 à 26/61, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA* : Rec. CJCE, p. 319

CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd* : Rec. CJCE, p. 89

CJCE 14 juillet 1972, aff. 57/69, *Azienda Colori Nazionali [ACNA] c/ Commission* : Rec. CJCE, p. 934

CJCE, 25 janvier 1979, aff. 98/78, *Racke / Hauptzollamt Mainz* : Rec. CJCE, p. 69

CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italiana* : Rec. CJCE, p. 1205

CJCE, 9 juillet 1981, aff. 169/80, *SA Gondrand Frères et SA Garancini* : Rec. CJCE, p. 1931

CJCE, 28 janvier 1986, n° 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* : Rec. CJCE, p. 353, att. 18 et 19

CJCE, 15 décembre 1987, aff. 325/85, *Irlandec/ Commission* : Rec. CJCE, p. 5041

CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et a.* : JCP 2001, II, 10513, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISAN ; RTD civ. 2000, p. 239, obs. J. RAYNARD

CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-464/01, *Johann Gruber c/ Bay Wa AG* : Contrats, conc. consom., 2005, comm. 100, note G. Raymond

CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Györfi* : JCP E 2009, p. 293 ; D. 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; JCP G 2009, p. 336, note G. PAISANT ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. P. REMY-CORLAY

CJUE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira*

CJCE 19 novembre 2009, aff. C-256/07, *Mitsui & Co. Deutschland GmbH*

CJUE 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* : D. 2011, pan. 978, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; AJD 25 juin 2010, obs. X. DELPECH ; RTD eur. 2010, p. 714, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; JCP G 2011, n° 3, note G. PAISANT et L. P. SAN MIGUEL PRADERA ; Dr. et proc. février 2011, Cah. dr. consom., p. 2, obs. Y. PICOD ; RDC 2010, p. 1299, note C. AUBERT DE VINCELLES ; Europe 2010, n° 290, obs. D. SIMON

CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer* : D. 2013, pan. 951, obs. S. POILLOT ; RTD eur. 2012, p.666, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; JCP 2012, n° 1187, note F. HONORAT ; Contrats, conc., consom. 2012, n° 292, obs. G. RAYMOND ; LPA 9 janvier 2013, note G. BRUNAUX ; CCE 2012, n° 110, obs. G. LOISEAU ; RJDA 2012, n° 843 ; Europe 2012, n° 346, obs. F. GAZIN

CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt c/ Csaba Csipai, Viktória Csipai* : D. 2013, p. 568

CJUE 16 janvier 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez* : D. 2014, actu. 269

2. Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPICE, 22 janvier 1997, aff. T-115/94, *Opel Austria c/ Conseil* : Rec. II, p. 39

3. Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 18 juin 1971, req. n° 832/66, 2835/66 et 2899/66 : Rec. CEDH A/12

CEDH, 13 juin 1979, req. n° 6833/74 : JDI 1982, p. 183, chron. P. ROLLAND ; AFDI 1980, p. 317, chron. R. PELLOUX ; Cah. dr. eur. 1980, p. 473, chron. G. COHEN-JONATHAN

CEDH, 24 novembre 1986, req. n° 9063/80, *Gillowc/ Royaume-Uni*

CEDH, 29 novembre 1991, req. n° 12849/87 : RTDH 1992, p. 215, obs. F. RIGAUX ; JDI 1992, p. 799, chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER

CEDH, 27 septembre 1990, req. n° 10843/84 : Rec. CEDH A/184

CEDH, 25 août 1993, req. n° 13308/87 : Rec. CEDH A/226-B

CEDH, 28 mars 2000, req. n° 28358/95 : Rec. CEDH 2000/III.

CEDH, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, *P. et P. c/ Andorre* : D. 2005, p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT et pan. 2124, obs. M. NICOD ; JCP 2005, II, 10052, note F. BOULANGER et I, 103, n° 15, obs. F. SUDRE ; Defrénois 2005, p. 1909, note Ph. MALAURIE ; AJDA 2004, p. 1812, obs. J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RDC 2005, p. 645, obs. J. ROCHFELD

B) Autorités européennes

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport sur la politique de concurrence de 2011, COM(2012) 0253 final

III. JURIDICTIONS ETRANGERES

CNUDCI

CNUDCI, Déc. n° 189, Autriche, 20 mars 1997, *Oberster Gerichtshof* : CNUDCI, Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, New York, 2009, p. 70

International centre for settlement of investment disputes, Washington, d.c.

International centre for settlement of investment disputes, Washington, d.c., 14 janvier 2010, ICSID case n° ARB/06/18, *Joseph C. Lemire v/ l'Ukraine*

TABLE DES TEXTES CITES

(Les textes cités sont classés par ordre chronologique en considération de leur nature)

I. TEXTES DE DROIT INTERNE

A) Texte à valeur constitutionnelle

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789

Constitution, 4 octobre 1958

B) Textes législatifs

Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : JORF du 4 janvier 1967, p. 103

Loi n° 67-547 du 7 juillet 1967 tendant à reporter la date d'application et à préciser certaines dispositions de la loi 673 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : JORF du 9 juillet 1967, p. 6869

Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale : JORF du 10 juillet 1975, p. 7076

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services : JORF du 11 janvier 1978, p. 301

Loi n° 82-482 du 11 avril 1980 autorisant l'approbation de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

L. n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs et modifiant diverses dispositions de la loi du 1^{er} août 1905 : JORF du 22 juill. 1983, p. 2262

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises : JORF du 26 janvier 1985, p. 1097

Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 relative à la clause pénale et au règlement des dettes : JORF du 15 octobre 1985, p. 11982

Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière : JORF du 24 décembre 1986, p. 15531

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 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière* : JORF du 8 juillet 1989, p. 8541

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 *relative à l'emploi de la langue française* : JORF du 5 août 1994, p. 11392

Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 *concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial* : JORF du 2 février 1995, p. 1755

Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 *sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* : JORF du 3 juillet 1996, p. 9983

Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 *relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité*

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance en l'économie numérique* : JORF du 22 juin 2004, p. 11168

Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 *pour la confiance et la modernisation de l'économie* : JORF du 27 juillet 2005, p. 12160

Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 *relative aux contrats de partenariat* : JORF du 29 juillet 2008, p. 12144

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie* : JORF du 5 août 2008, p. 12471

Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 *portant réforme du crédit à la consommation* : JORF du 2 juillet 2010, p. 12001

Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi* : JORF du 16 juin 2013, p. 9958

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation* : JORF du 18 mars 2014, p. 5400

Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové* : JORF du 26 mars 2014, p. 5809

Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 *relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises* : JORF du 19 juin 2014, p. 10105

Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* : JORF du 17 février 2015, p. 2961

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JORF du 7 août 2015, p. 13537

C) Textes réglementaires

1. Ordonnances

Ordonnance n° 2009-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce : JORF du 21 septembre 2000, p. 14783

Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation : JORF du 25 août 2001, p. 13645

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés : JORF du 24 mars 2006, p. 4475

2. Décrets

Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services : JORF du 1^{er} avril 1978, p. 1412

Décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil : JORF du 16 juillet 1980, p. 1788

Décret n°83-817 du 13 septembre 1983 portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français SNCF : JORF du 14 septembre 1983, p. 2789

Décret n° 85-944 du 4 septembre 1985 relatif au calcul du taux effectif global : JORF du 8 septembre 1985, p. 10389

Décret n° 87-1034 du 22 décembre 1987 portant publication de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980 : JORF du 27 décembre 1987, p. 15241

Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat : JORF du 28 novembre 1991, p. 15502

Décret n° 94-761 du 31 août 1994 portant transposition de la directive n° 91/533/CEE du Conseil des communautés européennes du 14 octobre 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail et modifiant le code du travail : JORF du 2 septembre 1994, p. 12731

Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation : JORF du 3 avril 1997, p. 5123

Décret n° 2001-476 du 30 mai 2001 portant adaptation de la valeur en euros du montant exprimé en francs figurant dans le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil : JORF du 3 juin 2001, p. 8886

Décret n° 2005-1007 du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire code monétaire et financier : JORF du 25 août 2005, p. 13486

Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation : JORF du 20 mars 2009, p. 5030

Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation : JORF du 19 septembre 2014, p. 15331

Décret n° 2015-587 du 29 mai 2015 relatif aux contrats types de location de logement à usage de résidence principale : JORF du 31 mai 2015, p. 9035

3. Circulaires

Circulaire du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JORF du 31 octobre 2004, p. 18472

II. TEXTES DE DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

A) Directives et propositions de directives

Directive CE 91/533/CEE du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail : JOUE n° L288, 18 octobre 1991, p. 0032-0035

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : JOCE n° L095, 21 avril 1993, p. 0029-0034

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004*

Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 *concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil*

Directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 *relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil : JOUE 22 novembre 2011*

B) Règlements et propositions de règlements

Règlement CE (COM) n° 330/2010 du 20 avril 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : JOUE n° L 102 du 23 avril 2010*

III. TEXTES DE DROIT INTERNATIONAL

Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 *sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne*

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

– **A** –

Accès raisonnable : 93.
Accord collectif : 281.
Accord de négociation : 205.
Accord de principe : 206.
Analyse économique : 340.
Attente légitime : 140, 485.
Autonomie de la volonté : 129, 317, 385.

– **B** –

Bonne foi : 36 s., 393.

– **C** –

Cahier des charges : 225 s.
Cohérence : 352 s.
Clause : 56.
– abusive : 72 s.
– compromissoire : 46, 255 s., 322, 329, 575.
– contradictoires : 106 s., 179 s., 576, 577.
– de réserve de propriété : 108, 259 s., 587.
– d'indépendance : 249, 254, 495, 565, 578, 628.
– d'intégralité : 609 et s.
– d'interprétation : 622 s.
– de non-concurrence : 552, 592.
– de style : 434 s.
v. *Clause d'indépendance*.
– par référence :
• Conditions de validité : 60 s.
• *Instrumentum* : 155.
• *Negocium* : 157.
• Notion : 58.
v. *Obligations non matérialisées par renvoi explicite*.

– *paramount* : 596.

– pénale : 552.

Conditions générales : 61, 65, 222 s., 576.

Conditions générales et particulières : 111, 576.

Consentement éclairé : 179.

Compréhension : 176 s., 321.

Connaissance : 178 s., 321.

Connaissance : 232 s., 596.

Consensualisme : 240, 289 s., 295, 299 s., 314 s., 326, 536.

Consentement : 469.

– contractuel : 309, 470, 473.

– éclairé : 162, 164, 170.

– Imprévisibilité : 499.

– Liberté contractuelle : 484.

– libre : 162, 163.

– objectif : 494.

– obligationnel : 310, 318, 328, 331, 470, 475, 489.

– personnel : 470, 474.

– Protection : 166 s., 175.

– Sécurité juridique : 483 s.

– situationnel : 322.

– tacite : 496.

Consommateur (notion) : 74.

Consumérisation : 533 s.

Contenu contractuel : 43 s., 146 s.

Contenu obligationnel : 2, 147.

Contrat : 2.

– autonome : 262.

– -cadre : 259 s., 329, 363, 499, 587.

– d'adhésion : 86, 395, 400.

– de consommation : 74, 85 s., 317, 505, 278 s.

v. *Partie faible*

– de franchise : 25, 56, 68, 106 s., 180, 183, 266, 343, 576.

– de transport : 65, 98.

v. *Clause paramount*,
Connaissance

- de travail : 281 s.
v. *Accord collectif, Convention collective, Règlement intérieur.*
- formalisé : 242.
- formel : 236, 270 s.
- liés : 245.
- interdépendants : 248, 567.
v. *clause compromissoire, clause d'indépendance, obligation implicite de tacite caducité.*

Convention : 2.

Convention collective : 281, 362, 415, 595.

- **D** -

Déséquilibre significatif : 392, 422, 516 s.

Devis : 214 s.

Devoir d'information : 167, 508 s.

Document annexe : 193.

Document contractuel :

- Conditions d'opposabilité : 156, 197.
- Consentement objectif : 462.
- Identification : 199 s.
- *Instrumentum* : 193.
- Juge : 582.
- *Negocium* : 153.
- Notion : 196.
- Volontarisme : 416.

Document postcontractuel : 228 s.

Document précontractuel : 200 s.

Document publicitaire : 217 s., 583.

Droit de savoir : 184.

- **E** -

Economie du contrat : 340 s., 642.

Effectivité contractuelle : 347 s.

Effet relatif : 257, 389, 394.

Efficacité contractuelle : 350 s.

Effizienz contractuelle : 337 s.

Equité : 34, 37, 393, 556, 619, 631 s.

Evolution du contenu obligationnel : 113 s., 183, 185, 589 s., 599 s.

- **F** -

Facture : 229 s.

Facture pro forma : 214 s.

Force obligatoire :

- Attente légitime : 140 s.
- Autonomie de la volonté : 129 s., 385 s.
- Champ d'application : 145 s.
- Consensualisme : 314 s.
- Consentement éclairé : 170.
- Droit de la consommation : 536.
- Loi : 132 s.
- Notion : 124 s.
- Sources : 127 s.
- Utile : 136 s.

Fusion : 263 s.

- **H** -

Hardship : v. *renégociation.*

- **I** -

Instrumentum (notion) : 151, 193.

Intangibilité : 257, 388, 485, 602, 611.

Interprétation du juge : 555 s.

- Clause d'intégralité : 609 s., 614, 618 s.
- Clause d'interprétation : 622 s.
- Dénaturation : 572 s., 628.
- Ingérence : 393.
- Intangibilité : 602.
- Juste interprétation : 636.
- Lacune contractuelle : 558, 610, 627, 644, 653.
- Liberté contractuelle : 601.
- objective : 8 s., 556 s., 631 s.
- Technique d' : 102 s., 317, 407, 627, 629.
- Stricte interprétation : 637 s.
- subjective : 393, 558, 560 s., 578, 591 s., 595 s., 631.
 - Contenu du contrat : 567 s.
 - Qualification : 559 s.

– J –

Justice contractuelle : 422.

– L –

Last shot rule : 180.

Lettre d'intention : 207.

Lettre de confirmation : 230.

Liberté contractuelle :

- (notion) : 170, 386.
- (remise en cause) : 489, 536, 601.

– N –

Negocium (notion) : 153.

Non-professionnel (notion) : 75.

– O –

Obligation (notion) :

- Conception classique : 13 s.
- Conception dualiste : 8 s.
- Conception objective : 6 s.

Obligation d'information : 508 s.

Obligation de renégociation : 642 s., 646 s.

Obligation de sécurité : 393.

Obligation consensuelle (notion) : 308.

Obligation imposée : 23 s.

- Obligation essentielle : 24 s.
- Obligation accessoire : 27 s.
- Bonne foi : 37.

Obligation non matérialisée :

- Clause d'intégralité : 620.
- Interprétation : 557, 564, 569.
- (notion) : 47.
- Renégociation : 648.
- Sécurité juridique : 525, 661 s.

Obligation non matérialisée par renvoi explicite : 45.

- Acceptation : 64 s., 96 s.
- Accessibilité
 - intellectuelle : 174, 176 s.

- matérielle : 92 s., 174.
- temporelle : 96 s.

v. *Compréhension, Connaissance.*

- Clause abusive (non) : 85 s., 456.
- Clause de style : 434.
- Consensualisme : 399.
- Consentement éclairé (remise en cause) : 172 s., 457, 493.
- Contrat d'adhésion : 86.
- Contrat d'assurance : 85.
- Contrats de distribution : 69.
- Economie : 431.
- Force obligatoire : 148, 155 et s., 402, 586.
- Obligation d'information : 167, 176.
- Obligation de renseignement : 98.
- Solidarisme : 456 s.
- Utilitarisme : 431 s.
- Volontarisme : 399 s.

v. *Clause par référence.*

Obligations non matérialisées par renvoi implicite : 46.

- Autonomie de la volonté : 357 et s., 493.
- Clause abusive (oui) : 275, 452, 523.
- Clause compromissaire : 256.
- Clause de réserve de propriété : 260.
- Cohérence : 353.
- Contrat de bail : 274.
- Contrat de travail : 281 s.
- Contrat formalisé : 243 s.
- Contrats liés : 246 s.
- Contrat non formel : 239 s.
- Documents contractuels : 194, 210 s., 218, 223, 226, 229 s., 233.
- Economie du contrat : 344.
- Effectivité : 348.
- Efficacité : 351.
- Efficience : 338.
- Formalisme : 270 s.

- Fusion : 265.
- implicite de tacite caducité : 254, 351, 353, 362, 366, 412, 428, 494, 564, 578.
- Professionnel : 278, 583.
- Solidarisme : 451 s.
- Utilitarisme : 428 s.
- Utilité obligationnelle : 365 s.
- Volontarisme : 406 s.
- Volonté
 - réelle : 414 s.
 - déclarée : 411 s.

Obligation volontaire : 40 s.

Opposabilité (tiers) : 394.

- \mathcal{P} -

Parole evidence rule : 610.

Partie faible : 453 s., 505.

Pourparlers à forme contractuelle (notion) : 204.

v. Accord de négociation, Accord de principe, Lettre d'intention, Protocole d'accord.

Pouvoirs du juge :

- Pourvoir modérateur : 549 s.
- Pouvoir d'interprétation : *v. Interprétation.*

Pratique anticoncurrentielle : 392.

Pratique commerciale trompeuse : 513 s.

Principes de droit européen des contrats : 180, 614, 642.

Principes UNIDROIT : 23, 36, 40, 180, 352, 614, 642.

Protocole d'accord : 208.

- \mathcal{R} -

Règlement intérieur : 282.

Révision pour imprévision : 388, 602.

- \mathcal{S} -

Sécurité juridique :

- Équité : 632.
- Clause d'intégralité : 612.
- Consentement : 483 s.
- Imprévisibilité : 500.
- Pouvoir judiciaire : 636, 434, 571 s.
- (notion) : 380, 479 s.
- Volonté réelle : 408.

Solidarisme : 440 s.

- Interventionnisme judiciaire : 442, 448 s.
- « pessimiste » : 440, 447.
- Partie faible : 453.
- « optimiste » : 440, 446.

- \mathcal{T} -

Théorie de l'apparence : 495.

- \mathcal{U} -

Usages : 30.

Utilitarisme : 420 s., 427.

Utile (notion) : 136.

Utilité :

- économique : 436.
- obligationnelle (notion) : 364 s.
- sociale : 421.

- \mathcal{V} -

Valeurs contractuelle et interprétative : 618.

Vices du consentement : 168.

Volontarisme : 384 s.

- Autonomie de la volonté : 385.
- Clause d'intégralité : 612.
- Force obligatoire : 403.
- Juge : 388, 393.
- Législateur : 387, 392.
- Liberté contractuelle : 385.
- Parties : 386, 395.

- Tiers : 389, 394.
 - Volonté : 407 s.
- Volontés interne et déclarée (distinction) : 406.**

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE.....	10
INTRODUCTION.....	11
I. Définition de la notion d'obligation	16
II. La catégorisation des obligations contractuelles.....	32
PARTIE 1 : L'IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES DANS LES CONTRATS.....	59
TITRE 1 : LES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES PAR RENVOI EXPLICITE	62
Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi explicite	64
Section 1 : L'identification des clauses par référence	65
Paragraphe 1 : Le mécanisme de la clause par référence	65
I. La notion de clause par référence.....	66
II. Les conditions d'existence des clauses par référence	69
A) La conscience par le cocontractant que l'obligation fait partie du champ contractuel.....	70
B) La prise de connaissance du contenu de l'obligation par le cocontractant.....	72
Paragraphe 2 : Les manifestations de la clause par référence	78
I. La clause par référence dans les contrats de distribution	78
II. La clause par référence dans les contrats soumis à la réglementation consomériste relative aux clauses abusives	81
A) Le champ d'application de la réglementation relative aux clauses abusives	81
1) Les personnes concernées par la réglementation relative aux clauses abusives	81
2) Les contrats concernés par la réglementation relative aux clauses abusives	86
3) Les clauses concernées par la réglementation relative aux clauses abusives	90
B) Le caractère obligatoire des clauses par référence révélée par l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation.....	92
Section 2 : Les difficultés liées au recours des clauses par référence	96
Paragraphe 1 : Les difficultés relatives à l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite	97
I. Les difficultés matérielles d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite	97

A) La technique d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite	98
B) Le moment de l'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite	102
II. Les difficultés intellectuelles d'accès au contenu des obligations non matérialisées par renvoi explicite	105
Paragraphe 2 : Les difficultés relatives à l'exécution des obligations non matérialisées par renvoi explicite	111
I. Les clauses contradictoires	112
A) La contradiction entre les deux cocontractants	112
B) Le contradiction émise par un seul des cocontractants.....	117
II. L'évolution dans le temps du contenu des obligations référencées.....	119
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	124
Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi explicite	126
Section 1 : L'obligatorité des obligations non matérialisées justifiée par le principe de la force obligatoire	126
Paragraphe 1 : La notion de force obligatoire	127
I. Le contenu de la notion de force obligatoire.....	127
II. Les sources de la force obligatoire.....	130
A) Les analyses traditionnelles des sources de la force obligatoire	130
1. L'autonomie de la volonté.....	130
2. La loi.....	133
B) Les analyses renouvelées des sources de la force obligatoire	135
1. L'utile	135
2. L'attente légitime.....	137
Paragraphe 2 : Le champ d'application de la force obligatoire : le contenu contractuel	141
I. L'identification du contenu contractuel obligationnel	141
A) La nature obligationnelle du contenu contractuel	142
B) La localisation du contenu contractuel	144
II. Le contenu contractuel : un renfort à la qualification de fondement de la force obligatoire s'agissant des obligations non matérialisées par renvoi explicite	148
Section 2 : Les limites de l'application de la force obligatoire : la remise en cause du caractère éclairé du consentement des parties	150
Paragraphe 1 : La justification de la limitation de la force obligatoire	151
I. L'identification de la notion par la distinction entre les caractères libre et éclairé du consentement.....	151
A) La distinction relative aux notions de caractères libre et éclairé du consentement	151
B) La distinction relative aux mécanismes de protection des caractères libre et éclairé du consentement	154

II. La nécessité d'un consentement éclairé pour la mise en œuvre de la force obligatoire.....	157
Paragraphe 2 : La révélation de la limitation de la force obligatoire	160
I. La remise en cause du caractère éclairé du consentement par l'absence de compréhension du contenu des obligations	161
II. La remise en cause du caractère éclairé du consentement par l'absence de connaissance du contenu des obligations.....	166
A) Les clauses contradictoires.....	166
B) Les clauses susceptibles d'évolution dans le temps	172
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2	 177
 CONCLUSION DU TITRE 1.....	 178
 TITRE 2 : LES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES PAR RENVOI IMPLICITE	 180
 Chapitre 1 : La révélation des obligations non matérialisées par renvoi implicite	 181
 Section 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite relevant du contenu des documents contractuels.....	 181
Paragraphe 1 : La notion de document contractuel	182
I. La justification de l'analyse des documents contractuels : des obligations non matérialisées par renvoi implicite par nature.....	182
II. Les conditions du caractère obligatoire des documents contractuels ..	184
Paragraphe 2 : L'identification des documents contractuels	187
I. Les documents contractuels participant à la formation du contrat : les documents précontractuels	187
A) Les documents préparatoires : l'exemple des pourparlers à forme contractuelle.....	187
1. L'identification des pourparlers à forme contractuelle.....	190
2. La justification de l'utilisation pratique des pourparlers à forme contractuelle comme des obligations non matérialisées par renvoi explicite	195
B) Les documents informatifs, descriptifs et indicatifs.....	197
1. Les devis et les factures pro forma	197
2. Les documents publicitaires	199
II. Les documents contractuels participant à l'exécution du contrat	201
A) Les documents existant en amont de la conclusion du contrat.....	201
1. Les conditions générales.....	202
2. Le cahier des charges.....	204
B) Les documents post-contractuels.....	206
1. L'existence de documents post-contractuels « généraux » : les exemples de la facture et de la lettre de confirmation	206
2. L'existence de documents post-contractuels « spécifiques »: l'exemple du connaissance.....	209

Section 2 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite ne relevant pas du contenu des documents contractuels.....	212
Paragraphe 1 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels	213
I. La justification des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels.....	213
A) La compatibilité entre les obligations non matérialisées par renvoi implicite et les contrats non formalisés	214
B) La compatibilité entre les obligations non matérialisées par renvoi implicite et les contrats formalisés	215
II. La constatation de l'existence des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats non formels	218
A) L'hypothèse du contrat « lié » à un autre contrat.....	218
1. Les contrats interdépendants	219
a) Le mécanisme de l'interdépendance contractuelle.....	219
b) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite	225
α – La révélation d'une obligation implicite de tacite caducité....	225
β – La reconnaissance de l'inter-applicabilité de clauses compromissaires.....	229
2. Les obligations non matérialisées par renvoi implicite consacrées dans les contrats-cadre et d'application	232
B) L'hypothèse des contrats « autonomes » : l'exemple de la clause tacite d'intransmissibilité du contrat intuitu personae en cas de fusion	235
Paragraphe 2 : Les obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels	240
I. L'apparente incompatibilité entre les contrats formels et les obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	241
A) La contradiction apparente entre le formalisme et l'absence de matérialisation	242
B) La prohibition légale des obligations non matérialisées par renvoi implicite dans certains contrats formels	244
II. La révélation de l'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans les contrats formels	247
A) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite à la charge du professionnel dans les contrats de consommation	247
B) L'existence d'obligations non matérialisées par renvoi implicite dans le contrat de travail	250
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	256
Chapitre 2 : Le fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite	257
Section 1 : L'analyse traditionnelle consensualiste du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite limitée.....	257
Paragraphe 1 : La présomption de consensualisme	258
I. La notion de consensualisme.....	258

A) L'approche historique du consensualisme	258
1. L'émergence du principe du consensualisme	259
2. L'avènement du principe du consensualisme par le Code civil ...	263
B) La mise en œuvre du consensualisme.....	265
1. L'accroissement des limites au consensualisme.....	265
2. La subsistance du consensualisme au titre de principe.....	269
II. Le fondement apparent de la force obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite	272
A) Du consensualisme contractuel au consensualisme obligationnel ..	273
1. La justification du consensualisme obligationnel : les obligations composantes du contrat	273
2. La mise en œuvre du consensualisme obligationnel	275
B) L'interaction entre les notions de force obligatoire et de consensualisme	277
1. L'interdépendance entre les notions de force obligatoire et de consensualisme	278
2. La méthode prétorienne d'interprétation des contrats : la recherche de la commune intention des parties.....	280
Paragraphe 2 : Le rejet du consensualisme.....	283
I. La possible remise en cause du consentement des parties	284
II. Les incompatibilités entre l'existence d'un acte instrumentaire et le consensualisme obligationnel	287
A) Le rejet du consensualisme obligationnel dans les contrats formalisés	287
1. Le consensualisme : le choix de la forme.....	287
2. L'incohérence entre la formalisation du contrat par les parties et le consensualisme obligationnel.....	289
B) Le rejet du consensualisme obligationnel dans les contrats formels	291
 Section 2 : L'analyse renouvelée du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	293
Paragraphe 1 : L'application hétérogène des fondements envisageables.....	294
I. Les fondements axés sur des considérations économiques.....	294
A) L'efficacité contractuelle.....	294
B) L'économie du contrat.....	298
II. Les fondements axés sur les effets du contrat.....	307
A) L'analyse objective des effets du contrat : l'effectivité contractuelle	307
B) L'analyse subjective des effets du contrat.....	309
1. L'efficacité contractuelle	309
2. La cohérence contractuelle	312
Paragraphe 2 : L'application homogène du fondement envisagé.....	315
I. Les critères nécessaires au fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	315
A) Un fondement élargissant le champ d'appréciation de l'autonomie de la volonté	315
B) Un fondement d'appréciation générale.....	318
1. Un fondement d'appréciation subjective et objective	318

2. Un fondement dépassant les seules considérations d'ordre économique.....	321
II. La mise en exergue du fondement des obligations non matérialisées par renvoi implicite : l'utilité obligationnelle.....	322
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	327
CONCLUSION DU TITRE 2.....	329
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	331
PARTIE 2 : LE TRAITEMENT DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES DANS LES CONTRATS.....	333
TITRE 1 : LE TRAITEMENT LEGAL DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES.....	336
Chapitre 1 : Le traitement admis en considération de l'appréhension du contrat	337
Section 1 : L'approche traditionnelle du contrat : le volontarisme	337
Paragraphe 1 : Le contenu de l'appréhension volontariste traditionnelle du contrat	338
I. Le contenu de la vision volontariste du contrat.....	338
II. Les limites de la vision volontariste du contrat	347
Paragraphe 2 : La reconnaissance volontariste limitée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées	359
I. L'accueil volontariste du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite	359
A) L'intervention de la volonté ne portant en apparence que sur le mécanisme de la clause par référence.....	360
B) La justification de la force obligatoire par l'autonomie de la volonté au service de la reconnaissance du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite	362
II. Le rejet volontariste des obligations non matérialisées par renvoi implicite	363
A) La distinction entre la volonté interne et la volonté déclarée des parties.....	364
B) L'application de la distinction aux obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	367
1. La remise en cause du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite par la volonté déclarée	367
2. La remise en cause du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite par la volonté interne.....	369
Section 2 : Les approches modernes du contrat	372
Paragraphe 1 : L'appréhension utilitariste du contrat.....	372
I. Le contenu de l'appréhension utilitariste du contrat	372
II. La reconnaissance utilitariste du caractère obligatoire de l'ensemble des obligations non matérialisées.....	379

A) La reconnaissance justifiée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	379
B) La reconnaissance critiquée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	382
1. L'acceptation utilitariste des obligations non matérialisées par renvoi explicite	383
2. L'accentuation des inégalités entre les parties par l'accueil utilitariste des obligations non matérialisées par renvoi explicite....	384
Paragraphe 2 : L'appréhension solidariste du contrat	386
I. Le contenu de l'appréhension solidariste du contrat.....	387
A) L'exposé de l'appréhension solidariste du contrat.....	387
B) Les critiques relatives à l'appréhension solidariste du contrat.....	393
1. Les critiques relatives au fondement du solidarisme contractuel .	393
2. Les critiques relatives à la mise en œuvre du solidarisme contractuel	396
II. La reconnaissance solidariste conditionnée du caractère obligatoire des obligations non matérialisées.....	398
A) La généralisation du rejet consumériste des obligations non matérialisées par renvoi implicite à l'ensemble des parties faibles.....	399
B) Le renforcement du traitement des obligations non matérialisées par renvoi explicite nécessité par les impératifs de protection relatifs aux parties faibles	402
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	406
Chapitre 2 : La généralisation de la prohibition des obligations non matérialisées	408
Section 1 : Une prohibition justifiée par une insécurité juridique relevant du droit commun.....	408
Paragraphe 1 : L'importance contractuelle du consentement.....	408
I. Le consentement : condition de validité de la formation et de la fixation du contenu des contrats.....	409
A) La prééminence du consentement en matière contractuelle	409
B) Le déclin pratique du consentement	411
II. Le consentement : pilier de la sécurité juridique	418
A) La notion de sécurité juridique	418
B) Le consentement au service de la sécurité juridique	424
Paragraphe 2 : Les imperfections du consentement s'agissant des obligations non matérialisées dans les contrats.....	427
I. Les insuffisances du consentement s'agissant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi explicite	427
II. Les insuffisances du consentement s'agissant du caractère obligatoire des obligations par renvoi implicite.....	429
A) Des obligations non expressément voulues par les parties.....	430
B) Le défaut de prévisibilité résultant du caractère obligatoire des obligations non matérialisées par renvoi implicite	435

Section 2 : Une prohibition encouragée par le droit de la consommation.....	437
Paragraphe 1 : La justification de la consumérisation du droit : le droit de la consommation berceau de la reconnaissance de la dangerosité des mécanismes.....	438
I. La théorie au service de la justification : le droit de la consommation au service de la protection du plus faible	438
II. La pratique au service de la justification : la généralisation de réglementations d’origines consuméristes.....	441
A) La consumérisation du droit commun : la généralisation annoncée d’un devoir légal d’information.....	441
B) La consumérisation des contrats conclus entre professionnels	448
1. La généralisation des pratiques commerciales trompeuses révélatrice de la consumérisation directe des contrats conclus entre professionnels	448
2. La généralisation de la réglementation relative au déséquilibre significatif révélatrice de la consumérisation indirecte des contrats conclus entre professionnels.....	454
Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la consumérisation du droit commun .	461
I. La généralisation de la prohibition des obligations non matérialisées..	461
A) La généralisation de l’objet de la prohibition consumériste.....	462
1. Une prohibition consumériste limitée aux seules obligations non matérialisées par renvoi implicite.....	462
2. Une extension nécessaire de la prohibition à l’ensemble des obligations non matérialisées.....	464
B) La généralisation des sujets bénéficiant de la prohibition consumériste	465
1. Une prohibition consumériste limitée aux seuls consommateurs et non-professionnels.....	465
2. Une extension nécessaire de la prohibition à l’ensemble des contrats indépendamment de la qualité des parties	466
II. Vers une consumérisation du droit commun des contrats	467
A) Une consumérisation nécessaire du droit commun	468
B) Une consumérisation prudente du droit commun.....	470
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2	 474
 CONCLUSION DU TITRE 1.....	 475
 TITRE 2 : LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES OBLIGATIONS NON MATERIALISEES ..	 476
Chapitre 1 : La nécessité de redéfinir les pouvoirs du juge	477
Section 1 : La dualité des prérogatives judiciaires	477
Paragraphe 1 : Le pouvoir modérateur du juge	477
I. Le contenu du pouvoir modérateur du juge	477
II. La mise en œuvre du pouvoir modérateur du juge en matière contractuelle.....	481
Paragraphe 2 : Le double pouvoir d’interprétation du juge.....	487

I. L'interprétation objective du contrat : l'éloignement de la commune intention des parties	487
II. L'interprétation subjective du contrat : la recherche de la commune intention des parties	490
A) L'interprétation subjective portant sur la qualification du contrat ..	490
1. Le contenu de l'interprétation subjective de la qualification du contrat	490
2. Le dépassement de son pouvoir par le juge par la découverte des obligations non matérialisées.....	494
B) L'interprétation subjective portant sur le contenu du contrat.....	497
 Section 2 : La mise en œuvre des pouvoirs du juge source d'insécurité juridique	500
Paragraphe 1 : Le risque de dénaturation de la volonté des parties.....	501
I. Un risque de dénaturation révélé par le caractère obligatoire des obligations non matérialisées.....	501
A) Des obligations non matérialisées difficilement rattachables à la commune intention des parties	501
B) Des obligations non matérialisées portant atteinte à la commune intention des parties	506
II. Un risque de dénaturation atténué par le caractère obligatoire des obligations non matérialisées.....	509
A) Des obligations non matérialisées au service de la recherche de la commune intention des parties	509
B) Des obligations non matérialisées relevant de la commune intention des parties	512
Paragraphe 2 : L'imprévisibilité relative à l'évolution du contenu obligationnel du contrat	514
I. L'exercice de ses pouvoirs par le juge à l'origine de l'évolution du contenu obligationnel	514
A) La constatation des évolutions du contenu obligationnel par le juge	515
B) Une évolution du contenu obligationnel constatée s'agissant des obligations non matérialisées.....	518
II. Les conséquences des évolutions du contenu obligationnel par le juge	522
 CONCLUSION DU CHAPITRE 1	528
 Chapitre 2 : La mise en œuvre de la redéfinition des pouvoirs du juge.....	530
 Section 1 : Les limitations contractuelles relatives au forçage du contrat par le juge	530
Paragraphe 1 : La clause d'intégralité, préalable au renforcement de l'intangibilité du contenu obligationnel.....	530
I. Les finalités de la clause d'intégralité	531
II. Le régime de la clause d'intégralité	535
Paragraphe 2 : La consolidation de l'intangibilité du contrat.....	540

I. L'interprétation judiciaire exclue de la portée de la clause d'intégralité	540
II. Le renforcement de la clause d'intégralité par une clause d'interprétation	544
Section 2 : Les limitations légales relatives au forçage du contrat par le juge.	547
Paragraphe 1 : Les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge	548
I. Des pouvoirs limités à la constatation de lacunes contractuelles	548
II. Des pouvoirs limités à l'application de l'article 1135 du Code civil : le maintien conditionné de l'interprétation objective	552
Paragraphe 2 : Les moyens utilisés pour la mise en œuvre de ses pouvoirs par le juge	557
I. Le retour de la juste interprétation vers la stricte interprétation du contrat	558
II. La mise en place d'une obligation de renégociation	563
A) L'opportunité de la mise en place d'une obligation de renégociation	563
B) L'encadrement de l'obligation de renégociation	567
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	571
CONCLUSION DU TITRE 2	573
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	574
CONCLUSION GENERALE	576
BIBLIOGRAPHIE	581
TABLE DES DECISIONS, ARRETS, JUGEMENTS ET AVIS CITES	630
TABLE DES TEXTES CITES	660
INDEX ALPHABETIQUE	665
TABLE DES MATIERES	670