



HAL
open science

Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé.

Marc Cassiède

► **To cite this version:**

Marc Cassiède. Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé.. Droit. Université de Bordeaux, 2018. Français. NNT : 2018BORD0278 . tel-01961112

HAL Id: tel-01961112

<https://theses.hal.science/tel-01961112>

Submitted on 19 Dec 2018

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 PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

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

Par **Marc CASSIÈDE**

Les pouvoirs contractuels

Étude de droit privé

Sous la direction de Mme le Professeur Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Soutenue le 30 novembre 2018

Membres du jury :

Mme Judith ROCHFELD

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

M. Thierry REVET

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, *rapporteur*

M. Guillaume WICKER

Professeur à l'Université de Bordeaux, *président du jury*

Mme Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Professeur à l'Université de Bordeaux, *directrice de thèse*

Avertissement

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

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord à Mme Le Professeur Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, pour avoir dirigé ces recherches avec tant d'attention et de rigueur. Pour son soutien, ses conseils avisés et sa bienveillance, qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Je remercie ensuite Mme le Professeur Judith ROCHFELD ainsi que MM. les Professeurs Thierry REVET et Guillaume WICKER, qui m'ont fait l'honneur de siéger dans mon Jury de soutenance, pour le temps et la contribution accordés à l'évaluation de ce travail.

Enfin, je voudrais remercier Ségolène et mes parents pour leur soutien, même dans les moments les plus sombres, qui ont ainsi, pendant de longues années, supporté mes humeurs...

Titre : Les pouvoirs contractuels, étude de droit privé.

Résumé : L'évolution contemporaine du droit privé des contrats est marquée par la multiplication des hypothèses dans lesquelles l'une ou l'autre des parties dispose de la possibilité d'agir seule sur le contenu ou le sort d'un contrat définitivement formé. Par exemple, depuis 1995, il est admis que l'une des parties à un contrat-cadre puisse seule fixer le prix. De même, en cas de manquement grave de l'une des parties, l'autre peut, à ses risques et périls, procéder à la résolution du contrat. Ces deux types de prérogatives contractuelles appartiennent à une catégorie plus large que la doctrine désigne couramment sous le nom de « pouvoirs contractuels ». Or, les pouvoirs contractuels viennent perturber les règles traditionnelles du droit privé des contrats à deux égards. D'une part, les pouvoirs contractuels introduisent une logique unilatéraliste, synonyme d'inégalité, dans le contrat qui répond traditionnellement à une logique consensualiste synonyme d'égalité. D'autre part, le mécanisme des pouvoirs contractuels implique une redéfinition de la place du juge dans le contentieux contractuel puisque ce dernier ne devra plus nécessairement être saisi pour trancher les litiges entre les parties relatifs à l'exécution du contrat. Celui-ci sera saisi postérieurement à la modification des effets du contrat décidée unilatéralement, et ce, par la partie qui entend en contester la régularité. Consacrer une étude aux pouvoirs contractuels suppose donc de chercher à identifier plus précisément ce mécanisme qui vient introduire dans le contrat une logique de pouvoir qui n'est pas la sienne, puis, de tenter de définir les contours de l'intervention du juge.

Mots-clés : pouvoirs contractuels – unilatéralisme – droits potestatifs – modification des effets du contrat – acte unilatéral – force obligatoire – contrôle judiciaire – abus – bonne foi.

Title: Contractual powers, study of private law.

Abstract: The contemporary evolution of the private law of contracts is marked by the multiplication of the hypotheses in which one or other of the parties has the possibility of acting alone on the content or fate of a definitively formed contract. For example, since 1995, it has been accepted that one of the parties to a framework contract can only fix the price. Similarly, in the event of a serious breach by one of the parties, the other party may, at his own risk, proceed to the termination of the contract. These two types of contractual prerogatives belong to a broader category that the doctrine commonly refers to as "contractual powers". However, contractual powers disrupt the traditional rules of private contract law in two respects. On one hand, contractual powers introduce a unilateralist logic, synonymous with inequality, in the contract that traditionally responds to a consensualist logic synonymous with equality. On the other hand, the mechanism of contractual powers implies a redefinition of the judge's place in contractual disputes since the latter will no longer necessarily be seized to settle disputes between the parties relating to the performance of the contract. It will be seized after the modification of the effects of the contract decided unilaterally, and this, by the party who intends to contest the regularity. To devote a study to the contractual powers therefore presupposes seeking to identify more precisely this mechanism that introduces into the contract a logic of power that is not its own, and then attempts to define the contours of the judge's intervention.

Keywords : contractual powers - unilateralism - potestative rights - modification of the effects of the contract - unilateral act - binding force - judicial review - abuse - good faith.

Principales abréviations.

al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. Plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Assoc.	Association
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cours de cassation (chambres civiles)
C.A.	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CCC	Contrats concurrence consommation (revue)
CE	communauté européenne
C.E.	Conseil d'État.
CEDH	convention européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
contra	en sens contraire
CPC	Code de procédure civile
CVIM	Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises
D.	Dalloz (Recueil)
D. aff.	Dalloz Affaires
D.C.	Décision du conseil constitutionnel
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
DH	Dalloz (Hebdomadaire)
DP	Dalloz périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine (revue)
Dr. Soc.	Droit Social (Périodique)
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. pal.	Gazette du Palais

ibid.	référence précitée
in	dans
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides
Juris.-Class.	Jurisclasseur (Encyclopédie)
JCP. G.	Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP. E.	Jurisclasseur périodique, édition Entreprise et affaires
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
not.	notamment
obs.	Observations
op. cit.	Référence déjà cotée
p.	page
PDEC	Principes du droit européen des contrats
préc.	Précité
Préf.	Préface
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	Rapprocher
RDC	Revue des contrats
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil Dalloz (Encyclopédie)
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy Droit civil
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant(e)s
S.	Recueil Sirey
SLC	Société de législation comparée
Som. comm.	Sommaire commenté
sous la dir. de	sous la direction de
spéc.	spécialement
t.	tome
T.C.	Tribunal des conflits

TGI	Tribunal de grande instance
th. dactyl.	Thèse dactylographiée
trad.	traduit, traduction
v.	voir
V°	Verbo
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE I L'IDENTIFICATION DES POUVOIRS CONTRACTUELS

Titre I – LES MANIFESTATIONS DES POUVOIRS CONTRACTUELS

Chapitre I : Le domaine des pouvoirs contractuels

Chapitre II : L'objet des pouvoirs contractuels

Chapitre III : Le support de l'expression des pouvoirs contractuels

Titre II – LA QUALIFICATION DES POUVOIRS CONTRACTUELS

Chapitre I : Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs

Chapitre II : Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs finalisés

PARTIE II LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES POUVOIRS CONTRACTUELS

Titre I – L'OBJET DU CONTRÔLE

Chapitre I : Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels

Chapitre II : Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels

Titre II – LES MESURES À LA DISPOSITION DES JUGES

Chapitre I : Les mesures à la disposition du juge des référés

Chapitre II : Les mesures à la disposition des juges du fond

Conclusion générale

INTRODUCTION

1. **Présentation du phénomène de pouvoir contractuel.**- S'il est, selon les mots du doyen CARBONNIER, « bien plus naturel à l'homme de vouloir seul que de vouloir à deux »¹, ce penchant naturel de l'homme à vouloir seul est cependant classiquement appelé à disparaître une fois que celui-ci s'est engagé contractuellement.

En effet, une fois le contrat définitivement formé, il est généralement enseigné qu'aucune modification de cet accord ne peut, par principe, résulter de la volonté d'une seule des parties. Destinée à préserver la sécurité des relations contractuelles, cette règle qui fait interdiction à une partie de revenir seule sur sa parole pour redéfinir les termes d'un accord ou pour s'en délier, trouve son origine dans le corollaire du principe de force obligatoire, à savoir, le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat. Ce principe garantit alors que le consensualisme, demeure, même au stade de l'exécution, le principe premier du contrat. De la sorte, seul un accord des parties doit permettre à ces dernières de modifier les effets d'un contrat définitivement formé.

À cela il faut ajouter que si l'une des parties entend se délier en raison de l'inexécution commise par son cocontractant, les principes contractuels classiques lui imposent de s'adresser au juge.

Cependant, ces principes traditionnels du droit des contrats apparaissent de plus en plus remis en cause. Par exemple, quand un contractant subit, aujourd'hui, une inexécution suffisamment grave, le droit positif lui reconnaît la possibilité de résoudre seul le contrat qui l'unissait au débiteur défaillant, et ce, sans avoir besoin de l'accord de ce dernier ni de s'adresser préalablement au juge². De même, il est aujourd'hui admis que l'une des parties puisse, en cours d'exécution d'un contrat-cadre ou d'un contrat de prestation de service, fixer seule le prix, sans s'adresser préalablement à son cocontractant pour trouver un accord³. À ces exemples, et sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'ajouter les différents droits de résiliation reconnus, entre autres, aux parties à un contrat de bail d'habitation qui permettent à leurs titulaires de se délier seuls⁴. Ou encore, il est possible de citer les différents droits de rétractation offerts aux

¹ v. : J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, PUF, 1963, n° 10, p. 37.

² v. : l'art. 1226 du C. civ.

³ Dans les contrats-cadre, cette possibilité de déterminer unilatéralement le prix est aujourd'hui reconnue par l'art. 1164 du C. civ. Dans les contrats de prestation de service, elle est reconnue par l'art. 1165 du C. civ.

⁴ v. par ex. : L'art. 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui permet au preneur peut résilier le contrat à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis de trois mois. Préavis qui peut être réduit à un mois notamment en cas de mutation ou de perte d'emploi, ou encore si le locataire est âgé de plus de soixante ans, dans l'hypothèse où son état de santé justifie un changement de domicile (art. 15, I.). A l'opposé, le bailleur ne peut donner congé qu'à l'arrivée du terme du contrat et moyennant un délai de préavis de six mois, et il doit alléguer un motif de reprise défini par la loi. Il s'agit soit de la décision de reprendre ou de vendre le logement, soit d'un motif légitime et sérieux (art. 15, I, al. 1 et 2).

consommateurs qui autorisent ces derniers à revenir sur leur parole pour se délier sans l'accord du professionnel¹.

L'évolution contemporaine du droit des contrats apparaît ainsi marquée par la multiplication des hypothèses dans lesquelles une partie dispose de la possibilité de « vouloir seule », c'est-à-dire, plus précisément, de modifier seule les effets d'un contrat définitivement formé. Or, ce sont ces différentes possibilités conférées à l'une ou l'autre des parties de modifier seule les effets d'un contrat définitivement formé que la doctrine désigne, couramment, sous le nom de « pouvoirs contractuels »².

Le développement des pouvoirs contractuels entraîne alors des changements profonds dans la matière contractuelle puisque ces derniers permettent à une partie d'intervenir seule, là où l'intervention des deux parties ou du juge était auparavant requise. En cela, le phénomène de pouvoir contractuel suscite traditionnellement un vif intérêt en doctrine.

2. Un phénomène souvent appréhendé de manière trop large ou trop étroite.- En raison des transformations que son admission implique en matière contractuelle, le phénomène de pouvoir contractuel interpelle la doctrine. Cependant, il est possible de constater que si ce phénomène a déjà pu faire l'objet d'études doctrinales, il n'est toutefois que rarement étudié, de manière précise, en lui-même.

Bien souvent, l'analyse des pouvoirs contractuels se trouve ainsi intégrée dans le cadre de travaux dont le champ d'étude en dépasse la seule appréhension. En ce sens, il est par exemple possible de faire allusion aux travaux dédiés à l'unilatéralisme en droit des contrats³.

En effet, la notion d'unilatéralisme appliquée au droit des contrats doit permettre de saisir, très prosaïquement, tout ce qui, en matière contractuelle, dépend de « l'action d'un seul », c'est-à-dire des agissements d'une seule des parties⁴. Or, « l'action d'un seul » en matière

¹ v. par ex. : les pouvoirs de rétractation en matière de contrats conclus à distance, lors d'un démarchage téléphonique, ou hors établissements (art. L. 221-18 du C. consom.). Ou encore, les pouvoirs de rétractation dans le cadre des contrats de crédit à la consommation (art. L. 312-19 du C. consom.).

² Autrement dit, la notion de pouvoir contractuel se trouve être une notion d'origine doctrinale. Il est ainsi possible d'en trouver trace sous la plume de : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 175 et s., p. 129 et s., où l'auteur oppose, d'ailleurs, les pouvoirs contractuels qu'il définit comme des prérogatives juridiques reconnues par le droit objectif, aux simples rapports factuels de pouvoirs dans le contrat. *Adde*, pour l'emploi de cette notion : D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 558 et s., spéc., n° 1 ; Ph. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 681 et s., spéc., n° 2. Toutefois, il est possible de constater que cette notion n'est pas encore employée par le législateur ou la jurisprudence.

³ v. par ex. : V. LÊ-COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. université Paris-Sud, 2009 ; C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats : Essai de rationalisation*, th. Nice, 2011 ; G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, sous la dir. de G. LARDEUX, Dalloz, 2011, p. 7 ; S. BROS, « La place de l'unilatéralisme progrès ou danger ? », RDC 2012, p. 1452 et s. ; P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. CHASSAGNARD-PINET, Mare & Martin, 2014 ; Th. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, p. 887 et s. *Adde*, le colloque : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, dont les interventions sont, pour leur majorité, dédiées à l'étude des manifestations de l'unilatéralisme en droit des contrats.

⁴ Le terme « unilatéralisme » fut originellement employé en géopolitique pour désigner l'action d'un État qui agit seul en se dispensant du consentement préalable de ses partenaires. Plus généralement, ce terme est aujourd'hui employé pour désigner le comportement de celui qui agit seul. C'est sur ce point que le langage courant et le

contractuelle ne se limite pas à la possibilité offerte à l'une ou l'autre des parties d'imposer, à son cocontractant, une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

Comme le révèlent les études dédiées à l'unilatéralisme, cette notion, dont l'objet est de saisir l'action d'une seule des parties en matière contractuelle, doit permettre d'appréhender des phénomènes tels que l'élaboration des termes du contrat par une seule des parties¹, l'émission d'une offre, ou encore, l'acceptation², c'est-à-dire des phénomènes qui ne correspondent pas à la modification des effets du contrat définitivement formé en ce qu'ils se situent dans la phase de formation du contrat.

En outre, même une fois le contrat définitivement formé, l'unilatéralisme permet de décrire des phénomènes qui ne se réduisent pas à la possibilité conférée à l'une des parties de modifier seule les effets d'un tel accord. L'unilatéralisme permet, par exemple, de décrire la possibilité conférée à l'une ou l'autre des parties par une clause de *hardship*, mais aussi, aujourd'hui, par le nouvel article 1195 du Code civil, d'initier le processus de renégociation des termes du contrat en cas de changement imprévisible de circonstances rendant l'exécution excessivement onéreuse. Si disposer de la possibilité d'initier seul le processus de renégociation des termes du contrat correspond bien à une manifestation de l'unilatéralisme contractuel, cette manifestation ne correspond pas, pour autant, à celle d'un pouvoir contractuel en ce qu'elle ne permet pas à l'une des parties d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat qui les unit. Ici, il s'agit seulement d'initier un processus de renégociation qui peut aboutir à une modification conventionnelle ou judiciaire du contrat.

De la sorte, le phénomène de pouvoir contractuel apparaît comme étant simplement une manifestation particulière du phénomène plus vaste qu'est l'unilatéralisme en matière contractuelle³. Autrement dit, le domaine d'étude de l'unilatéralisme apparaît trop large. Il dépasse et englobe l'analyse du seul phénomène de pouvoir contractuel.

Parmi ces études dont le domaine dépasse et englobe le phénomène de pouvoir contractuel, il est également possible d'évoquer les travaux dédiés à la potestativité en matière

langage juridique se rejoignent. Pour une analyse détaillée du terme « unilatéralisme », v. : V. LÊ-COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. université Paris-Sud, 2009, n° 5 et s., p. 10 et s. Lorsque l'auteur entreprend de donner une définition générale de l'unilatéralisme en droit des contrats, celle-ci insiste, alors, notamment sur l'idée « d'agir seul au sein du contrat » (n° 149 et s., p. 121 et s.).

¹ Autrement dit, la notion d'unilatéralisme permettrait d'appréhender la technique du contrat d'adhésion. v. not. en ce sens : V. LÊ-COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. préc., p. 32 et s., où l'auteur identifie la technique du contrat d'adhésion parmi les manifestations de l'unilatéralisme en droit des contrats. *Adde*, en ce sens : S. BROS, « *La place de l'unilatéralisme progrès ou danger ?* », art. préc. ; Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », art. préc., n° 2, spéc., p. 890.

² Pour une mise en évidence de ce que l'offre et l'acceptation participent du phénomène de l'unilatéralisme contractuel, v. not. : C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats : Essai de rationalisation*, th. préc., n° 16, spéc., p. 25. Mais l'auteur délaisse, par la suite, l'étude de ces mécanismes et, plus largement, de toutes les manifestations de l'unilatéralisme dans la période précontractuelle en ce qu'il retient une définition de l'unilatéralisme qui évoque, plutôt, le phénomène de pouvoir contractuel. En effet, l'auteur définit l'unilatéralisme comme une prérogative qui confère à une partie « l'aptitude à créer des effets de droit, à imposer ses conditions et son *imperium* par l'expression de sa seule volonté dans le rapport contractuel sans l'accord préalable de l'autre partie » (n° 4, p. 13). Autrement dit, en ce qu'il évoque la possibilité conférée à l'une ou l'autre des parties d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat qui les unit, l'auteur glisse d'une analyse de l'unilatéralisme contractuel à une étude du phénomène de pouvoir contractuel.

³ Les pouvoirs contractuels se présenteraient, ainsi, comme une forme particulière d'unilatéralisme dont l'objet est de modifier les effets d'un contrat définitivement formé.

contractuelle¹. En effet, en ce qu'elles s'intéressent, d'une manière générale, à ce qui est abandonné au pouvoir de la volonté d'un seul en matière contractuelle, les analyses dédiées à la potestativité ne se limitent pas uniquement aux pouvoirs contractuels. En sus de s'intéresser aux pouvoirs qui permettent à l'une des parties de modifier les effets d'une situation juridique contractuelle déjà formée, c'est-à-dire aux pouvoirs contractuels, les études dédiées à la potestativité en matière contractuelle s'intéressent aux pouvoirs qui permettent de créer une situation contractuelle nouvelle², ou encore, aux conditions potestatives³. En cela, le phénomène de pouvoir contractuel tend à se présenter seulement comme une manifestation particulière de la potestativité en matière contractuelle. Ici encore, le domaine d'étude se révèle être trop large et, donc, non spécifiquement dédié aux pouvoirs contractuels.

De même, au rang des études dont le domaine dépasse et englobe le phénomène de pouvoir contractuel, il importe de citer la thèse du Professeur LOKIEC dédiée à l'analyse des rapports de pouvoir dans le contrat⁴. En effet, cette étude a conduit l'auteur à s'intéresser, d'une part, aux pouvoirs contractuels, c'est-à-dire aux pouvoirs qui permettent à une partie d'imposer, à son cocontractant, une modification des effets du contrat qui les unit. D'autre part, l'auteur s'est aussi intéressé aux rapports factuels de pouvoir dans le contrat, c'est-à-dire aux rapports de pouvoir qui trouvent leur origine, non dans le droit, mais dans une situation de fait, telle qu'une situation de domination sur le plan économique, physique ou intellectuel, et qui procurent, à ceux qui en bénéficient, la possibilité d'imposer leur volonté au cocontractant. De nouveau, le phénomène de pouvoir contractuel est bel et bien étudié, mais sous un angle d'étude qui le dépasse et l'englobe.

À l'opposé de ces analyses dont le domaine dépasse la seule étude des pouvoirs contractuels, il est possible d'en compter d'autres qui n'embrassent pas l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel, en ce qu'elles ont pu seulement s'intéresser à un type particulier de pouvoir contractuel⁵, ou en ce qu'elles ont pu proposer une étude détaillée de

¹ v. not. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 1999 ; I. NAJJAR, « *La potestativité, notes de lecture* », RTD. civ. 2012, p. 601 et s.

² À ce titre les études dédiées à la potestativité en matière contractuelle s'intéressent, par exemple, aux droits potestatifs nés des promesses unilatérales de contrat, ou encore, au caractère potestatif de l'acceptation d'une offre de contrat. Sur ces points, v. par ex. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, respectivement p. 141 et s. et p. 181 et s. *Adde*, I. NAJJAR, « *La potestativité, notes de lecture* », art. préc., spéc., p. 606 et s., où l'auteur s'intéresse notamment aux droits potestatifs nés des promesses unilatérales de contrat.

³ v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 66 et s., p. 57 et s.

⁴ v. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004.

⁵ En droit civil, v. not. : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. dactyl. Paris II, 1973 ; C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, th. Paris XI, 1995 ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVÈZE, LGDJ, 1996, n° 164, p. 178 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Étude comparative*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008 ; A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Préf. J. RAYNARD, Litec, 2009. *Adde*, le colloque : *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, Ch. BOURGEON, D. FERRIER, Ch. JAMIN et al., Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires. En droit du travail, v. not. : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Préf. P. RODIÈRE, Dalloz, 2011 ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. Paris II, 2016.

certaines manifestations des pouvoirs contractuels sans, pour autant, être axées sur une étude d'ensemble de ce phénomène¹.

Entre ces deux types d'études aux contours respectivement trop larges et trop étroits, il est en est quelques-unes qui ont, bien évidemment, pu se concentrer précisément sur le phénomène de pouvoir contractuel. Si celles-ci sont relativement rares, il est, en outre, possible de constater qu'elles ont pu aborder le phénomène de pouvoir contractuel sous des angles d'approche différents. Certaines de ces études ont, ainsi, pu aborder le phénomène de pouvoir contractuel sous l'angle de son objet, ou plutôt, d'une partie de son objet², alors que d'autres ont pu l'envisager sous l'angle de son moyen de réalisation³, ou encore, de la prérogative qui en est à l'origine⁴.

Face à la relative rareté des études spécifiquement centrées sur les pouvoirs contractuels et à la diversité de leurs angles d'approche, il peut sembler opportun de reprendre l'étude de ce phénomène de manière globale. De plus, la place officiellement reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016 à certains pouvoirs contractuels parmi les dispositions générales du droit des contrats relance, indéniablement, l'intérêt d'une étude d'ensemble de ce phénomène qui semble d'ailleurs se présenter comme l'une des données essentielles de l'évolution du droit des contrats.

Pour mener à bien une telle étude d'ensemble, il importe alors, au préalable, de définir plus précisément ce que sont les pouvoirs contractuels en traçant les contours de cette notion.

3. Première esquisse des contours des pouvoirs contractuels.- Afin de mieux cerner l'objet de cette étude ainsi que ses limites, il convient de proposer une première esquisse des

¹ Pour une étude globale des « clauses de pouvoir », au sein d'une étude consacrée aux différents types de clauses que l'on peut rencontrer dans le contrat, v. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 343 et s., p. 187 et s.

Pour des études non exclusivement consacrées au phénomène de pouvoir contractuel, mais qui proposent une analyse détaillée de mécanismes unilatéraux de sanction à la disposition des parties, v. : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Préf. D. MAZEAUD, *Economica*, 2013.

Au sein d'une étude globale consacrée à l'abus dans le contrat, pour une analyse de l'abus que peut commettre un contractant dans le cadre de l'exercice de l'un de ses pouvoirs contractuels, alors qualifiés, par l'auteur, de « prérogatives contractuelles », v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Préf. R. BOUT, LGDJ, 2000, p. 467 et s.

² v. not. : R. DEMOGUE, « *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* », RTD civ. 1907, p. 245 et s. où l'auteur ne s'intéresse qu'à la modification au sens de redéfinition des termes du contrat et exclut, ainsi, l'anéantissement du contrat. Or, ici, il s'agira de montrer l'objet des pouvoirs contractuels est de modifier les effets du contrat au sens de provoquer un « changement d'état », ce qui inclut aussi bien une définition ou une redéfinition des effets du contrat qu'un anéantissement de ces derniers. *Adde*, dans le prolongement des travaux de DEMOGUE : K. MOIZO, *La modification unilatérale du contrat*, th. Université de Normandie, 2016.

³ v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1996.

⁴ v. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2000, p. 747 et s. ; C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », RTD. civ. 2010, p. 209 et s.

contours de la notion de « pouvoir contractuel » en définissant chacun des deux termes qui la composent, à savoir, le nom « pouvoir » et l'adjectif « contractuel ».

Dans le langage commun, le terme de « pouvoir » renvoie généralement à deux idées. La première est celle d'une possibilité d'action dépendant de la volonté de quelqu'un¹. La seconde est celle d'un rapport d'autorité, de domination². Combinées, ces deux idées invitent à concevoir le pouvoir comme la possibilité dont dispose une personne d'imposer sa volonté à autrui.

Cette conception du pouvoir, issue du langage commun, est celle que l'on retrouve généralement en sciences sociales puisque, derrière les différentes définitions données à cette notion tant en droit³, qu'en sociologie⁴ ou en économie⁵, on retrouve toujours cette idée de possibilité dont dispose une personne d'imposer sa volonté à autrui.

Si cette conception du pouvoir servira de base à l'étude qui sera ici conduite, cette étude ne se propose pas, pour autant, de réaliser une analyse générale du phénomène de pouvoir en droit, mais d'entreprendre une analyse d'un type particulier de pouvoirs que l'on peut y rencontrer, à savoir, les pouvoirs contractuels. Autrement dit, tout l'enjeu consiste à identifier ce que recouvre l'adjectif « contractuel ».

Considéré isolément, l'adjectif « contractuel » sert à désigner tout ce qui se rapporte au contrat⁶. Une fois accolé au terme « pouvoir », il semblerait que l'adjectif « contractuel » soit en mesure d'évoquer deux choses différentes.

D'une part, cet adjectif peut servir à désigner les pouvoirs qui ont pour objet le contrat, c'est-à-dire les pouvoirs qui ont pour objet cet accord de volonté dont le principal effet est de produire des obligations. Au regard de cette acception de l'adjectif « contractuel », on retrouve

¹ v. en ce sens : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III, V^o Pouvoir (nom), sens n^o 1, « Faculté par laquelle on peut ; ce que l'on peut ». Adde, *Le grand Robert de la langue française*, ss. la dir. A. REY, Le Robert, 2^{ème} éd., 2001, V^o Pouvoir (nom), sens n^o 1, où le pouvoir est notamment défini comme une « capacité d'action ».

² v. en ce sens : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, op. cit., V^o Pouvoir (nom), sens n^o 5, où le pouvoir est défini comme étant « Autorité, empire ». Adde, *Le grand Robert de la langue française*, op. cit., V^o Pouvoir (nom), sens n^o 3, où le pouvoir est défini comme le fait de « de disposer de moyens d'action sur quelqu'un ou sur quelque chose » et est considéré comme synonyme « d'autorité », « d'empire », de « puissance ».

³ v. par ex. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n^o 16, p. 12, où l'auteur définit le pouvoir comme : « la faculté d'imposer sa volonté à autrui » ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, Postface F. TERRÉ, LGDJ, 2012, n^o 345, spéc., p. 189 : « le pouvoir confère la puissance de faire prévaloir sa volonté sur celle de son cocontractant » ; Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n^o 9, 1999, n^o 15, p. 42, où l'auteur définit le pouvoir comme : « la faculté d'imposer à autrui sa décision ».

⁴ v. : M. WEBER, *The theory of social and economic organisation*, New York, The Free Press, 1966, où l'auteur définit le pouvoir comme : « la probabilité qu'un agent à l'intérieur d'une relation sociale sera en situation de rendre effective sa propre volonté, en dépit des résistances, quelle que soit la base sur laquelle cette probabilité se fonde », (cité et traduit par : F. PERROUX, *Pouvoir et économie généralisée*, Presses universitaires de Grenoble, 1994, p. 164) ; J.-P. GRUÈRE, *Traité des organisations*, PUF, 1982, p. 176, où l'auteur définit le pouvoir comme : « la possibilité pour certains individus ou groupes d'agir sur d'autres individus ou groupes ».

⁵ v. : G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, 1982, p. 375 : « le pouvoir économique consiste dans la possibilité d'imposer sa volonté à des personnes juridiquement autonomes ». Rapp. : F. PERROUX, *Pouvoir et économie*, Bordas 1973, p. 31, où l'auteur définit le pouvoir comme une relation dissymétrique qui peut se décliner selon trois modalités : l'action d'influence, l'action d'imposition et de coercition, et l'action de subordination.

⁶ v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, PUF, 2005, 7^{ème} éd., coll. Quadriga, V^o Contractuel, sens n^o 2 : « qui se rattache aux contrats ».

l'idée selon laquelle les pouvoirs contractuels sont appelés à porter sur un contrat définitivement formé et doivent permettre d'en modifier les effets. Par là même, cette acception contribue à délimiter les contours temporels de l'étude. En effet, puisqu'il s'agit de s'intéresser seulement à la modification des effets d'un contrat définitivement formé, l'étude ne comprendra pas l'analyse des possibilités dont peuvent disposer l'une ou l'autre des parties de faire prévaloir leur volonté et de l'imposer au cocontractant dans la période de formation du contrat. De la sorte, seront, par exemple, exclus du domaine de l'étude la figure du contrat d'adhésion, la possibilité de rompre les négociations, ou encore, les droits potestatifs d'option¹ nés des promesses unilatérales de contrat dont l'objet est de permettre à une partie de former le contrat définitif, mais non de modifier celui-ci par la suite.

D'autre part, l'adjectif « contractuel » peut être compris comme faisant référence aux pouvoirs dont la source est contractuelle. Associée à la première, cette seconde acception de l'adjectif « contractuel » conduirait donc à qualifier de « pouvoirs contractuels » les seules possibilités de modification des effets d'un contrat définitivement formé tirées des stipulations contractuelles, comme, par exemple, le pouvoir issu d'une clause résolutoire, d'une clause de réméré ou d'une clause de dédit.

Il est toutefois possible de constater que ce second sens, qui peut découler de l'adjectif « contractuel » lorsqu'il est accolé au terme « pouvoir », n'est pas retenu par les auteurs qui emploient expressément la notion de pouvoir contractuel. Ont ainsi, par exemple, pu être qualifiés de pouvoirs contractuels, la possibilité conférée au créancier de résoudre unilatéralement le contrat à ses risques et périls, ou encore, la possibilité de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée², c'est-à-dire deux types de pouvoirs à l'origine reconnus par la jurisprudence et codifiés par la suite.

Dès lors, dans la perspective d'une approche générale de la notion de pouvoir contractuel, cette acception de l'adjectif « contractuel » qui induit une restriction quant à leur source, ne sera pas retenue. Toutefois, son évocation a contribué à préciser la question de la source des pouvoirs contractuels, ce qui doit permettre d'inclure dans le champ de cette étude aussi bien des pouvoirs contractuels qui trouveraient leur origine dans la loi, la jurisprudence, la convention des parties, ou encore, les usages³.

Si cette première esquisse des pouvoirs contractuels a pu servir à préciser les contours temporels de l'étude et la question de leur source, elle n'a pas véritablement permis de dépasser cette première approche intuitive renvoyant à l'idée d'une possibilité conférée à l'une des

¹ Pour une telle qualification des prérogatives unilatérales nées des promesses unilatérales de contrat, v. not. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 20, spéc. p. 22 ; F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, op. cit., 1983, n° 144 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, op. cit., n° 254 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 136, spéc. p. 132 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 239.

² v. en ce sens par ex. : D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 558 et s. spéc., n° 1.

³ La pratique dite du « laissé pour compte » semble constituer un bon exemple de pouvoir contractuel issu des usages – ici commerciaux –. Pour une analyse plus détaillée du « laissé pour compte », v. : *infra*, n° 40 et s., p. 64 et s.

parties d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

Pour aller plus loin et cerner plus précisément les contours de cette notion ainsi que les limites de l'étude, il apparaît nécessaire d'approfondir l'analyse de cette définition précitée. Pour cela, il peut sembler opportun d'en préciser les contours matériels et volontaires.

4. **Précision des contours matériels.**- Préciser les contours matériels de la définition des pouvoirs contractuels suppose de chercher à saisir ce que recouvre l'idée de possibilité conférée à une partie de modifier les effets d'un contrat définitivement formé.

Pour essayer de décrire un peu plus précisément la nature de cette « possibilité », il peut être intéressant d'en rappeler l'origine. Comme évoqué précédemment, les pouvoirs contractuels peuvent trouver leur origine dans la loi, la convention des parties, jurisprudence ou les usages. En cela, leur existence apparaît reconnue par le Droit objectif ce qui signifie qu'ils correspondent à de véritables prérogatives juridiques et non à de simples pouvoirs de fait.

La qualification de prérogative juridique permet donc d'exclure du champ de l'étude tous les rapports factuels de pouvoir qui peuvent se présenter dans une situation contractuelle¹. De plus, cette qualification de prérogative juridique, en ce qu'elle renvoie à une catégorie générique rassemblant, sans distinction, « tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »², présente l'avantage de ne pas préjuger outre mesure de leur nature. L'avantage étant de prévenir l'introduction d'un biais dans l'étude qui fausserait l'entreprise ultérieure de qualification.

Si les pouvoirs contractuels sont des prérogatives juridiques, il ne faut pas oublier que ces prérogatives viennent s'intégrer dans un cadre contractuel. Dès lors, si l'on tente de définir un peu plus précisément la nature de ces prérogatives, il est possible de se demander si elles constituent des effets du contrat.

Certains pourraient, ici, considérer que seuls les pouvoirs contractuels dont la jouissance est conférée par une clause du contrat, comme ceux qui sont issus d'une clause résolutoire, d'une clause de réméré, ou encore, d'une clause de dédit, sont des effets du contrat. En conséquence, les pouvoirs contractuels qui trouvent leur source dans la loi, la jurisprudence ou les usages ne seraient pas des effets du contrat.

Une telle analyse ne saurait cependant être retenue car celle-ci apparaît fondée sur une conception désuète des effets de l'acte juridique. En effet, elle apparaît comme étant le fruit d'une analyse subjectiviste de l'acte juridique, basée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle la volonté individuelle doit être à l'origine de tous les effets du contrat. Or, l'évolution du siècle dernier, qui a vu un recul du courant subjectiviste au profit d'une montée de l'objectivisme dans l'acte juridique, a permis de mettre en évidence que les effets d'un acte juridique sont régis par le Droit objectif. Si la volonté doit venir prendre appui sur le Droit objectif pour produire des effets de droit, il n'en reste pas moins que le Droit objectif, qui régit les effets de l'acte, peut attacher à la volonté des parties des effets que celles-ci pouvaient ne

¹ Pour une étude s'intéressant aux pouvoirs tant de source juridique que factuelle dans le contrat, v. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit.

² v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, op. cit., V° Prérogative, sens n° 3.

pas avoir eu en vue lors de l'élaboration dudit acte. Au regard d'une telle conception des effets de l'acte juridique, il semblerait donc que les pouvoirs contractuels qui sont attachés par la loi, la jurisprudence, ou encore, les usages, au contrat puissent, tout autant que les pouvoirs qui prennent naissance dans les stipulations des parties, être qualifiés d'effets du contrat.

Qualifier les pouvoirs contractuels d'effets du contrat peut, *a priori*, paraître surprenant au regard de la conception traditionnelle du contrat qui conçoit ce dernier comme un acte créateur d'obligations. Autrement dit, dans la théorie classique, le contrat est essentiellement perçu comme un acte destiné à créer des obligations dont la fonction est de permettre la réalisation d'un transfert de valeurs au moyen de l'accomplissement d'une prestation.

Cependant, l'évolution des analyses juridiques en matière contractuelle a permis de montrer que les effets de cet acte ne se résument pas à la production d'obligations¹. Le contrat produirait, ainsi, des effets qui n'ont pas pour vocation de réaliser un transfert de valeurs et qu'il est alors possible de dénommer, par opposition aux effets obligationnels, d'effets non-obligationnels du contrat. Étant donné que les pouvoirs contractuels n'ont pas pour objet de réaliser un transfert de valeurs mais de modifier les effets d'un contrat définitivement formé, ceux-ci ne s'intègrent pas dans les termes de l'échange marchand², c'est-à-dire dans le contenu obligationnel du contrat. Dès lors, les pouvoirs contractuels doivent être considérés comme faisant partie des effets non-obligationnels du contrat.

Si les pouvoirs contractuels sont des prérogatives juridiques faisant partie du contenu non-obligationnel du contrat, s'agit-il, pour autant de prérogatives que l'on peut qualifier d'accessoires ? Pour que de telles prérogatives puissent être qualifiées « d'accessoires », il faudrait que le contrat puisse exister sans leur présence³.

Tel semble être le cas des pouvoirs contractuels de source conventionnelle, c'est-à-dire de ceux que le contrat ne prévoyait pas initialement, mais qui ont été adjoints au contrat par la volonté des parties⁴. Par exemple, un contrat peut tout à fait exister en l'absence d'une clause résolutoire ou d'une clause de dédit. De même, un contrat de vente sans clause de réméré peut tout à fait exister et se présentera, alors, comme une vente simple, sans faculté de rachat.

Si les pouvoirs contractuels de source conventionnelle semblent tous se présenter comme des prérogatives accessoires, ce caractère accessoire ne semble cependant pas s'étendre à tous les pouvoirs contractuels. En effet, le Droit objectif interdit, parfois, de séparer certains pouvoirs du contrat. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de résiliation unilatérale présent dans les contrats à durée indéterminée puisqu'en priver les parties reviendrait à créer un

¹ Au sujet de cette idée selon laquelle les effets du contrat ne se résument pas à la seule production d'obligations, v. not. : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », RTD. civ. 1999, p. 771 et s.

² v. not. en ce sens : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 9, spéc., p. 754-755, où l'auteure constate que le pouvoir de l'une des parties « ne s'intègre pas dans les termes mêmes de l'échange au sens où il reste indépendant de l'équilibre des prestations, strictement entendu ». *Adde*, S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Préf. C. BRENNER, Economica, 2012, n° 483, p. 396.

³ L'accessoire se caractérise en ce qu'il peut être détaché du principal sans que ceci n'affecte l'existence de ce dernier. Au sujet de cette idée, v. not. : G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. TALLON, LGDJ, 1969, p. 200, où l'auteur constate que : « privé de support, l'accessoire s'effondre, alors que, séparé de l'accessoire, le principal subsiste ».

⁴ Pour un article entier dédiés aux « droits potestatifs adjoints au contrat », c'est-à-dire aux pouvoirs contractuels d'origine conventionnelle, v. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc.

engagement perpétuel, ce que le droit positif prohibe¹. Pour prendre une autre illustration, il est possible de citer l'interdiction faite par la loi de priver un consommateur de son droit de rétractation dans le cadre d'un contrat conclu à distance ou hors établissement².

Autrement dit, même si une large part des pouvoirs contractuels peuvent être qualifiés de prérogatives accessoires, tous ne présentent pas cette qualité.

Cette précision faite sur leur caractère accessoire, il ne saurait être omis, qu'au plan matériel, les pouvoirs contractuels ont pour objet provoquer une modification des effets d'un contrat définitivement formé. Pour ne pas introduire, dès l'origine, de restriction excessive dans cette étude, le terme de modification devra être ici entendu dans son sens large et neutre de « changement qui s'opère dans la manière d'être d'une substance »³, c'est-à-dire de « changement d'état ». Sous cette acception, le terme de modification permet, alors, en raison de sa plasticité, de saisir toutes les altérations que pourront subir les effets du contrat, sans distinguer selon leur intensité.

De la sorte, le champ de l'étude permettra de s'intéresser aux pouvoirs contractuels qui permettent à leurs titulaires d'imposer un changement qui altère profondément les effets du contrat. L'étude pourra donc, par exemple, s'intéresser, à tous les pouvoirs résolution, de résiliation ou de rétractation qui permettent d'anéantir le lien d'obligation. Mais elle comprendra également l'étude des pouvoirs qui autorisent leurs titulaires à apporter au contrat une simple précision qui lui faisait défaut. L'exemple le plus célèbre de ces pouvoirs étant, bien entendu, le pouvoir de détermination unilatérale du prix.

Avant d'en terminer avec la définition des contours matériels de la notion de pouvoir contractuel, une dernière précision doit être formulée, et ce, au sujet de leur titularité. Lorsque les auteurs évoquent la notion de pouvoir contractuel, ils traitent généralement des prérogatives qui permettent de modifier les effets d'un contrat définitivement formé qui sont conférées aux parties⁴.

Une telle précision permet, de manière négative, d'exclure du champ de l'étude toutes les prérogatives qui autoriseraient des tiers à imposer à l'une ou l'autre des parties une modification des effets du contrat⁵.

¹ Aujourd'hui, la prohibition des engagements perpétuels est expressément énoncée à l'alinéa premier du nouvel art. 1210 du C. civ. L'alinéa second du même article dispose que « chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée ». Il consacre donc l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale dont la jouissance est bilatéralisée. L'article suivant, le nouvel art. 1211 du C. civ., définit le régime de la résiliation des contrats à durée indéterminée. Il autorise chacune des parties à mettre fin à un contrat à durée indéterminée en respectant le délai de préavis contractuellement prévu, ou à défaut, un délai raisonnable.

² v. : l'art. L. 242-3 du C. consom. qui dispose qu'est « nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation défini à l'article L. 221-18 ».

³ v. en ce sens : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III, V° Modification.

⁴ v. not. en ce sens : D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », art. préc., n° 1, où l'auteur définit le pouvoir contractuel comme « celui qui permet à l'une des parties de déterminer unilatéralement des éléments du contrat (prix, quantité, objet...) ou de décider unilatéralement du sort du contrat (mettre fin au contrat conclu pour une durée déterminée, ne pas renouveler le contrat à l'arrivée du terme, ne pas agréer un successeur du cocontractant [...]) ». (Nous soulignons). Adde, Ph. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », in *Obligation de motivation et droit des contrats*, *Débats*, RDC 2004/2, p. 681 et s., spéc., n° 2.

⁵ v. par ex. : l'art. 37 de la loi du 31 décembre 1921 qui confère à la Réunion des musées nationaux le pouvoir, à l'occasion des ventes publiques d'objets d'art, de se substituer à leur adjudicataire. Adde, l'ancien art. L. 18 du LPF abrogé par la loi n° 96-1181 du 30 décembre 1996, qui permettait à l'administration de l'enregistrement de se substituer, pendant un délai de six mois, à l'acquéreur d'un immeuble, de droits immobiliers, d'un fonds de

De manière positive, les hypothèses étudiées concerneront donc uniquement celles dans lesquelles ce sont les parties au contrat qui disposent de la possibilité d'imposer à leur cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

À ce propos, il est possible de constater que la jouissance des pouvoirs contractuels n'est pas nécessairement unilatérale. L'unilatéralisme contractuel lié aux pouvoirs contractuels n'est donc pas toujours synonyme d'exclusivité. La titularité de certains pouvoirs contractuels peut, en effet, être reconnue à chacune des deux parties. Autrement dit, elle peut être bilatéralisée.

Cette bilatéralisation est susceptible de trouver sa source dans la volonté du législateur. Il en va, ainsi, par exemple, dans les contrats synallagmatiques, des prérogatives unilatérales conférées par la loi à chacune des parties qui leur permettent de résoudre le contrat en cas d'inexécution, c'est-à-dire du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, mais aussi du pouvoir de suspendre l'exécution de leur propre prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution. Il en va de même, dans les contrats à durée indéterminée, en ce qui concerne le pouvoir de résiliation unilatérale.

Cette bilatéralisation de la jouissance des pouvoirs contractuels peut, aussi, être l'œuvre de la volonté des parties. L'exemple classique est alors celui de la clause résolutoire qui conférerait un pouvoir de résolution à chacune des parties. Cependant, une telle bilatéralisation ne saurait être appliquée à tous les pouvoirs contractuels puisque, dans certains cas, celle-ci aboutirait à un non-sens. Tel est le cas du pouvoir de fixer unilatéralement le prix qui ne peut se concevoir que manié par une seule partie. En effet, conférer à chacune des parties le pouvoir de fixer le prix d'une même prestation reviendrait, soit, à créer une situation de blocage, soit, à exiger un accord des parties sur le prix, ce qui est la négation même du phénomène de pouvoir.

L'analyse des contours matériels de la notion de pouvoir contractuel permet donc de définir ceux-ci comme des prérogatives, distinctes du contenu obligationnel, dont la jouissance peut être conférée exclusivement à l'une des parties ou réciproquement à chacune d'elles. Mais il manque alors, ici, la composante volontaire de cette notion dont il convient, dès à présent, de tracer les contours pour poursuivre ce mouvement de définition et de délimitation du sujet.

5. Précision des contours volontaires.- L'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels doit être recherché du côté de la possibilité reconnue à ceux qui en sont titulaires d'imposer leur propre volonté à leurs cocontractants¹. En effet, le pouvoir, qu'il soit contractuel ou non, se caractérise par une manifestation unilatérale de volonté qui sert de support à son expression et qui s'impose à autrui.

En cela, il est alors communément énoncé que détenir un pouvoir, c'est disposer de la faculté de décider². La décision apparaîtrait, ainsi, comme la marque du pouvoir en raison de

commerce ou d'une clientèle, ou encore, du droit à un bail ou au bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble.

¹ Rappr. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 7, spéc., p. 753, où l'auteure, au sujet des droits « potestatifs adjoints au contrat », précise que ceux-ci « donnent à leur bénéficiaire une faculté de soumettre l'autre contractant à un changement [...] ». (Nous soulignons).

² v. par ex. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 305, p. 225 : « Détenir un pouvoir, c'est disposer de la faculté de décider » ; H. CROZE, « *Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision* », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques NORMAND*, Litec, 2003, n° 5, p. 127 : « [l]e plus souvent, décider, c'est exercer un pouvoir ».

son origine unilatérale et de ses effets qui permettent de commander à autrui¹. Aussi, la décision est-elle généralement analysée comme le terme du processus psychologique qui doit conduire à l'adoption d'un acte, c'est-à-dire le moment clé qui précède la matérialisation de la volonté dans l'action².

Dès lors, si le pouvoir est synonyme de puissance de décider, cela signifie que l'essence du pouvoir réside dans la faculté offerte à un sujet, au terme d'un processus décisionnel, de trancher³, c'est-à-dire d'arrêter un acte dont les conséquences juridiques et matérielles vont s'imposer à autrui. Par conséquent, si le pouvoir est souvent présenté comme offrant à son titulaire une « faculté de choix »⁴, il ne se caractérise pas nécessairement par la faculté de « tout choisir » dans le cadre du processus décisionnel. Le titulaire d'un pouvoir n'est donc pas forcément celui qui initie le processus décisionnel, ou encore, celui qui détermine le contenu de la décision, mais celui qui, *in fine*, dispose de la faculté de trancher, et donc, d'imposer sa volonté à autrui.

De telles précisions permettent alors d'inclure dans le champ de l'étude les prérogatives unilatérales qui ne se caractérisent pas par la possibilité offerte à leurs titulaires d'initier le processus décisionnel, mais qui autorisent ces derniers à intervenir au terme dudit processus en adoptant l'acte qui va s'imposer au cocontractant. Tel est le cas du mécanisme de l'agrément, et plus particulièrement, des prérogatives unilatérales qui permettent au contractant cédé d'agréer le cessionnaire du contrat. En effet, dans le cadre du mécanisme de l'agrément, le processus est généralement initié par le cédant qui s'adresse à son cocontractant, alors titulaire du pouvoir d'agrément – et potentiel cédé –, qui décide, *in fine*, d'autoriser ou non la cession du contrat.

De plus, si le titulaire du pouvoir n'est pas nécessairement celui qui choisit le contenu de la décision, il s'avère donc possible d'intégrer dans le champ de l'étude toutes les prérogatives unilatérales qui permettent, à ceux qui en sont titulaires, d'imposer à leurs cocontractants une modification du contrat dont le contenu est prédéterminé. On retrouve alors, ici, par exemple, des prérogatives unilatérales conférées par les mécanismes que sont la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier⁵, l'exception d'inexécution, ou encore,

¹ Dans le cadre des rapports de droit privé, la possibilité de commander à autrui déroge au sacro-saint principe de l'autonomie de la volonté. Le pouvoir apparaît alors comme une forme d'*imperium* de droit privé.

² v. en ce sens : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, DE BOCCARD, 1927, 3^{ème} éd., § 30, p. 316 et s., où l'auteur, distingue plusieurs étapes dans le cadre du processus psychologique : d'abord, la conception, puis, la délibération, et enfin, la décision, qui se traduit alors matériellement dans l'exécution. *Adde*, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2015, 4^{ème} éd., coll. Champs-Université, p. 71, où l'auteur analyse la décision comme une simple étape de processus psychologique destiné à adopter un acte juridique. La décision serait alors : « le moment pivot entre la réflexion, la délibération et l'action ». En vertu d'une telle analyse, la décision serait le terme de la « faculté de choix ».

³ v. à ce propos l'étymologique du verbe décider, qui provient du verbe latin *decido*, -is, -ere, -cisi, -cisum, qui signifie « trancher ». *Le grand Robert de la langue française*, ss. la dir. A. REY, Le Robert, 2^{ème} éd., 2001, V^o décider.

⁴ v. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n^o 311 et s., p. 229 et s., où l'auteur parle d'une « faculté de choix ». *Adde*, J. E. RAY, *L'égalité et la décision patronale*, Dr. soc. 1990, p. 83.

⁵ Les effets de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier sont aujourd'hui régis par le nouvel art. 1229 du C. civ. qui, dans son alinéa premier précise que la résolution met fin au contrat, dans son alinéa deux fixe la date des effets de la résolution au jour de la notification, et dans son alinéa troisième définit les régime des

le réméré¹, qui permettent à leurs titulaires d'arrêter une décision dont le contenu, c'est-à-dire, les effets, sont prédéterminés par la loi. Si la prédétermination des effets résultant de l'exercice d'un pouvoir contractuel peut être l'œuvre de la loi, celle-ci peut également être l'œuvre de la volonté des parties. En guise d'illustration, il est possible de faire référence aux prérogatives issues d'une clause résolutoire qui permettent à ceux qui en sont titulaires d'imposer à leurs cocontractants une décision d'anéantissement du contrat dont les effets ont été prédéfinis conventionnellement par les parties².

La place accordée à la volonté, c'est-à-dire au subjectivisme, du titulaire du pouvoir apparait donc susceptible de varier. À titre de comparaison, il suffit de faire référence au pouvoir de déterminer unilatéralement le prix qui autorise son titulaire à définir le contenu de la décision qu'il impose à son cocontractant, c'est-à-dire, la quotité de l'objet de la prestation due par le débiteur. Cependant, la volonté du titulaire du pouvoir ne saurait être exclue au terme du processus décisionnel sous peine d'attenter à l'essence même du pouvoir qui réside dans la puissance de trancher et de commander à autrui, c'est-à-dire dans la possibilité de décider et d'imposer les effets de sa volonté à autrui³.

Aussi, et à l'opposé, l'exigence d'une manifestation unilatérale de volonté qui s'impose à autrui permet d'exclure du champ de l'étude tous les mécanismes contractuels dont la mise en œuvre intervient de « plein droit », c'est-à-dire de manière automatique, sans nécessiter une manifestation de volonté des parties au contrat. Tel est le cas du mécanisme des conditions⁴ qui, une fois l'événement érigé en condition réalisé ou défailli, produit automatiquement⁵ ses effets en faisant naître ou en anéantissant le rapport d'obligation soumis à une telle modalité. De la sorte, le mécanisme de la clause pénale, analysé comme donnant naissance à une obligation⁶

restitutions. (Il convient toutefois de préciser que le nouvel art. 1229 du C. civ. ne traite pas que des effets de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier).

¹ Les effets du réméré sont prévus par l'art. 1673 du C. Civ.

² v. à ce propos : le nouvel art. 1229 du Code civil qui dispose notamment que la résolution « prend effet dans les conditions prévues par la clause résolutoire ». Les parties sont donc libre d'aménager les effets de la clause résolutoire. Ainsi, les parties peuvent-elles avoir prévu que la clause jouerait de manière prospective à compter d'une certaine date, ou encore, de manière rétroactive jusqu'à une certaine date.

³ Rappr. les observations de : Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, 1982, n° 50, p. 248, où l'auteur énonce que la faculté de prendre des décisions : « ne constitue pour son titulaire un véritable pouvoir, un pouvoir personnel, que si elles sont un acte de son libre arbitre juridique, de sa volonté personnelle. Elles ne le sont au contraire pas si elles sont prescrites, imposées par une règle de droit qui en prévoit l'intervention comme obligatoire lorsque telles conséquences précisément déterminées sont données ». (Nous soulignons). Ainsi, pour l'auteur, le caractère obligatoire d'une action exclurait l'idée même de pouvoir. Cela tend à signifier que l'essence du pouvoir réside dans la possibilité de choisir d'agir ou non, ce qui désigne la phase de décision, c'est-à-dire, le terme du processus décisionnel, le moment pivot qui doit conduire à l'action. Le subjectivisme du titulaire du pouvoir ne saurait donc être exclu au stade de la décision. L'objectivisme, c'est-à-dire la prédétermination par le Droit objectif, ne doit pas contrarier la possibilité même de se déterminer à agir.

⁴ Lorsque celui-ci affecte des obligations nées d'un rapport contractuel.

⁵ Sur le caractère automatique des effets produits par le mécanisme des conditions en cas de réalisation de l'événement conditionnel, v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2009, n° 1228, p. 1214.

⁶ v. déjà : R. J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Nouvelle édition, Traité des obligations*, t. I., op. cit., loc. cit., où l'auteur évoque l'idée « d'obligation pénale ».

accessoire¹ sous condition suspensive², doit être écarté du champ de l'étude, dans la mesure où, une fois l'événement érigé en condition suspensive accompli, à savoir un retard ou une exécution défectueuse, une nouvelle obligation ayant pour objet la peine voit automatiquement le jour³.

En outre, l'exigence d'une manifestation de volonté qui s'impose à autrui conduit-elle, bien évidemment, à exclure tous les mécanismes conventionnels de modification du contrat. Cette précision trouve, alors, une résonance particulière en droit du travail où l'on assiste à un phénomène de recul de l'unilatéralisme de l'employeur. Le regain de protection des intérêts des salariés y rimant avec consensualisme. En effet, depuis l'arrêt « *le Berre* »⁴, l'employeur ne peut plus, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction, imposer au salarié une modification du contrat de travail. Dès lors que sont en jeu des éléments qui composent « le socle contractuel »⁵, la modification ne peut plus intervenir qu'avec le consentement du salarié. Le pouvoir de direction de l'employeur ne correspond donc pas à un pouvoir contractuel, au sens de la définition ici retenue, en ce qu'il ne permet pas à une partie d'imposer à son cocontractant une modification d'éléments contractuels.

Poursuivant le développement de l'analyse contractuelle initiée dans le cadre du pouvoir de direction, la jurisprudence a étendue celle-ci au pouvoir disciplinaire dans l'arrêt « *Hôtel le Berry* »⁶, la Cour de cassation énonçant « qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée »⁷. Aujourd'hui, seuls

¹ Sur le caractère accessoire, v. not. : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992, p. 89 et s. ; S. PIMONT, « *Clause pénale* » in *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2010, m.à.j. juin 2014, n° 25.

² Pour une telle analyse, v. : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.*, spéc. n° 180, p. 98, où l'auteur retient : « la clause pénale est un contrat accessoire sans effet sur la naissance ou l'existence de l'obligation principale qu'il garantit mais ayant pour objet *une obligation sous condition suspensive* : la peine ». (Nous soulignons).

³ Toutefois, il convient d'observer que l'exigence d'une manifestation de volonté se retrouve lors de l'exercice du droit de créance né suite à la réalisation de l'événement érigé en condition. Ainsi, en matière de clause pénale, la volonté se rattache-t-elle à l'exercice du droit subjectif de créance né suite à la réalisation de l'événement érigé en condition. Cet exercice de droit de créance accessoire né de la réalisation de la condition ne conduit pas à une modification du contrat. Il s'agit simplement de procéder à l'exécution d'une obligation dont l'existence est actée. La manifestation de volonté n'est donc pas en lien avec la modification du contrat en matière de clause pénale.

⁴ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 278, dans cet arrêt la jurisprudence a substitué à l'ancienne distinction des « modifications substantielles » et des « modifications non substantielles », la distinction entre : « la modification du contrat de travail », qui suppose un accord des parties et la modification des « conditions de travail », qui ne nécessite pas, quant à elle, d'accord entre les parties. Pour certains auteurs, cet arrêt traduit l'adoption de l'analyse contractuelle du pouvoir de l'employeur dans la mesure où ce dernier prendrait sa source et serait limité par le contrat de travail. (v. not en ce sens : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2014, 28^{ème} éd., coll. Précis, n° 591, spéc., p. 640).

⁵ Aussi, la jurisprudence considère de manière traditionnelle que la rémunération (v. par ex. : Cass. soc., 28 janvier 1998, *Bull. civ. V*, n° 40, p. 30), la durée du travail (v. par ex. : Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-70853), ou encore le lieu de travail (v. par ex. : Cass. soc. 2 avril 1998, *Bull. civ. V*, n° 196, p. 145, où la Cour retient qu'en l'absence de clause de mobilité le salarié n'avait pas commis de faute en refusant une mutation qui constituait une modification de son contrat de travail) sont des éléments de nature contractuelle. En revanche, ne font pas partie du socle contractuel et sont soumis au pouvoir de direction de l'employeur les horaires de travail ou encore la cadence de travail.

⁶ Cass. soc. 16 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 320 p. 243 ; Dr. soc. 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET.

⁷ Pour une critique de cette jurisprudence qui, étendant l'analyse contractuelle, dénature le pouvoir disciplinaire, v. : Ch. RADÉ, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr. soc. 1999, p. 3 et s., n° 6 et 7 ; Adde, J. MOULY, « Les suites de la jurisprudence *Hôtel le Berry* », Dr. soc., 2008, p. 537 et s., spéc. I in fine.

le licenciement et la mise à pied¹ disciplinaire peuvent être imposés par l'employeur. En ce qu'ils permettent à l'employeur de modifier seul le contrat, respectivement, en rompant et en suspendant le rapport d'obligation, ils constituent alors des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel qui seront intégrées à l'étude. En revanche, les sanctions telles que la rétrogradation, la mutation disciplinaire ou encore le blâme avec inscription au dossier, qui affectent immédiatement ou à terme, les fonctions, la carrière, ou la rémunération du salarié, c'est-à-dire des éléments contractuels², seront laissées de côté en raison de leur caractère nécessairement conventionnel.

Une fois les contours matériels et volontaires des pouvoirs contractuels tracés, il peut sembler possible d'en proposer une définition qui constituera la base des travaux ici menés.

6. Proposition de définition.- Comme constaté les pouvoirs contractuels sont des effets du contrat, mais des effets d'un genre particulier. Les pouvoirs contractuels se présentent comme des prérogatives, distinctes du contenu obligationnel, dont la jouissance est conférée exclusivement à l'une des parties ou réciproquement à chacune d'elles et dont la mise en œuvre, qui dépend d'une manifestation unilatérale de volonté, permet, à la partie qui s'en prévaut, d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

Cependant, ainsi définis, les pouvoirs contractuels ne désignent pas un type de prérogatives seulement connues des contrats du droit privé. Dès lors, il apparaît nécessaire d'expliquer pourquoi l'étude qu'il s'agit, ici, d'entreprendre se concentrera exclusivement sur le droit privé des contrats.

7. L'utilité d'une étude centrée sur le droit privé des contrats.- Les pouvoirs contractuels sont des prérogatives connues, certes, des contrats de droit privé, mais aussi des contrats administratifs.

En effet, dans les contrats administratifs, il est, par exemple, possible de constater la présence de pouvoirs de résiliation au profit de la personne publique, ou encore, de clauses permettant à l'administration de contrôler et de définir les recettes de son cocontractant, ce qui

¹ v. : Cass. soc. 25 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 136, p. 124, où la Cour a confirmé l'arrêt d'appel ayant admis l'existence d'une faute grave justifiant un licenciement disciplinaire en raison de ce que « le salarié avait refusé de se soumettre à une mise à pied disciplinaire [...] en ayant une attitude provocatrice et que ce comportement était la répétition d'actes d'insubordination [...] ». Le salarié doit donc se « soumettre » à une mise à pied disciplinaire. Cet arrêt apparaît alors en contradiction avec la logique contractuelle instaurée par la jurisprudence « *Hôtel le Berry* ». En effet, la mise à pied disciplinaire, en ce qu'elle suspend temporairement l'exécution du contrat de travail, provoque, dans le contrat de travail qui est un contrat à exécution successive, une disparition définitive des créances de salaire relatives à la période de suspension. Il en résulte ainsi une atteinte au « socle contractuel » qui n'a pas à être acceptée par le salarié. v. en ce sens : J. MOULY, « *Les suites de la jurisprudence Hôtel le Berry* », art. préc., spéc. II.

² v. not. en ce sens : Ch. RADÉ, « *À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique* », art. préc., spéc. n° 4 : « Le Code du travail a donc bien admis l'idée que les sanctions disciplinaires puissent « affecter » la « fonction », la « carrière » ou la « rémunération » du salarié, tous éléments qui entrent naturellement dans le champ contractuel ».

évoque un pouvoir de détermination unilatérale du contenu de la prestation que ce dernier s'est engagé à exécuter¹.

D'ailleurs, la présence de telles stipulations est traditionnellement regardée, en sus du critère organique tenant à ce que l'un des contractants soit une personne publique, comme un critère de qualification du contrat administratif. Plus précisément, les clauses attributives de pouvoirs contractuels sont classiquement analysées comme appartenant à la catégorie des « clauses exorbitantes du droit commun »², ce qui, combiné au critère organique précité, doit permettre d'emporter la qualification de contrat administratif.

La terminologie de « clause exorbitante du droit commun » employée pour désigner ces clauses apparaît, alors, tout à fait intéressante puisque la présence d'une clause de pouvoir dans un contrat marquerait, ainsi, une rupture, une différence, avec les règles traditionnelles du droit privé des contrats.

Cette rupture tient en ce que les pouvoirs contractuels viennent introduire, dans le contrat, une logique qui s'avère être opposée à sa logique originelle. En effet, en dérogeant à la nécessité d'un accord de volonté pour modifier les effets d'un contrat définitivement formé, les pouvoirs contractuels s'écartent de la logique consensualiste du contrat pour y introduire une logique unilatéraliste, c'est-à-dire un rapport de domination contraire au postulat d'égalité sur lequel toute la théorie du contrat fut originellement construite en droit privé. De la sorte, la présence de pouvoirs contractuels dans les contrats administratifs permettrait de les distinguer des contrats de droit privé.

Bien que cette différence entre le contrat administratif et le contrat de droit privé tende à s'estomper en raison de la reconnaissance progressive des pouvoirs contractuels en droit privé³, l'évocation de ces prérogatives en droit administratif doit, semble-t-il, permettre de

¹ Pour un exemple de contrat contenant ces deux types de stipulations, c'est-à-dire à la fois une clause permettant à la personne publique de résilier unilatéralement le contrat et une clause de contrôle des recettes, et qui a été qualifié de contrat administratif par le Conseil d'État, v. not. : C.E., Ass., 26 février 1965, « Société du Vélodrome du Parc des Princes », rec. Lebon, p. 133 ; RDP 1965, p. 506, concl. BERTRAND, note M. WALINE. Il est à noter que, saisi de la même affaire, le Tribunal des conflits (v. : T.C., 16 janvier 1967, « Société du Vélodrome du Parc des Princes », rec. Lebon, p. 652 ; D. 1967, p. 416, concl. R. LINDON) a pu retenir que seule la clause de résiliation unilatérale devait emporter la qualification de contrat administratif. Pour un exemple de contrat contenant seulement une clause de résiliation unilatérale au profit de la personne publique et qualifié de contrat administratif par le Tribunal des conflits, v. : T.C. 5 juillet 1999, « UGAP c/ Soc. SNC Activ CSA », rec. Lebon, p. 465.

² Le critère de la présence d'une « clause exorbitante du droit commun » est notamment issu de l'arrêt : C.E., 31 juillet 1912, « Société des Granits porphyroïdes des Vosges », rec. Lebon, p. 909, concl. L. BLUM. Il est à noter que ce critère n'a pas seulement été à des clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels. Au sujet de ce critère, v. not. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, n° 795, Montchrestien, 2006, 4^{ème} éd., coll. DOMAT Droit public, n° 564, p. 334-335 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2006, 21^{ème} éd., coll. Précis, n° 438, p. 384.

³ Cette constante progression des pouvoirs contractuels en droit privé conduit, en effet, à ne plus percevoir les clauses attributives de pouvoirs comme des « clauses exorbitantes du droit commun » ce qui vient gommer sur ce point la différence entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé. Certaines clauses de pouvoir, autrefois qualifiées de « clauses exorbitantes du droit commun », ne le sont plus aujourd'hui. v. par ex. en ce sens : T.C. 12 décembre 2011, n° 3824, RDC 2012, p. 377 et s., note J. ROCHFELD, où, en l'espèce, un contrat bail liant une société et une commune contenait deux clauses de pouvoir au profit de la personne publique. Une clause de résiliation unilatérale et une clause permettant à la commune de modifier unilatéralement le montant du loyer en fonction de la tarification municipale générale. Ces deux clauses n'ont, alors, pas été qualifiées par le Tribunal des conflits de « clauses exorbitantes du droit commun », ce qui est le signe de la progression des pouvoirs contractuels en droit privé.

comprendre pourquoi leur admission dans les contrats de droit privé suscite, généralement, chez la doctrine privatiste, un vif sentiment d'hostilité.

Cette hostilité apparaît, ainsi, trouver son origine en ce que le pouvoir et le contrat sont perçus, dans la théorie classique du contrat, comme répondant à des logiques opposées, c'est-à-dire à des logiques antagonistes, antinomiques¹. En effet, là où le contrat, basé sur le postulat d'égalité entre les parties, répond une logique consensualiste, le pouvoir, basé sur l'idée d'inégalité, de rapport de domination, répond, quant à lui, à une logique unilatéraliste².

Or, la confrontation des logiques du pouvoir et du contrat, ou plutôt, l'introduction d'une logique de pouvoir dans le contrat, est généralement perçue d'un mauvais œil en droit privé puisqu'elle doit, ainsi, conduire le contrat à abandonner deux de ses principes fondamentaux.

Le pouvoir, synonyme d'unilatéralisme, vient, d'une part, remettre en cause le consensualisme, c'est-à-dire ce principe premier du contrat, garanti par le principe d'irrévocabilité unilatérale, qui veut que toute modification des effets d'un contrat définitivement formé s'opère du consentement mutuel des parties.

Le pouvoir, synonyme de rapport de domination, vient, d'autre part, remettre en cause le postulat d'égalité des parties sur lequel toute la théorie du contrat fut initialement élaborée en droit privé et qui devait, d'ailleurs, servir de fondement au consensualisme³.

Dès lors, il est possible de comprendre pourquoi l'unilatéralisme est généralement perçu, en droit privé, comme un « phénomène irritant »⁴. L'union du pouvoir et du contrat y étant notamment accusée « d'ébranler les colonnes du temple contractuel »⁵ et de vouloir « célébrer un mariage de l'eau et du feu »⁶.

¹ L'antinomie entre le contrat et le pouvoir a déjà pu être mise en évidence par : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, n° 20, p. 15 et n° 305, p. 225 où l'auteur constate que : « si le régime du contrat repose sur l'accord, celui du pouvoir repose sur l'unilatéralisme [...] ». Cette antinomie a également pu être perçue par d'autres auteurs qui ont eu recours à des métaphores pour la décrire. v. par ex. en ce sens : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », RTD. civ. 2010, p. 209, où l'auteure fait référence « à l'abîme » qui existe entre « l'unilatéralisme qui est de l'essence du droit potestatif [...], et la rencontre des volontés qui inspire la matière des contrats ». Adde, J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, art. préc., n° 7, p. 753, où l'auteure constate que les droits potestatifs adjoints au contrat « introduisent de l'unilatéral dans un mécanisme, le contrat, qui n'est pas l'espace naturel ».

² De la sorte, il apparaît même possible de se demander si la notion de « pouvoir contractuel », en ce qu'elle repose sur l'apposition de deux termes aux sens contradictoires, ne pourrait pas être vue comme étant un oxymore...

³ En effet, puisque les parties doivent être considérées comme étant égales, toute modification des effets d'un contrat définitivement formé doit, par principe, s'opérer de leur consentement mutuel. Le consensualisme se présentant, ainsi, comme la traduction du postulat d'égalité des parties.

⁴ Rappr. les propos tenus par : L. AYNÈS, « *Rapport introductif* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 1, p. 3, où l'auteur déclare, d'une manière générale, à propos de l'unilatéralisme en droit des obligations, et donc pas seulement au sujet des pouvoirs contractuels : « Dans le domaine juridique, qui est le nôtre aujourd'hui, l'acte unilatéral est un phénomène irritant ».

⁵ v. not. en ce sens : R. DEMOGUE, « *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* », RTD civ. 1907, rééd. Dalloz, 2013, coll. Tiré à part, spéc., p. 3, où l'auteur, au sujet de la volonté unilatérale modificatrice dans le contrat, constate que celle-ci est « grave » et que « l'admettre c'est ébranler les colonnes du temple ».

⁶ v. à ce propos : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1996, n° 5, p. 10, où l'auteur constate que si la doctrine refuse classiquement de reconnaître une place à la volonté unilatérale en matière contractuelle, c'est dans la mesure où celle-ci porterait atteinte au respect de la parole donnée, fondement traditionnel du principe de force obligatoire du contrat. En cela, « la notion d'acte unilatéral est alors bannie pour vouloir célébrer le mariage de l'eau et du feu ».

Ici, il est en outre intéressant de constater le profond décalage qui existe, dans les esprits, autour du phénomène de pouvoir contractuel en droit public et en droit privé. Si la présence de pouvoirs contractuels dans les contrats administratifs ne suscite généralement pas un grand émoi, puisqu'elle ne semble que traduire la dimension inégalitaire des rapports entre la personne publique et la personne privée, cette présence est, en revanche, vécue, dans les contrats de droit privé comme un véritable bouleversement en raison des atteintes aux principes premiers du contrat auxquels elle conduit.

Or, c'est cette tension liée à l'admission des pouvoirs contractuels dans les contrats de droit privé et les bouleversements qu'elle implique, alors synonymes de nouveaux enjeux, qui conduiront à centrer l'étude ici réalisée sur le droit privé.

Cela ne signifie pas, pour autant, que toute référence au droit public sera exclue. En dehors du fait qu'un pur cloisonnement dogmatique conduit à stériliser la connaissance du Droit, il est à noter que les études qui se sont intéressées, d'une manière générale à la notion de pouvoir ou, plus spécifiquement, aux manifestations du pouvoir dans les rapports contractuels, ont pu montrer que les réflexions du droit privé pouvaient être enrichies par les analyses et les techniques de contrôle du droit administratif¹.

Un tel rapprochement s'avère, d'ailleurs, d'autant plus compréhensible que le droit administratif a pour traditionnel objet d'étude le pouvoir alors que le droit privé s'intéresse, plus classiquement, à la notion de droit subjectif. De là, le droit administratif peut offrir des éléments de réflexion et outils de contrôle dont le droit privé serait en mesure de s'inspirer.

Ainsi, l'étude restera centrée sur le droit privé, mais viendra s'alimenter, de temps à autre, de techniques et de raisonnements issus du droit administratif. En effet, l'objectif premier demeure d'appréhender le phénomène de pouvoir contractuel en droit privé. Phénomène qui y est regardé avec méfiance étant donné, qu'en droit privé, pouvoir et contrat apparaissent répondre à des logiques antagonistes. Or, cette méfiance à l'égard des pouvoirs contractuels semble avoir des racines anciennes et profondes. Le phénomène de pouvoir contractuel, s'il apparaît, certes, aujourd'hui, largement reconnu, est cependant resté longtemps un phénomène marginal en droit privé.

8. Un phénomène longtemps resté marginal.- Bien que le phénomène de pouvoir contractuel ne soit pas d'apparition récente, le domaine de ses manifestations est cependant resté longtemps restreint en raison de la crainte et de la méfiance qui l'entourent.

Si l'on remonte au droit romain, il est possible de constater que le phénomène de pouvoir contractuel y était connu, mais qu'il n'y occupait qu'une place très limitée. Autrement dit, le droit romain ne reconnaissait pas une place générale à ce phénomène. Ses manifestations n'étaient reconnues que dans certains contrats, et ce, parfois, à des conditions restrictives.

¹ Pour une étude qui s'est intéressée d'une manière générale à la notion de pouvoir, v. not. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. CORNU, Paris, Economica, 1985, où la principale technique de contrôle proposée par l'auteur, à savoir, celle du détournement de pouvoir, est clairement inspirée du droit administratif. Pour une étude qui s'est intéressée aux manifestations du phénomène de pouvoir contractuel, et ce, plus particulièrement, sous l'angle de leur moyen de réalisation, v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit.. L'auteur y expose, très clairement, dès l'introduction (spéc., n° 11, p. 24 et s.), les intérêts d'une réflexion s'alimentant des techniques et catégories issues du droit administratif.

Il en allait, ainsi, par exemple, en matière de contrat de vente où une partie ne pouvait disposer de la possibilité de modifier seule les effets d'un tel contrat définitivement formé qu'en présence d'une stipulation expresse en ce sens. L'exemple le plus connu est celui de la *lex commissoria*, c'est-à-dire du pacte comissoire. Si cette clause constituait la seule manière d'anéantir le contrat de vente en cas d'inexécution et, plus précisément, en cas de non-paiement du prix par l'acheteur, le vendeur n'était, en effet, autorisé à se délier seul qu'en présence d'une telle stipulation¹.

Parmi ces stipulations qui permettaient de conférer à l'une des parties la possibilité de se délier seule d'un contrat de vente, il était également possible de compter le *pactum de retrovendendo*², ancêtre de la vente à réméré, qui offrait au vendeur la possibilité d'anéantir seul la vente en restituant le prix à l'acheteur, ou encore, le *pactum displicentiae*³, ancêtre de la vente à l'essai, qui conférait à l'acheteur insatisfait la possibilité d'anéantir seul le contrat conclu.

Même si le droit romain ne reconnaissait qu'une place limitée au phénomène de pouvoir contractuel, toutes ses manifestations ne se limitaient pas, pour autant, au contrat de vente. Les lois romaines avaient, par exemple, pu reconnaître la possibilité au mandant de se délier seul en révoquant le mandataire⁴. Ou encore, fut admis, en droit romain, dans les contrats innommés, la *condictio propter poenitam*, c'est-à-dire un droit de repentir permettant au créancier de se délier seul avant tout commencement d'exécution de la part du débiteur⁵.

Cependant, il est à noter que, même si le droit romain avait pu admettre que le prix soit seulement déterminable au moment de l'engagement des parties, toute possibilité de détermination unilatérale de ce dernier était en revanche exclue⁶.

Si le droit romain n'avait, donc, reconnu qu'une place limitée aux pouvoirs contractuels en raison de la méfiance que ce phénomène suscite, il en fut de même dans l'ancien droit. À l'image de ce qui avait pu se produire en droit romain, seule une place résiduelle, marginale, fut accordée aux pouvoirs contractuels dans le droit de l'Ancien Régime.

Il était, d'ailleurs, possible d'y retrouver certains pouvoirs hérités du droit romain, tels que le pouvoir d'anéantir unilatéralement une vente en vertu d'une clause d'essai ou d'une clause de réméré⁷. Il s'agissait ainsi de pouvoirs limités à un certain type de contrat et dont l'existence nécessitait la rédaction de stipulations particulières.

¹ v. sur ce point : G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, PUF, 1924, p. 105 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, LexisNexis, 2007, coll. Objectif droit, p. 27 ; R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ 2005, coll. Systèmes, p. 189.

² v. sur ce point : E. CHEVREAU, Y. MAUSEN, C. BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, op. cit., p. 27.

³ *Ibid*, loc. cit.

⁴ v. sur ce point : C. DIGNAC, *Du mandat en droit romain et en droit français*, th. Bordeaux, 1875, p. 93.

⁵ v. sur ce point : J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, coll. Universités, droit, p. 214. Ce pouvoir de rétractation apparaît étonnamment moderne et semble évoquer les droits de rétractation dont peuvent bénéficier aujourd'hui les consommateurs dans certains contrats.

⁶ Sur ce point, v. not. : R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, op. cit., p. 140 et s.

⁷ v. sur ce point : D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, coll. Corpus, histoire du droit, p. 286.

De même, s'il était admis, dans l'ancien droit, que le prix puisse être seulement déterminable au moment de la conclusion du contrat¹, la limite du droit romain relative à l'interdiction d'une détermination unilatérale de celui-ci semblait, elle aussi, avoir été conservée.

Mais il est possible de constater que, sur un point particulier, cette méfiance à l'égard des pouvoirs contractuels s'était largement accrue sous l'Ancien Régime. Ce point est celui de la résolution du contrat. En effet, si, sous l'influence des canonistes, le mécanisme de la résolution a pu être généralisé à l'ensemble des contrats, il ne faut pas oublier que, par la même occasion, le mécanisme de la résolution est devenu un mécanisme judiciaire. En outre, les Parlements ont pu considérer que les clauses résolutoires, dont le meilleur exemple était la *lex commissoria*, étaient simplement comminatoires². L'évolution ayant ainsi fait, qu'au final, toute possibilité de se délier unilatéralement en cas d'inexécution du cocontractant semblait être exclue sous l'ancien droit.

Héritée du droit romain et de l'ancien droit, cette méfiance à l'égard des pouvoirs contractuels et cette idée d'en faire un phénomène marginal s'est, alors, retrouvée chez le législateur de 1804.

En effet, dans la perspective de ne pas heurter les principes premiers du contrat que sont le consensualisme et le principe d'irrévocabilité unilatérale, corollaire du principe de force obligatoire, les pouvoirs contractuels ne pouvaient se voir reconnaître une place parmi les dispositions générales relatives au contrat. Autrement dit, le respect de ces principes premiers du contrat devait conduire à exclure, d'une manière générale, tout type de pouvoir contractuel.

À cela, deux choix de politique juridique, très marqués par l'influence du passé, venaient insister sur le rejet de certains pouvoirs contractuels en particulier. Le choix de la résolution judiciaire par l'ancien article 1184 alinéa 3 du Code civil venait exclure toute possibilité de résolution unilatérale en cas d'inexécution du cocontractant. Et le choix de rédaction de l'alinéa second de l'ancien article 1129 du Code civil, associé à l'interprétation qui lui en était donnée, venait exclure toute possibilité de détermination unilatérale du prix.

Dès lors, pour ne pas contredire les principes généraux établis en 1804, les manifestations des pouvoirs contractuels furent, à cette période, reléguées dans le cadre des contrats spéciaux. Ainsi, par exemple, seulement certains contractants, tels que mandant³, le mandataire⁴, le déposant⁵, le vendeur de denrées ou d'effets mobiliers⁶, ou encore le maître

¹ *Ibid*, p. 312.

² Autrement dit, en tant que simple menace celles-ci ne permettaient pas au créancier de se délier seul et elles laissaient ainsi subsister la nécessité d'une action en justice. Cette jurisprudence ancienne daterait d'un arrêt du 28 mai 1585 rapporté par Chanut sur Papon. Arrêts I. XII, t. 8, éd. 1624. Elle fut professée jusqu'à la fin du XVIII^e siècle en pays de droit écrit comme de coutume. v. sur ce point : G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, *op. cit.*, p. 401-403. L'auteur y souligne que cette jurisprudence a contribué « pour beaucoup à effacer toute différence pratique entre la résolution normale pour inexécution et celle qu'engendre une condition résolutoire expresse comme la *lex commissoria* ».

³ Art. 2004 du C. civ.

⁴ Art. 2007 du C. civ.

⁵ Art. 1944 du C. civ.

⁶ L'art. 1657 du C. civ. autorise le vendeur, dans le cadre de la vente de denrées et d'effets mobiliers, à se délier seul et sans sommation après l'expiration du terme convenu pour le retirement.

d'ouvrage¹, étaient autorisés à modifier seuls les effets d'un contrat définitivement formé et, plus exactement, à se délier seuls.

Cette idée de phénomène marginal dont l'existence doit être dissimulée sinon minorée, n'avait, jusqu'à récemment, pas été véritablement démentie. Certes, la jurisprudence, en droit commun des contrats, avait pu, assez tôt, admettre des dérogations au principe de la résolution judiciaire du contrat que ce soit, à travers, la possibilité de résoudre unilatéralement le contrat en vertu d'une clause résolutoire², ou même en l'absence d'une telle clause, en cas d'urgence³. Cependant, l'idée de phénomène marginal n'apparaît pas, ici, contredite, puisque ces possibilités de résolution unilatérale se présentaient comme des dérogations exceptionnelles au principe de la résolution judiciaire, soit, issues de la volonté des parties, soit, justifiées par le contexte particulier de l'inexécution.

Par la suite les différentes évolutions législatives qui ont pu reconnaître ou encadrer l'existence de pouvoirs contractuels n'ont pas non plus démenti cette idée de phénomène marginal. En effet, celles-ci étaient intervenues dans des matières périphériques, telles que le droit de la consommation, en reconnaissant, par exemple, des pouvoirs de rétractation aux consommateurs⁴. Ou encore, elles ont pu intervenir en droit du travail pour encadrer, par exemple, l'exercice du pouvoir de licencier⁵.

Cette méfiance envers le phénomène de pouvoir contractuel et l'idée selon laquelle celui-ci ne devait se présenter que comme un phénomène marginal, a même pu conduire certains auteurs à en dissimuler les manifestations lorsqu'ils y furent confrontés.

9. Un phénomène dissimulé.- Influencée par les principes de la théorie classique du contrat, la doctrine a également pu contribuer à cette entreprise de marginalisation du phénomène de pouvoir contractuel, voire même, de dissimulation de celui-ci. Deux méthodes célèbres peuvent être, ici, évoquées.

Afin de trouver des solutions s'avérant conformes aux principes classiques de l'autonomie de la volonté, du consensualisme et du respect de la parole donnée, une première méthode consistait à dissimuler certaines manifestations du phénomène de pouvoir contractuel derrière des mécanismes conventionnels. Dans l'optique de placer la volonté commune des parties à l'origine de tous les effets du contrat⁶, il était, par exemple, soutenu, que la partie qui

¹ Art. 1794 du C. civ.

² v. : Cass. civ. 2 juillet 1860, DP. 1860, 1, p. 284.

³ v. en ce sens : Trib. civ. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898, 2, p. 85, où l'affaire concernait l'expulsion d'un spectateur qui trouble une représentation. Cependant le sens de cet arrêt demeure ambigu dans la mesure où il est difficile de déterminer s'il s'agit véritablement de résolution unilatérale ou, plutôt, d'exception d'inexécution. Pour certains auteurs, il s'agirait d'une résolution du contrat justifiée par l'urgence. *Adde*, Cass. civ. 4 janvier 1910, S. 1911, I, p. 195, où il était question d'un représentant risquant de voir sa clientèle subtilisée par des manœuvres déloyales.

⁴ Les pouvoirs de rétractation ont notamment pu être introduits en droit de la consommation par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

⁵ Cet encadrement du pouvoir de licencier trouve son origine dans la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 qui est venue faire dépendre sa mise en œuvre de l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

⁶ v. par exemple, pour une telle conception des effets du contrat qui découleraient non pas tant de la loi mais du consensualisme : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, DURAND, HACHETTE, 1868, n° 390, p. 369, où l'auteur énonce, à propos des causes légales de révocation des contrats, que celles-ci : « dérivent elles-mêmes du consentement mutuel des

subit l'exercice d'un pouvoir de résiliation avait, lors de la conclusion du contrat, donné par avance son consentement à l'extinction du contrat¹. Cependant, il a pu être mis en évidence que cette analyse tendait à confondre la source du pouvoir, évidemment conventionnelle, et son exercice, nécessairement unilatéral². Peu importe donc que le pouvoir ait une origine conventionnelle, son exercice demeure unilatéral³. Une autre illustration de cette volonté de dissimuler le phénomène de pouvoir contractuel derrière la perfection dogmatique du consensualisme peut être trouvée du côté des analyses doctrinales qui cherchent à greffer sur un mécanisme unilatéral, tel que le congé formulé par le bailleur, l'acceptation du preneur, et cela, afin de le transformer en mécanisme conventionnel. Toutefois, l'artifice a pu être dénoncé par les auteurs qui ont mis en évidence que l'acceptation du sujet d'imputation passif, à savoir, ici, le preneur, est superfétatoire du point de vue de la production des effets de droit⁴. La situation du sujet ou des sujets d'imputation passifs étant modifiée sans nécessiter une quelconque manifestation de volonté de leur part. Elle leur est imposée.

Une seconde méthode, consistant, pour sa part, à étendre la période de formation, a également pu être développée, et cela, dans la perspective de concilier le mécanisme des droits de rétractation avec le principe de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, corollaire du principe de force obligatoire. Les tenants de la théorie dite « de la formation successive du contrat » préfèrent, en effet, rejeter l'idée de la formation instantanée du contrat et étendre sa période de formation, plutôt que de considérer que le droit de repentir trouve sa place dans la période

parties, qui sont présumées se référer aux dispositions de la loi sur l'espèce de convention, qui intervient entre-elles ».

¹ v. en ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, op. cit., n° 1330, p. 499, où les auteurs retiennent : « Souvent la résiliation du contrat se fait par une simple déclaration de volonté unilatérale, émanée de l'une des parties. [...] Même alors, elle a pourtant un caractère conventionnel. La partie qui subit la résiliation doit être considérée comme y ayant donné d'avance son adhésion ; elle a accordé à l'autre le droit de faire finir le contrat quand celui-ci le voudrait [...] ».

À propos de cette tendance qui existait, dans la doctrine classique, à dissimuler des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel derrière leur source conventionnelle, v. not. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* » art. préc., n° 9, p. 754. L'auteure met ainsi en lumière que « dans une vision classique de l'autonomie de la volonté », l'origine contractuelle des droits potestatifs adjoints « les purgerait de tous les attributs négatifs ordinairement attachés à l'unilatéralisme : la volonté des parties ayant accepté le jeu du pouvoir unilatéral de l'une d'entre elles, ce dernier en deviendrait immédiatement légitime ».

² v. en ce sens : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 89 : « Ainsi, quand une clause du contrat autorise une partie à imposer un certain effet de droit à son partenaire, l'analyse la plus répandue ne retient que la source – évidemment contractuelle – de ce mécanisme pour en négliger l'application, à coup sûr unilatérale ». Adde, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 6, p. 11 et n° 8, spéc., p. 16.

³ v. pour une telle remarque : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 31, spéc., p. 46.

⁴ v. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., où l'auteur démontre que l'acceptation du destinataire des effets de la décision ne modifie pas le caractère unilatéral de l'acte (n° 86, p. 93-94) dont la particularité est de produire des effets de droits en l'absence d'accord de volontés (n° 87 et s., p. 94 et s.). Rapp. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., où l'auteur étudie les rapports entre l'acte unilatéral et ses rapports avec le procédé conventionnel (n° 130 et s., p. 149 et s.). Il met alors en évidence que certaines opérations parviennent au résultat de l'acte unilatéral en empruntant un mécanisme conventionnel. Cependant, dans certaines situations (n° 155 et s., p. 150 et s.), telles que celles où un congé est accepté par le preneur, l'auteur indique que la forme conventionnelle ne doit pas trahir le fond de l'acte qui est celui d'un acte unilatéral. « L'opération emprunte une forme conventionnelle, mais c'est l'acte unilatéral qui domine » (n° 157, p. 151).

d'exécution et permette, ainsi, à une partie d'anéantir un contrat définitivement formé¹. Toutefois, cette théorie ne permet plus de masquer, aujourd'hui, la possibilité offerte au titulaire d'un pouvoir de rétractation de se délier d'un contrat définitivement formé. La jurisprudence estimant, en effet, que l'engagement contractuel est parfait dès l'échange des consentements, c'est-à-dire bien avant l'expiration du délai de rétractation².

L'idée selon laquelle le phénomène de pouvoir contractuel constitue un phénomène marginal a cependant connu un coup d'arrêt dès le milieu des années quatre-vingt-dix. Cette période est alors venue marquer le début d'un renouveau, d'un nouvel essor, pour les pouvoirs contractuels.

10. Un nouvel essor.- Le point de départ de la période du renouveau pour le phénomène de pouvoir contractuel semble se situer dans les arrêts du 1^{er} décembre 1995 rendus en Assemblée plénière par la Cour de cassation en matière de détermination unilatérale du prix.

En effet, en procédant à ce que la doctrine a pu qualifier de « désactivation de l'ancien article 1129 du Code civil en matière de prix », c'est-à-dire en mettant fin à l'exigence de prévision initiale des modalités de détermination ultérieures de la quotité du prix³ et en confirmant la possibilité d'une détermination unilatérale de celui-ci déjà admise par l'arrêt Alcatel de 1994⁴, la Cour de cassation est venue reconnaître l'existence d'un pouvoir de détermination du prix comme un principe concurrent aux procédés de détermination classiques en droit des contrats.

Ces arrêts d'Assemblée plénière de 1995 dont la portée a dépassé les seuls contrats-cadre et de bail⁵, ont, alors, amorcé le début d'un nouvel essor pour le phénomène de pouvoir contractuel en faisant, en quelque sorte, sauter un premier verrou à son admission.

¹ Sur la théorie de la formation successive du contrat v. : J. CALAIS-AULOY, « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur* », D. 1972. Chron. p. 266 ; G. CORNU, « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* », in *Travaux Assoc. H. CAPITANT, Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke, La protection des consommateurs*, t. XXIV, 1973, D. 1975, p. 135 et s. ; J.-M. MOUSSERON, « *La durée dans la formation des contrats* », in *Mélanges A. JAUFFRET, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*, 1974, p. 509 et s., spéc. p. 522 ; P. GODÉ, obs. RTD civ. 1978, p. 438 ; G. ROUHETTE, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Mélanges R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s. ; R. BAILLOD, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 227 ; J. CALAIS-AULOY, et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1996, 4^{ème} éd., coll. Précis, n° 102, p. 96. *Adde*, l'art. 1110-2 al. 1^{er} de l'avant-projet CATALA, qui semble également retenir la théorie de la formation successive du contrat en ce qu'il énonce que : « Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir. » (Nous soulignons).

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 178, p. 121, RTD com. 1993, p. 351, note B. BOULOC, où la Cour retient que le contrat est formé dès la commande, c'est-à-dire dès l'échange des consentements.

³ v. en ce sens deux arrêts concernant des contrats de location-entretien : Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, « *Soc. Cofratel c. Soc. Bechtel France* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13 ; et « *Soc. Compagnie Atlantique de téléphone c. Soc. Sumaco* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13.

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 348, p. 251.

⁵ Le domaine de la désactivation de l'ancien art. 1129 al. 2 du C. civ. a progressivement été étendu « en toute matière », c'est-à-dire dans différents contrats tels que prêt ou de compte courant. Au sujet de la portée des arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, v. : *infra*, n° 59 et s., p. 79 et s.

Cet essor du phénomène de pouvoir contractuel a connu, par la suite, un second temps fort avec l'arrêt TOCQUEVILLE du 13 octobre 1998¹ dans le cadre duquel la Cour de cassation a pu autoriser la résolution unilatérale du contrat en dehors de toute situation d'urgence².

Ces différents arrêts paraissent, alors, révélateurs d'un profond changement d'état d'esprit à l'égard du phénomène de pouvoir contractuel. En effet, à cette période, le phénomène de pouvoir contractuel semble être passé du statut de mécanisme marginal, exceptionnel, dont l'existence doit être dissimulée sinon minorée, au statut de mécanisme reconnu et admis parmi les mécanismes généraux du droit des contrats.

De là, l'idée d'officialiser l'existence d'un grand nombre de pouvoirs contractuels en leur conférant une assise légale parmi les dispositions générales du Code civil relatives au contrat, a pu, peu à peu, faire son chemin.

En sont la preuve les différents projets de réforme du droit des contrats, c'est-à-dire les projets CATALA, TERRÉ, ainsi que le projet de la Chancellerie³, qui ont proposé d'introduire dans la partie générale du droit des contrats des pouvoirs contractuels d'apparition récente, tels que le pouvoir de détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadre⁴, ou encore, le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier tel qu'issu de la jurisprudence TOCQUEVILLE⁵. Ces différents projets avaient également proposé de consacrer, dans la partie générale du droit des contrats, des pouvoirs contractuels reconnus depuis plus longtemps par la jurisprudence, comme le pouvoir de suspendre l'exécution de sa prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution⁶, le pouvoir de résoudre le contrat en vertu d'une clause résolutoire⁷, le pouvoir de résilier un contrat à durée indéterminée⁸, le pouvoir de détermination du prix dans les contrats d'entreprise⁹, ou encore, le pouvoir de réduction unilatérale du prix¹⁰. Certains projets avaient même suggéré d'introduire en droit positif le mécanisme de l'exception d'inexécution anticipée¹¹, connu de certains instruments supranationaux et de certains projets de droit européen des contrats¹².

Ainsi, les différents projets de réforme du droit des contrats constituaient-ils une confirmation ostensible du changement général d'état d'esprit autour du phénomène de pouvoir contractuel qui ne semblait plus destiné à être perçu comme un phénomène marginal.

¹ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 207.

² La Cour de cassation avait, en effet, pu retenir que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ». Autrement dit, elle avait reconnu la possibilité à une partie de résoudre unilatéralement le contrat dans une espèce où l'urgence n'était pas présente. Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, v. : *infra*, n° 29 et s., p. 53 et s.

³ Ici, il sera fait allusion au projet d'ordonnance de la Chancellerie en date du 25 février 2015.

⁴ v. : l'art. 1121-4 du projet CATALA, l'art. 60 al. 3 du projet TERRÉ et l'art. 1163 du projet de la Chancellerie.

⁵ v. : l'art. 1158 al. 2 du projet CATALA, l'art. 110 du projet TERRÉ et l'art. 1226 du projet de la Chancellerie.

⁶ v. : l'art. 1157 du projet CATALA, l'art. 103 du projet TERRÉ et l'art. 1219 du projet de la Chancellerie.

⁷ v. : l'art. 1159 du projet CATALA, l'art. 112 du projet TERRÉ et l'art. 1225 du projet de la Chancellerie.

⁸ v. : l'art. 91 al. 3 du projet Terré et l'art. 1212 du projet de la Chancellerie.

⁹ v. : l'art. 1121-5 du projet CATALA, l'art. 60 al. 3 du projet TERRÉ et l'art. 1164 du projet de la Chancellerie.

¹⁰ v. : l'art. 107 du projet TERRÉ et l'art. 1223 du projet de la Chancellerie.

¹¹ v. : l'art. 104 du projet TERRÉ et l'art. 1220 du projet de la Chancellerie.

¹² Le mécanisme de l'exception d'inexécution anticipée est par exemple consacré par l'art. 71-1° de la CVIM et il est reconnu par l'art. 9 : 201 (1) des PDEC.

11. L'admission des pouvoirs contractuels parmi les dispositions générales du droit des contrats.- Le changement d'état d'esprit autour des pouvoirs contractuels a permis à leur phase de développement de connaître son point culminant avec l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. En effet, s'inspirant des différents projets de réforme, cette fameuse ordonnance est venue conférer une place parmi les dispositions générales du droit des contrats à de nombreux pouvoirs contractuels.

Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadre¹ et les contrats de prestation de service², du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier³, du pouvoir de résoudre le contrat en vertu d'une clause résolutoire⁴, du pouvoir reconnu au créancier de suspendre l'exécution de sa prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution⁵, et ce, même par anticipation⁶, mais aussi, du pouvoir de résilier un contrat à durée indéterminée⁷, ou encore, du pouvoir de réduction unilatérale du prix⁸.

Si le point culminant de l'essor du phénomène de pouvoir contractuel fut l'ordonnance du 10 février 2016, son point d'aboutissement fut la loi du 20 avril 2018 qui est venue ratifier ladite ordonnance et entériner, ainsi, la présence de la très grande majorité⁹ des différents pouvoirs contractuels introduits par cette dernière dans les dispositions générales du droit des contrats.

Au terme de cette évolution, il apparaît, donc, clairement que les pouvoirs contractuels ne doivent plus être considérés comme émanant d'un phénomène marginal. Ils font, dorénavant, officiellement partie des mécanismes généraux du droit des contrats. En cela, la portée de la reconnaissance du phénomène de pouvoir contractuel s'avère être, aujourd'hui, totale, puisqu'elle ne se limite plus à des matières périphériques telles que les contrats spéciaux, le droit de la consommation, ou encore, le droit du travail.

Or, cette reconnaissance générale des pouvoirs contractuels n'est pas sans induire un changement profond dans la logique contractuelle. Plus précisément, reconnaître une place au pouvoir dans le contrat implique un changement de paradigme en matière contractuelle puisque le pouvoir synonyme d'inégalité, de rapport de domination, vient remettre en cause le postulat d'égalité entre les parties.

Autrement dit, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, le législateur apparaît avoir fait le choix de remettre officiellement en cause cette fiction d'égalité sur laquelle toute théorie du contrat fut originellement élaborée et qui devait servir de fondement au

¹ v. : le nouvel art. 1164 du C. civ.

² v. : le nouvel art. 1165 du C. civ.

³ v. : le nouvel art. 1226 du C. civ.

⁴ v. : le nouvel art. 1225 du C. civ.

⁵ v. le nouvel art. 1219 du C. civ.

⁶ v. : le nouvel art. 1220 du C. civ.

⁷ v. : le nouvel art. 1211 du C. civ.

⁸ v. le nouvel art. 1223 du C. civ.

⁹ S'il est fait allusion à la « très grande majorité » des pouvoirs contractuels contenus dans l'ordonnance du 10 février 2016 et non à leur totalité, c'est dans la mesure où le pouvoir de réduction unilatérale du prix qui semblait présent dans cette ordonnance, ne paraît pas avoir été entériné par la loi du 20 avril 2018. À l'heure actuelle, il semble, en effet, assez délicat de déterminer la nature du mécanisme consacré par le nouvel art. 1223 du C. civ. À ce sujet, v. : *infra*, n° 36 et s., p. 60 et s.

consensualisme, considéré, jusqu'alors, comme le principe premier du contrat. Ainsi, là où le consensualisme, issu du postulat d'égalité entre les parties, imposait, en matière contractuelle de « tout faire et défaire à deux », les pouvoirs contractuels permettent, aujourd'hui, à une partie d'agir seule là où l'action à deux était auparavant requise.

Même si certains redoutent ce changement de paradigme et de logique, la reconnaissance de l'existence d'une logique de pouvoir dans le contrat ne présente pas que des désavantages. En effet, reconnaître l'existence des pouvoirs contractuels doit permettre d'appréhender des décisions imposées en cours d'exécution par l'une des parties et, plus exactement, par la partie la plus puissante, mais qui, masquées par un consensualisme de façade, apparaissaient, en cela, inattaquables. En d'autres termes, la reconnaissance des pouvoirs contractuels doit permettre d'appréhender certains rapports factuels de pouvoir qui, autrefois, échappaient au droit des contrats.

Ce phénomène a notamment été décrit par le Professeur JESTAZ qui a pu constater que « tant qu'un élément du contrat (le prix par exemple) est théoriquement fixé par les deux contractants et, en fait, le plus puissant, le juge n'y peut rien changer. Mais qu'il soit *de jure* fixé par un seul et le contrôle du juge devenu alors aussi évident qu'indispensable, fait une entrée fracassante sur la scène contractuelle ». En cela, « l'unilatéralisme avoué » présente, selon l'auteur, « un avantage sur le contrat un peu fictif »¹.

S'il est permis de penser que cette volonté d'appréhender des phénomènes qui échappaient, autrefois, au droit des contrats, a guidé le choix du législateur de reconnaître officiellement l'existence des pouvoirs contractuels, il semblerait que ce choix qui n'est, au demeurant, qu'un choix de politique juridique, ait également été dicté par d'autres raisons.

La volonté d'adapter le droit des contrats aux réalités économiques de son temps a, semble-t-il, aussi, pu guider le législateur dans sa décision de conférer une place aux pouvoirs contractuels parmi les dispositions générales du Code civil. Autrement dit, le législateur ne serait pas resté insensible aux analyses économiques du droit.

12. L'influence des analyses économiques du droit.- La conjoncture économique actuelle, qui est celle d'une économie libérale et mondialisée, suppose que les agents économiques puissent disposer d'une certaine « flexibilité » leur permettant de s'adapter rapidement au jeu de la concurrence. Ce besoin de souplesse et de célérité² se trouve, alors, être défendu par les analyses économiques du droit³ qui cherchent à promouvoir l'efficacité économique des contrats. Selon les analyses économiques du droit, il faut permettre au contrat

¹ v. : Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, p. 87 et s., spéc., p. 99.

² Une faculté d'adaptation souple est rapide est un enjeu majeur dans le contexte économique actuel régi par la célèbre formule « *time is money* ». Cette formule doit sa paternité à B. FRANKLIN, « *Advice to a young tradesman* », 1748.

³ Élaborées aux États-Unis à partir des années soixante, sous l'impulsion de COASE et CALABRESI, les analyses économiques du droit se proposent d'étudier les choix juridiques à la lumière de postulats économiques fondamentaux tels que la rareté, la rationalité et l'échange. Cependant, c'est au début des années soixante-dix que fut publié l'ouvrage de POSNER, aujourd'hui considéré comme l'ouvrage de référence (R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973).

de produire un effet utile en autorisant une allocation optimale des ressources, ce qui passe, nécessairement, par une minimisation des coûts.

La clé de la flexibilité tant recherchée résiderait, ainsi, dans l'aménagement des droits de décision concernant le contrat¹, et en particulier, dans l'aménagement de mécanismes d'autorité. Cette flexibilité souhaitée par les partisans de l'analyse économique du droit, dont l'objectif est de garantir l'efficacité optimale du contrat en réduisant les coûts, serait donc appelée à trouver sa traduction technique dans le mécanisme des pouvoirs contractuels.

En effet, le mécanisme des pouvoirs contractuels présente l'avantage de permettre de minimiser les coûts, dans un premier temps, au stade de la formation du contrat², et cela, en réduisant les délais de négociation dans la mesure où les parties ne sont plus tenues d'envisager toutes les situations qui pourront se présenter à elles au cours de l'exécution³. L'avantage est alors considérable, notamment, dans le cadre des contrats dont l'exécution s'inscrit dans la durée et pour lesquels l'appréhension du « futur contractuel » constitue un enjeu majeur. À la nécessité de « tout prévoir » lors de la conclusion, se substitue alors « l'incomplétude »⁴ des contrats. Cette « incomplétude » se manifestant par la stipulation d'« *open terms* »⁵, c'est-à-dire par la rédaction de clauses dans lesquelles le contenu de toutes les obligations n'est pas défini avec précision. L'attribution de pouvoirs contractuels aux parties permettant, alors, de préciser le contenu du contrat, en cours d'exécution, et cela, afin de l'adapter aux circonstances⁶.

Aussi, cette possibilité offerte aux parties d'adapter le contrat aux circonstances permet-elle, dans un second temps, de réduire les coûts au stade de l'exécution. En effet, la modification du contrat qui pourra être imposée par l'une des parties à son cocontractant, ne nécessitera donc

¹ v. en ce sens : E. BROUSSEAU, « *L'économiste, le juriste et le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, op. cit., p. 164 et s., où l'auteur retient : « C'est pourquoi, un arrangement contractuel doit être flexible. Il doit autoriser les parties à réviser ex-post leurs engagements initiaux en fonction des situations futures auxquelles elles seront confrontées ».

² Pour une analyse du problème général du coût de conclusion des contrats passé au crible de l'analyse économique, v. not. l'article de : R. H. COASE, « *The problem of social cost* », in *The Journal of Law and Economics*, oct. 1960, vol. III, p. 15 et s., spéc. §VI. *Adde*, à propos de l'idée selon laquelle l'unilatéralisme facilite la conclusion du contrat, S. BROS, « *La place de l'unilatéralisme progrès ou danger ?* », RDC 2012, p. 1452 et s.

³ À titre de comparaison, si l'évolution du contrat peut être également prévue au moyen de clauses de condition, cette technique se révèle cependant peu adaptée en raison de son manque de flexibilité et de l'impossibilité matérielle de tout prévoir lors de la conclusion du contrat. v. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 287, spéc. p. 220, où l'auteure constate que : « Ce mécanisme manque toutefois de souplesse : il fige l'engagement en ramenant le futur au présent lors de la conclusion de l'accord ».

⁴ Sur cette idée « d'incomplétude » des contrats, v. not. : J. ROCHFELD, « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », RDC 2004, p. 47 et s., n° 30 et s., où l'auteure évoque également une baisse de la « présentation ». Ce terme, emprunté à la doctrine américaine, est employé ici pour désigner le recul de l'opération qui consiste à rendre le futur présent en enfermant tout l'avenir du contrat dans des clauses au moment de sa formation ; E. BROUSSEAU, « *L'économiste, le juriste et le contrat* », art. préc., p. 173.

⁵ v. : Y.-M. LAITHIER, « *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français* », D. 2006, chron. p. 1003 et s.

⁶ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., n° 466, p. 378 : « l'exécution utile du contrat [coopération] passe par l'attribution, dans le prolongement des obligations contractuelles, de pouvoirs unilatéraux ». *Adde*, J. ROCHFELD, « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », art. préc., n° 33, qui souligne les dangers de la multiplication des prérogatives unilatérales dans les contrats « relationnels ». Rapp. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 387, p. 219-220, qui relie le phénomène de pouvoirs aux contrats de durée.

plus de recourir, soit à une nouvelle négociation, soit au juge, ce qui permet d'économiser, respectivement, les frais liés à une nouvelle négociation ou à une procédure judiciaire.

Si de tels arguments trouvent un écho dans le cadre des contrats à exécution instantanée, où, par exemple, les pouvoirs de sanction tels que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ou encore, le mécanisme de la clause résolutoire, autorisent leurs titulaires à se délier à moindre coût¹ et garantissent une plus prompte réallocation des richesses, ils résonnent une nouvelle fois avec davantage d'intensité dans le cadre des contrats de durée.

L'influence du « contrat relationnel » développée par la doctrine américaine au milieu des années soixante-dix est alors ici nettement perceptible. S'opposant aux contrats « discrets » (« *discrete contracts* ») qui sont des contrats de l'instant², réalisant un simple échange de biens ou de prestations³, entre des parties qui ne nouent aucun lien psychologique⁴ et où les stipulations sont rédigées de la manière la plus complète possible⁵, la catégorie des contrats « relationnels » (« *relational contracts* ») comprend des contrats de durée, où les parties sont amenées à se connaître, à s'impliquer, à collaborer, et dans lesquels le contenu n'est pas précisément et définitivement fixé au jour de sa conclusion en ce qu'il contient des « *open terms* »⁶. Bien que n'ayant pas reçu un accueil très favorable au plan notionnel dans la doctrine française⁷ en raison de l'imprécision de la définition de ses contours qui permettent, notamment, d'englober les contrats-coopération⁸, et de sa dimension plus sociologique ou économique que

¹ v. par ex. en ce sens : P.-G. JOBIN, « *La résolution du contrat sans intervention du tribunal* », RTD civ. 1997, p. 556, où l'auteur évoque l'idée selon laquelle l'attribution de droits de rupture unilatérale aux parties est un bon moyen de « réduire les procès longs et ruineux ».

² v. : Y.-M. LAITHIER, « *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français* », D. 2006, chron. p. 1003 et s., spéc. p. 1004.

³ v. : J. ROCHFELD, « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », RDC 2004, p. 47 et s., spéc. n° 23.

⁴ v. : Y.-M. LAITHIER, « *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français* », art. préc., *loc. cit.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Pourtant, il convient de faire remarquer que si le « contrat relationnel » n'a pas connu le succès en tant que notion en droit français, ses fondements sous-jacents : existence d'un intérêt commun, ainsi que le régime qui lui est appliqué : préservation de l'utilité du contrat, devoir de collaboration entre les parties et renforcement de l'exigence de bonne foi, sont des thèmes récurrents défendus par les partisans du solidarisme contractuel. Sur le rapprochement du « contrat relationnel » et de la conception solidariste du contrat, v. not. : L. GRYNBAUM, « *La notion de solidarisme contractuel* », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?* ss. la dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, coll. Études juridiques, 2004, p. 25 et s., spéc. n° 16.

⁸ Les critères permettant de distinguer un « contrat discret » d'un contrat relationnel sont flous. Si MACNEIL propose douze critères cumulatifs, (« *The many futures of contracts* », *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, p. 691 et s., spéc., p. 738), ce qui rend la qualification malaisée, d'autres auteurs préfèrent s'appuyer sur un seul critère. Si pour certains il s'agit de l'incomplétude du contrat (v. : C. J. GOETZ et R. E. SCOTT, « *Principles of Relational Contracts* », *Virginia Law Review*, vol. 67, p. 1089, spéc., p. 1091), pour d'autres il s'agit de la durée (v. : R. E. SPEIDEL, « *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts* », *Northwestern Law Review*, vol. 94, 2000, p. 823, spéc. p. 828). Pour un cumul de ces deux critères, v. : J. ROCHFELD, « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », RDC 2004, p. 47 et s., n° 28. Ces critères, pris alternativement ou cumulativement, ne sont cependant pas suffisamment précis et conduisent à créer une catégorie « fourre-tout », où les contrats de société et d'association côtoient des contrats-commutation ayant pour objet l'exécution d'une prestation définie par son seul objectif s'inscrivant dans la durée (ex. : contrats de services informatiques, contrats de transfert de technologie), ainsi que les contrats-coopération. Pour un tel constat, la qualification de contrat-coopération en moins, v. : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, *op. cit.*, n° 144-145, p. 132 et s.

juridique¹, l'analyse du régime du contrat relationnel a permis de mettre en avant l'exigence de flexibilité qui doit innover les contrats dont l'exécution se prolonge dans le temps. Ainsi, ces contrats doivent-ils pouvoir évoluer et donc être précisés, modifiés, adaptés, dans leur phase d'exécution², et ce, notamment au moyen de pouvoirs contractuels³.

En cela, l'attribution de pouvoirs contractuels doit permettre une adaptation réactive de l'outil contractuel qui s'inscrit dans la durée, que l'on songe, par exemple, à la possibilité de définir unilatéralement les objectifs de vente du cocontractant franchisé ou concessionnaire, mais aussi, à la possibilité de déterminer unilatéralement le prix des contrats pris en application d'un contrat-cadre, ou encore, à la possibilité de résoudre seul le contrat en cas de manquement du cocontractant ou de proroger son terme. Ces différentes opérations étant, alors, réalisées plus rapidement et à moindre coût dans la mesure où les pouvoirs contractuels permettent de s'affranchir des frais et de la lenteur d'une nouvelle négociation ou d'un procès.

Au regard des analyses économiques du droit, le contrat serait donc contraint d'abandonner son principe premier, le consensualisme, pour embrasser une logique qui n'est pas la sienne, l'unilatéralisme, afin devenir un instrument adapté aux réalités économiques de son temps. Il serait ainsi contraint d'abandonner ses principes premiers dans une optique de flexibilité, de rapidité et de réduction des coûts.

Bien que de fortes dissensions doctrinales se cristallisent autour de la portée à conférer aux analyses économiques du droit⁴, ce sont de tels soucis très pragmatiques qui ont, semble-t-il, poussé le législateur, lors de la réforme du 10 février 2016, à conférer une assise légale à certaines manifestations du phénomène de pouvoir contractuel au cœur des dispositions générales relatives au contrat.

L'influence des analyses économiques du droit ne paraît toutefois pas être la seule à avoir contribué au développement et à la consécration du phénomène de pouvoir contractuel en droit interne. En effet, il ne faut pas oublier que notre droit interne des contrats n'est plus, à l'heure actuelle, étudié de manière isolée. Il est analysé à la lumière des systèmes juridiques étrangers qui, pour la grande majorité, réservent déjà un accueil favorable aux pouvoirs

¹ v. en ce sens : H. MUIR-WATT, « Du contrat "relationnel", réponse à François OST », in *La relativité du contrat*, Trav. Association CAPITANT, LGDJ, 1999, p. 170 et s., spéc., p. 174-175 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », art. préc., p. 1008.

² v. en ce sens : Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », art. préc., spéc. p. 1004 ; C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005, n° 582, p. 399 et s.

³ v. par exemple en ce sens : Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », art. préc., spéc. p. 1004, où l'auteur fait référence aux « open terms », c'est-à-dire à des clauses ouvertes, « telle celle, de plus en plus largement admise en droit français, conférant le pouvoir à l'une des parties de déterminer un prix qu'il est impossible de fixer lors de la conclusion ».

⁴ Sur ces discussions, v. not. : A. BERNARD, « *Law and Economics, une science idiote ?* », D. 2008, chron. p. 2806 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation* », RTD. civ. 2006, p. 505 et s. ; S. ROUSSEAU, « *L'analyse économique du droit* », D. 2009, p. 352 et s. ; S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, n° 39 et s., p. 38 et s., où l'auteur considère que l'efficacité économique doit demeurer une finalité « sinon étrangère, du moins seconde » (n° 40, p. 41) de l'ordre juridique qui doit rechercher l'utilité du contrat, non pas par rapport à son efficacité économique maximale, mais par rapport à deux autres valeurs que sont la prévisibilité et la sécurité des transactions (n° 41, p. 41).

contractuels. Dès lors, la politique juridique menée en droit des contrats subit-elle, aussi, inévitablement, l'influence du droit comparé.

13. **L'influence du droit comparé.**- Le droit comparé semble avoir exercé une influence non négligeable sur le législateur interne qui a officialisé, à l'occasion de la réforme du 10 février 2016, l'union du pouvoir et du contrat. En effet, l'alliance du pouvoir et du contrat est à l'honneur, tant dans les systèmes étrangers que dans les instruments supranationaux, ou encore, dans les projets de droit européen des contrats. Trois illustrations peuvent en être données.

D'abord, si la *common law*¹ et le droit allemand² connaissent de manière traditionnelle la résolution unilatérale pour inexécution par voie de notification, il est possible d'observer que les codifications récentes font également, de manière générale, le choix d'opter pour ce mécanisme. Tel est le cas notamment de la loi Chinoise sur les contrats de 1999³, mais aussi, sous certaines réserves, du nouveau Code civil Québécois⁴. Il est également important de souligner que la résolution unilatérale par voie de notification est le mécanisme choisi, aussi bien par les instruments internationaux de droit positif, tels que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises⁵ et les principes d'UNIDROIT⁶, que par les projets de droit

¹ La *common law* distingue deux mécanismes de résolution unilatérale du contrat. D'un côté, la « *termination for breach* », qui permet à une partie de résoudre le contrat soit en fonction de la nature de l'obligation inexécutée : s'il s'agit d'une « *condition* » la résolution sera toujours possible peu importe la gravité du manquement, s'il s'agit d'une « *warranty* » le créancier ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts ; soit en fonction de la gravité des conséquences de l'inexécution si l'obligation inexécutée est qualifiée d'« *innominate term* ». De l'autre côté, la résolution unilatérale est possible en cas de « *repudiation* » du contrat, c'est-à-dire lorsque le débiteur refuse d'exécuter ses obligations. Ce refus fautif, qui peut résulter de paroles ou de son comportement (« *words or conduct* ») offre au créancier le choix soit de poursuivre l'exécution du contrat (« *reject the breach* ») soit de mettre fin au contrat (« *accept the breach* »). (sur ces points v. : J. O'SULLIVAN et J. HILLIARD, *The law of contract*, Oxford University Press, coll. Core text series, 5^{ème} éd., 2012, n° 16.14 et s., p. 360 et s. ; J. BEATSON, A. BUROWS et J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, op. cit., p. 506 et s. ; H. G. BEALE, W. D. BISHOP, et M. P. FURMSTON, *Contract : Cases and Materials*, London, Butterworth, 2^{ème} éd., 1990, p. 410 et s.). La résolution se fait par voie de notification. (v. : G.-H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1989, n° 248, p. 334).

² Le § 323 du B.G.B. consacre le principe de résolution unilatérale. Le créancier doit alors accorder un délai suffisant au débiteur pour s'exécuter (§ 323-(1°)) sauf dans certains cas limitativement énumérés dans lesquels la résolution peut être immédiate (§ 323-(2°) : refus d'exécution, délai d'exécution impératif, ou circonstances particulières justifiant la rupture immédiate). Cette résolution s'opère par notification (§ 349). Le § 314 du B.G.B. consacre des dispositions équivalentes en ce qui concerne la résolution des contrats à exécution successive. (Sur ces points v. : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^{ème} éd., coll. Droit des affaires, 2004, n° 231 et s., p. 185 et s.

³ v. l'article 96 de la loi du 15 mars 1999 sur les contrats : « Lorsqu'une partie demande l'anéantissement du contrat, conformément à l'al. 2 de l'art. 93 et à l'art. 94 de la présente loi, elle doit le notifier au cocontractant. Le contrat est anéanti dès que le cocontractant reçoit la notification. Si ce dernier a des objections, il peut demander au tribunal populaire où à l'instance d'arbitrage de statuer sur la validité de l'anéantissement (...) ». (v. pour la traduction : M. P.-H. CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution, étude comparative du droit français et du droit chinois*, préf. G. LÉGIER, Aix en Provence, PUAM, 2005, p. 293 et s.

⁴ Si l'article 1605 du Code civil du Québec (C. civ. Q.) admet le mécanisme de la résolution unilatérale après mise en demeure, son champ d'application n'est cependant pas aussi étendu qu'on semble l'entendre. Si ces dispositions sont reprises dans la vente mobilière (art. 1736 et 1740 C. civ. Q.) et dans le crédit-bail (art. 1848), il semblerait que la résolution judiciaire soit encore nécessaire en matière de bail et de vente immobilière en cas d'inexécution de ses obligations par l'acheteur. (v. sur ces points : P.-G. JOBIN, « *Équité et sévérité dans la sanction d'une faute contractuelle* », 78 Rev. du B. can., 1999, p. 220 et s. ; Adde, du même auteur « *La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ?* » in RIDC, 2000, p. 49-76, spéc. p. 64.)

⁵ Art. 49 et 64 de la CVIM.

⁶ L'art 7.3.2-1° des principes d'UNIDROIT précise que la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur.

européen des contrats, qu'il s'agisse des principes LANDO¹, ou encore du projet de Code européen des contrats².

Ensuite, il est possible de constater que le pouvoir de détermination unilatérale du prix se trouve être connu du droit allemand³ et droit anglais⁴, mais également de la convention de Vienne⁵, ou encore, des Principes du Droit européen des contrats⁶.

Enfin, il est possible de citer le pouvoir conféré au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée de réduire le prix qui est consacré dans certains instruments supranationaux⁷, tout comme dans certains projets de droit européen des contrats⁸.

En cela, l'union du pouvoir et du contrat tend à se présenter comme un phénomène globalisé, une tendance juridique contemporaine. Le souci d'inscrire le droit interne dans la modernité et de lui donner un regain d'attractivité et de compétitivité sur le plan international paraît, alors, avoir guidé le législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats.

Si les influences combinées des analyses économiques du droit et du droit comparé permettent d'expliquer le développement du phénomène de pouvoir contractuel en droit interne, ainsi que sa reconnaissance officielle parmi les mécanismes généraux du droit des contrats, cette reconnaissance va y être la source d'enjeux qu'il convient d'identifier. Le premier de ces enjeux semble, d'ailleurs, être celui de parvenir à concilier les logiques du pouvoir et du contrat.

14. La conciliation des logiques du pouvoir et du contrat.- Dans la mesure où le pouvoir et le contrat répondent à des logiques antagonistes – unilatéralisme contre consensualisme⁹ –, la tentation peut être grande de conclure à l'impossibilité d'une conciliation. Cette voie a notamment pu être empruntée par le Professeur LOKIEC pour qui, en raison de l'antagonisme des logiques du pouvoir et du contrat, il conviendrait d'extraire le pouvoir du contrat pour lui

¹ Art. 9 : 303 des PDEC qui prévoit que la résolution se fait par voie de notification.

² Art. 114 de l'avant-projet de Code européen des contrats. Cet article exige que la mise en demeure du débiteur soit faite dans un délai raisonnable et précise que le délai accordé au débiteur pour s'exécuter ne doit pas être inférieur à quinze jours. Passé ce délai le contrat est considéré comme résolu. *Adde*, l'art. 10 : 303 des PDEC révisés par l'Association H. CAPITANT qui contient des dispositions analogues. (v. : *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association H. CAPITANT des Amis de la Culture juridique française et Société de Législation comparée, vol. 7, Paris, SLC, 2008, coll. Droit privé comparé et européen, sous la coordination de B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD et rédigé sous la direction scientifique de G. WICKER et J.-B. RACINE).

³ v. en ce sens : le § 315 du B.G.B. qui admet la détermination unilatérale de la prestation, qu'il s'agisse d'une contrepartie en nature ou du prix (v. : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, *op. cit.*, n° 177, p. 139 ; *Adde*, F. X. LICARI, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, *op. cit.*, p. 391 et s.).

⁴ Sur ce point, v. : CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 16^{ème} éd., p. 61. Pour une illustration, v. : *Lombard Tricity Finance Ltd v. Paton* (1989), 1 All ER 918, où il s'agissait d'un contrat de prêt, reconnu comme valide, dans lequel le prêteur pouvait unilatéralement faire varier le taux d'intérêt.

⁵ Art. 5.1.7-2° des Principes d'UNIDROIT.

⁶ Art. 6 : 105 des PDEC.

⁷ L'art. 50 de la CVIM attribue à l'acheteur la faculté de réduire le prix en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, sauf dans le cas où le vendeur répare le manquement à ses obligations, ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution défectueuse.

⁸ La faculté de réfaction unilatérale du prix est consacrée à l'art. 9 : 401 des PDEC, et à l'art. 113-1 de l'Avant-projet de Code européen des contrats

⁹ Pour la mise en évidence du caractère antagoniste ou antinomique des logiques du pouvoir et du contrat, v. : *supra*, n° 7, p. 15 et s.

appliquer un régime juridique autonome, c'est-à-dire pour le soumettre à des mécanismes étrangers au droit du contrat¹.

Toutefois, une telle démarche qui conduit à faire du contrat et du pouvoir deux réalités qui s'ignorent, ne peut plus perdurer à l'heure où la réforme du droit des contrats a officiellement reconnu aux pouvoirs contractuels une place parmi les dispositions générales du Code civil dédiées au contrat. En effet, l'intégration officielle du pouvoir dans le contrat interdit, aujourd'hui, de conclure d'emblée au caractère inconciliable de leurs logiques pour rejeter le pouvoir en dehors de la sphère contractuelle. Puisque le contrat et le pouvoir sont appelés à coexister, leurs logiques doivent nécessairement être conciliées². Cette conciliation apparaît comme l'enjeu naturel, l'enjeu premier, de toute étude consacrée, de nos jours, aux pouvoirs contractuels.

Pour parvenir à une telle conciliation, il convient de chercher à identifier la source de l'antagonisme entre contrat et pouvoir. Autrement dit, si le pouvoir est généralement présenté comme venant déroger à la « logique contractuelle », il convient d'identifier précisément les points de cette « logique contractuelle » à laquelle le pouvoir vient déroger. Ici, deux points semblent devoir être évoqués.

D'une manière générale, et comme déjà mentionné, le pouvoir qui est empreint d'unilatéralisme vient déroger au consensualisme, c'est-à-dire à la nécessité d'un accord pour modifier le contrat. De manière plus spécifique, le phénomène de pouvoir contractuel vient également déroger au principe de la résolution judiciaire du contrat en instaurant des mécanismes de résolution unilatérale³.

Or, il est possible de constater que la finalité de ces mécanismes est de protéger les intérêts des parties au contrat. En effet, la nécessité de parvenir à un accord avec son cocontractant pour modifier le contrat permet à chacune des parties de défendre son intérêt, soit, en négociant les termes de la modification du contrat, soit en refusant les termes de la négociation et en maintenant le *statu quo*⁴. De même, en cas d'inexécution contractuelle, la nécessité de s'adresser au juge, c'est-à-dire l'obligation de s'adresser à un tiers indépendant et

¹ v. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 20, p. 15, où l'auteur définit le point de départ de son étude et ses objectifs en ces termes : « Parce que le contrat et le pouvoir reposent sur des logiques antagonistes, leur rencontre n'a pu générer que des tensions et, par là-même, perturber le droit des rapports contractuels. [...] Afin d'éviter les conséquences néfastes d'une telle rencontre, il est proposé d'extraire le pouvoir du contrat et de lui appliquer en conséquence un régime juridique autonome ».

² Rapp., au sujet de cette idée de conciliation des logiques du pouvoir et du contrat, Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », art. préc., n° 7, spéc., p. 894, où l'auteur considère que « l'unilatéralisme n'est admissible dans l'acte contractuel que s'il ne le dénature pas [...] ».

³ Tel est le cas des pouvoirs issus du mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et de la clause résolutoire.

⁴ Il doit cependant être observé que la protection offerte par le consensualisme, c'est-à-dire la possibilité offerte à chacune des parties de défendre son intérêt en négociant ou en refusant la modification du contrat, n'est véritablement effective qu'en présence de contractants dotés d'une « puissance économique égale ». On sent alors ici tout le poids de la conception originelle du contrat qui repose sur une fiction : celle de contractants libres et égaux. En cas de rapport factuel de puissance entre les parties, l'une sera amenée à dicter les termes de la modification à l'autre qui sera contrainte d'accepter. Le pouvoir de fait s'insinue alors ici dans un cadre consensualiste.

impartial pour qu'il prononce la résolution du contrat, permet de garantir la protection des intérêts de chacune des parties.

Si le contrat se méfie traditionnellement du pouvoir, c'est dans la mesure où ce dernier permet de contourner¹ les deux dispositifs précités qui sont destinés à assurer la protection des intérêts des parties. Aussi est-ce en cela que le pouvoir est susceptible de représenter un danger pour le contrat. En effet, autoriser l'une ou l'autre des parties à faire prévaloir ses intérêts sur ceux de son cocontractant en contournant les dispositifs de protection classiques précités peut conduire à la négation des intérêts dudit cocontractant, ce qui menace, alors, la structure même du contrat, qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts.

Dès lors, il apparaît que l'exercice du pouvoir ne saurait conduire à la négation des intérêts du cocontractant appelé à en subir les effets, sous peine de ne consacrer la présence que d'un seul intérêt dans le contrat, et donc, d'en anéantir la structure. L'intégration du pouvoir dans le contrat doit ainsi être compensée par un redéploiement des mécanismes destinés à assurer la protection de l'intérêt des contractants et, en particulier, de l'intérêt du sujet ou des sujets qui sont appelés à subir passivement les effets des pouvoirs contractuels.

Par conséquent, le pouvoir ne pourra véritablement se fondre dans la structure contractuelle que s'il est associé à un mécanisme qui permet de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de son exercice². Autrement dit, la mise en œuvre du pouvoir ne saurait faire fi de l'intérêt du cocontractant³.

Ce constat devra venir guider le processus d'élaboration d'un concept de pouvoir contractuel. Plus exactement, une telle observation sera appelée à servir de guide à l'opération de qualification des pouvoirs contractuels. En effet, hormis la recherche d'une qualification permettant de saisir la nature d'une prérogative qui autorise l'une des parties à imposer à son cocontractant une modification de la situation juridique contractuelle définitivement formée qui les unit, cette opération de qualification devra, également, saisir un mécanisme qui, associé à cette prérogative, permet de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de sa mise en œuvre.

Si cette opération de qualification contribuera à façonner un concept de pouvoir contractuel, il ne faut pas oublier que l'élaboration de ce concept ne saurait se faire sans prendre appui sur l'observation des données du réel. En d'autres termes, l'élaboration du concept de pouvoir contractuel nécessitera d'avoir une connaissance précise de ses manifestations. Chose qui n'est d'ailleurs pas aisée étant donné que les pouvoirs contractuels avancent en ordre

¹ De façon plus imagée, on aurait également pu dire « court-circuiter ».

² La prise en compte des intérêts du cocontractant soumis à la puissance de son partenaire apparaît de plus en plus comme la limite de l'exercice des pouvoirs contractuels (v. not. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 21, p. 768). En droit du travail, ce mouvement de prise en compte des intérêts du cocontractant se manifeste par le recours aux « droits fondamentaux du salarié » qui doivent servir de limite à l'exercice des droits potestatifs de l'employeur (sur ce point, v. not. : C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 577 et s., p. 495 et s.).

³ Une telle remarque tend, dès à présent, à désigner l'exercice arbitraire du pouvoir comme l'ennemi de la structure contractuelle. En effet, abandonner l'exercice d'un pouvoir contractuel aux considérations purement subjectives de son titulaire, revient à accepter le risque d'une mise en œuvre égoïste, faisant fi de l'intérêt du contractant sujet d'imputation passif.

dispersé en droit positif¹. C'est alors cette identification rigoureuse des manifestations et de la qualification des pouvoirs contractuels qui permettront de dépasser la simple approche intuitive que l'on peut avoir du phénomène de pouvoir contractuel, pour tenter d'élever ces derniers au rang de concept², c'est-à-dire au rang d'objet de connaissance au contenu entièrement défini et au caractère directement opératoire³.

Cet enjeu d'identification et de conceptualisation lié à la conciliation des logiques du pouvoir et du contrat n'est cependant pas le seul qui soit appelé à découler d'une étude consacrée aux pouvoirs contractuels. À côté de ce premier enjeu, il en est un second relatif à la redéfinition de la place du juge.

15. La redéfinition de la place du juge.- Le développement du phénomène de pouvoir contractuel s'inscrit dans le cadre d'une politique de déjudiciarisation⁴. En effet, depuis quelques décennies déjà, la politique menée en matière juridique se distingue par la volonté de laisser, au maximum, les parties prendre en charge leurs intérêts. Les pouvoirs contractuels, en dispensant les parties d'avoir recours au juge, s'inscrivent dans cette lignée, et ce, aux côtés des modes conventionnels de règlement des conflits.

Si l'on prête certaines vertus à un système « tout extrajudiciaire », telles que la célérité, la réduction des coûts, ou encore, la discrétion, il convient toutefois de ne pas se bercer d'illusions. La mise sur pied d'un système « tout extrajudiciaire » paraît tout aussi utopique que l'idée qui consiste à défendre un système « tout judiciaire »⁵. L'entreprise de déjudiciarisation menée par les pouvoirs publics, via notamment la faveur faite aux pouvoirs contractuels, ne saurait donc s'accompagner d'une éviction totale du juge.

D'ailleurs, l'éviction totale du juge ne semble pas être l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics. Hormis le fait qu'un tel objectif se heurterait à la nécessité de préserver le droit fondamental d'agir en justice, il constituerait également un risque non négligeable pour la paix sociale. En effet, abandonner le contrat au pouvoir de l'une des parties, sans réserver la

¹ En effet, il est possible de trouver trace du phénomène de pouvoir contractuel dans les dispositions générales du droit des contrats, mais aussi, par exemple, en droit de la consommation (à travers les pouvoirs de rétractation offerts aux consommateurs, v. : les articles L. 221-18 du C. consom. et L. 312-19 du C. consom.), ou encore, en droit du travail (à travers les exemples du pouvoir de prononcer un licenciement, du pouvoir de prononcer une mise à pied disciplinaire, et du pouvoir de modifier le contrat en vertu d'une clause de variation).

² Le concept se distingue ainsi de la notion, au caractère plus intuitif, par la précision de ses traits. La notion se découvre alors que le concept se construit par un travail de l'esprit. À propos de cette distinction, v. not. : Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Préf. G. VEDEL, LGDJ, 1972, p. 38.

³ Au sujet de cette distinction entre notion et concept, v. : Y. GENTILHOMME, « *De la notion de notion à la notion de concept. Processus dynamique itératif d'acquisition des notions. Conséquences lexicales et didactiques.* », in *Travaux du Centre de Recherches Sémiologiques*, 1982, vol. 42, p. 66-89. L'auteur y définit notamment le concept comme un objet de connaissance définissable, au contenu entièrement connu par sa définition logique et au caractère opératoire, c'est-à-dire au caractère utilisable dans le cadre d'une discipline à un moment donné de son évolution.

⁴ Pour un tel constat, v. not. : S. BROS, « *La place de l'unilatéralisme progrès ou danger ?* », RDC 2012, p. 1452 et s.

⁵ Rapp. : J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, Préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, n° 360, p. 220, où l'auteure constate que : « Le "tout-judiciaire" comme le "tout-extrajudiciaire", le "tout-amiable" comme le "tout-juridictionnel" sont des modèles trop stricts, trop rigides, trop idéalisés peut-être, qui pèchent par leur incapacité à s'adapter aux cas d'espèce chaque fois que ceux-ci sortent du carcan dans lequel on veut les enfermer ».

possibilité au sujet d'imputation passif de s'adresser à un tiers indépendant et impartial qui viendrait trancher les litiges afférant à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, reviendrait à ouvrir la porte à la rancœur et à la vengeance privée.

Aussi, le véritable objectif, avoué à demi-mot, serait-il de parvenir à désengorger les tribunaux, et donc, de réduire les coûts de fonctionnement de la justice, en tentant de réduire quantitativement les cas de saisine du juge. Cependant, certains doutent que le mécanisme des pouvoirs contractuels soit de nature à réduire significativement le nombre de procès¹, de telle sorte que les avantages d'une déjudiciarisation seraient, finalement, illusoire. En effet, la société contractuelle serait elle-même une société contentieuse². Dès lors, le juge apparaît appelé à faire toujours partie de la matière contractuelle, et cela, dans la mesure où le contrat ne saurait exister sans droit ni juge³.

Plutôt qu'une disparition du juge, le phénomène de pouvoir contractuel doit donc conduire à une redéfinition de la place de ce dernier dans le contentieux contractuel. Une telle problématique n'est pas nouvelle. En son temps, René CASSIN avait déjà pu constater que le mécanisme de la résolution unilatérale était de nature à conduire à une « transformation du rôle du juge »⁴. Dans le prolongement de cette idée il fut souligné, il y a déjà trente ans, que la politique qui consiste à laisser les parties prendre en charge leurs intérêts « implique un changement profond dans le rôle du juge »⁵. Tout l'enjeu est alors de déterminer en quoi consiste exactement cette transformation du rôle du juge.

Cette transformation du rôle du juge qu'il s'agira d'identifier, s'avère être liée au déplacement de son intervention dans le temps. En effet, il est possible de constater que le mécanisme des pouvoirs contractuels entraîne le passage d'un système où les parties sont, par principe, tenues, soit, de trouver un accord, soit, de s'adresser préalablement au juge, pour qu'une modification des effets du contrat ait lieu, à un système où l'une ou l'autre des parties peut modifier seule les effets du contrat, sans avoir à s'adresser préalablement à son cocontractant ou au juge.

Dans un premier temps exclu de la sphère contractuelle, et ce, essentiellement pour des raisons d'efficacité économique, le juge redeviendrait, dans un second temps, ce personnage indispensable lorsqu'il s'agit de contrôler la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Plus

¹ v. : Ch. JAMIN, « *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique. Que répondre à Éric BROUSSEAU ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste)*, LPA 19 mai 2005, n° 99, p. 54 et s., spéc., p. 59, où l'auteur constate, à propos du mécanisme de la résolution unilatérale, que cette solution nouvelle serait « loin de diminuer le nombre de procès ».

² v. : L. CADIET, « *Les jeux du contrat et du procès : Esquisse* », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARIAT, Edition Frison-Roche, 1999, p. 23 et s., spéc., n° 3.

³ v. not. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 13, p. 16. Rapp. : Ph. RÉMY, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Préf. G. CORNU, sous la dir. de L. CADIET, Paris, Economica, coll. Travaux et Recherches, Série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, p. 271 et s., spéc., n° 10, p. 274, où l'auteur constate que si « On peut faire raisonnablement confiance au contrat. Ce n'est pas à dire (et cela est encore une considération empirique) que le libre contrat puisse se passer de juges, bien au contraire ».

⁴ v. : R. CASSIN, « *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* », RTD civ. 1945, p. 159 et s., spéc., n° 14 : « il s'opère, en cas de dénonciation unilatérale de la victime, une transformation du rôle du juge ». (L'auteur souligne).

⁵ v. en ce sens : Ph. RÉMY, « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », art. préc., n° 10, p. 274.

exactement, dès lors qu'il est admis que l'éviction totale du juge est impossible, on se réjouit de ce que ce dernier puisse faire son retour en exerçant un contrôle *a posteriori*¹.

Bien que l'accent soit généralement mis sur l'intervention des juges du fond, il convient toutefois de ne pas oublier la possibilité d'une intervention du juge des référés. En effet, ne doivent pas être mésestimés les avantages que peuvent présenter, d'une part, la suspension en référé de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, du moins, lorsque celle-ci est appelée à s'étaler dans le temps², et d'autre part, la suspension en référé des effets résultant de l'exercice des pouvoirs contractuels avant que ceux-ci ne trouvent une traduction matérielle dans les faits³.

Quoiqu'il soit souhaité, le retour du juge n'en est pas moins craint. En effet, dans la conception traditionnelle, le contrat est considéré comme « la chose des parties ». Dès lors, la « loi » contractuelle s'imposant aux parties, comme au juge, ce dernier est classiquement perçu, à l'image des pouvoirs contractuels, comme « l'ennemi du contrat »⁴, dont il ne saurait redéfinir les termes. Dans la conception classique du contrat, le mécanisme de la réfaction judiciaire du contrat ne saurait donc être toléré.

Si cette conception classique tend à être remise en cause⁵ notamment depuis que la réforme du droit des contrats autorise le juge, sous certaines conditions, à modifier les termes du contrat en cas de changement imprévisible de circonstances⁶, elle ne semble cependant pas prête de céder, totalement⁷, en matière de pouvoirs contractuels. Le mécanisme de contrôle des pouvoirs contractuels ne donc doit pas se présenter comme une possibilité offerte au juge d'accroître, outre mesure, ses pouvoirs en matière contractuelle. Comme certains l'ont évoqué, l'unilatéralisme ne doit pas devenir un « cadeau empoisonné propre à promouvoir le règne du

¹ L'image alors souvent employée pour décrire cette situation est celle du juge « chassé par la porte qui ferait son retour par la fenêtre ». (v. not. pour l'emploi de cette image : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 10, p. 13).

² Dans cette hypothèse, il semble possible de parler de contrôle *a priori*, dans la mesure où le juge sera appelé à se prononcer avant que le pouvoir ait été exercé, c'est-à-dire avant que le contrat ait été unilatéralement modifié.

³ L'objectif est ici de permettre une intervention rapide postérieurement à l'exercice des pouvoirs contractuels. Dans le cadre de la résolution unilatérale, cette intervention rapide consisterait à suspendre les effets de la résolution et donc, à empêcher leur traduction matérielle dans les faits, comme, par exemple, l'ordre donné au débiteur défaillant de vider un entrepôt.

⁴ Comp. : D. MAZEAUD, « *Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un "couple illégitime"* », in, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235 et s., qui évoque le « couple illégitime » formé par le juge et le contrat.

⁵ Au sujet du développement du mécanisme de la réfaction du contrat, v. : K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Préf. Y. PICOD, LGDJ, 2006. L'auteure y traite du mécanisme de la réfaction manié par le juge ou les parties.

⁶ Le nouvel art. 1195 du C. civ. autorise, en effet, les parties à demander au juge de procéder à l'adaptation du contrat. Cette demande doit être faite d'un commun accord des parties.

⁷ À travers l'adverbe « totalement », il s'agit d'évoquer l'accroissement des pouvoirs du juge résultant des arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995. En effet, il est possible d'observer que ces arrêts autorisent le juge à réparer le préjudice causé par le titulaire du pouvoir de détermination unilatérale du prix en octroyant au cocontractant des dommages-intérêts. Pour beaucoup, il s'agirait d'une manifestation du mécanisme de la réfaction judiciaire du contrat. L'octroi de dommages-intérêts venant en diminution du prix, le juge serait-il, dès lors, indirectement investi du pouvoir de modifier le contrat en précisant la quotité de l'objet de l'obligation du débiteur. (v. not. : en ce sens : D. FERRIER, « *Les apports au droit commun* », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires, 1997, n° 43, p. 66 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix* », RJDA, 1996-1, p. 3 et s., spéc., p. 10 : « L'indemnisation équivaut à une modification du prix par le juge de la même manière que l'annulation partielle d'un contrat conduit à la réécriture judiciaire de ce dernier »).

juge »¹. Par conséquent, l'intervention du juge en matière de pouvoirs contractuels se doit-elle nécessairement d'être encadrée.

Pour que les pouvoirs contractuels et le juge puissent coexister de manière harmonieuse, il apparait, alors, nécessaire de définir les contours de l'intervention de ce dernier. Cela signifie qu'il convient d'essayer de tracer les contours de l'objet du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels, mais aussi de chercher à identifier les mesures qui sont à la disposition des juges.

L'identification de ces éléments constitue un enjeu d'autant plus important que les dispositions issues de la réforme du droit des contrats ne traitent que de manière éparse des outils de contrôle et de sanction des pouvoirs contractuels. Celles-ci évoquant, çà et là, la notion d'abus, sans en définir précisément les contours², et faisant, de temps à autre, allusion à des sanctions telles que la résolution du contrat³, l'allocation de dommages-intérêts⁴, ou encore, à la reprise forcée de l'exécution du contrat⁵.

Autrement dit, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats n'offrent pas une vision globale et unitaire d'un régime de contrôle associant à des outils de contrôle précisément définis des mesures de sanction susceptibles d'être prononcées ou constatées par les juges. Ainsi, bien que la réforme du droit des contrats ait admis les pouvoirs contractuels parmi les mécanismes généraux du droit des contrats, celle-ci n'a pas, concomitamment, mis au point un régime général de contrôle de ces prérogatives.

Dès lors, le second intérêt de toute étude dédiée, aujourd'hui, aux pouvoirs contractuels est de tenter de mettre sur pied un mécanisme général de contrôle adapté à ces prérogatives. La mise au point de ce mécanisme de contrôle judiciaire contribuera à redéfinir la place du juge et permettra de savoir si notre système juridique dispose des moyens qui permettent d'appréhender efficacement le phénomène pouvoir contractuel.

16. La méthode d'identification des pouvoirs contractuels et de leur régime de contrôle.- L'étude des pouvoirs contractuels semble soulever, au final, deux enjeux auxquels il convient de répondre. Pour chacun de ces enjeux auxquels il doit être apporté une réponse, il convient, alors, de préciser la démarche analytique employée.

Le premier de ces enjeux se présente comme celui de l'identification des pouvoirs contractuels. En effet, l'un des intérêts d'une étude dédiée aux pouvoirs contractuels consiste à

¹ v. : Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 99.

² La notion d'abus est évoquée par les articles 1164 et 1165 du Code civil relatifs à la détermination unilatérale du prix, respectivement, dans les contrats-cadre et les contrats de prestation de service. Cependant, les contours de l'abus n'y sont pas définis.

³ La résolution est évoquée, par exemple, par les nouveaux articles 1164 et 1165 du C. civ. Cette sanction est également évoquée par l'art. 1228 du C. civ. qui définit l'office du juge lorsqu'il est saisi en matière de résolution. Étant donné que dans ce dernier article ne précise pas que la résolution doit être prononcée « aux torts du débiteur », il semblerait que cette sanction puisse être prononcée en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de résolution unilatérale. (À ce sujet, v. : *infra*, n° 571, spéc., p. 702 et s.)

⁴ v. : les nouveaux art. 1164 et 1165 du C. civ.

⁵ v. en ce sens : le nouvel art. 1228 du C. civ. qui apparait offrir la possibilité de condamner la partie qui viendrait à faire un usage irrégulier d'un pouvoir de résolution, à reprendre l'exécution du contrat. Cette possibilité semble offerte en ce que le nouvel art. 1228 du C. civ. se réfère indistinctement aux mesures susceptibles d'être prises par le juge, que ce soit tant dans le cadre d'une saisine qui visait à obtenir la résolution judiciaire du contrat que dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale. (Au sujet de l'application de cette sanction, notamment en cas de dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 572, p. 705 et s.)

saisir leur nature, c'est-à-dire de tenter de trouver une qualification adaptée. Qualification qui doit, certes, permettre de saisir la nature d'une prérogative qui autorise l'une des parties à imposer à son cocontractant une modification de la situation juridique contractuelle définitivement formée qui les unit, mais qui doit, aussi, permettre à ces prérogatives de se fondre dans la logique contractuelle.

Si cette opération de qualification s'inscrit dans un processus dont le point d'aboutissement est la proposition d'un concept de pouvoir contractuel, il ne saurait, pour autant, être question d'élaborer un concept détaché de toute réalité. Dès lors, afin d'éviter cet écueil, la méthode ici proposée est de partir de l'observation des données du réel.

Ainsi, il est proposé de partir d'une identification précise des manifestations des pouvoirs contractuels pour, ensuite, essayer de saisir la nature de ces prérogatives, c'est-à-dire de procéder par induction.

Le choix d'une démarche inductive plutôt que déductive apparaît, d'ailleurs, d'autant plus justifiée que les contours de la notion de pouvoir contractuel, sont, pour le moment, trop incertains. La démarche déductive suppose, en effet, de partir d'une définition certaine et précise avant de faire appel au procédé de déduction logique¹. En cela, cette méthode d'analyse apparaît plus adaptée à une opération de « délimitation du domaine d'une catégorie bien définie afin d'y faire rentrer ou d'exclure certains cas particuliers nouveaux »², qu'à l'identification d'une nouvelle notion ou à l'élaboration nouveau concept. Hormis le fait qu'une telle démarche déductive ne permette pas d'offrir une meilleure connaissance de la notion qui lui sert de point de départ, celle-ci présente également le risque de conduire à la formulation de conclusions dénuées de portée, et ce, dans l'éventualité où la définition de départ ne serait pas en accord avec la réalité concrète et matérielle.

Si ce risque d'aboutir à des conclusions erronées est également présent dans la démarche inductive, celui-ci est néanmoins atténué en raison du point de départ de cette étude qui prend appui sur la réalité concrète et matérielle. Dans la démarche inductive, tout dépend, alors, du cadre d'étude préalablement établi. Cadre qui n'est, au final, rien d'autre qu'une première définition de la notion. Afin de ne pas partir d'une définition qui ne décrirait qu'imparfaitement la réalité concrète et matérielle du phénomène qu'il s'agit d'étudier, il est généralement conseillé, pour plus de prudence, de s'appuyer sur une définition qui soit susceptible de saisir un large nombre d'hypothèses se rapportant au phénomène en question. En outre, il est conseillé que parmi ces hypothèses, certaines soient reconnues par tous comme appartenant audit phénomène³.

Ici, la définition de départ des pouvoirs contractuels semble suffisamment large. Pour rappel, il a pu être proposé de définir les pouvoirs contractuels comme des prérogatives, distinctes du contenu obligationnel, dont la jouissance est conférée exclusivement à l'une des parties ou réciproquement à chacune d'elles et dont la mise en œuvre, qui dépend d'une

¹ v. not. en ce sens : J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Préf. H. MAZEAUD, Paris, ROUSSEAU, 1955, spéc., p. 3

² *Ibid*, loc. cit.

³ Pour un rappel de ces conseils dans la méthode inductive, v. not. : V. LÊ-COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. préc., n° 18, p. 22.

manifestation unilatérale de volonté, permet, à la partie qui s'en prévaut, d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

En effet, cette définition permet d'englober des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel telles que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, la résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire, la fixation unilatérale du prix, l'exercice d'un droit de résiliation, d'un réméré, d'un dédit, ou encore, la décision d'agréer le cessionnaire d'un contrat. Autant de manifestations qui sont, d'ailleurs, reconnues par les auteurs comme appartenant traditionnellement au phénomène de pouvoir contractuel¹.

La définition retenue semble donc suffisamment sûre pour initier une analyse inductive du phénomène de pouvoir contractuel. Analyse qui doit, alors, permettre de donner une qualification aux pouvoirs contractuels à travers l'identification de leurs manifestations.

C'est alors cette identification précise de toutes les composantes de la notion de pouvoir contractuel qui devra permettre de faire accéder celle-ci au rang de concept, c'est-à-dire au rang d'objet de connaissance au contenu entièrement défini. En outre, c'est ce caractère d'objet de connaissance au contenu entièrement connu et défini qui pourra leur conférer une dimension opératoire, utilisable, dans la matière contractuelle. La clé de la connaissance et de l'appréhension des pouvoirs contractuels résidant, ainsi, dans leur identification précise, ce premier enjeu d'identification des pouvoirs contractuels apparaît, donc, naturellement appelé à constituer le premier axe de l'étude ici entreprise.

Le second enjeu d'une étude dédiée aux pouvoirs contractuels est de tenter de mettre sur pied un mécanisme de contrôle adapté à ces prérogatives. En d'autres termes, une fois les pouvoirs contractuels identifiés, il convient de chercher à leur associer un régime de contrôle. La mise au point de ce régime de contrôle, ou, plus exactement, d'un régime général de contrôle adapté à tous les pouvoirs contractuels, étant, comme il a été souligné, d'autant plus nécessaire que la réforme du droit des contrats n'a pas pris le soin de l'élaborer.

Bien entendu, la mise au point de ce régime général de contrôle ne devra pas se faire *ex-nihilo*, mais à partir des données du droit positif. Ici, il est donc proposé de rassembler les outils de contrôle et les mesures de sanction mis à disposition par le droit positif et susceptibles de servir en matière de pouvoirs contractuels, pour organiser une technique générale de contrôle adaptée à ces prérogatives.

D'ailleurs, il est à noter que, sur certains points, l'organisation de cette technique de contrôle pourra venir s'inspirer de la structure du recours pour excès de pouvoir du droit administratif². Ce rapprochement peut, en effet, s'avérer opportun dans la mesure où le droit administratif a pour traditionnel objet d'étude le pouvoir et a donc pu mettre au point des

¹ Pour la référence à de tels exemples, v. not. : Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », art. préc., spéc., n° 2 ; D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », art. préc., n° 1 ; C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., spéc., p. 210. Adde, J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 8, p. 753-754, pour une référence aux pouvoirs contractuels prenant leur source dans les stipulations des parties, tels que, par exemple, le pouvoir de se rétracter en vertu d'une clause de dédit, le pouvoir de résilier un contrat à durée déterminée en vertu d'une clause expresse du contrat, ou encore, le pouvoir de résoudre le contrat en vertu d'une clause résolutoire.

² La structure du contrôle du recours pour excès de pouvoir transparaîtra nettement au niveau du procédé de contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels qui sera ici proposé (v. : *infra*, n° 425 et s., p. 469 et s.).

techniques de contrôle plus adaptées à celui-ci que le droit privé qui est, pour sa part, plus centré sur la notion de droit subjectif.

L'objectif étant, au final, de mettre au point la structure de contrôle la mieux adaptée aux pouvoirs contractuels. Structure qui doit mettre en évidence les points du contrôle, les techniques utilisées et les sanctions susceptibles d'être constatées ou prononcées par les juges¹. C'est donc cette structure qu'il conviendra d'identifier dans le cadre du second axe de cette étude dédiée au contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels.

Ces deux axes de réflexion tenteront, alors, d'apporter quelques pierres à l'élaboration d'une théorie générale des pouvoirs contractuels que les auteurs de la réforme du droit des contrats n'ont pas pris le soin de consacrer. Si certains nient l'utilité d'une théorie générale des pouvoirs contractuels², il semblerait, pourtant, qu'une telle théorie soit indispensable à l'heure actuelle où le pouvoir et le contrat ne peuvent plus s'ignorer.

Dès lors que le contrat et le pouvoir sont appelés à coexister, il apparaît donc indispensable de prendre la mesure du phénomène de pouvoir contractuel en identifiant ces prérogatives et en leur associant un régime de contrôle adapté.

Ainsi, à l'identification des pouvoirs contractuels (Partie I), succèdera la proposition d'un mécanisme de contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels (Partie II).

¹ Très prosaïquement, l'objectif est donc de mettre sur pied une « grille de lecture » détaillant les points du contrôle, les techniques utilisées et les mesures à la disposition des juges.

² v. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », spéc., p. 227, où l'auteure estime que : « l'heure de l'élaboration d'une théorie générale des droits potestatifs en matière contractuelle n'est assurément pas venue et ne viendra sans doute jamais ». Adde, Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 90 : « je n'imagine donc pas qu'il y ait matière, à côté de la théorie du contrat, à une théorie de l'unilatéralisme en tant que celui-ci s'insère dans le contrat ».

Partie I

L'identification des pouvoirs contractuels

17. **Un enjeu actuel.**- Tant que le phénomène de pouvoir contractuel était simplement considéré comme un phénomène dérogatoire, marginal, l'identification précise de ses contours ne semblait pas nécessaire. D'ailleurs, proposer une identification générale du phénomène de pouvoir contractuel aurait contribué à affaiblir les principes premiers du contrat auxquels ces prérogatives viennent déroger, à savoir, le consensualisme, le postulat d'égalité des parties, mais aussi, pour certains, la nécessité de s'adresser au juge. Dès lors, les études qui tentèrent de saisir les contours de ce phénomène ou d'une partie de celui-ci furent assez rares. Et lorsqu'elles furent entreprises, celles-ci ne manquèrent pas d'en souligner le caractère dangereux et exceptionnel¹.

Aujourd'hui, la dynamique est toute différente. Depuis que le phénomène de pouvoir contractuel est passé du statut de mécanisme marginal, exceptionnel, au statut de mécanisme reconnu et admis parmi les mécanismes généraux du droit des contrats, il apparaît nécessaire de l'identifier précisément, c'est-à-dire d'en prendre la pleine mesure. Or, prendre la pleine mesure du phénomène de pouvoir contractuel invite, naturellement, à en clarifier les contours.

18. **La nécessité de clarifier les contours des pouvoirs contractuels.**- Bien que de nombreuses études se soient déjà intéressées au phénomène de pouvoir contractuel, il s'avère, paradoxalement, à l'heure actuelle, difficile de se faire une image précise de ces prérogatives, c'est-à-dire de savoir exactement quelles sont leurs manifestations et quelle est leur qualification. Autrement dit, il semble régner, de nos jours, un certain flou, autour des manifestations et de la qualification des pouvoirs contractuels.

En ce qui concerne les manifestations des pouvoirs contractuels, ce manque de netteté semble en partie dû au fait que leur analyse a pu être fréquemment réalisée dans le cadre d'études dont le domaine de recherche en dépasse la seule appréhension. Comme il a été constaté, les pouvoirs contractuels ont souvent été étudiés dans le cadre d'études dédiées à l'unilatéralisme ou à la potestativité en matière contractuelle², c'est-à-dire dans le cadre d'études non spécifiquement dédiées aux pouvoirs contractuels, de telle sorte, qu'au final, il

¹ v. not. : R. DEMOGUE, « *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* », RTD civ. 1907, rééd. Dalloz, 2013, coll. Tiré à part, spéc., où l'auteur, tout en évoquant la possibilité de mettre sur pied un principe de modification unilatérale du contrat, souligne le réel danger de cette modification (p. 3) et la nécessité de limiter cette idée (p. 88). L'assouplissement qu'il s'agit d'introduire devant seulement être vu comme un « assouplissement relatif, car autrement on irait à la destruction de la notion même de contrat qui implique celle de la sécurité » (p. 3).

² Au sujet de ces études, v. : *supra*, n° 2, p. 2 et s.

peut sembler délicat de savoir quelles sont exactement les manifestations des pouvoirs contractuels.

À ce premier facteur qui contribue au manque de lisibilité des manifestations des pouvoirs contractuels, il est possible d'en ajouter un second qui tient au fait que, malheureusement, bien souvent, lorsque les auteurs font allusion aux pouvoirs contractuels, leurs manifestations sont évoquées au travers d'une série d'exemples, ce qui ne permet pas vraiment d'avoir vision exacte et complète de celles-ci¹.

Bien entendu, certaines études ont pu proposer d'organiser et de synthétiser les manifestations des pouvoirs contractuels. Mais leur nombre assez restreint et le fait que les points abordés ne soient pas systématiquement les mêmes font qu'il est, en fin de compte, assez difficile de se faire une idée précise des manifestations des pouvoirs contractuels².

Au flou qui entoure les manifestations des pouvoirs contractuels s'ajoute celui de leur qualification. En effet, il est possible de constater que, dans l'optique de saisir la nature des pouvoirs contractuels, les auteurs ont pu avoir recours à des qualifications multiples et variées, ce qui ne contribue pas à la lisibilité du phénomène. Pour n'en citer que quelques-unes, les pouvoirs contractuels sont, selon les auteurs, des « droits-subjectifs »³, des « pouvoirs »⁴, ou encore, des « droits potestatifs »⁵.

Identifier les pouvoirs contractuels suppose donc de clarifier tant la question des manifestations des pouvoirs contractuels que celle de leur qualification. Qualification qui devra, alors, être susceptible de saisir les manifestations des pouvoirs contractuels et de se fonder dans la logique contractuelle⁶. Cette connaissance précise des manifestations et de la qualification

¹ v. par ex. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., coll. Précis, n° 440, p. 458. *Adde*, pour une présentation similaire, au travers d'exemples : D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », art. préc., n° 1 ; Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », art. préc., spéc., n° 2.

² v. par ex. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 214 et s., où l'auteure s'intéresse aux manifestations des droits potestatifs contractuels en examinant l'acte unilatéral de volonté qui leur sert de support, l'objet et la cause de leur réalisation, ainsi que les effets qu'ils produisent. Comp. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 8, p. 753, où l'auteure examine les manifestations des pouvoirs contractuels sous un angle chronologique. Les manifestations des pouvoirs contractuels étant recensées au stade de la formation, de l'existence et de la dissolution du contrat. Comp. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 469 et s., p. 381 et s., où l'auteure s'intéresse aux manifestations des pouvoirs contractuels dans le contrat-commutation, le contrat-concentration et le contrat-coopération.

³ v. not. en ce sens : C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : étude comparative*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008, n° 19, p. 10, où l'auteure fait référence à la notion de droit subjectif pour décrire le support des mécanismes de justice privée offerts aux parties.

⁴ v. not. en ce sens : M. MEKKI, « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* » in RDC, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1051 et s. ; L. AYNÈS, « *Mauvaise foi et prérogative contractuelle* » in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 687 et s., n° 10 ; D. MAZEAUD, « *La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat* », in RDC, 01 avril 2010 n° 2, p. 561, comm. Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n° 275, où au sujet de la clause d'agrément l'auteur constate : « Or, à l'évidence, une telle clause entre bien dans la catégorie des prérogatives contractuelles, à savoir les pouvoirs contractuellement octroyés à un contractant [...] » (Nous soulignons) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 440, spéc. p. 458 : « [...] les prérogatives contractuelles, c'est-à-dire les 'pouvoirs d'essence unilatérale' accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi [...] ».

⁵ v. not. en ce sens : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc. ; O. DESHAYES, « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles* colloque préc., p. 726 et s., n° 3.

⁶ Au sujet de cet enjeu lié à la conciliation des logiques du pouvoir et du contrat, v. : *supra*, n° 14, p. 31 et s.

des pouvoirs contractuels permettra de dépasser la simple approche intuitive que l'on peut avoir de ce phénomène et conduira, peut-être même, à élever les pouvoirs contractuels au rang de concept.

19. **Vers l'élaboration d'un concept.**- Comme évoqué, c'est par la méthode inductive qu'il s'agira de tenter de dégager un concept de pouvoir contractuel¹. Cette méthode va alors guider le processus d'identification des pouvoirs contractuels qui constitue le moyen d'y parvenir. En effet, la méthode inductive suppose de partir de l'observation des données du réel, c'est-à-dire de l'identification des manifestations d'un phénomène, pour ensuite essayer d'en déceler la nature, c'est-à-dire, ici, d'en proposer une qualification. Par conséquent, ce n'est qu'après avoir identifié les manifestations du phénomène de pouvoir contractuel (Titre I), qu'il conviendra de s'intéresser à la qualification des pouvoirs contractuels (Titre II).

¹ Pour l'exposé de la méthode d'analyse retenue, v. : *supra*, n° 16, p. 37 et s.

Titre I

Les manifestations des pouvoirs contractuels.

20. **Trois points d'étude.**- Afin d'identifier les manifestations des pouvoirs contractuels et de prendre, par la même occasion, la mesure de ce phénomène en droit privé des contrats, trois points qui renvoient, d'ailleurs, à trois questions très classiques, semblent devoir être examinés.

Le premier de ces points nécessaires à la compréhension d'un phénomène est celui de l'examen de son domaine. Autrement dit, il s'agit de répondre à la classique question du « où ? » en essayant de tracer les contours du domaine dans lequel les pouvoirs contractuels sont appelés à se manifester. Si l'adjectif épithète « contractuel » accolé à la notion de « pouvoir » délimite, naturellement, le domaine de l'étude à la sphère du droit des contrats, la question qui se pose alors, plus précisément, est celle de savoir s'il est possible de trouver trace du phénomène de pouvoir contractuel dans tout type de contrat ? La réponse à cette question permettra, ainsi, de conférer une assise contextuelle aux pouvoirs contractuels.

Le second point qui doit être examiné pour avoir une connaissance plus précise d'un phénomène est celui de son objet. Ici, il s'agit donc de répondre à la traditionnelle question du « quoi ? » en essayant d'identifier, très prosaïquement, « ce que font les pouvoirs contractuels ». S'il a pu être retenu, dans la première définition des pouvoirs contractuels proposée¹, que ceux-ci ont pour objet de modifier les effets d'un contrat définitivement formé, l'analyse de l'objet des pouvoirs contractuels permettra de préciser quels sont les effets du contrat susceptibles d'être modifiés suite à la mise en œuvre de ces prérogatives.

Enfin, un troisième et dernier point, relatif aux modalités de réalisation d'un phénomène, doit être étudié pour avoir une connaissance plus précise de ce dernier. En somme, il s'agira de répondre à la question du « comment ? » en cherchant à identifier par l'intermédiaire de quel moyen se manifestent les pouvoirs contractuels. La réponse à cette question permettra, alors, de préciser la nature de l'élément appartenant à la technique juridique qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels.

Ainsi, afin d'avoir une connaissance plus précise des manifestations des pouvoirs contractuels, il conviendra d'identifier, successivement, le domaine des pouvoirs contractuels (Chapitre I), l'objet des pouvoirs contractuels (Chapitre II) et le support de l'expression des pouvoirs contractuels (Chapitre III).

¹ Au sujet de cette définition, v. : *supra*, n° 6, p. 15

Chapitre I

Le domaine des pouvoirs contractuels.

21. **Un domaine *rationae materiae* vaste.-** Affirmer que le domaine matériel dans lequel les pouvoirs contractuels peuvent jouer est vaste peut sembler, *a priori*, incongru. En effet, « le droit des contrats, bâti sur le postulat d'égalité entre les parties, est perçu comme répugnant aux phénomènes d'autorité. Celui-ci voit, au contraire, dans la convention, « l'instrument naturel de l'accomplissement de la liberté, de l'égalité et, peut-être moins nettement aujourd'hui, de la fraternité »¹. Ainsi, les pouvoirs contractuels, qui sont des instruments qui assurent la domination d'une partie sur l'autre en lui permettant d'imposer une modification des effets du contrat, se heurtent-ils, par principe, au consensualisme qui innerve la matière contractuelle. De là, il serait possible de penser que le domaine matériel des pouvoirs contractuels est restreint. Cependant, il n'en est rien. Il semblerait, en effet, possible de trouver trace de ce phénomène dans tout type de contrat, c'est-à-dire, plus exactement, dans les différentes familles de contrats dégagées par la doctrine.

Pour autant, avant de le démontrer, il apparaît nécessaire de déterminer ce que l'on entend par « famille de contrat ». Autrement dit, il s'avère nécessaire de s'accorder préalablement sur une classification des contrats.

22. **La traditionnelle classification binaire.-** S'il existe plusieurs types de classification des contrats, dont les plus courantes reposent sur la distinction entre les contrats synallagmatiques et les unilatéraux, les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit, les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, certains auteurs ont pris l'habitude de classer les contrats en fonction de l'opération économique globale qu'ils réalisent.

Cette classification se décline traditionnellement sur un mode binaire. Ce mode binaire de classification oppose, alors, classiquement, d'un côté, les contrats réalisant un transfert unilatéral ou bilatéral de valeurs, c'est-à-dire une commutation², et, de l'autre, les contrats qui

¹ v. : L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 4, p. 4. Cette citation sera toutefois nuancée par la suite dans la mesure où il pourra être montré que l'altruisme, fondement de la fraternité, doit guider l'exercice des pouvoirs contractuels (v. : *infra*, n° 256 et s., p. 289 et s., et n° 276 et s., p. 307 et s.).

² Le terme de contrat-commutation qui doit permettre de saisir à la fois les transferts unilatéraux et bilatéraux de valeurs est emprunté à M. CHÉNÉDÉ. L'auteur critiquant, dans sa thèse, l'assimilation qui s'est opérée entre les termes « *synallagma* » (ou « *commutatio* ») et « *permutatio* ». En traduisant ces deux termes (« *synallagma* » et « *commutatio* ») par le mot « échange » (*permutatio*), l'auteur constate que les juristes ont immédiatement placé les commutations sous le règne de la bilatéralité. Or, comme le fait remarquer l'auteur : « “*commutation*” et “*permutatio*” ne sont guère synonymes : la première est le genre, la seconde est l'espèce ; tandis que les commutations recouvrent tous les transferts de valeurs, les permutations visent uniquement les transferts bilatéraux de valeurs ». Sur ce point : v. F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Préf. A. GHOZI, Economica, 2008, n° 32, p. 40. *Adde*, la référence citée par F. CHÉNÉDÉ note 6,

auraient pour objet une mise en commun dans l'optique de réaliser une activité conjointe et qui sont, ainsi, généralement considérés comme étant à l'origine d'un groupement sociétaire ou associatif, c'est-à-dire d'un groupement de droit privé¹.

Bien que longtemps utilisé, ce mode de classification binaire semble appelé à être supplanté par une classification ternaire des contrats en raison de la reconnaissance progressive d'un troisième genre de contrats.

23. L'émergence d'une classification ternaire.- La reconnaissance d'une troisième catégorie autonome de contrats trouve ses origines dans les travaux des économistes. Ces travaux sont fondés sur l'observation de la tendance contemporaine selon laquelle les entreprises, au lieu de développer en leur sein ou d'acquérir sur le marché des compétences techniques spécifiques, préfèrent, pour des raisons de coût, coopérer afin d'assurer une meilleure exploitation de leurs ressources respectives². La découverte de ces « accords hybrides qui empruntent leurs caractéristiques à la fois au marché et à l'entreprise »³, a conduit les économistes à soutenir que « les hybrides sont un troisième ordre économique entre les

p. 40 : J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Préf. J.-P. BAUD, LGDJ, 1997, n° 49 et s., p. 49 et s., où l'auteur estime que le passage de la « mutation » à « l'échange » est le fait des juristes qui ont ajouté à la notion de « déplacement », de « mouvement », celle de « réciprocité ».

¹ Plusieurs dénominations ont pu être utilisées pour décrire cette classification binaire. Toutes traduisant, peu ou prou, la même réalité. Il a, par exemple, été proposé de distinguer, les contrats qui réalisent des « commutations » et les contrats qui créent des « communications » (v. : Ch. DUMOULIN, *Sommaire du livre analytique des contrats, usures, rentes, constitutes, interest, et monnages*, 1547, n°2, p. 333. L'auteur distingue ainsi les contrats qui réalisent une commutation, un échange de valeurs, et les contrats qui réalisent une « communication », c'est-à-dire les contrats qui sont à la base d'une communauté, d'une société. Le mot tirant son origine du latin *communicatio*, dérivé de *communicare* qui désigne une mise en commun. Pour un commentaire de ce passage : D. BERTHAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, n°324, p. 177-178), les contrats qui « laissent les intérêts séparés » et les contrats qui « réunissent les intérêts » (v. : GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par BARBEYRAC, Tome I, DE COUP, 1724, livre II, Chap. XII, p. 418, spéc. § III, 1), les « contrats intéressés » et les « contrats d'association » (v. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd. 1931, p. 608-609), les « contrats d'échange lato sensu » et les « contrats associatifs » (v. : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2002, n°173 et s., p. 121 et s.), les contrats « échange » et les contrats « alliance » (v. : A. SÉRIAUX, *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n° 125, p. 109 et s. *Adde*, la distinction entre les contrats qui créent des « opération de redistribution » et les contrats qui créent des « opérations de commutations » du même auteur, *Les Contrats civils*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, n°3, p. 15. À propos du contrat « alliance », v. aussi, J.-F. HAMELIN, *Le contrat alliance*, th. Paris II, 2010), ou encore, les « contrats-échange » et les « contrats-organisation » (v. : P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de François TERRÉ*, Dalloz-PUF, Juris-classeur, 1999, p. 636. *Adde*, du même auteur, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, RJ. com. 1995, p. 74 et s. et *Droit commercial*, T.II, *L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, PUF, Thémis, 3^e éd., 1999, p.142. Sur le contrat-organisation, v. aussi : Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste », *Rev. Soc.* 1966, p. 10 et s. où l'auteure se réfère à la notion allemande « *organisationsvertrag* » pour retenir la qualification de contrat-organisation. Comp. P. HOANG, *La protection des tiers face aux associations, Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, éditions Panthéon-Assas, 2002).

² v. en ce sens : B. GARETTE, « Actifs spécifiques et coopération : une analyse des stratégies d'alliance », *Revue d'économie industrielle*, 1989/4, n°50, p. 15. *Adde*, M. MIGNOT, « De la solidarité en général et du solidarisme en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *Droit prospectif*, RRJ 2004, n° 4, p. 2174, n° 33, qui souligne : « dans la mesure où aucune entreprise n'est autosuffisante et en mesure d'intégrer toute la spécificité nécessaire à la fabrication d'un produit, toute entreprise a besoin d'autres entreprises qui la lui apportent ». v. également : G. TEUBNER, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov.-déc. 1993, p. 57, pour qui : « les entreprises vont ainsi pouvoir accéder à ces compétences spécifiques complémentaires sans pour autant les acquérir ni les internaliser, minimisant en cela leurs coûts ».

³ v. : M. MIGNOT, art. préc., n° 32, p. 2173.

contrats et les sociétés »¹. Ainsi, les économistes procèdent-ils à une distinction en trois temps : le marché, la firme, et les transactions de coopération.

Si la distinction entre le marché et la firme fait référence à la distinction entre les contrats-commutation et les contrats qui se rapportent aux groupements de droit privé, les contrats d'intérêt commun renvoient à des figures qui se situent entre ces deux familles de contrats². Cette réalité intermédiaire a d'abord été mise en lumière par les juristes au travers de l'analyse des contrats de distribution intégrée³.

Proposant de dépasser une telle conception qui réduit la troisième catégorie de contrats aux contrats de distribution intégrée, Mme LEQUETTE a poursuivi le mouvement tendant à reconnaître l'autonomie d'un troisième genre de contrat et a démontré que cette catégorie, qu'elle dénomme « contrat-coopération »⁴, couvrait un domaine beaucoup plus large. En effet, selon l'auteure, la qualification de « contrat-coopération » s'appliquerait notamment aux contrats d'édition, au mandat d'intérêt commun, aux contrats de franchise et de concession commerciale, aux *joint-ventures* ainsi qu'aux contrats de *consortium*.

24. Le recours à la classification ternaire pour décrire l'étendue du domaine des pouvoirs contractuels.- L'évolution des analyses juridiques relatives à la classification des contrats tend ainsi à substituer à la traditionnelle approche binaire une nouvelle classification ternaire des contrats composée du contrat-commutation, du contrat présent dans les groupements de droit privé, et du contrat-coopération.

Ici, il s'agira alors de démontrer que le domaine des pouvoirs contractuels est très large en ce qu'il transcende les différentes familles de contrats dégagées par la doctrine. Autrement dit, il conviendra de mettre en évidence la présence de pouvoirs contractuels, d'abord, dans le contrat-commutation (Section I), puis, dans les groupements de droit privé (Section II) et, enfin, dans le contrat-coopération (Section III).

SECTION I : LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LE CONTRAT-COMMUTATION.

25. Méthode retenue.- Si la présence de pouvoirs contractuels dans les contrats qui réalisent une commutation ne semble plus, à l'heure actuelle, faire de doute il ne saurait, pour autant, être question de faire l'économie d'une telle démonstration. Cependant, avant de

¹ v. : G. TEUBNER, art. préc., p. 59.

² v. sur ce point : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 7, p. 12.

³ M. LICARI, prenant appui sur les travaux de la doctrine allemande, a pu distinguer « trois modes de rapports d'intérêts dans les contrats. Si les intérêts des parties peuvent être contraires (*Interessengegensatzverträge*) (contrat-échange) ou être communs (*Interessengemein-Schaftsverträge*) (contrat de société) il est possible de trouver une catégorie dans laquelle une partie confie ses intérêts à l'autre (*Interessenwahrungsverträge*). v. : F. X. LICARI, « *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé* », RLDA 2007, n° 785 ; et du même auteur : *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. WITZ, Litec, 2002, avant-propos M. MARTINEK, p. 74 et s.

⁴ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc.

procéder à une telle mise en lumière, encore faut-il déterminer la réalité juridique que recouvre la notion de contrat-commutation. Ces deux objectifs constitueront donc les deux étapes du raisonnement. Par conséquent, après avoir précisé brièvement les contours du contrat-commutation (§I), il s'agira de mettre en lumière le phénomène de pouvoir contractuel au sein du contrat-commutation, et ce, en procédant à un recensement des pouvoirs contractuels présents dans le contrat-commutation (§II).

§ 1 - LA STRUCTURE DU CONTRAT-COMMUTATION.

26. Structure : intérêts opposés ou simplement distincts.- Dans le contrat-commutation les obligations sont créées sur un plan horizontal où elles sont le support d'un transfert unilatéral ou bilatéral de valeurs. Aussi, afin de décrire la structure analytique du contrat-commutation, la doctrine utilise aujourd'hui la notion d'intérêt pour expliquer les raisons d'un engagement. Aussi, l'idée de « raison d'être » ou de « justification » de l'engagement du débiteur semble-t-elle renvoyer à la défunte notion de cause objective¹.

Tirant son origine du droit administratif, et notamment des études de DUGUIT², le critère de l'opposition d'intérêts a été utilisé, en droit privé, pour la première fois par DEMOGUE. En effet, pour le célèbre auteur, « ce qui caractérise l'acte bilatéral : convention ou contrat, c'est d'être une transaction entre deux intérêts opposés »³. Cette conception qui fait du contrat un lieu de conciliation entre des intérêts⁴ opposés a été, par la suite, largement reprise.

¹ Pour l'emploi de la notion d'intérêt pour définir la cause, v. not. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° « Cause », sens n° 3 : « intérêt de l'acte juridique pour son auteur (cause finale) [...] » ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, *op. cit.*, p. 71 et s., où l'auteur décrit la cause dans les contrats à titre onéreux comme « un équivalent économique » et dans les contrats à titre gratuit comme un « intérêt moral » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., coll. Thémis, 2000, n° 58 et 64 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 332, p. 352 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 159, spéc. p. 134 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2012, 12^{ème} éd., n° 316, p. 238 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, Préf. M. MENJUCQ, PUAM, 2004, n° 582 et s., où l'auteur voit dans la cause la combinaison d'un intérêt patrimonial et d'un intérêt psychologique ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, p. 82 et s., et p. 91, où l'auteure définit la cause de l'obligation « non seulement comme la contreprestation ou plus largement comme l'intérêt ».

² v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, DE BOCCARD, 1927, 3^{ème} éd., § 38, spéc. p. 381, où l'auteur écrit en ce qui concerne le contrat : « Ainsi se forme entre les deux contractants un lien de droit parfaitement déterminé ; les deux contractants ont *une situation et des intérêts opposés* ; l'un a l'obligation d'accomplir une certaine prestation envers l'autre, lequel a le pouvoir d'exiger l'accomplissement de cette prestation » (Nous soulignons). Le critère de « l'opposition d'intérêts » dans le contrat étant reprise plusieurs fois, v. : p. 384 ; p. 404 ; et p. 407 et s. pour rejeter l'application de la qualification de contrat aux groupements et lui préférer l'idée d'une pluralité de déclarations unilatérales de volonté : c'est-à-dire la théorie de l'acte collectif.

³ v. : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Source des obligations*, t. I, Paris, A. ROUSSEAU, 1923, n° 16 bis, p. 37. Cette définition du contrat est reprise à plusieurs endroits : n° 16, spéc. p. 35, où l'auteur retient : « En principe, l'acte juridique bilatéral mettant en face deux intérêts opposés, le fait que ces intérêts ont pu s'accorder présente une grande importance, aussi on admet que la plupart des actes juridiques puissent se réaliser sous cette forme » ; n° 22, p. 65 : « Parmi les actes juridiques, ceux qui mettent en présence plusieurs personnes ayant des intérêts opposés, portent le nom de conventions ». L'auteur ne cherche pas à dissimuler sa filiation intellectuelle avec le droit administratif, v. not. la note n° 5, p. 35 où l'auteur cite les travaux de JÈZE.

⁴ Rapp. : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 503 et s., spéc. p. 519, pour qui le fondement du contrat n'a pas à être recherché dans la volonté, mais dans l'intérêt que représente l'acte pour les parties. Le consentement ne serait plus l'expression d'une volonté mais l'expression d'un intérêt.

Si le critère de l'opposition d'intérêts a été déduit de ce que la raison d'être de l'engagement d'une partie résidait dans la contrepartie attendue du cocontractant, ce critère, qui permet de décrire adéquatement la structure des commutations bilatérales de valeurs, est apparu en revanche trop restrictif pour décrire les contrats réalisant un transfert unilatéral de valeurs tels que le commodat, le dépôt, ou encore, le mandat, lorsqu'ils sont conclus à titre gratuit. Une définition permettant d'englober les contrats à titre onéreux ainsi que les contrats à titre gratuit fut alors proposée par M. ROUJOU DE BOUBÉE. Ainsi, le contrat ou la convention apparaissent-ils comme « le compromis entre des intérêts antagonistes ou tout au moins différents »¹, c'est-à-dire distincts.

Dans le cadre d'une telle structure qui met en rapport des intérêts au moins distincts, il sera possible de constater que l'une ou l'autre des parties peut être amenée à faire prévaloir ses intérêts sur ceux de son cocontractant au moyen de pouvoirs contractuels.

§ 2 - LE RECENSEMENT DES POUVOIRS CONTRACTUELS PRÉSENTS DANS LE CONTRAT-COMMUTATION.

27. Classification selon leur fonction.- Afin de mettre en évidence les manifestations du phénomène de pouvoir contractuel dans le contrat-commutation, il sera procédé à un recensement desdits mécanismes unilatéraux qui permettent à une partie d'imposer à son cocontractant, ou à ses cocontractants, une modification des effets du contrat. Un tel recensement, qui n'a pas la prétention d'être exhaustif, sera organisé selon la fonction des pouvoirs contractuels dans le contrat-commutation. Il s'agira donc de mettre en lumière, d'abord, la présence de pouvoirs contractuels qui disposent d'une fonction de sanction de l'inexécution (A). Puis, de pouvoirs contractuels qui, jouant sur le terme, affectent la durée du contrat (B). Sans oublier les pouvoirs de rétractation (C) et, enfin, les pouvoirs de définition du contenu du contrat (D).

A. Les pouvoirs de sanction de l'inexécution.

28. Pluralité de pouvoirs de sanction.- Une pluralité de mécanismes unilatéraux permettent à l'une des parties d'imposer à son cocontractant, ou à ses cocontractants, une modification des effets du contrat dans la perspective d'en sanctionner une mauvaise exécution. Il en va, ainsi, de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier (1), de la clause résolutoire (2), de l'exception d'inexécution (3), de la réduction unilatérale du prix (4), du remplacement (5), ou encore, du laissé pour compte (6).

L'auteur définit ainsi le contrat comme « un acte productif de normes bilatérales, c'est-à-dire *liant deux centres d'intérêts* ». (Nous soulignons.)

¹ v. : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Préf. G. MARTY, LGDJ, 1961, p. 13-14.

1. *La résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.*

29. **Origine jurisprudentielle.**- Si l'ancien article 1184 al. 3 du Code civil posait expressément le principe de la résolution judiciaire du contrat pour inexécution, la jurisprudence¹ avait très tôt admis des dérogations à ce principe². Cependant, afin de ne pas porter une trop forte atteinte au principe de la résolution judiciaire, la résolution unilatérale, a été admise, dans un premier temps, de manière restreinte. En effet, la résolution unilatérale a d'abord été cantonnée à des hypothèses d'inexécution qui, si elles avaient été soumises à l'appréciation du juge, auraient conduit ce dernier à prononcer sans délai la résolution. La jurisprudence avait de la sorte admis la résolution unilatérale dans des cas justifiés par l'urgence ou l'état de nécessité, c'est-à-dire des situations dans lesquelles existe un risque de dommage irréparable ou un risque d'aggravation dudit dommage³, et ce essentiellement pour des raisons de logique⁴ et d'équité⁵. La jurisprudence avait également pu admettre la résolution unilatérale en cas d'inexécution grave prenant place dans des situations contractuelles impliquant une dose particulière d'entente et de confiance⁶. Cette possibilité de résolution unilatérale avait aussi été

¹ Il convient également d'ajouter que la loi, à travers par exemple le pouvoir unilatéral de résolution en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers de l'article 1657 du Code civil, avait également reconnu des exceptions à la résolution judiciaire. Cet article permet ainsi au vendeur, aussi bien dans le cadre d'une vente civile que d'une vente commerciale, dans l'hypothèse où l'acheteur manquerait à son obligation de prendre livraison du bien mobilier dans le délai fixé, de résoudre unilatéralement le contrat, c'est-à-dire sans passer par le juge. Le passage devant le juge sera cependant nécessaire si le vendeur désire obtenir le paiement de dommages-intérêts.

² S'il existe des exceptions au recours au juge afin de voir prononcée la résolution du contrat, celles-ci ne sont pas récentes. En effet, en droit canon, le recours au juge n'était pas nécessaire pour obtenir la résolution du contrat pour inexécution. v. sur ce point : G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, PUF, 1924, p. 257 et s., et p. 400.

³ v. en ce sens : Trib. civ. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898, 2, p. 85, où il était question de l'expulsion d'un spectateur qui troublait une représentation (cependant cet arrêt est ambigu dans la mesure où l'on ne sait pas exactement s'il s'agit de résolution unilatérale ou d'exception d'inexécution. Rapp. Ch. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 105 et s., p. 103 et s. qui considère que l'exception d'inexécution, en plus de sa fonction passive, disposerait d'une fonction active autorisant la résolution unilatérale du contrat. Adde, J. ROCHE-DAHAN, « *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* », D. 1994, chron. p. 255, spéc. n° 10, où l'auteur retient que, parfois, l'exception d'inexécution « joue un rôle de procédé indirect d'extinction des obligations » en soulignant, que la rupture sera consommée, de fait, si ce mécanisme a vocation à se prolonger dans le temps. Contra. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 193, p. 272-273, qui considère qu'il ne s'agit que d'une « équipollence factuelle et ponctuelle entre la résolution unilatérale et l'exception d'inexécution [...] qui ne permet pas de conclure à une identité de nature [des deux mécanismes] ». v. également : Cass. civ. 4 janvier 1910, S. 1911, I, p. 195, où il s'agissait du cas d'un représentant risquant de voir sa clientèle subtilisée par des manœuvres déloyales ; Req. 22 décembre 1920, S. 1922, I, p. 369, note MOREL, où l'espèce concernait un groupe de commerçants dont les intérêts étaient gravement menacés.

⁴ Il serait illogique d'obliger la partie victime de l'inexécution de subir un dommage dont elle pourrait ensuite demander réparation à la partie fautive, v. : en ce sens : J. SAVATIER, note sous C.A. Poitiers, 9 juin 1913, et 12 juin 1918 et 23 décembre 1918, D. 1920, II, p. 41 et spéc. p. 43.

⁵ Il serait inique de contraindre une partie à supporter « stoïquement [...] un préjudice qui est susceptible de s'aggraver chaque jour », v. en ce sens : MOREL, art. préc. note sous Req. 22 décembre 1920.

⁶ v. en ce sens : Cass. civ. 26 février 1896, S. 1897, I, p. 187 ; Cass. civ. 5 avril 1936, DH 1936, p. 331. Comme certains ont pu le souligner, la rupture unilatérale serait ici justifiée notamment par le manquement au devoir de bonne foi, qui autoriserait la partie victime à se dégager « immédiatement des liens du contrat » en raison de l'« impossibilité morale qui empêche la continuation des relations des parties », v. : R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. Paris, Sirey, 1914, p. 354 ; Adde, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 815.

reconnue dans les situations dans lesquelles le débiteur fait savoir à son créancier, de manière non équivoque, qu'il refusait de manière définitive d'exécuter ses obligations¹.

Si ces hypothèses sont révélatrices de l'existence d'un lien entre un élément substantiel et un élément temporel, l'inexécution doit être tellement grave – élément substantiel – qu'elle nécessite la rupture immédiate du contrat – élément temporel –, la Cour de cassation avait, par la suite, « désolidarisé les éléments substantiels et temporels »² de la résolution à l'occasion de son célèbre arrêt *TOCQUEVILLE*³. En effet, en retenant que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis », celle-ci reconnaît donc que la résolution unilatérale puisse jouer dans des cas moins graves que ceux retenus précédemment. Le manquement du débiteur n'a plus à être « tellement grave » qu'il nécessite la rupture immédiate du contrat. De la sorte, la Cour de cassation avait pu reconnaître la résolution unilatérale comme un principe concurrent⁴ à la résolution judiciaire, et ce, dans la mesure où celle-ci était susceptible d'être mise en œuvre pour sanctionner des manquements d'un même degré de gravité⁵.

30. Consécration légale.- La réforme du droit des contrats du 10 février 2016 est venue donner une expression légale au mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier qui vient s'inscrire dans la droite lignée de ce qu'avait pu mettre au point la jurisprudence. En effet, le nouvel article 1226 du Code civil reprend, en son alinéa premier, la formule de la résolution unilatérale « aux risques et périls » du créancier tout en précisant le

¹ v. : Req. 4 janvier 1927, S. 1927, I, p. 188, si la Cour retient l'expression : « résolution de plein droit », celle-ci ne désigne pas le caractère automatique de la résolution, dans la mesure où celle-ci dépend d'une manifestation de volonté du créancier qui a le choix entre l'exécution et la résolution, mais semble plutôt renvoyer à l'idée de faculté reconnue par le droit de mettre fin au contrat.

² Pour un tel constat, v. not. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 190, p. 270.

³ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300, D. 1999, note Ch. JAMIN ; *Ibid.*, somm. p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; JCP. G 1999, note N. RZEPECKI ; RTD. civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; *Ibid.*, p. 506, obs. J. RAYNARD.

⁴ Rapp. B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 301, p. 237, qui considère que la résolution unilatérale « [...] s'impose progressivement comme un principe général [...] ». *Adde*, dans le même sens : Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, op. cit., n° 424, spéc. p. 326 ; Rapp. : Ch. JAMIN, « *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, n° 16, spéc. p. 482, qui s'interroge sur la portée de l'arrêt *Tocqueville* : « Ne pourrait-il pas préfigurer un possible renversement de tendance, c'est-à-dire de futurs arrêts qui ne joueraient plus à la marge (l'urgence, l'état de nécessité, etc.) mais auraient pour but de mettre à bas cet article [1184 du C. civ] ? ».

⁵ v. en ce sens : E. SAVAUX, Defrénois 2001, n° 11, p. 705 et s., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 25, où l'auteur retient : « Afin de protéger le débiteur contre un risque d'abus, on peut être tenté d'exiger du créancier qu'il démontre des manquements d'une particulière gravité, mettant gravement en péril ses intérêts. Mais, à la réflexion, il s'agit d'une précaution inutile. La résolution unilatérale est mise en œuvre aux risques et périls du créancier. Un contrôle judiciaire *a posteriori* est donc réservé. Or, on ne voit pas pourquoi le juge sanctionnerait une résolution dans des circonstances où il l'aurait lui-même prononcée. *La gravité du comportement du débiteur doit donc être appréciée de la même manière dans les deux cas* ». (Nous soulignons). *Adde*, dans le même sens : D. MAZEAUD, note sous : Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 211, p. 166, RDC. 2004, n° 2, p. 273 et s., ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 661, p. 671.

mode de mise en œuvre de ce mécanisme de résolution, à savoir, l'envoi d'une notification au cocontractant.

En outre, tout comme semblait l'avoir fait la jurisprudence, le législateur est venu consacrer la résolution unilatérale comme un principe concurrent à la résolution judiciaire. En mettant sur un pied d'égalité, dans le nouvel article 1224 du Code civil, la résolution judiciaire et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le législateur paraît ainsi vouloir indiquer, à l'image de ce que laissait entendre la jurisprudence, que ces mécanismes sont susceptibles d'être mis en œuvre pour sanctionner des manquements dotés d'un même degré de gravité¹.

Quoiqu'il en soit, la consécration légale du mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ne lui a pas fait perdre sa qualité de pouvoir contractuel. Assurément, ce mécanisme qui permet au créancier de l'obligation inexécutée d'imposer à son cocontractant, par le biais d'une manifestation unilatérale de volonté, un anéantissement du contrat et, donc, une modification de ses effets, présente, bel et bien, les traits caractéristiques matériels et volontaires d'un pouvoir contractuel.

2. La clause résolutoire.

31. **Reconnaissance jurisprudentielle.**- La clause résolutoire, ou pacte commissaire exprès², est une stipulation contractuelle par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu ou résilié³ de plein droit⁴, c'est-à-dire sans avoir besoin de s'adresser au juge, en cas d'inexécution par l'une ou l'autre des parties de telle ou telle obligation expressément visée par ladite clause. Cette possibilité de mettre fin au contrat n'appartient qu'au créancier de l'obligation inexécutée. Il constitue un mécanisme unilatéral dans la mesure où le débiteur fautif ne peut se prévaloir de la résolution. Cette précision permet d'éviter que le débiteur puisse, en faisant jouer la clause, d'une part, échapper trop facilement à l'exécution de sa prestation, et d'autre part, faire obstacle à l'option du créancier⁵.

¹ v. not. en ce sens : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 655, p. 567-568.

² Cette précision quant au caractère « exprès » du pacte commissaire permettait de le distinguer de celui qui était toujours sous-entendu dans les contrats synallagmatiques (art. 1184 al. 1^{er} du C. civ.) et qui supposait de recourir au juge pour qu'il prononce la résolution du contrat. v. not. sur cette distinction entre les deux types de pactes commissaires tacite et exprès : V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, *op. cit.*, n° 567, p. 481 et s. ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, Paris, COSSE et MARCHAL, 1871, 4^{ème} éd., § 302, p. 82 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, Paris, LAROSE et FORCEL, 1883, n° 905 et s., p. 652 et s. ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, PLON, 1865, n° 104 et 105, p. 170-176.

³ Tel est le cas dans les contrats à exécution successive, v. not. en ce sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 86 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012-2013*, Dalloz-Sirey, 9^{ème} éd., 2012 coll. Dalloz action, n° 1236.

⁴ Sur ce point concernant une dispense d'action en justice, v. not. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, n° 160, p. 147 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, *op. cit.*, § 302, p. 84.

⁵ v. sur ces points : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les*

Si l'ancien droit admettait déjà la licéité des clauses résolutoires, celles-ci ne pouvaient avoir pour objet ou pour effet de conférer au créancier le droit de rompre unilatéralement le contrat : elles n'étaient considérées que comme des clauses comminatoires¹. Bien que cette conception traditionnelle du pacte commissaire exprès se soit maintenue pendant les premières années du Code civil², la Cour de cassation, dans un important arrêt du 2 juillet 1860³, avait rapidement affirmé la validité des clauses résolutoires expresses jouant de plein droit.

32. Consécration légale.- La réforme du droit des contrats de février 2016 a donné une expression légale à ce mécanisme au nouvel article au nouvel article 1225 du Code civil. Il est présenté par le nouvel article 1224 du Code civil comme l'un des trois modes de résolution du contrat, aux côtés de la résolution judiciaire et de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Aussi, le nouvel article 1225 du Code civil, en son alinéa second, soumet, en l'absence de dispositions contraires⁴, la résolution à une mise en demeure du débiteur. Ce faisant, il reprend une distinction connue depuis bien longtemps de la pratique et de la doctrine

privileges et les hypothèques, Paris, PICHON et DURAND-AUZIAS, 1931, 11^{ème} éd., n° 1323, spéc. p. 497 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 662, p. 673 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1996, n° 47, spéc. p. 58, où l'auteur souligne que la clause présente une certaine « extériorité » à l'égard du débiteur ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 143 et s., p. 157 et s.

¹ v. en ce sens : J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, t. I, Paris, SAVOYE, Nouvelle édition, 1756, n° XVIII, p. 29 : « Les clauses résolutoires & les clauses pénales ne s'exécutent pas toujours à la rigueur ; & les conventions ne sont pas résolues, ni les peines encourues, au moment que le porte la convention ; quand il serait même convenu que la résolution sera encourue par le seul fait, & sans ministère de justice. Mais ces sortes de clauses ont leur effet à l'arbitrage du juge, selon la qualité des conventions & les circonstances, suivant les règles précédentes ». (le français de la citation a été modernisé). *Adde*, D. DALLOZ et A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 33, *Obligations*, Paris, LGDJ, 1860, n° 1197, p. 271, ces auteurs précisent même que : « Le droit romain, au contraire, ordonnait l'exécution littérale et rigoureuse des conditions, et prononçait la résolution de plein droit [...] ».

² v. par ex : Cass. req. 11 février 1812, cité par : D. DALLOZ et A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 33, n° 1199, p. 271, arrêt en note n° 2.

³ Cass. civ. 2 juillet 1860, DP. 1860, 1, p. 284 où la Cour énonce : « il n'est [...] pas défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher [à l'inexécution du contrat] les effets d'une condition résolutoire, précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer, et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat, dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties » ; *Adde*, sur l'importance de cet arrêt : J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD. civ. 1957, p. 433, spéc. n° 23, p. 452 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, LGDJ, 2001, 3^{ème} éd., n° 603, p. 643 ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 2, p. 5 ; Ch. JAMIN, « *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence* », art. préc., n° 14, p. 81 ; et du même auteur : Ch. JAMIN, « *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français* », art. préc., n° 18, spéc., p. 483.

⁴ La disposition est donc purement supplétive.

qui partage les clauses résolutoires entre celles qui, d'un côté, nécessitent une mise en demeure¹, et celles qui, de l'autre, ne nécessitent pas une mise en demeure².

Le premier type de clause résolutoire correspond bien à un phénomène de pouvoir contractuel puisqu'il est possible d'y trouver trace d'une manifestation unilatérale de volonté de la part du créancier. Celle-ci se matérialise par une mise en demeure et permet au créancier d'imposer au débiteur la résolution du contrat dans l'hypothèse où l'inexécution persisterait pendant un certain délai.

La question est plus délicate pour le second type de clause résolutoire. En effet, si le nouvel article 1225 alinéa second du Code civil dispose que la mise en demeure pourra résulter du seul fait de l'inexécution³, il demeure silencieux sur la nécessité d'une notification par le biais de laquelle le créancier indiquerait au débiteur qu'il entend se prévaloir des effets de la clause résolutoire. Si l'on combine les dispositions du nouvel article 1225 aux dispositions du nouvel article 1229 alinéa second du même Code qui dispose notamment que « la résolution prend effet [...] dans les conditions prévues par la clause résolutoire », la porte semble ouverte aux clause résolutoires qui produisent leurs effets de manière automatique, dès lors que les parties en auront convenu ainsi. Dans l'hypothèse où la seule inexécution met en demeure le débiteur d'exécuter dans un certain délai et où la production des effets de la clause résolutoire ne résulte pas d'une manifestation unilatérale de volonté du créancier, qui se manifesterait par une notification, il ne s'agit pas d'un phénomène de pouvoir puisque les effets ne sont pas imposés par la volonté du créancier, mais se produisent automatiquement. On se rapproche alors de la stipulation d'une condition résolutoire ordinaire, dont les dangers ont pu être signalés⁴.

¹ v. en ce sens : A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, n° 105 bis, II, 2°, p. 173-174 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur relève l'exigence d'une sommation ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, *op. cit.*, n° 569, spéc. p. 483, où l'auteur retient que dans les clauses résolutoires où il n'a pas été stipulé que la résolution interviendrait sans sommation, « la résolution ne résultera que de la sommation d'exécuter restée sans effet ». Adde, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, *op. cit.*, n° 1323, spéc. p. 497, où les auteurs s'interrogent sur l'exigence d'une mise en demeure, notamment en distinguant les clauses résolutoires précisant que la résolution interviendra sans sommation, et les autres qui ne le précisent pas. Rapp. pour les mêmes interrogations : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 1939, 3^{ème} éd., n° 389, p. 216.

² Sur ce type de clause résolutoire, v. : V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, *op. cit.*, n° 569, spéc. p. 483, où l'auteur constate que dans ce type de clause résolutoire, « la résolution s'opèrera de plano » ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, n° 105 bis, III, 3°, p. 174 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, *op. cit.*, n° 911, spéc. p. 656 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, *op. cit.*, n° 1323, spéc. p. 497.

³ v. : le nouvel article 1225 al. 2 du C. civ. : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ».

⁴ v. not. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, *op. cit.*, n° 911, spéc. p. 656, où l'auteur s'interroge ainsi : « Faut-il dire alors que l'inexécution par le débiteur de son engagement produira le même effet qu'une condition résolutoire ordinaire, c'est-à-dire qu'elle entrainera la résolution de plein droit et sans que le créancier ait à manifester sa volonté à cet égard ? Il paraît impossible de l'admettre ; car la clause reviendrait à ceci : c'est que le débiteur serait libre de ne point exécuter son engagement, et que le créancier n'aurait aucun moyen de l'y contraindre ». (Nous soulignons).

3. *L'exception d'inexécution.*

33. **Dispositions légales éparses et consécration jurisprudentielle.**- En 1804, l'*exceptio non adimpleti contractus* n'a pas fait l'objet d'une consécration sous la forme d'un principe général dans le Code civil. Le Code ne consacrait que quelques applications de ce mécanisme, relativement aux contrats spéciaux de vente¹ et d'échange². La jurisprudence s'était alors attachée à combler ce vide en généralisant l'exception d'inexécution à l'ensemble des contrats³ synallagmatiques dont l'exécution doit être simultanée⁴. Si le principe général de l'exception d'inexécution est depuis longtemps reconnu, il n'a fait l'objet d'une consécration légale que très récemment.

34. **Consécration légale du principe de l'exception d'inexécution.**- L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit un nouvel article 1219 dans le Code civil qui consacre le principe général de l'exception d'inexécution en droit des contrats. Ce nouvel article permet alors à une partie, en cas d'inexécution suffisamment grave de la part de son cocontractant, de refuser d'exécuter sa propre obligation.

Il convient d'observer que l'ordonnance du 10 février 2016 ne s'est pas contentée de codifier à droit constant le mécanisme depuis longtemps reconnu par la jurisprudence. En effet, l'ordonnance a donné une nouvelle dimension à l'exception d'inexécution en droit interne en reconnaissant, au nouvel article 1220 du Code civil, le mécanisme de l'exception d'inexécution par anticipation. Avant tout commencement d'exécution, s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur n'exécutera pas son obligation à l'échéance et que cette inexécution aura des conséquences graves pour son créancier, ce mécanisme permet alors à ce dernier de notifier à son cocontractant qu'il entend suspendre l'exécution de sa prestation.

¹ En matière de vente, le vendeur peut refuser de délivrer la chose à l'acheteur qui n'en paye pas le prix et qui ne bénéficie pas d'un délai de paiement (art. 1612 du C. civ), et l'acheteur peut refuser de payer le prix, dès lors qu'il est troublé ou risque d'être troublé par une action en revendication ou une action hypothécaire, jusqu'à ce que cesse ledit trouble (art. 1653 du C. civ).

² En matière d'échange, une partie peut refuser de donner le bien promis si la chose à lui donnée en échange n'appartenait pas au coéchangiste (art. 1704 du C. civ).

³ Si sont ici spécifiquement visés les contrats, cette réduction du domaine de l'exception d'inexécution ne doit pas tromper. L'exception d'inexécution joue en réalité dès lors qu'existe un *rapport* d'obligations interdépendantes. Tel est le cas par exemple du rapport d'obligations réciproques de restitution découlant de la nullité ou de la résolution d'un contrat (Cass. civ. 17 décembre 1928, DH 129, p. 52). Tel est le cas également des rapports d'obligations découlant de contrats interdépendants. Sur ce dernier point v. : Cass. com. 12 juillet 2005, n° 03-12507, JCP G. 2005, I, chron. p. 194 et s., spéc. n° 19 et s., A. CONSTANTIN ; RTD civ. 2006, p. 307, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴ Le mécanisme de l'exception d'inexécution prenant appui sur l'idée « d'interdépendance ». Derrière l'idée d'interdépendance sur laquelle s'appuie le mécanisme de l'exception d'inexécution, il a pu être soutenu que se cachait l'idée de cause. Ce fondement de la cause a été retenu par la jurisprudence : Cass. civ. 5 mai 1920, DP. 1926, I, p. 37 : « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que, si l'obligation de l'une n'est pas exécutée quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ».

35. Nature de l'exception d'inexécution.- Certains auteurs considèrent que l'exception d'inexécution ne peut être qualifiée de droit¹. Pour ces auteurs, l'inexécution de l'*excipiens* ne saurait, en réalité, qu'être pardonnée en raison l'inexécution du cocontractant qui se présenterait, alors, comme un fait justificatif². En d'autres termes, dès lors qu'une partie s'est engagée, elle ne disposerait aucunement d'un droit lui permettant de manquer à ses obligations.

Une telle analyse du mécanisme de l'exception d'inexécution semble être le fruit d'une conception du principe de force obligatoire fondée sur le respect de la parole donnée. Une fois liée, une partie ne saurait avoir le droit de manquer à sa parole. Ce manquement ne saurait être qu'excusé au regard des agissements du cocontractant.

Cependant, dès l'instant qu'il est admis que le principe de force obligatoire ne trouve plus son fondement dans la volonté des parties, mais dans la loi, l'analyse ne tient plus. En effet, la loi peut prévoir des dérogations au principe de force obligatoire qu'elle régit. En conséquence, la loi peut reconnaître que les parties puissent avoir le droit, dans certaines situations, de se soustraire au principe de force obligatoire. L'exception d'inexécution, qui permet à une partie de se soustraire temporairement à l'exécution de ses obligations, et qui fait partie des exceptions au principe de force obligatoire aujourd'hui officiellement reconnues par la loi, peut, semble-t-il, alors, être qualifiée de droit³.

Le mécanisme de l'exception d'inexécution, s'il correspond à un droit contractuel, peut-il, pour autant, être qualifié de pouvoir contractuel ? Ici, il convient d'observer que le jeu de l'exception d'inexécution permet au créancier de l'obligation inexécutée, sans avoir besoin de recourir au juge, de suspendre unilatéralement⁴ et temporairement⁵ l'exécution de sa propre prestation. Il lui est ainsi possible d'imposer à son cocontractant, par le biais d'une

¹ v. en ce sens : J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1971, spéc. p. 204, où l'auteur retient que : « l'exception d'inexécution n'est pas un droit à proprement parler, mais au contraire la violation d'un droit ». *Contra* : R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. préc., p. 337, où l'auteur reconnaît l'existence d'un droit dont le contractant est titulaire.

² v. en ce sens : R. LIBCHABER, *Defrénois* 2006, p. 610, note sous : Cass. com. 12 juillet 2005, *GUERLAVA c./ de THORE*, n° 03-12507, où l'auteur retient : « il est clair qu'il n'y a jamais de droit à l'inexécution : celle-ci peut seulement être excusée, pardonnée, quand le contrat intervient comme contexte et l'inexécution du partenaire comme fait justificatif ».

³ Parmi les auteurs qui se montrent favorables à la qualification de droit, v. : O. DESHAYES, « *Exception d'inexécution* » in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2011, n° 10 : « Ce moyen de défense présuppose certes l'existence d'un droit, en ce sens qu'il repose tout entier sur l'idée que l'*excipiens* est fondé à suspendre l'exécution de ses engagements, qu'il en a le droit ». Il s'agirait même, pour certains, d'un droit potestatif. v. en ce sens : F. DREIFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. TERCIER, LGDJ, 1985, n° 250, p. 209 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Préf. J. GHESTIN, Avant-Propos D. MAZEAUD, LGDJ, 2002, n° 339, spéc., p. 331.

⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 283, p. 223.

⁵ v. sur ce point : *Ibid. loc. cit.* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 640, p. 650, où les auteurs parlent d'une « situation éphémère ».

manifestation unilatérale de volonté¹, une modification temporaire des effets du contrat², ce qui correspond bien au phénomène de pouvoir contractuel.

4. *La réduction unilatérale du prix.*

36. Présentation du mécanisme.- La réduction unilatérale du prix constitue une manifestation du mécanisme de la réfaction du contrat³, dont l'objet est de permettre à l'une des parties de réduire le prix qu'il doit à son cocontractant en cas d'exécution non conforme⁴. Ce mécanisme unilatéral, consacré par certains instruments supranationaux⁵, et que l'on retrouve dans les projets de droit européen des contrats⁶, semble également avoir été reconnu par la jurisprudence en droit interne⁷.

D'ailleurs, ledit mécanisme semble traditionnellement conçu comme un pouvoir contractuel en ce qu'il doit permettre à l'acheteur d'imposer au vendeur une modification des effets du contrat qui les unit et, plus précisément, une diminution du montant du prix. En effet, il est possible de constater, dans les différentes sources précitées, que si l'objet de l'obligation du vendeur, c'est-à-dire la fourniture du bien, est modifié via un processus consensualiste – offre d'exécution non conforme et acceptation –, l'objet de l'obligation de l'acheteur, à savoir le prix, est modifié par ce dernier sans avoir besoin du consentement du vendeur⁸.

¹ Il est généralement fait allusion à l'idée selon laquelle l'*excipiens* « oppose » à la demande de son cocontractant l'exception d'inexécution, ce qui correspond à une extériorisation de la volonté (Pour une telle référence v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 639, p. 649 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 426, p. 327-328). De plus, le nouvel article 1220 du Code civil fait expressément référence à l'exigence d'une notification qui matérialise l'expression de la volonté.

² v. également en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Préf. D. MAZEAUD, *Economica*, 2013, n° 134, p. 116, qui parle de « création d'une situation juridique nouvelle ».

³ v. : Ch. ALBIGES, « *Le développement discret de la réfaction du contrat* », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, n° 1, p. 3, pour qui la réfaction est : « un mécanisme qui permet *non seulement au juge mais aussi aux parties*, sans anéantir le contrat de tenir compte du manquement d'une partie pour diminuer l'obligation corrélative de l'autre ». (Nous soulignons).

⁴ Il convient d'observer que le mécanisme de la réfaction du contrat se distingue de la responsabilité contractuelle, dans la mesure où, si cette dernière a pour but de réparer les différents types de préjudices prévisibles découlant d'une inexécution contractuelle, la réfaction, quant à elle, constitue une sanction de l'inexécution se traduisant par une réduction du prix intervenant *au prorata* du manquement qui est indépendante de l'idée de préjudice (v. en ce sens : K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat, op. cit.*, n° 622, p. 370). Cette diminution du prix rapproche ainsi le pouvoir de réfaction de la résolution partielle du contrat (v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *Les sanctions de l'obligation de délivrance* », in *La vente commerciale de marchandises*, sous la dir. de HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p. 190 et s.).

⁵ L'art. 50 de la CVIM attribue à l'acheteur la faculté de réduire le prix en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, sauf dans le cas où le vendeur répare le manquement à ses obligations, ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution défectueuse.

⁶ La faculté de réfaction unilatérale du prix est consacrée à l'art. 9 : 401 des PDEC intitulé « droit de réduire le prix », et à l'art. 113-1 de l'Avant-projet de Code européen des contrats.

⁷ Pour un arrêt de Cour d'appel ayant admis la réfaction unilatérale du contrat par un preneur à bail mécontent des installations fournies par le bailleur, et ayant décidé de réduire unilatéralement le montant du loyer dû, v. : C.A. Paris, 1^{ère} ch. D'urg., 17 mars 1987, D. 1988, p. 219, note J.-R. MIRBEAU-GAUVIN.

⁸ v. par ex. l'art. 50 de la CVIM qui dispose : « en cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur *peut* réduire le prix [...] », sans aucunement faire référence à l'acceptation du vendeur. *Adde*, la rédaction de l'art. 9 : 401 des PDEC qui dispose que : « La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix », sans faire non plus allusion à l'acceptation du cocontractant. Il en va de même de l'art. 113-1 de l'Avant-projet de Code européen des contrats qui prévoit

En ce qu'il permet à l'acheteur de modifier seul les effets du contrat qui l'unit au vendeur, le mécanisme de la réduction unilatérale du prix tend donc, bel et bien, à se présenter comme un pouvoir contractuel. Cependant, il ne semble pas certain qu'il ait été consacré sous cette forme à l'occasion de la réforme du droit des contrats.

37. La question de la reconnaissance légale du pouvoir de réduire unilatéralement le prix.- Si la réforme du droit des contrats fut l'occasion de conférer un fondement légal au mécanisme de la réduction unilatérale du prix, il peut néanmoins sembler délicat de déterminer la nature du mécanisme ici consacré. Plus exactement, il n'est pas évident de déterminer si les rédactions successives de l'article 1223 du Code civil ont entendu reconnaître l'existence d'un pouvoir contractuel.

La version de l'article 1223 issue de l'ordonnance du 10 février 2016, pouvait, en effet, apparaître ambiguë en raison des termes choisis. Pour rappel, cet article disposait, qu'après mise en demeure, le créancier pouvait « accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ».

Ici, c'était alors l'emploi du verbe « solliciter » qui induisait un doute quant à la nature du mécanisme consacré. En effet, s'agissait-il de solliciter l'accord du cocontractant ? Une telle lecture aurait, bien entendu, conduit à écarter la qualification de pouvoir contractuel puisqu'il aurait été question d'un mécanisme conventionnel de modification des effets du contrat. S'agissait-il de solliciter une décision judiciaire ? Ici encore, la qualification de pouvoir contractuel aurait été exclue puisqu'il n'aurait pas été question d'un mécanisme unilatéral de sanction de l'inexécution.

Ou, plus simplement, s'agissait-il d'énoncer d'une manière élégante la possibilité offerte au créancier de modifier seul le prix¹ ? Seule cette lecture aurait alors permis de reconnaître l'existence d'un pouvoir contractuel. Plusieurs éléments paraissaient, d'ailleurs, incliner en faveur d'une telle lecture. Le second alinéa de cet article qui faisait référence à la « décision » du créancier de réduire le prix mettait, semble-t-il, en avant, la dimension unilatérale de ce mécanisme et sa nature de pouvoir contractuel. Cette dimension unilatérale transparaisait également de la rédaction de l'article 1223 telle qu'issue du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats². Et l'esprit de ce mécanisme tel qu'il est connu dans le droit supranational et les projets de droit européen des contrats invitait à y voir un pouvoir contractuel.

Cependant, la loi 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, est venue modifier la rédaction de l'article 1223 du Code civil qui fait, aujourd'hui, expressément référence à l'acceptation du cocontractant. D'ailleurs, il est intéressant de constater que la modification rédactionnelle de l'article 1223 n'est pas présentée par la loi comme ayant un

que : « Le créancier qui entend accepter la livraison d'une chose différente [...], a le *droit*, moyennant notification en temps utile au débiteur, de payer un prix inférieur à celui qui a été convenu », sans exiger l'acceptation du cocontractant.

¹ Solliciter signifierait alors prosaïquement : « avoir recours à la réduction du prix ».

² La formulation de l'art. 1223 al. 1^{er} issue du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats faisait ressortir nettement la dimension unilatérale de ce mécanisme en retenant que : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat *et réduire* proportionnellement le prix ». (Nous soulignons)

simple caractère interprétatif, ce qui signifie qu'il y a donc un changement de fond dans cet article.

Tout l'enjeu est alors de déterminer l'objet de cette acceptation qui constitue la principale modification rédactionnelle de cet article et qui n'a pas été précisément définie par le législateur. S'il est retenu que celle-ci est nécessaire pour parvenir à une modification du prix, le mécanisme consacré présenterait, alors, la nature d'un mécanisme conventionnel de modification des effets du contrat, et non celle d'un pouvoir contractuel. En revanche, s'il est retenu que l'acceptation du cocontractant n'a pas pour objet la modification des effets du contrat, mais seulement, comme l'estiment certains¹, de traduire une renonciation aux voies de recours, le mécanisme consacré aurait bien la nature d'un pouvoir contractuel.

5. *Le remplacement.*

38. Origine du mécanisme et consécration légale.- Par dérogation à l'ancien article 1144 du Code civil qui exigeait une autorisation judiciaire pour procéder au remplacement², la pratique commerciale avait mis au point une faculté unilatérale de remplacement. Ce mécanisme permet à l'acheteur, en cas de manquement du vendeur à son obligation de délivrance, et après une mise en demeure restée sans suite, de se « remplacer », c'est-à-dire de remédier unilatéralement à l'inexécution de son cocontractant en s'adressant à un autre fournisseur, tiers au premier contrat, afin d'acquérir une chose de qualité et de quantité semblables à celle convenue dans le contrat initial³, le tout aux frais du vendeur défaillant. Si la jurisprudence et la pratique commerciale limitaient le domaine de la faculté unilatérale de se remplacer aux seules ventes commerciales de choses fongibles⁴, sa consécration légale en des termes généraux par l'ordonnance du 10 février 2016 semble conduire à sa reconnaissance dans tout type de contrat⁵.

¹ v. not. en ce sens : Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », art. préc., p. 888-889, spéc., note n° 7.

² Pour une étude détaillée des avantages procurés par la dispense d'autorisation judiciaire, v. : D. PLANTAMP, « *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale* », D. 2000, chron. p. 243 et s., spéc. n° 17 et 18.

³ En ce qui concerne les conditions du remplacement, v. : M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972, n° 213, p. 358 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *Les sanctions de l'obligation de délivrance* », in *La vente commerciale de marchandises*, sous la dir. de HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, n° 29 et s., p. 221 et s. ; G. RIPERT, R. ROBLOT, Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 2004, 17^{ème} éd., n°2536, p. 567-568.

⁴ Si un arrêt de la Cour de cassation semblait limiter la faculté de remplacement aux seules ventes commerciales de choses fongibles (Cass. com. 20 janvier 1976, *Bull. civ.* IV, n° 26, p. 22 ; D. 1976, Somm. p. 36 ; RTD. com. 1976, p. 785, obs. J. HÉMARD), cette solution ne devait pas être encouragée. Il est en effet difficilement compréhensible que le remplacement soit exclu dans les contrats d'entreprises ou le même service pourrait par un tiers. (v. à propos d'un contrat de transport : T. Com. Nancy, 8 décembre 1913, RTD. civ. 1914, p. 124, obs. R. DEMOGUE.)

⁵ Le nouvel article 1222 du Code civil dispose notamment en son alinéa 1^{er} : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, *faire exécuter lui-même l'obligation* ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci ». La formulation fait simplement référence à l'exécution d'une obligation, sans distinguer aucunement selon sa nature ou le type de contrat duquel elle serait issue. (Nous soulignons).

39. **Analyse.**- Si la majorité des auteurs analysent le droit de se remplacer en une résolution unilatérale de plein droit du contrat¹, d'autres ont pu regretter une telle analyse en soulignant que « la résolution relève d'une philosophie globalement destructrice, rigide et brutale »² et que « l'intention de l'acheteur consiste à faire survivre une opération d'échange et à essayer d'obtenir les effets qu'il attendait normalement du premier contrat »³. M. LAITHIER a, quant à lui, pu faire remarquer que, dans les contrats à exécution successive, « le remplacement peut n'être qu'une mesure ponctuelle et ne pas porter atteinte à l'existence du lien contractuel »⁴. L'analyse en termes de résolution semble donc inadéquate.

Certains auteurs ont alors pu analyser la faculté de remplacement comme une application spéciale des règles de la responsabilité civile qui autorisent la victime à procéder elle-même à la réparation en nature du dommage, et qui lui ouvrent le droit au remboursement des sommes ainsi dépensées⁵. Pour autant, ce n'est pas parce que la faculté de remplacement assure au créancier une réparation en nature que l'on doit en déduire que l'obligation inexécutée est alors exécutée en nature⁶. Le débiteur défaillant est tenu de verser une somme équivalente au montant de la prestation qu'il aurait dû fournir, ce qui correspond alors à une exécution par équivalent. De la sorte, le remplacement tend à se présenter comme un mécanisme de sanction de l'inexécution⁷, manié, non pas par le juge, mais par l'une des parties, et qui permet à son titulaire, non pas de résoudre le contrat, mais d'imposer au débiteur défaillant d'exécuter son obligation par équivalent⁸. Ce faisant, le droit de se remplacer manié par une partie semble bel et bien correspondre à un pouvoir contractuel.

¹ v. not. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012-2013*, op. cit., n° 6033-2 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *Les sanctions de l'obligation de délivrance* », art. préc., n° 47 et s., p. 238 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 2006, 7^{ème} éd., n° 195, p. 132 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, th. préc., n° 214, p. 360 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, par P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Paris, Cujas, 12^{ème} éd., 1998, n° 328, p. 224.

² D. PLANTAMP, « *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale* », art. préc., n° 20. Cependant, en dépit d'une telle conclusion, l'auteur ne propose pas de nouvelle analyse de la faculté de remplacement. De plus, l'auteur paraît gêné et ne semble pas se départir totalement de l'analyse en termes de résolution dans la mesure où, avant le passage cité, il retient que : « le procédé aboutit à la disparition du contrat initial ».

³ *Ibid*, loc. cit.

⁴ v. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 189, spéc. p. 269.

⁵ v. en ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats*, 1^{ère} partie, *Vente et échange*, 5^{ème} éd. par M. de JUGLART, Paris, Montchrestien, 1979, n° 946, p. 254.

⁶ v. pour une telle distinction : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., loc. cit.

⁷ Pour le rappel des dangers liés à une assimilation systématique des dommages-intérêts à l'idée de responsabilité, et l'allusion à la distinction existant entre l'inexécution et la responsabilité contractuelle, v. : P. HÉBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », art. préc., p. 466-468. L'auteur considère que si, dans le cadre de l'inexécution, il s'agissait d'obtenir une prestation par le biais d'une exécution en nature ou par équivalent, la responsabilité, pour sa part, ne tend qu'à réparer le dommage qui a été causé et qui constitue une simple donnée de fait.

⁸ Aussi, ces dommages-intérêts se distinguent-ils de ceux qui sont destinés à réparer les préjudices résultant de la mise en œuvre du remplacement. Ainsi, peut-il s'agir de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant de la différence entre le prix convenu initialement et le prix accepté par le tiers remplaçant (v. : Cass. req. 6 janvier 1869, S. 1869, 1, p. 309), des frais dont le créancier lésé a pu faire l'avance (pour la commission du courtier chargé d'acquiescer la marchandise de remplacement, v. : C.A. Paris, 22 avril 1929, JCP G. 1929, p. 707), ou encore du manque à gagner résultant d'une hausse des cours à l'achat que la partie lésée n'a pas pu répercuter son propre client (v. : Cass. com. 1^{er} juin 1959, JCP E 1959, II, n° 11206, note J. HÉMARD ; C.A. Rouen, 9 juin 1981, RJ com. 1983, p. 133, note B. GROSS). Si l'on reprend ici la distinction formulée par HÉBRAUD (v. : *supra*, note n° 7), il s'agirait véritablement de responsabilité contractuelle destinée à réparer les conséquences dommageables de

6. *Le laissé pour compte.*

40. **Analyse.**- Issu de la pratique commerciale, le « laissé pour compte » est un mécanisme original qui autorise le créancier à refuser de prendre livraison d'un bien défectueux ou livré tardivement, notamment dans le cadre d'une vente commerciale¹. Si certains auteurs voient dans le « laissé pour compte » un procédé provisoire contenant « une offre conditionnelle de reprendre la vie contractuelle »², et l'analysent comme une application de l'exception d'inexécution³, ou un mécanisme apparenté⁴, d'autres y voient un procédé définitif et l'analysent comme une résolution unilatérale du contrat⁵.

Doit-on pour autant préférer une analyse à l'autre ? Il semblerait que non. En effet, en raison du besoin de souplesse exigé par la pratique, un auteur a pu très justement faire remarquer que le mécanisme du laissé pour compte « n'est réductible ni à l'une, ni à l'autre de ces catégories juridiques : [le « laissé pour compte »] relève de l'exception d'inexécution si l'exécution du contrat présente encore un intérêt pour le créancier et s'il n'a pas manifesté d'intention contraire ; [le « laissé pour compte »] relève à l'inverse de la résolution unilatérale s'il entend rompre définitivement le contrat »⁶. Aussi, il a pu être mis en évidence que ces deux

l'inexécution, et non de dommages-intérêts destinés à assurer l'exécution par équivalent de l'obligation inexécutée qui appartiennent aux mécanismes de sanction de l'inexécution.

¹ Le domaine du « laissé pour compte » ne semble pas réduit aux seules ventes commerciales. Elle semble admise dans les contrats d'entreprise, v. sur ce point : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 533, p. 357, où l'auteur retient : « Lorsque le travail a été mal exécuté et qu'au moment de la réception de l'ouvrage le maître s'aperçoit des vices que présente la chose, il peut ou bien exiger des réfections ou bien abandonner la chose à l'entrepreneur : c'est la pratique du 'laissé pour compte' applicable au contrat d'entreprise sauf s'il porte sur une chose appartenant au client ». (Nous soulignons). Et dans les contrats de transport, v. sur ce point : G. RIPERT, R. ROBLOT, Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 2737, p. 728, où les auteurs relèvent que : « si l'objet avarié est délivré avec un retard ou dans un état qui le rend inapte à l'usage auquel il était destiné, la jurisprudence admet que le propriétaire peut le *laisser pour compte* au transporteur pour demander l'entière valeur d'un objet semblable ». (Les auteurs soulignent). *Adde*, pour un exemple de laissé pour compte dans un contrat de transport, dans une espèce où un transporteur avait perdu puis, quelque temps après, retrouvé la marchandise perdue, v. : Cass. com. 8 octobre 1996, *Bull. IV*, n° 228, p. 199.

² v. : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012-2013*, Dalloz-Sirey, 9^{ème} éd., 2012 coll. Dalloz action, n° 6032.

³ v. en ce sens : J. HUET, *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, 3^{ème} éd, n° 11259 et 11594.

⁴ v. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2012-2013, op. cit., loc. cit.*, où les auteurs considèrent que le « laissé pour compte » est une « pseudo-résolution unilatérale de l'acheteur » et que « ce n'est qu'un procédé provisoire, destiné à remédier aux inconvénients de la résolution judiciaire, que ce soit les délais d'une action en justice ou la difficulté de conserver une marchandise, encombrante, sujette à déperissement ou à des variations de cours. Par-là, il s'apparente à l'exception d'inexécution. Les effets du contrat sont seulement *suspendus* ». (Nous soulignons).

⁵ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 195, p. 132 : « C'est encore une résolution non judiciaire que consacre la pratique commerciale du laissé pour compte [...] » ; Ch. JAMIN, « *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français* », art. préc., n° 15, spéc. p. 474 : « Une telle pratique n'est pas une simple exception d'inexécution, car l'acheteur entend mettre fin de manière définitive au contrat. Il s'agit bien d'une résolution unilatérale » ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 2013, 7^{ème} éd., n° 183, p. 167, où les auteurs énoncent : « C'est une forme exceptionnelle de résiliation unilatérale [...] » ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Essai de classification*, th. Paris I, 2000, n° 226, p. 275.

⁶ v. en ce sens : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, n° 189, spéc. p. 268.

mécanismes que sont l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale pouvaient être qualifiés de pouvoirs contractuels. Par conséquent, le « laissé pour compte » qui est un mécanisme à géométrie variable combinant deux types de sanctions elles-mêmes identifiées comme des pouvoirs contractuels, peut être qualifié de pouvoir contractuel.

Si ce premier recensement, bien que non-exhaustif, a permis de mettre en évidence l'existence d'un certain nombre de pouvoirs contractuels dotés d'une fonction de sanction de l'inexécution, il semblerait également exister des pouvoirs contractuels dont la fonction est d'affecter la durée du contrat.

B. Les pouvoirs affectant la durée du contrat.

41. Pouvoirs influant sur le terme du contrat.- Deux types de pouvoirs sont susceptibles d'être ici recensés. D'une part, ceux qui permettent à une partie de précipiter le terme du contrat, que l'on qualifiera de pouvoirs de rupture (1). D'autre part, ceux qui permettent à une partie de repousser le terme du contrat, que l'on qualifiera de pouvoirs de prorogation du terme (2).

1. Les pouvoirs de rupture.

42. Différents pouvoirs de rupture.- Une pluralité de mécanismes unilatéraux semblent permettre, soit à l'une des parties, soit à chacune des parties, de précipiter le terme du contrat en provoquant sa disparition pour l'avenir, ce qui correspond au mécanisme de la résiliation. Aussi, s'avère-t-il possible de recenser l'existence de pouvoirs de résiliation dans le cadre de contrats à durée déterminée (a), mais également dans le cadre de contrats à durée indéterminée (b). À ces différents pouvoirs, il conviendra d'ajouter une autre manifestation du phénomène de pouvoir de résiliation qui peut trouver place dans le cadre des contrats durée déterminée comme des contrats à durée indéterminée : le pouvoir de résiliation issu de la stipulation d'une clause d'essai (c).

a. Les pouvoirs de résiliation des contrats à durée déterminée.

43. Dispositions dérogatoires.- Les pouvoirs de résiliation unilatérale accordés par le législateur dans le cadre de certains contrats à durée déterminée sont traditionnellement considérés comme des dérogations exceptionnelles¹ au principe de force obligatoire en ce qu'ils en contredisent le corollaire, à savoir, l'irrévocabilité unilatérale, qui impose aux parties de respecter la durée d'exécution conventionnellement prévue².

¹ v. en ce sens, insistant sur le caractère « exceptionnel » de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée : Ph. DELEBECQUE, « *L'anéantissement unilatéral du contrat* » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 18, p. 68, v. aussi : n° 14, p. 66, où l'auteur se demande notamment si les clauses de résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée ne sont pas « contraires à l'essence même du contrat ? » ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 299, p. 179.

² Le principe de force obligatoire et son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale, sont énoncés au nouvel art. 1193 du C. civ. Le nouvel art. 1212 du même Code rappelle ce principe dans le cadre des contrats à durée déterminée

44. **Dispositions légales classiques.**- Afin d'en limiter la portée, les pouvoirs de résiliation qui permettent à l'une des parties, ou à chacune d'elles, de mettre un terme au contrat, furent reconnus, à l'origine, seulement dans le cadre des « petits-contrats » du Code civil.

Tel est le cas, d'abord, de l'article 1944 du Code civil relatif au contrat de dépôt à durée déterminée, qui impose au dépositaire de restituer le bien remis en dépôt, dès lors que le déposant le réclame¹. En revanche le dépositaire est lié par le terme et donc par la force obligatoire du contrat, ce qui l'empêche de se décharger plus tôt de la chose² sans risquer de méconnaître ses obligations³. Ce pouvoir de résiliation anticipé est fondé sur l'idée selon laquelle le contrat de dépôt est conclu dans l'intérêt exclusif du déposant⁴. Le terme est stipulé dans son seul intérêt, ce qui lui permet d'y renoncer en résiliant le contrat⁵.

Ensuite, l'article 1794 du Code civil confère au maître de l'ouvrage le pouvoir de résilier le marché à forfait moyennant indemnisation de l'entrepreneur, et cela, même si l'ouvrage est déjà commencé⁶. La résiliation du marché à forfait par le maître de l'ouvrage se distingue de la résolution unilatérale pour inexécution, et cela, même si elles produisent un effet semblable, à savoir, l'anéantissement du contrat. En effet, si l'exercice de la faculté de résolution unilatérale pour inexécution, a pour motif une inexécution d'une certaine gravité, et a pour but de sanctionner le cocontractant⁷, l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale du marché à

puisque'il dispose, en son alinéa 1^{er}, que : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme ».

¹ L'art. 1944 du C. civ., *in fine*, prévoit cependant que la restitution par le dépositaire est interdite en cas de saisie-arrêt ou d'opposition à la restitution et au déplacement de la chose remise en dépôt.

² v. en ce sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, Paris, COSSE et MARCHAL, 1871, 4^{ème} éd., p. 626 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., et loc. cit. ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, op. cit., n° 538, p. 450.

³ G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la société du prêt et du dépôt*, t. 10, Paris, LAROSE, 1898, n° 1158, p. 565. Ces auteurs reviennent également sur le fait que l'on ne comprendrait pas à quoi servirait la fixation d'un terme si aussi bien le déposant que le dépositaire pouvaient ne pas le respecter. Ils considèrent que la maxime selon laquelle : « un service ne doit jamais nuire à celui qui le rend » (*nemini beneficium debet esse damnosum*) signifie simplement « qu'un donateur ne peut souffrir que le préjudice qu'il a choisi de souffrir ; elle ne signifie pas – ce qui serait absurde – que celui qui promet un service peut refuser de le rendre ». Cela reviendrait, en effet, à remettre en cause le principe de force obligatoire du contrat.

⁴ v. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la société du prêt et du dépôt*, op. cit., n° 1151, p. 563 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1931, p. 653 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 479, spéc., p. 496 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., et loc. cit. ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, op. cit. et loc. cit.

⁵ v. en ce sens : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, op. cit., n° 1365, spéc., p. 804-805 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, op. cit. et loc. cit.

⁶ La faculté de résiliation unilatérale du marché à forfait était connue de l'Ancien droit, v. not. : R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. II, Paris, LGDJ, 1830, nouvelle édition augmentée de notes et commentaires extraits des ouvrages de M. MERLIN, suivie d'une table générale des matières, par L. RONDONNEAU, n° 440, p. 385, où l'auteur explique que cette faculté est fondée sur une possible diminution des ressources du maître en cours d'exécution du contrat : « [...] car il a pu me survenir, depuis la conclusion de notre marché, de bonnes raisons pour ne pas bâtir, dont je ne suis pas obligé de rendre compte ; il a pu me survenir des pertes dans mes biens, qui me mettent hors d'état de faire la dépense que je m'étais proposée ».

⁷ Pour une application jurisprudentielle de la distinction entre l'art. 1184 et l'art 1794 du C. civ., v. : Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 1973, *Bull. civ. III*, n° 100, p. 72.

forfait par le maître de l'ouvrage repose sur un motif laissé à l'appréciation subjective dudit maître, et n'a pas pour but de sanctionner le cocontractant, mais simplement de préserver la liberté du maître de l'ouvrage.

Enfin, il est possible de faire référence aux pouvoirs de résiliation unilatérale dont la jouissance est conférée à chaque partie dans le cadre d'un contrat de mandat. Aussi, il convient de souligner qu'il pas distingué, dans les dispositions encadrant ces droits de résiliation, selon qu'elles s'appliquent au mandat à durée déterminée ou au mandat à durée indéterminée. Du côté du mandataire, un tel pouvoir de résiliation unilatérale¹, qualifiée de renonciation au mandat, est traditionnellement justifiée par les idées de confiance² et de gratuité. Du côté du mandant, le pouvoir de résiliation unilatérale, qualifié de révocation du mandataire, est prévu à l'article 2004 du Code civil qui dispose que « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble [...] ». La doctrine retient alors que le mandat est révocable *ad nutum*, et cela que le mandat soit donné à durée déterminée ou indéterminée. Cette expression « révocabilité *ad nutum* » signifie que la révocation est à la discrétion³ du mandant, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu d'avoir à justifier de motifs de rupture⁴. Si certains fondent cette faculté de révocation unilatérale du mandataire sur l'exigence d'un degré particulier de confiance⁵ dans les contrats conclus *intuitus personae*, il semblerait cependant que celle-ci soit fondée sur le fait que le contrat de mandat est traditionnellement conclu dans le seul intérêt du mandant⁶.

45. Dispositions légales modernes.- Mû par la volonté de protéger certains contractants, le législateur contemporain a multiplié le nombre de pouvoirs de résiliation en intervenant dans différents types de contrats. Ainsi, peut-on trouver trace d'un pouvoir de résiliation unilatérale en matière de baux, qu'il s'agisse des baux d'habitation où le preneur peut résilier le contrat à

¹ Art. 2007 du C. civ. pour le mandat classique, et art. 812-6 du même Code pour le mandat à effet posthume.

² v. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, « Mandat », in *Rép. Civ. Dalloz*, m.à.j. juin 2013, n° 415, où l'auteur souligne qu'il serait dangereux, pour le mandant, « de maintenir un mandataire dans les liens du mandat contre son gré ».

³ v. : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 678, p. 458.

⁴ v. en ce sens : P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, op. cit., n° 508, p. 430. *Adde*, la jurisprudence : Cass. com. 7 juillet 1992, n° 90-17885, CCC 1992, n° 222, note L. LEVENEUR, où la Cour retient que : « la révocation *ad nutum* s'entend d'une décision de résiliation prise *sans que des motifs aient à être précisés* ». (Nous soulignons).

⁵ v. en ce sens : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t. 2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1931, p. 716-717 ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, op. cit., n° 508, p. 430 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 678, p. 458.

⁶ v. en ce sens : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, op. cit., p. 717, où les auteurs retiennent que la libre révocabilité du mandataire cesse : « lorsque le mandat concerne à la fois l'intérêt du mandant et du mandataire » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, op. cit., n° 1423, p. 872, où l'auteur retient : « la faculté de révocation n'existe que si le mandat est intervenu dans le seul intérêt du mandant ». *Adde*, D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Toulouse, 1998, n° 485 et s., où l'auteur considère que l'*intuitus personae* ne suffit pas à justifier la rupture unilatérale, mais qu'elle découle de l'intérêt exclusif d'une partie au contrat.

tout moment¹ sous réserve d'un délai de préavis de trois mois², ou des baux commerciaux où le preneur peut résilier le contrat à l'expiration de chaque période triennale³, moyennant un préavis de six mois⁴. Un pouvoir de résiliation est également reconnu en matière d'assurances de dommages et d'assurances de personnes, où l'assureur, comme l'assuré, peuvent résilier le contrat tous les ans à sa date d'échéance, par lettre recommandée envoyée au moins deux mois avant ladite date⁵. De même, en va-t-il en matière d'assurance-vie où le souscripteur peut demander le rachat du contrat⁶. Sans oublier la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats de crédit-bail par le crédit preneur⁷, ni même l'hypothèse du contrat de courtage matrimonial pour lequel le législateur a prévu, d'une part, qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée dont la durée ne saurait excéder un an, et d'autre part, que chacune des parties dispose d'une faculté de résiliation unilatérale pour motif légitime⁸.

b. *Le pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée.*

46. Reconnaissance jurisprudentielle puis consécration légale.- Originellement, il n'existait aucun texte de portée générale, dans le Code civil, qui consacrait expressément le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée⁹. La jurisprudence a, alors, comblé ce vide en reconnaissant, d'une manière générale, l'existence d'un tel pouvoir de résiliation¹⁰. Ce pouvoir dont la jouissance, c'est-à-dire la titularité, trouve son fondement dans

¹ Art. 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs. À l'opposé, le bailleur ne peut donner congé qu'à l'arrivée du terme du contrat et moyennant un délai de préavis de six mois, et il doit alléguer un motif de reprise défini par la loi : il s'agit soit de la décision de reprendre ou de vendre le logement, soit d'un motif légitime et sérieux (art. 15-I° al. 1 et 2).

² Le délai de préavis du locataire peut être réduit à un mois notamment en cas de mutation ou de perte d'emploi, ou encore si le locataire est âgé de plus de soixante ans, dans l'hypothèse où son état de santé justifie un changement de domicile. (art. 15-I°).

³ Art. L. 145-4 al. 2 du C. com. Le bailleur bénéficie de la même faculté, mais il est tenu par la loi de justifier certains motifs énoncés à l'art. L. 145-4 al. 3 : il doit « invoquer les dispositions des articles L. 145-18, L. 145-21, L. 145-23-1, et L. 45-24, afin de construire, de reconstruire ou de surélever l'immeuble existant, de réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain. »

⁴ Art. L. 145-9 al. 1 du C. com. L'alinéa 5 du même article dispose que le congé doit être donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extra-judiciaire.

⁵ Art. L. 113-12 al. 2 du C. Assur.

⁶ Art. L. 132-21 du C. Assur.

⁷ Art. 313-9 al. 2 du C. Mon. et Fin. qui dispose que les contrats de crédit-bail doivent prévoir « à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur ».

⁸ Art. 6-I° al. 3 de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989. La résiliation du contrat entraîne une réduction du prix à proportion de la durée du contrat couru et de celle restant à courir (art. 2 du Décret du 16 mai 1990).

⁹ Seules certaines dispositions éparses consacrent expressément ce droit : v. par ex. : l'art. L. 1231-1 du C. trav. qui rappelle que cette faculté est ouverte aussi bien à l'employeur qu'au salarié. Cette faculté étant d'ordre public selon l'art. L. 1231-4 du même Code. v. également l'art. 1736 du C. civ. en matière de bail verbal qui permet à l'une des parties de mettre unilatéralement fin au contrat en donnant un congé accompagné d'un délai de préavis conforme aux usages. *Adde*, sur ce point : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., p. 119 et s.

¹⁰ Plusieurs décisions de justice étaient venues énoncer le principe de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée dans des attendus de principe sous le visa de l'art. 1134 al. 2 du C. civ. En ce sens, v. : Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1985, *Bull. civ.* I, n° 54, p. 52 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 246, p. 174, CCC. 1996, n° 164, note L. LEVENEUR.

le principe de la prohibition des engagements perpétuels est d'ailleurs, à ce titre, doté d'une valeur constitutionnelle¹. Rappelant le principe de la prohibition des engagements perpétuels, le nouvel article 1210 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, est, par la suite, venu donner un fondement légal au pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée.

Il convient d'ajouter que le pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée est un principe de droit commun des contrats qui trouve à s'appliquer également dans les contrats de travail à durée indéterminée². Cependant, en raison du contexte particulier que constitue le contrat de travail, le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée a vu son régime strictement encadré par diverses lois successives³, donnant ainsi naissance à un droit du licenciement et de la démission. L'encadrement le plus poussé ayant été réalisé au niveau du droit de licencier appartenant à l'employeur. En effet, si pendant longtemps le licenciement est apparu comme un droit discrétionnaire, c'est-à-dire que les motifs justifiant son exercice étaient laissés à la libre appréciation de son titulaire, l'exercice de ce droit a ensuite été encadré tant sur le plan formel, par le devoir de respecter une procédure, que sur le plan substantiel, par le biais de l'objectivation des motifs de licenciement. L'exercice du droit de licencier doit, aujourd'hui, prendre appui sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Il convient de préciser que lorsque le licenciement est décidé pour un motif personnel qui réside dans la faute commise par le salarié, le licenciement se rapproche ici, en raison de son aspect sanctionnateur, de la résolution pour inexécution⁴ des contrats à exécution successive qui produit ses effets uniquement pour l'avenir.

c. Le pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai.

47. Position du problème.- La stipulation d'une clause d'essai dans un contrat, que celui-ci soit à durée déterminée ou indéterminée, est un phénomène qui se développe de plus en plus dans la pratique. Aussi, les deux types de contrats faisant le plus fréquemment l'objet d'une clause d'essai sont le contrat de vente et le contrat de travail⁵. Pour reconnaître que les clauses

¹ v. Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, RTD. civ. 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES, où le principe a été affirmé à propos de l'examen de la loi sur le PACS.

² Cette faculté, au même titre que la résiliation amiable, a été consacrée expressément par l'art. L. 1231-1 du C. trav.

³ Nous nous contenterons ici de mentionner l'existence des deux premières lois dont l'apport fut déterminant, surtout en ce qui concerne la seconde. En effet, si l'art. 23 alinéa 5 de la loi du 19 juillet 1928 a consacré la jurisprudence appliquant la théorie de l'abus de droit en matière de résiliation du contrat de travail par l'une ou l'autre des parties, et si l'alinéa 6 du même article faisait obligation au jugement de mentionner le motif de la rupture, cette réforme n'a pas eu l'effet escompté dans la mesure où la Cour de cassation abandonnait le motif à l'appréciation discrétionnaire de l'employeur. Le véritable bouleversement résulte de l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 qui soumet le licenciement à l'existence d'une « cause réelle et sérieuse ». Il en résulte que l'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail pour n'importe quel motif. Le droit change de nature pour devenir un droit causé, c'est-à-dire un droit finalisé. Pour un aperçu des lois postérieures ayant réformé le droit du licenciement, v. not. : G. AUZÉRO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2014, 28^{ème} éd., coll. Précis, n° 377, p. 418.

⁴ v. not. pour un tel rapprochement : Ch. JAMIN, « *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français* », art. préc., n° 15, spéc. p. 477.

⁵ Le but de la stipulation d'une clause d'essai en droit du travail est de permettre, de manière temporaire, à chaque partie de rompre le contrat de travail à tout moment, et cela, d'une part, par dérogation, dans les contrats à durée indéterminée à la procédure du licenciement lorsque la rupture est à l'initiative de l'employeur, et par dérogation aux règles relatives à la démission lorsque la rupture est à l'initiative du salarié (art. L. 1231-1 al. 2 du C. trav.), et

d'essai puissent donner naissance à des pouvoirs contractuels, il faudrait que celles-ci permettent à leurs bénéficiaires d'imposer à leur cocontractant une modification des effets d'un contrat définitivement formé. Or, l'analyse selon laquelle les clauses d'essai prendraient place dans le cadre d'un contrat définitivement formé a pu rencontrer certains obstacles.

48. Obstacles rencontrés.- Dans le cadre du contrat de vente, l'art. 1588 du Code civil dispose que « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ». L'aptitude du bien vendu à répondre aux besoins de l'acheteur serait alors l'événement futur et incertain érigé en condition¹ suspensive. Cette condition suspensive apparaîtrait alors comme simplement potestative dans la mesure où l'accomplissement de l'événement érigé en condition ne dépendrait pas uniquement de la volonté de l'acheteur, mais aussi de contingences plus ou moins objectives, ce qui conduit à écarter le grief de potestativité². Si la qualification de vente sous condition suspensive d'essai a pu être retenue par la jurisprudence³, ainsi que par une partie de la doctrine⁴, cette analyse conditionnelle, qui conduit à nier l'existence d'un contrat définitivement formé, apparaît cependant critiquable. En effet, l'existence d'une condition suspensive dans le contrat de vente conduit à suspendre, soit la formation⁵, soit les effets de la vente⁶, et notamment les effets réels du contrat – transfert de propriété du bien ou d'un droit de

d'autre part, par dérogation au caractère impératif du terme dans les contrats à durée déterminée, que la rupture soit à l'initiative de l'employeur comme du salarié.

¹ Certains auteurs retiennent que : « *L'essai* apparaît alors comme un événement futur et incertain jouant le rôle d'une condition suspensive ». (v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 256, p. 156). Le raccourci semble maladroit : l'essai désigne en réalité une période temporelle pendant laquelle une personne vérifie si les caractéristiques d'un bien satisfont les attentes de l'acheteur : l'événement conditionnel étant ainsi la satisfaction des attentes de l'acheteur.

² v. sur ce point : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 257, p. 156, où l'auteur insiste sur le fait que si l'essai d'une chose dépend, *a priori*, de certaines considérations objectivement vérifiables (bon fonctionnement d'un produit), il ne saurait cependant échapper totalement à des considérations subjectives (plaisir de lire un livre ou de porter un vêtement, confort d'un canapé...).

³ v. en ce sens : Cass. civ. 10 janvier 1928, DP. 1929, 1, p. 126, où la Cour retient que les risques de la chose sont « passés à sa charge (de l'acheteur) par l'avènement de la condition suspensive d'essai ». *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 304, p. 211 ; CCC. 1998, n° 161, note L. LEVENEUR ; RTD. civ. 1999, p. 376, obs. J. MESTRE ; où la Cour énonce : « [...] la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien [...] ».

⁴ v. en ce sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, op. cit., p. 335 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, op. cit., n° 1064, p. 634 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, op. cit., p. 431 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Paris, PICHON et DURAND-AUZIAS, 1931, 11^{ème} éd., n° 1360, p. 513.

⁵ V. not. très clairement en ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, op. cit., n° 1360, p. 513 ; M.-L. IZORCHE, « *Contrats conditionnels et définitifs* », RTD. Com. 1998, p. 521 et s., n° 16, où l'auteure range la vente à l'essai parmi les « éléments retardateurs de la formation du contrat » dans la mesure où : « C'est le contrat lui-même qui est affecté dans son *existence*, dans sa *formation* » (Nous soulignons).

⁶ Cette analyse semble plus conforme au mécanisme des conditions qui sont des modalités affectant les effets d'un contrat, qu'il s'agisse d'obligations, c'est-à-dire d'effets de type personnel, ou d'effets de type réel, tel que le transfert de propriété. En outre, considérer, comme le fait une partie de la doctrine, que l'essai est une condition suspensive affectant la formation de la vente revient à ériger indirectement le consentement du bénéficiaire de l'essai en événement conditionnel (il donnera son consentement *si* l'essai est concluant), ce qui est impossible en raison du caractère accessoire des conditions qui empêche qu'elles portent sur un élément de formation du contrat.

jouissance sur le bien – jusqu’au jour de réalisation de l’événement érigé en condition. Ainsi, l’analyse basée sur l’idée d’une condition suspendant la formation ou les effets du contrat ne permet-elle pas d’expliquer que le bénéficiaire de l’essai dispose contractuellement d’un droit d’usage de la chose dès l’instant où ledit contrat est conclu.

Certains auteurs ont alors proposé de dissocier, au sein de l’opération, deux contrats : d’une part, un contrat de prêt, ou un commodat si le prêt est à titre gratuit, et de l’autre, une vente conclue sous condition suspensive¹. Cependant, une telle dissociation semble contraire à la volonté des parties qui entendent conclure une vente assortie d’une période d’essai et non un contrat de prêt et un contrat de vente. En effet, lorsqu’un vendeur « prête » quelque temps la chose, la finalité poursuivie par les parties est la conclusion d’une vente à l’essai et non pas la restitution de la chose découlant d’un contrat de prêt². L’esprit de l’opération semble ainsi commander une analyse globale et non fractionnée.

Il convient de souligner qu’une telle analyse consistant à dissocier, au sein de l’opération, deux types de contrat, a également été adoptée par certains auteurs à propos des clauses d’essai stipulées dans le cadre des contrats de travail. Ces auteurs ont alors proposé d’analyser la période d’essai comme donnant naissance à un contrat préalable³ : la période d’essai correspondant à un contrat provisoire, précédant un contrat définitif⁴. Cette analyse a cependant été écartée postérieurement par la jurisprudence⁵, qui considère ainsi qu’il n’existe qu’un seul contrat de travail formé définitivement dès sa conclusion. Cette décision de justice, consacrant l’existence d’un contrat de travail définitivement formé dès le début de la période d’essai, doit également conduire à écarter, d’une part, les analyses fondées sur la théorie de la formation successive du contrat⁶, mais aussi, d’autre part, celles reposant sur le mécanisme de

Rappr. : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, op. cit., n° 1064, p. 634, où l’auteur considère que ce sont les obligations, dans la vente à l’essai, qui sont assorties d’une condition suspensive.

¹ Rappr. : Ph. DELEBECQUE et F. COLLART-DUTILLEUL, *Contrats civils et commerciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004, n° 606, qui ont alors proposé de voir dans la vente à l’essai un « prêt assorti d’une possibilité de transformation en vente ».

² v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 407, p. 296. Il est donc nécessaire de distinguer le contrat de vente à l’essai et le simple contrat d’essai. Un exemple de ce dernier type de contrat peut être trouvé dans la situation où un garagiste met un véhicule à la disposition d’un client, qui n’a manifesté aucune volonté d’achat, lors d’une journée, afin qu’il soit en mesure d’en évaluer les qualités. Le contrat se rapproche alors d’un prêt à usage. (v. sur ce point : L. LORVELLEC, *L’essai dans les contrats*, th. Rennes, 1972, n° 118).

³ v. en ce sens : R. DEMOGUE, « *Des contrats provisoires* », in *Études de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1939, p. 159 et s., pour qui il s’agit d’un contrat provisoire.

⁴ Cette analyse a été notamment retenue dans un arrêt : Cass. soc. 25 avril 1955, *Bull. civ. IV*, n° 347. Pourtant, une telle analyse qui introduit une dualité de contrats ne semble pas correspondre à la réalité : si un second contrat doit être conclu, il serait nécessaire que les parties donnent une nouvelle fois leur consentement, et ce, pour le second contrat. Or, tel ne semble pas être le cas, dans la mesure où l’on ne trouve pas trace d’un renouvellement du consentement des parties à l’expiration de la période d’essai. En outre, rechercher un tel accord des volontés implicite dans la non rupture du contrat à l’issue de la période d’essai semble tout à fait artificiel.

⁵ v. : Cass. soc. 5 mars 1975, *Bull. civ. V*, n° 112, p. 103 ; dans cet arrêt, les juges de la Cour d’appel avaient analysé le contrat à l’essai comme un contrat préliminaire sous condition résolutoire qui peut devenir définitif si l’essai se révèle satisfaisant et qui dans le cas contraire devient inexistant. La Cour de cassation infirme cette analyse en énonçant : « que les trois mois accomplis par le salarié s’imputaient sur la durée de deux années, assignée par les parties au contrat de travail, qui *les liait déjà pendant la période d’essai* et qui s’était trouvé *rompu en cours d’exécution*. » (Nous soulignons).

⁶ Pour une telle analyse selon laquelle la formation du contrat serait totalement terminée à l’expiration de la période d’essai, v. not. : H. SINAY, « *Le travail à l’essai* », *Dr. social*, 3/1963, p. 150. Cette théorie de la formation

la condition suspensive dans lesquelles le contrat ne serait conclu qu'à l'expiration de la période d'essai.

Par conséquent, la réfutation de l'analyse en termes de condition suspensive et de celle qui propose de distinguer deux contrats laisse apparaître que les clauses d'essai donnent naissance à des droits qui s'exercent dans le cadre d'un contrat définitivement formé.

49. Qualification de pouvoir contractuel.- Prenant acte de ce que les clauses d'essai trouvent à s'appliquer au sein d'un contrat définitivement formé qui n'en est qu'au stade des prémices de son exécution, certains auteurs ont proposé d'analyser la clause d'essai comme reposant sur le mécanisme des conditions résolutoires¹.

Cependant, la qualification de condition résolutoire ne semble pas non plus adéquate, et ce, pour deux raisons. La première tient à l'effet rétroactif des conditions résolutoires² : dès que l'événement érigé en condition vient à se réaliser, c'est-à-dire, dans la vente à l'essai, si l'essai n'est pas concluant, la vente serait anéantie rétroactivement. Or, tel ne semble pas être le cas dans, par exemple, dans les ventes à l'essai où ledit essai est conclu à titre onéreux : la créance relative à cet essai ne saurait être anéantie rétroactivement³. Les effets de la rupture pendant la période d'essai ne semblent ainsi jouer que pour l'avenir. Cette analyse semble partagée par la majorité des auteurs en droit du travail qui considèrent que la rupture du contrat en cours d'essai ne met fin aux obligations des parties que pour l'avenir⁴. La seconde raison tient en ce que les conditions produisent automatiquement leurs effets dès lors que l'événement érigé en condition se réalise. Or, la jurisprudence exige une manifestation de volonté pour rompre le contrat⁵. Le contrat n'est donc pas rompu immédiatement dès la réalisation de l'événement conditionnel. Le bénéficiaire de l'essai doit, par le biais d'une manifestation de volonté, avertir le vendeur et tirer les conséquences de l'échec de l'essai⁶. Ainsi, ces différents arguments semblent-ils définitivement exclure l'analyse basée sur le mécanisme des conditions.

successive du contrat trouve son fondement dans un attachement viscéral au principe de force obligatoire du contrat. Aucun contrat valablement et définitivement formé ne pouvant, selon cette théorie, être remis en cause par la volonté de l'une des parties. Cependant, nous pouvons relever que le principe de force obligatoire du contrat peut être aménagé soit par la loi, la jurisprudence ou encore la volonté des parties. Il en résulte que le principe de force obligatoire n'a pas une valeur absolue, il peut connaître des tempéraments : notamment l'attribution d'un droit potestatif permettant de mettre fin à un contrat pendant une période d'essai.

¹ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 104, p. 79.

² Depuis la réforme du droit des contrats, seules les conditions résolutoires sont dotées d'un effet rétroactif (nouvel art. 1304-7 du C. civ.). Les conditions suspensives en sont dépourvues, sauf stipulation contraire des parties (nouvel art. 1304-6 du C. civ.).

³ Dans cette hypothèse certains pourraient être tentés d'analyser l'opération en deux parties : d'un côté un contrat de prêt à titre onéreux, de l'autre, un contrat de vente sous condition résolutoire. Dans le cas où l'essai ne serait pas concluant, la vente serait anéantie et seule la créance relative au prêt serait due. Cette analyse permettrait ainsi de contourner le problème de la rétroactivité induit par le mécanisme des conditions. Cependant, nous avons déjà pu faire remarquer qu'une telle dissociation était contraire à l'esprit de cette opération qui doit être appréhendée de façon unitaire. En effet, dans l'esprit des parties il n'est pas question de conclure un prêt puis une vente, mais bien une vente assortie d'une période d'essai.

⁴ v. not. : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 236, spéc. p. 263 : « la rupture du contrat en cours d'essai met fin aux relations de travail sans effacer rétroactivement les obligations des parties ».

⁵ v. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, préc. où la Cour énonce : « [...] la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien [...] ». (Nous soulignons).

⁶ v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 257, p. 156.

S'il a pu être affirmé que les clauses d'essai correspondaient à une réalité unique¹, il semblerait que celle-ci repose sur le fait qu'elles confèrent, pendant une durée limitée, la jouissance d'un droit qui permet de mettre un terme au contrat, et ce uniquement pour l'avenir. Analysé par certains comme étant un droit potestatif², ce droit présente en outre tous les aspects d'un pouvoir de résiliation unilatérale en ce qu'il permet à son titulaire d'imposer à son cocontractant la résiliation du contrat.

2. *Les pouvoirs de prorogation du terme.*

50. Identification.- Les clauses de prorogation unilatérale du terme, dites encore clauses de substitution unilatérale du terme, permettent « le prolongement du contrat initial à travers la substitution au terme initial d'un terme plus éloigné »³. Ces clauses permettent ainsi à la partie en faveur de laquelle elles sont stipulées⁴ de prolonger un contrat à durée déterminée qui présente encore elle un intérêt.

Si les clauses de prorogation du terme produisent toutes une modification des effets du contrat – et plus précisément, de leur durée –, ce qui correspond bien à l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels, toutes ne font pas dépendre la production de leurs effets d'un même événement⁵. À la différence des clauses de prorogation automatique qui répondent au mécanisme des conditions et jouent de manière automatique dès lors que tel événement précis s'est réalisé⁶, et des clauses de prorogation volontaire bilatérales qui supposent un accord des parties, seules les clauses de prorogation unilatérales, qui font dépendre la modification du contrat de la manifestation de volonté d'une seule partie, peuvent être qualifiées de pouvoirs contractuels.

¹ Cette idée de notion unique est notamment défendue par : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, loc. cit.

² v. en ce sens : L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, *op. cit.*, n° 147 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 258.

³ Pour cette définition, v. : J. MESTRE, « *Les clauses d'avenir* », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix en Provence*, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 164 ; Rappr. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Lonrai, Éditions Francis LEFEBVRE, 2010, 4^{ème} éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, n° 550, p. 234, où les auteurs définissent les clauses de prorogation comme celles qui permettent de « différer ou de supprimer le terme extinctif prévu au contrat et, partant, de prolonger son existence ».

⁴ La validité des clauses de prorogation unilatérale du terme est discutée. En effet, elles ne doivent pas abandonner la durée du contrat au libre arbitre d'une seule des parties, et surtout elles ne doivent pas aboutir à la création d'engagements perpétuels.

⁵ Sur les différents types de clauses de prorogation qualifiées d'automatiques, semi-automatiques, et volontaires, v. : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, 551 et s., p. 234 et s.

⁶ Pour un exemple de clause de prorogation automatique, v. : *Ibid*, n° 552, p. 235 : la clause prévoyait que la durée du contrat « serait, toutefois, prorogée de plein droit dans le cas où le litrage minimum prévu [...] n'aurait pas été enlevé et pour le temps nécessaire à la parfaite exécution de cet engagement ». Il est possible de reconnaître ici le mécanisme d'une condition suspendant la prorogation du terme du contrat de la réalisation d'un événement particulier. La réalisation de cet événement entraînant, en raison du mécanisme des conditions, la prolongation automatique du contrat.

C. Les pouvoirs de rétractation.

51. **Pluralité de pouvoirs de rétractation.**- Les pouvoirs de rétractation, encore dénommés droits de repentir ou *jus poenitendi*, autorisent leurs titulaires à revenir sur leur consentement pendant un certain temps¹. Ce faisant, ils permettent à une partie d'imposer à son cocontractant un anéantissement des effets du contrat. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de recenser trois illustrations de pouvoirs de rétractation qui peuvent prendre place dans le cadre de contrats-commutation. Constituent des manifestations célèbres de ces pouvoirs, d'abord, le pouvoir de rétractation issu d'une clause de réméré (1), ensuite, le pouvoir de rétractation issu d'une clause de dédit (2), et enfin, les pouvoirs de rétractation issus du droit de la consommation (3).

1. Le pouvoir de rétractation issu d'une clause de réméré.

52. **Présentation.**- Les dispositions des articles 1659 à 1673 du Code civil définissent avec précision le régime du réméré, dite encore faculté de rachat, qui est une stipulation contractuelle, « un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 », et cela, dans un délai de cinq ans². Le réméré est donc doté d'un effet extinctif qui anéantit rétroactivement une vente unique. La faculté de réméré ne doit alors pas être confondue avec l'hypothèse d'une vente ferme assortie d'une promesse unilatérale de revente consentie par l'acquéreur au profit du vendeur³. En effet, dans cette situation, il s'agirait de deux ventes successives, chacune soumise aux droits de mutation. L'avantage de la vente à réméré est de ne donner lieu qu'à un seul transfert de propriété ce qui permet ainsi d'éviter une double imposition⁴.

53. **Qualification.**- Le réméré est un droit de repentir qui permet à une partie de revenir sur son consentement⁵. Dès lors, il ne saurait être analysé sous la forme d'un mécanisme

¹ À l'occasion de la réforme du droit des contrats, les pouvoirs de rétractation se sont vu reconnaître une place dans la théorie générale du contrat au terme du nouvel article 1122 du C. civ. qui évoque les délais de rétractation.

² L'article 1660 du Code civil précisant qu'il s'agit d'un « terme ». C'est-à-dire qu'il s'agit d'un terme extinctif qui affecte la jouissance, c'est-à-dire la titularité de la faculté de réméré.

³ L'hésitation est cependant permise lorsque la faculté de rachat n'est pas stipulée dans l'*instrumentum* constatant la vente (sur cette possibilité de stipuler un réméré en dehors de l'écrit constatant la vente v. : Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 1956, Bull. civ. I, n° 333, p. 269 ; JCP G. 1956, IV, p. 150). Pour lever cette incertitude, il est nécessaire de rechercher la commune intention des parties (sur ce point v. : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, vol. 1, LGDJ, 1990, n° 572, p. 637). *Adde*, pour une illustration de l'existence de deux ventes successives et non d'une vente à réméré : Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} décembre 2010, Bull. civ. III, n° 213 ; AJDI 2011, p. 557, obs. S. PRIGENT.

⁴ L'art 1961 du CGI dispose cependant que les droits d'enregistrement et la taxe de publicité foncière ne donnent pas lieu à restitution malgré la résolution de la vente.

⁵ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 107 et s., p. 80 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 47, qui retient que la faculté de réméré porte sur la « volonté de contracter ».

conditionnel¹ puisque le caractère accessoire des conditions modalités interdit que celle-ci puissent porter sur une condition de formation du contrat, telle que le consentement.

Pourrait-il, alors, s'agir d'un pouvoir contractuel ? Il convient d'observer, d'une part, que la faculté de réméré permet à son bénéficiaire d'anéantir les effets d'un contrat de vente. Cette analyse des effets du réméré fait alors référence à l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. D'autre part, il doit être mis en avant que le bénéficiaire de la faculté de réméré doit s'en prévaloir. Cela signifie que la modification du contrat résulte de la manifestation unilatérale de volonté d'une partie². Ce deuxième élément correspond, alors, à l'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels. La réunion de ces deux éléments fait donc du réméré un pouvoir contractuel puisque celui-ci permet à son titulaire d'imposer à son cocontractant, par le biais d'une manifestation de volonté, une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

2. *Le pouvoir de rétractation issu d'une clause de dédit.*

54. **Présentation.-** La clause de dédit est la stipulation contractuelle par laquelle une partie se voit attribuer la jouissance du droit de se « dédire », c'est-à-dire du droit de se délier unilatéralement de son engagement³, et cela, avant tout commencement d'exécution⁴. L'exercice de ce droit s'accompagne, généralement, mais non nécessairement⁵, du versement d'une indemnité, également dénommée le « dédit ». Lorsque le droit de se dédire est attribué de manière réciproque, dans un contrat de vente, aux deux parties il est fait référence à des « arrhes »⁶.

La faculté de dédit ne doit pas être confondue avec deux autres types de stipulations. D'une part, elle ne doit pas être confondue avec l'indemnité d'immobilisation versée par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat. En effet, la faculté de dédit, en ce qu'elle permet à une partie de se délier de ses engagements, suppose donc l'existence d'un contrat formé. Or, tel n'est pas le cas du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat qui, justement, se réserve la possibilité de se lier et n'est donc pas encore lié par le contrat⁷. D'autre

¹ À propos de la tendance doctrinale et jurisprudentielle à analyser le phénomène de pouvoir contractuel en termes de conditions potestatives, v. : *infra*, n° 201 et s., p. 227 et s.

² Si les textes du Code civil parlent d'exercer une « action en rachat », ils ne renvoient pas à la nécessité d'une action en justice. L'exercice du réméré nécessitant seulement une manifestation de volonté. (v. en ce sens : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente, op. cit.*, n° 578, p. 643).

³ Y. DAGORNE-LABBÉ, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, th. Paris II, 1984 ; L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et s. ; Ph. DELEBECQUE, *L'anéantissement unilatéral du contrat*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 61 et s., spéc. n° 18, p. 68 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 481, p. 497 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 110 et s., p. 82 et s.

⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, et *loc. cit.*

⁵ Sur l'absence de nécessité d'une contrepartie financière accompagnant l'exercice de la faculté de dédit v. : L. BOYER, *La clause de dédit*, art. préc., spéc. p. 46 ; *Adde*, la jurisprudence en ce sens : Cass. com. 30 octobre 2000, n° 98-11224, somm. com., p. 3241, obs. D. MAZEAUD ; CCC 2001, comm. n° 21, note L. LEVENEUR.

⁶ v. : l'art. 1590 du C. civ. *Adde*, l'art. L. 131-1-I° du C. consom. pose une présomption simple selon laquelle, dans les contrats de vente d'un bien meuble ou de fourniture de service conclus entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées à l'avance sont des arrhes.

⁷ v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 481, spéc. p. 498 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, *loc. cit.*, qui précise également

part, la clause de dédit ne doit pas être confondue avec la clause pénale, dans la mesure où ces deux mécanismes n'ont pas la même fonction. Là où la clause pénale joue le rôle d'une sanction de l'inexécution des obligations d'une partie en prévoyant une évaluation forfaitaire du montant des dommages-intérêts, la clause de dédit, quant à elle, n'est pas une sanction, car elle représente le « prix de la liberté »¹ d'une partie. Ainsi, dans la mesure où ces deux stipulations n'ont pas la même nature, elles ne répondent pas au même régime : si le montant de la clause pénale peut être modulé par le juge, tel n'est pas le cas du montant du dédit².

55. Qualification.- Dans la mesure où la clause de dédit permet à la partie qui en est bénéficiaire d'imposer, par le biais d'une manifestation unilatérale de volonté, un anéantissement des effets du contrat, le droit issu de cette clause remplit les critères matériel et volontaire de la définition des pouvoirs contractuels.

Cependant, il convient d'ajouter que les auteurs retiennent généralement que ce droit s'accompagne d'une charge, constituée par le paiement du dédit³. Si la qualification de pouvoir contractuel peut être retenue, que signifie alors l'idée de charge assortissant le pouvoir de se dédire ? S'agit-il d'une manifestation du mécanisme des conditions ? Le paiement d'une somme d'argent serait-il alors érigé en événement conditionnel de type suspensif ? Une telle analyse par le biais du mécanisme des conditions-modalités ne semble pas opportune dans la mesure où ledit mécanisme affecte l'existence – la jouissance – d'un droit ou d'une obligation. Or, il convient de souligner que les auteurs relient généralement le paiement du dédit, dans le cadre d'une clause de dédit stipulée à titre onéreux, non pas à sa jouissance, mais à son

que la faculté de dédit ne doit pas être confondue avec « l'acompte », qui est une fraction du prix payée à l'avance mais qui ne permet pas à une partie de se délier de ses engagements. *Adde*, d'une part, la jurisprudence assimilant l'indemnité d'immobilisation au prix accompagnant l'exercice de la faculté de dédit (précisons, cependant, que dans lesdits arrêts, les stipulations contractuelles dénommaient la somme « dédit », ce qui a influé sur le raisonnement de la Cour) : Cass. com. 11 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 154, p. 138 ; Cass. com. 9 juin 1970, *Bull. civ. IV*, n° 195, p. 171 ; d'autre part, la jurisprudence retenant que la somme versée doit être analysée comme une indemnité d'immobilisation : Cass. com. 8 novembre 1972, *Bull. civ. IV*, n° 280, p. 264, JCP G. 1973, II, n° 17565 ; C.A. Paris, 9 novembre 1981, D. 1982, p. 171, note J.-L. AUBERT. *Comp. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, Droit des obligations, op. cit.*, n° 238, p. 185, qui parlent de faculté de dédit dans le cadre des promesses de vente. ¹ v. en ce sens not. : Cass. com. 2 avril 1996, n° 94-13433, D. 1996, somm. 329, obs. D. MAZEAUD, où la Cour retient : « la clause figurant [...] dont l'objet était de permettre aux parties *de se libérer unilatéralement de leurs engagements* ne s'analysait pas en une clause pénale mais en une faculté de dédit [...] » (Nous soulignons) ; Cass. com. 14 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 255, p. 223, D. 1999, p. 103, note WILLMANN « *Le non-dit du dédit* » ; Defrénois 1998, p. 328, obs. D. MAZEAUD ; *Ibid.*, p. 538, note DAGORNE-LABBÉ ; Gaz. Pal. 1998, 2, p. 701, note M. TAILLENS-DESSALE ; où la Cour énonce : « la clause litigieuse ne s'analysait pas en une clause pénale, ayant pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation mais en une faculté de dédit permettant aux sociétés [...] de *se soustraire* à cette exécution » (Nous soulignons) ; B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 97, p. 91.

² v. not. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, *Bull. civ. III*, n° 19, p. 12, D. 1991, p. 481, note G. PAISANT ; RDI 1991, p. 489, obs. J.-C. GROSLIÈRE et C. SAINT-ALARY-HOUIN, où la Cour retient : « la clause litigieuse ne sanctionnant pas une inexécution imputable au maître de l'ouvrage, mais autorisant ce dernier à dénoncer le contrat de construction, moyennant paiement d'une indemnité, en plus des sommes correspondant à l'échelonnement du paiement stipulées acquises au constructeur, ne s'analysait pas en une clause pénale, mais en une *faculté de dédit, excluant le pouvoir du juge de diminuer ou de supprimer l'indemnité convenue* » (Nous soulignons) ; Cass. com. 3 juin 2003, n° 00-12580, RDC 2004, n° 4, p. 930, obs. D. MAZEAUD, où la Cour retient : « que cette indemnité n'avait pas le caractère d'une clause pénale susceptible d'être modifiée par le juge » ; *Adde*, sur la distinction de la clause de dédit et de la clause pénale : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992, n° 637 et s.

³ v. par ex. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 255.

exercice¹. Il sera, ainsi, observé plus loin² que le paiement d'une somme qui assortit l'exercice d'un pouvoir contractuel constitue une manifestation du processus d'objectivation des conditions d'exercice d'un droit qui se rattache au mécanisme de finalisation.

3. *Les pouvoirs de rétractation issus du droit de la consommation.*

56. **Présentation.-** Conscient de l'existence de certains objets qui déclenchent chez le consommateur une pulsion, un besoin irrépressible et immédiat de satisfaction, le législateur est intervenu afin de préserver les consommateurs des opérations irréfléchies qu'ils pourraient, à terme, regretter. Afin de mettre à l'abri le consommateur de ses pulsions, le législateur s'est basé sur l'idée selon laquelle le temps permettra à la raison de libérer nos faibles esprits de leurs démons intérieurs : ont alors été créés des délais de réflexion, soit antérieurement à la conclusion du contrat³, soit postérieurement à sa conclusion. Dans la première hypothèse le consentement est « différé », alors que dans la seconde, celui-ci est « précaire »⁴. Aussi, les droits de repentir font ils partie de cette dernière catégorie en ce qu'ils permettent à la volonté, attrapée par surprise⁵, de revenir, pendant un certain délai, sur le consentement donné au contrat.

Ainsi, les lois consuméristes ont-elles notamment créé des droits de rétractation en matière de contrats conclus à distance, lors d'un démarchage téléphonique, ou hors établissements⁶, mais aussi, en matière de contrats portant sur des services financiers⁷, ou encore, dans le cadre des contrats de crédit à la consommation⁸. Aussi, ces droits de rétractation, décrits comme des « droits de classe »⁹, voient-ils leur qualification discutée.

57. **Qualification.-** De nombreuses théories ont été proposées pour décrire le mécanisme ces droits de rétractation. Certains auteurs ont eu recours à la théorie de la formation successive

¹ v. not. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 481, p. 497, qui retiennent que : la faculté de dédit « est fréquemment subordonnée au paiement d'une indemnité par celui qui en use ». (Nous soulignons). Les auteurs relient donc exercice de la faculté de dédit et paiement de l'indemnité. Adde, L. BOYER, *La clause de dédit*, art. préc., n° 22 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op.cit.*, n° 254, spéc. p. 155, qui retient que la faculté de dédit est un droit potestatif « caractérisé par la contrepartie à verser lors de son *exercice* ». (Nous soulignons).

² v. : *infra*, n° 312, p. 339 et s.

³ v. par ex. : l'art. L. 312-10 al. 2 du C. consom. prévoit, en matière de crédit immobilier, un délai de dix jours de réflexion pendant lequel l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre..

⁴ Sur cette distinction v. : B. PETIT, « *La formation successive du contrat de crédit* », in *Le droit du crédit au consommateur*, sous la dir. I. FADLALLAH, Litec, 1982, p. 93 et s. Adde, J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, 1^{ère} éd., coll. Thémis, p. 356, qui parle de « délai de réflexion *a posteriori* ».

⁵ v. pour cette expression : M.-A. FRISON-ROCHE, « *Unilatéralité et consentement* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 16, p. 26, l'auteure ajoute que : « la volonté ne reprend pas quelque chose, elle se reprend elle-même, dans le sens qu'elle se ressaisit ». De plus, l'auteure propose de voir ici un « vice de séduction » qui serait un vice du consentement sanctionné en droit de la consommation. Ce nouveau vice du consentement serait apparenté à une forme de violence (psychologique).

⁶ L'art. L. 221-18 du C. consom., prévoit un délai de rétractation de quatorze jours, contre sept antérieurement.

⁷ L'art. L. 222-7 du C. consom. prévoit un délai de rétractation de quatorze jours.

⁸ L'art. L. 312-19 du C. consom. prévoit un délai de rétractation de quatorze jours.

⁹ Sur cette idée de « droit de classe » en raison de son attribution à une catégorie particulière de contractants : les consommateurs, et résultant d'une défiance à l'égard du professionnel, v. : S. DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, Préf. G. GOUBEAUX, PUAM, 2001, n° 52.

du contrat. Justifiée par un attachement viscéral au principe de force obligatoire, cette théorie préfère rejeter l'idée de la formation instantanée du contrat et étendre la période de formation du contrat, plutôt que de considérer que le droit de repentir trouve sa place dans la période d'exécution et permette ainsi à une partie d'anéantir un contrat définitivement formé¹. Cette théorie ne saurait cependant être retenue dans la mesure où elle ne semble pas conforme au droit positif qui retient que le contrat est formé dès l'échange des consentements².

Dans la mesure où l'on se trouve en présence d'un contrat déjà formé, une analyse novatrice a alors été proposée consistant à dissocier la « perfection » de « l'efficacité » du contrat³. Cette analyse trouve son fondement dans l'idée selon laquelle l'existence d'un contrat valablement formé ne conduit pas toujours à une production automatique de ses effets : ainsi appliquée au droit de rétractation, le contrat serait parfait dès la rencontre des volontés, cependant la loi suspendrait l'efficacité de l'obligation du consommateur en interdisant son exécution jusqu'à l'expiration du délai de réflexion. Si le délai expire sans que le consommateur exerce son droit de rétractation, l'obligation dont il est débiteur devient pleinement efficace, alors que dans l'hypothèse inverse, le contrat ne serait pas frappé de nullité mais de caducité en raison de la disparition d'un élément de formation – le consentement du consommateur – en cours d'exécution. Bien que séduisante, cette analyse ne fournit aucune explication à propos du procédé technique permettant au consommateur de provoquer l'anéantissement rétroactif des effets du contrat.

Afin de se conformer à l'effet rétroactif de la disparition du contrat, certains furent alors tentés de recourir au mécanisme des conditions⁴ à une époque où celles-ci produisaient exclusivement leurs effets de manière rétroactive. Cependant, les analyses du droit de rétractation en termes conditionnels ne sauraient perdurer, et cela, dans la mesure où le caractère accessoire des conditions qui interdit qu'une condition de formation du contrat, ici le consentement, soit érigé en événement conditionnel⁵.

Pourrait-on alors qualifier les droits de rétractation issus du droit de la consommation de pouvoirs contractuels ? Les droits de rétractation permettent au consommateur de revenir sur

¹ Sur la théorie de la formation successive du contrat v. : J. CALAIS-AULOY, « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur* », D. 1972. Chron. p. 266 ; G. CORNU, « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* », in *Travaux Assoc. H. CAPITANT, Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke, La protection des consommateurs*, t. XXIV, 1973, D. 1975, p. 135 et s. ; J. M. MOUSSERON, « *La durée dans la formation des contrats* », in *Mélanges A. JAUFFRET, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*, 1974, p. 509 et s., spéc. p. 522 ; P. GODÉ, obs. RTD civ. 1978, p. 438 ; G. ROUHETTE, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Mélanges R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s. ; R. BAILLOD, « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 227 ; J. CALAIS-AULOY, et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1996, 4^{ème} éd., coll. Précis, n° 102, p. 96.

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 178, p. 121, RTD com. 1993, p. 351, note B. BOULOC, où la Cour retient que le contrat est formé dès la commande, c'est-à-dire dès l'échange des consentements.

³ Pour cette analyse v. : V. CHRISTIANOS, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », D. 1993, chron. p. 28 et s. ; *Adde*, du même auteur : *L'obligation d'informer dans la vente de produits mobiliers*, Bruxelles, éd. Story-Scientia, 1987, coll. Droit et Consommation, p. 225-226.

⁴ v. pour une analyse en terme de contrats conditionnels : D. MARTIN, « *La défense du consommateur à crédit* », RTD. com, 1977, p. 619, n° 43.

⁵ v. sur ce point : G. CORNU, « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* », art. préc., n° 21, p. 144 ; A. FRANÇON, « *Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français* », in *Travaux Assoc. H. CAPITANT, Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke, La protection des consommateurs*, t. XXIV, 1973, D. 1975, p. 125.

son consentement afin de provoquer l'anéantissement des effets contrat. Il est donc possible d'observer une modification des effets du contrat, ce qui permet de caractériser l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. De plus, la modification des effets du contrat résulte d'une manifestation unilatérale de volonté du consommateur, ce qui correspond à l'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels. Les droits de rétractation en droit de la consommation sont donc bel et bien des pouvoirs contractuels.

D. Les pouvoirs de définition du contenu du contrat.

58. **Diversité.**- La détermination du contenu du contrat constitue un enjeu de pouvoir pour les parties, et ce, dans la mesure où il s'agit pour elles de définir l'équilibre économique de la convention. Aussi, est-ce pourquoi l'une des parties peut se voir conférer, par la loi ou la convention, le pouvoir d'imposer à son cocontractant les termes de l'échange, c'est-à-dire le pouvoir de définir seule l'objet de son obligation ou de celle de son cocontractant. Toutefois, recenser les manifestations du phénomène de pouvoir de définition du contenu du contrat n'est pas chose aisée, tant la pratique a développé nombre de clauses en ce sens. S'il conviendra évidemment d'évoquer leur manifestation phare, à savoir, le pouvoir de détermination unilatérale du prix (1), qui bénéficie aujourd'hui d'une consécration légale, il conviendra également de citer, sans prétendre à l'exhaustivité, quelques autres pouvoirs de définition du contenu du contrat (2).

1. Le pouvoir de détermination unilatérale du prix.

59. **Évolution jurisprudentielle.**- L'exigence de déterminabilité de la quotité de l'objet de l'obligation posée par l'ancien l'article 1129 alinéa 2 du Code civil constituait un rempart contre l'incertitude quantitative d'un engagement. En effet, d'une part, celle-ci imposait que les modalités de détermination ultérieure soient initialement convenues dans le contrat, sous peine de nullité¹, et d'autre part, celle-ci excluait que les modalités de détermination de la quotité soient unilatérales.

Toutefois, il était apparu que l'exigence de déterminabilité de la quotité de l'objet de l'obligation devenait de plus en plus incompatible avec les nécessités pratiques du commerce moderne. Suite à une parenthèse libérale², la Cour de cassation adopta une approche plus conservatrice dans laquelle elle traqua les clauses de tarif, et a, à ce titre, prononça la nullité des contrats-cadre sur le fondement de l'article 1591 du Code civil, aux motifs que le prix n'était

¹ v. sur cette exigence : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 1, spéc. p. 32. Il convient d'ajouter que cette exigence traduit la fonction d'instrument de prévision assignée au contrat.

² Dans cette parenthèse libérale, qui fut close au début des années soixante-dix, la jurisprudence appréciait avec souplesse l'exigence d'un prix déterminable en validant les clauses faisant référence au tarif du vendeur, dès lors que le prix était déterminé par référence à des éléments objectifs, c'est-à-dire ne dépendait pas de l'appréciation purement subjective d'une partie. v. en ce sens : Cass. req. 5 février 1934, Gaz. Pal. 1934, II, p. 231.

ni déterminé ni déterminable, dès lors qu'il n'était pas « établi que les éléments du tarif des distributeurs ne dépendaient pas de la volonté de ceux-ci »¹.

Très critiquée notamment en raison de ce que l'article 1591 du Code civil ne s'applique qu'aux contrats de vente et non aux contrats-cadre dont l'objet consiste simplement en l'organisation d'un courant d'affaires entre deux parties, la première chambre civile est venue mettre fin à cette période en validant dans son fameux arrêt « *Alcatel* », aux vises des anciens articles 1129 et 1134 alinéa 3 du Code civil, les clauses de tarif fournisseur.

Tout l'intérêt de cet arrêt reposait sur la réalisation d'un compromis, ou plutôt, d'une alliance entre une interprétation traditionnelle et une interprétation plus moderne de l'exigence de déterminabilité de la quotité de la chose posée par l'ancien article 1129 alinéa 2 du Code civil. La solution apparaissait classique en ce que l'exigence de déterminabilité, qui se traduit par la nécessité de prévoir initialement dans le contrat les modalités de détermination ultérieures de la quotité de la chose, demeurait toujours une condition de validité du contrat. Ainsi, cette exigence était-elle satisfaite par la référence à une clause de tarif prévoyant, lors de la conclusion du contrat, les modalités de détermination ultérieures de la quotité de la chose objet de la prestation. Toutefois, cet arrêt s'engageait dans une perspective résolument moderne dans la mesure où il tordait le cou à l'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1129 alinéa 2 du Code civil qui excluait que les modalités de détermination ultérieures soient unilatérales en raison de l'atteinte portée au principe du consensualisme. Par conséquent, si cet arrêt admettait que le fournisseur puisse jouir du pouvoir de déterminer la quotité de la chose particulière qu'est le prix, c'est à la condition que soit stipulée une clause précisant expressément les modalités de détermination ultérieures du prix. Peu importe que celles-ci soient unilatérales. Le prix du contrat était alors considéré comme déterminable, quoiqu'il fut fixé par référence au tarif fixé unilatéralement par le fournisseur. La limite au pouvoir de fixer seul le prix résidant dans l'abus².

La Haute juridiction avait franchi un pas de plus vers la modernité lorsqu'elle rendit quatre célèbres arrêts en Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995. Dans ces arrêts, la Cour de cassation procéda à ce que la doctrine désigne comme une « neutralisation » de l'article 1129 du Code civil en matière de détermination du prix.

En premier lieu, la Cour de cassation, en reconnaissant la validité de contrats-cadre qui ne faisaient aucune référence à une clause de tarif, a mis fin à l'exigence de prévision initiale

¹ v. en ce sens, à propos de contrats d'approvisionnement exclusif conclus entre compagnies pétrolières et pompiste de marque : Cass. com. 27 avril 1971, *Bull. civ.* IV, n° 107, p. 99 ; Cass. com. 5 novembre 1971, *Bull. civ.* IV, n° 263, p. 245 ; D. 1972, p. 353, note J. GHESTIN ; JCP G. 1972, II, n° 16975, note J. BORÉ. Cette jurisprudence a été étendue aux contrats de franchise, d'affiliation, de prêt. *Adde*, pour un exemple de contrat d'approvisionnement exclusif conclu entre un brasseur et un débitant, v. : Cass. com. 12 février 1974, *Bull. civ.* IV, n° 54, p. 43 ; JCP G. 1975, II, n° 17915, note J. BORÉ.

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 251 ; D. 1995, p. 122, note L. AYNÈS ; JCP G. 1995, II, n° 22371, note J. GHESTIN ; CCC février 1995, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. MESTRE, où la Cour énonce : « la convention litigieuse faisait référence à un tarif, de sorte que le prix en était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que la société GST-Alcatel eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ».

des modalités de détermination ultérieures de la quotité du prix¹. Ainsi, il ressortait des deux premiers arrêts que le domaine de la « désactivation » de l'article 1129 du Code civil s'étendait aux contrats-cadre où il n'apparaissait plus nécessaire de fixer, *ab initio* et sous peine de nullité, les modalités de détermination ultérieures du prix des contrats d'application. Il était toutefois précisé que l'abus dans la fixation du prix serait sanctionné par la résiliation du contrat-cadre ou l'indemnisation de la victime. Le contrôle de l'abus dénotait ainsi la consécration du pouvoir de fixation unilatérale du prix puisque celui-ci n'est concevable qu'en présence d'une décision unilatérale².

En second lieu³, la Cour de cassation a énoncé expressément que : « l'article 1129 du Code civil n'[est] pas applicable à la détermination du prix ». Il en résultait cependant une incertitude quant à la portée de cette affirmation, dans la mesure où elle ne figurait pas dans un attendu de principe, et que l'arrêt concernait un contrat à exécution successive – un contrat de bail –. Devait-elle y demeurer cantonnée ou devait-on retenir une interprétation large dépassant le cadre de ce seul contrat ? Certains auteurs ont ainsi relevé que la précision, dans les deux premiers arrêts, « sauf dispositions légales particulières », combinée à la formule englobante du troisième arrêt, devait conduire à une neutralisation de l'article 1129 du Code civil en matière de prix dépassant le cadre de ces seuls contrats-cadre ou de bail⁴. Une telle interprétation a été confirmée par la jurisprudence postérieure qui a admis la fixation unilatérale du taux d'intérêt d'un compte courant par une banque⁵, d'une indemnité de résiliation anticipée⁶ et d'une indemnité de remboursement anticipé⁷. Afin de briser définitivement la résistance des juges du fond, la Cour de cassation a énoncé expressément que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière »⁸.

Enfin, et en dernier lieu, dans le quatrième arrêt⁹, la Haute juridiction avait confirmé l'arrêt rendu par la première chambre civile en 1994 en validant, dans un contrat de franchise, la clause de tarif fournisseur.

Il est généralement déduit de cette évolution jurisprudentielle que, sauf exception¹⁰, la détermination *a priori* du prix ou de ses modalités de détermination ultérieures n'est plus, par

¹ v. en ce sens deux arrêts concernant des contrats de location-entretien : Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, « *Soc. Cofratel c. Soc. Bechtel France* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13 ; et « *Soc. Compagnie Atlantique de téléphone c. Soc. Sumaco* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13.

² v. en ce sens : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 7, p. 36-37.

³ v. : Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, « *Soc. Le Montparnasse c. Soc. Alcatel* », *Bull. civ. A.P.* n° 9, p. 16.

⁴ v. en ce sens : D. BUREAU et N. MOLFESSIS, LPA, 27 décembre 1995, n° 21, p. 17 où les auteurs énoncent : « la leçon de cet ensemble peut être énoncée de la manière suivante : sauf dispositions légales particulières, l'indétermination du prix lors de la formation du contrat n'en affecte pas la validité ». et ajoutent au n° 22 : « La solution nouvelle traduit donc un changement radical de perspective, exprimé par un renversement du principe et de l'exception [...] ».

⁵ v. : Cass. com. 9 juillet 1996, *Bull. civ. IV*, n° 205, p. 176 ; JCP G. 1996, II, n° 22721, note STOUFFLET ; CCC 1996, n° 182, 2^{ème} arrêt, note L. LEVENEUR.

⁶ v. : Cass. com. 17 juillet 2001, n° 99-13553 ; Defrénois 2001, p. 1425, obs. E. SAVAUX.

⁷ v. : Cass. civ. 12 mai 2004, n° 03-13847 ; RDC 2004, p. 925, obs. D. MAZEAUD.

⁸ v. : Cass. civ. 12 mai 2004, préc.

⁹ v. : Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, « *VASSALI c. GAGNAIRE* », *Bull. civ. A.P.* n° 8, p. 15.

¹⁰ La détermination initiale du prix continue d'être une condition de validité du contrat dans le contrat de travail, les baux, les contrats d'assurance, les contrats d'accession à la propriété immobilière, les conventions conclues avec un agent d'affaire pour la vente ou la location d'un immeuble, la convention d'achat d'espace publicitaire, et le contrat de vente de l'article 1591 du C. civ.

principe, une condition de validité du contrat. Cette jurisprudence reconnaît l'existence du pouvoir de détermination unilatérale du prix en l'absence de stipulation expresse en ce sens, d'une part, dans les contrats de vente pris en application d'un contrat-cadre – franchise, location entretien –, mais aussi, d'autre part, dans tous les contrats ne relevant pas d'un dispositif dérogatoire de type conventionnel ou légal, tels que les contrats de mandat ou les contrats d'entreprise.

60. Une consécration légale relative.- L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a donné une expression légale au pouvoir de détermination unilatérale du prix. Toutefois, cette réforme peut faire naître une interrogation en ce qui concerne la portée effective de la reconnaissance dudit pouvoir.

Si le nouvel article 1165 du Code civil attribue expressément au créancier du prix, dans les contrats de service, le pouvoir de fixer unilatéralement du prix¹, ce qui apparaît comme une consécration de la jurisprudence antérieure dans le domaine des contrats d'entreprise, la solution consacrée à propos des contrats-cadre apparaît en recul par rapport aux évolutions de la jurisprudence. En effet, la formulation du nouvel article 1164 du Code civil qui dispose expressément que « dans les contrats-cadre, *il peut être convenu que* le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties », ne semble reconnaître l'existence d'un tel pouvoir qu'en présence d'une clause qui en conférerait expressément la jouissance à l'une ou l'autre des parties. Les rédacteurs de la réforme auraient-ils ainsi voulu rayer d'un trait de plume les deux premiers arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995², dont l'apport essentiel était de reconnaître l'existence d'un pouvoir de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre, et cela, même en l'absence de toute stipulation conventionnelle en ce sens ? L'affirmative semble être de mise³. Aujourd'hui, l'exigence de déterminabilité de la prestation imposée au titre des conditions de validité du contrat par le nouvel article 1163 al. 2 du Code civil, n'apparaît remplie, en matière de contrats-cadre, que dans la mesure où est expressément stipulée une clause de fixation unilatérale du prix. Exiger ainsi que les modalités de détermination ultérieures du prix soient initialement prévues lors de la conclusion du contrat, via la stipulation d'une clause attributive de pouvoir, consacre, semble-t-il, un retour à la jurisprudence « *Alcatel* » de 1994.

Aussi, il convient d'observer que le domaine du pouvoir de fixation unilatérale du prix paraît, dans son ensemble, ressortir réduit de la réforme du droit des contrats⁴. En effet, l'évolution jurisprudentielle qui avait procédé au désarmement de l'ancien article 1129 du Code

¹ Le nouvel article 1165 du Code civil n'opère pas de distinction au sein des contrats de service. Ainsi, dispose-t-il expressément que : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ».

² Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995, « *Soc. Cofratel c. Soc. Bechtel France* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13 ; et « *Soc. Compagnie Atlantique de téléphone c. Soc. Sumaco* », *Bull. civ. A.P.* n° 7, p. 13.

³ Et cela, même si le rapport au Président de la République se défend en faisant référence à la jurisprudence issue des Arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995.

⁴ Au sujet du domaine conféré au pouvoir de détermination unilatérale du prix après la réforme du droit des contrats, v. not. : Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », art. préc., n° 10, p. 896.

civil et admis l'existence d'un pouvoir unilatéral de fixation du prix « en toute matière », c'est à dire dans tous les contrats ne relevant pas d'un dispositif dérogatoire de type conventionnel ou légal, et cela, même en l'absence d'une stipulation expresse en ce sens, n'a pas été légalement consacrée.

Désormais, le pouvoir de fixation unilatérale du prix n'est reconnu, à défaut de stipulation expresse, que dans les contrats d'entreprise et une clause contractuelle expresse est aujourd'hui exigée en matière de contrats-cadre. Quoiqu'il en soit, le pouvoir de fixation unilatérale du prix sert à promouvoir une situation de domination de la partie fixant unilatéralement le prix sur son cocontractant. À ce titre il est alors possible de se demander si ce pouvoir mérite bel et bien la qualification de pouvoir contractuel et quelle partie peut s'en voir confier la titularité.

61. Titularité et qualification.- La consécration du pouvoir de détermination unilatérale du prix permet à une partie de définir seule le montant de la contreprestation dans un contrat-commutation¹.

Il convient de préciser, au préalable, qu'il est bien essentiel que seulement l'une des parties soit investie du pouvoir de détermination du prix sous peine de nier toute forme d'unilatéralisme et de consacrer un mode de détermination consensuel du prix. Pourtant, une incertitude relative à l'identité de la personne qui fixe seule le prix est présente dans les arrêts d'Assemblée plénière. Si, dans l'un des arrêts d'Assemblée plénière², la Cour a été confrontée à un pouvoir de détermination confié à un créancier, elle n'a cependant pas pris expressément position sur la question de savoir qui du créancier ou du débiteur doit-être investi du pouvoir de fixation du prix à défaut de stipulation contractuelle en ce sens. Pour certains auteurs³, la logique du système tend à désigner le créancier du prix⁴. Pour autant, le débiteur du prix doit-il être totalement privé de ce pouvoir ? Une réponse négative doit pouvoir être formulée à propos des contrats-cadre. L'alinéa premier du nouvel article 1164 du Code civil fait, en effet, référence à un pouvoir manié « par l'une des parties », ce qui n'exclut pas le débiteur du prix. Dans les contrats d'entreprise, le nouvel article 1165 du Code civil prend cependant une position différente puisqu'il dispose expressément, qu'en l'absence d'accord des parties avant l'exécution du contrat, le prix pourra être fixé par le créancier.

Si le créancier comme le débiteur peuvent, dans certains cas, être titulaires du pouvoir de fixation du prix, il convient de souligner que l'objet dudit pouvoir consiste dans la fixation du montant de la contreprestation. Ainsi, ce pouvoir permet de préciser l'aspect quantitatif de

¹ Ce contrat-commutation prendra souvent, mais pas exclusivement, la forme d'un contrat de vente conclu en exécution d'une convention cadre.

² v. : Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, « VASSALI c. GAGNAIRE », *Bull. civ.* A.P. n° 8, p. 15, où il s'agissait du pouvoir, confié au franchiseur, de fixer unilatéralement le tarif des marchandises destinées à approvisionner le franchisé.

³ v. not. : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 14, p. 41.

⁴ Cette solution peut également prendre appui sur le droit comparé, et notamment le § 316 du B.G.B : « lorsque l'étendue de la contreprestation promise en échange d'une prestation n'est pas déterminée, la détermination appartient, dans le doute, à celle des parties qui a le droit de réclamer la contreprestation ». (Nous soulignons). (Pour la traduction de ce texte, v. : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, *op. cit.*, p. 243).

l'objet de l'obligation. La chose ayant ici la nature d'un bien fongible, à savoir, l'argent. En ce qu'il permet à l'une des parties d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat, à savoir ici, une précision de l'objet de son obligation, le pouvoir de détermination unilatérale du prix peut bel et bien être qualifié de pouvoir contractuel.

2. Les autres pouvoirs de définition du contenu du contrat.

62. Illustrations non exhaustives.- En vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent stipuler dans leur contrat des clauses qui permettent à l'une d'entre elles de définir ou de redéfinir seule la qualité de la contreprestation au cours de l'exécution. Si la diversité de ces clauses ne permettra pas, ici, de toutes les mentionner, il s'agira, néanmoins, d'en donner quelques illustrations.

Certaines clauses peuvent, par exemple, venir conférer à l'une des parties le pouvoir de définir unilatéralement la qualité de la prestation qu'elle s'engage à fournir ou qui doit lui être fournie¹. En guise d'illustration, il est possible de faire allusion à l'arrêt qui a reconnu la validité d'un contrat de location de vidéogrammes qui conférait au bailleur la possibilité de définir unilatéralement la qualité des films, c'est-à-dire leur titre, au stade de l'exécution².

De manière proche, il est possible de faire allusion aux clauses stipulées dans des contrats-cadre prévoyant des ventes successives qui stipulent que le contrat « porte sur les produits existant au moment de la conclusion du contrat et, plus généralement, sur la collection à venir du fabricant »³. Le vendeur disposant avec cette clause du pouvoir de déterminer unilatéralement la qualité de la chose à livrer grâce à la possibilité qui lui est offerte de modifier sa collection.

63. Bilan de la section I.- Le recensement ici entrepris a permis de mettre en évidence la présence de pouvoirs contractuels dans le cadre de contrats-commutation. En outre, il a permis de montrer que les pouvoirs contractuels peuvent remplir différentes fonctions au sein du contrat-commutation.

Certains pouvoirs contractuels peuvent, ainsi, avoir pour fonction de venir sanctionner l'inexécution commise du cocontractant. Tel est le cas, notamment, du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, du pouvoir de suspendre l'exécution de sa propre prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution, ou encore, du pouvoir de se remplacer auprès d'un tiers. D'autres, comme les pouvoirs de résiliation et de prorogation du terme, permettent à leurs titulaires d'influer sur la

¹ Comp. : L'article 6 : 105 des PDEC prévoit : « Lorsque le prix *ou tout autre élément du contrat* doit être déterminé unilatéralement par l'une des parties [...] », ce qui signifie que la détermination unilatérale de l'objet ne se limite pas au prix. (Nous soulignons). L'art. II - 9 : 105 du DCFR retient la même formulation : « Where the price *or any other contractual term* is to be determined by one party [...] ». (Nous soulignons).

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 214, p. 152 ; D. 1996, somm. p. 113, obs. L. AYNÈS. Dans cet arrêt, il est possible de constater que la validité du contrat a été admise en raison de l'existence d'une possibilité d'échange gratuit au profit du preneur. Cette clause venant tempérer l'unilatéralisme du bailleur dans la détermination des titres. Pour une analyse de ces clauses de détermination unilatérale de la qualité de la prestation, v. également : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 338, spéc. p. 163.

³ Cet exemple est emprunté à : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 434.

durée du contrat. D'autres encore, permettent à leurs titulaires d'anéantir le contrat en reprenant leur consentement. Tel est le cas des pouvoirs de rétractation issus du droit de la consommation ou des clauses de dédit et de réméré. Et enfin, certains pouvoirs contractuels permettent à leurs titulaires de définir, c'est-à-dire de préciser, le contenu du contrat en cours d'exécution. L'exemple le plus célèbre en étant le pouvoir de détermination unilatérale du prix.

Si le contrat-commutation apparaît, en cela, assez largement ouvert au phénomène de pouvoir contractuel, il ne s'agit toutefois pas du seul type de contrat susceptible d'accueillir un tel phénomène. La présence de pouvoirs contractuels peut, semble-t-il, également être mise en évidence dans le cadre des groupements de droits privé.

SECTION II : LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LES GROUPEMENTS DE DROIT PRIVÉ.

64. Position du problème.- L'affirmation selon laquelle le domaine matériel des pouvoirs contractuels s'étendrait au contrat qui sert de support aux groupements de droit privé repose sur un présupposé qui constitue une prise de position dans le débat concernant la nature de l'acte constitutif d'un groupement. Ce présupposé consiste en ce que l'acte constitutif d'un groupement disposerait d'une nature contractuelle¹. Cependant, un tel présupposé ne va pas de soi et ne saurait faire l'économie d'une démonstration tant le débat doctrinal sur la nature de l'acte constitutif d'un groupement sociétaire ou associatif partage les auteurs depuis plus d'un siècle. Autrement dit, il ne sera possible de procéder à un recensement des pouvoirs contractuels présents dans les groupements de droit privé (§ 2) qu'après avoir identifié le contrat présent dans le cadre des groupements de droit privé (§ 1).

§ 1 - L'IDENTIFICATION DU CONTRAT PRÉSENT DANS LES GROUPEMENTS DE DROIT PRIVÉ.

65. Débats doctrinaux.- Au cours du XIX^{ème} siècle, la doctrine analysait la société comme un contrat. Pour cela, elle prenait appui, d'une part, sur les textes du Code civil² et du Code de commerce de 1807³ qualifiant la société de contrat. Cette qualification étant également adoptée par la loi du 1^{er} juillet 1901 « relative au contrat d'association ». D'autre part, elle se référait à

¹ En effet, dans la mesure où il s'agit d'analyser les pouvoirs contractuels, il est indispensable d'identifier un socle contractuel susceptible de servir de support auxdits pouvoirs contractuels.

² La société prend place parmi les contrats spéciaux au titre IX du Livre III du Code civil. Bien qu'ayant été modifié par la loi du 11 juillet 1985, l'art. 1832 du C. civ. conserve dans son alinéa premier la référence à sa nature contractuelle. Cette référence n'étant plus exclusive puisque l'alinéa deux dispose que la société peut également résulter de l'acte de volonté d'une seule personne. Si les rédacteurs du Code civil ont fait référence en 1804 à la nature contractuelle de la société, c'est dans la mesure où ils se sont inspirés du traité de POTHIER sur les sociétés, R. J. POTHIER, *Œuvres de POTHIER*, t. V, nouvelle édition, Paris, SIFFREIN et CHANSON, 1821, p. 113, §2, où l'auteur qualifie le contrat de société de contrat de droit naturel (n° 4), de contrat consensuel (n° 5), et de contrat synallagmatique (n° 6). Le traité du contrat de société de POTHIER étant lui-même un résumé du Digeste de Justinien. Sur la filiation originelle du contrat de société, v. : P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société*, Thémis, 1997, 2^{ème} éd., p. 24.

³ L'art. 18 du Code de commerce de 1807 disposait ainsi : « le *contrat* de société se règle par le droit civil, par les règles particulières au commerce et par les conventions des parties ». (Nous soulignons).

l'exigence d'un accord de volontés nécessaire à la constitution du groupement. Toutefois, cette analyse purement contractuelle de l'acte constitutif d'un groupement fut contestée dès la fin du XIX^{ème} siècle. L'existence de certains traits originaux¹ propres aux groupements sociétaires et associatifs, tels que le développement d'une réglementation impérative des sociétés commerciales – et notamment des sociétés anonymes –, le principe majoritaire, la considération d'un intérêt social distinct de celui des membres, l'apparition d'une personne morale dotée d'un patrimoine et d'organes propres, et enfin l'apparition en 1985 des sociétés unipersonnelles, constituaient autant de « pierres lancées dans le jardin contractuel »² conduisant les auteurs à se départir de l'analyse contractuelle. Partant du constat selon lequel le contrat repose sur un antagonisme des intérêts alors que les groupements font apparaître un intérêt commun lié à la réalisation d'un projet commun, deux théories d'origine publiciste furent alors proposées pour tenter d'expliquer la nature des groupements de droit privé.

D'un côté, il s'agit de faire référence à la théorie de l'institution dont le chef de file est le doyen HAURIOU. Pour ses partisans, dans la mesure où la société poursuit un intérêt unique qui est distinct de celui des associés qu'elle transcende, et en raison de sa dimension organisationnelle, celle-ci présenterait la nature d'une institution.

De l'autre côté, on retrouve la théorie de l'acte collectif dont le chef de file est le doyen DUGUIT. Pour ses partisans, dans la mesure où la société poursuit un intérêt commun qui ne reflète rien de plus que l'intérêt individuel de chacun de ses membres, son acte constitutif présente la nature d'un acte unilatéral collectif.

Si l'analyse institutionnelle semble aujourd'hui en perte de vitesse, il semblerait que le débat sur la nature de l'acte constitutif se soit déplacé entre les tenants de l'analyse contractuelle³, et les tenants de la théorie de l'acte unilatéral collectif.

Aussi, il convient de souligner que le débat sur la nature de l'acte constitutif des groupements sociétaires et associatifs a été passablement complexifié en raison de ce qu'ils donnent naissance à une personne morale. L'idée s'est alors faite en doctrine que cette qualification de personne morale devait expliquer la totalité de leur nature et de leur régime, masquant et décourageant la recherche de leur nature réelle.

Les évolutions de l'analyse juridique ont cependant permis de mettre en lumière que les notions d'acte constitutif d'un groupement et de personne morale sont des notions distinctes, renvoyant à deux types de réalités, qui loin de s'exclure, peuvent être combinées⁴. En effet, il a pu être mis en évidence que la personnalité morale n'était qu'une notion commode, un

¹ Sur ces différents aspects peu compatibles avec l'analyse contractuelle, v. : M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 2010, 23^{ème} éd., n° 10, p. 4-5 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Brésiliennes*, tome LV, SLC, 2008, n° 5 et 6, p. 121 et s.

² Cette expression est empruntée à : Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 6, p. 122.

³ Pour des illustrations du regain de l'analyse contractuelle, v. not. : P. DIDIER, « *Brèves notes sur le contrat-organisation* », art. préc. p. 636 ; « *La théorie contractualiste de la société* », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 95 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 78, spéc., p. 96 ; S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 69 et s., p. 56 et s., où l'auteure qualifie le contrat de société de « contrat-concentration » ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 123 et s., p. 114 et s., où l'auteur regroupe sous la qualification de « contrat-partage », les groupements associatifs et sociétaires.

⁴ v. : M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 10, p. 5.

raccourci, permettant de condenser dans un concept unitaire des règles techniques particulières¹ dont l'objet est de décrire, non pas la nature, mais la structure² de l'acte constitutif d'un groupement. Par conséquent, une fois débarrassé de la théorie de la personnalité morale qui ne fait que masquer la structure de l'acte constitutif (A), il sera possible d'entreprendre l'étude de la nature de l'acte constitutif (B).

A. La structure de l'acte constitutif.

66. Structure interne et structure externe.- En raison de ce que les personnes morales sont appelées à produire leurs effets dans deux types de directions, THALLER proposa de distinguer la personnalité morale extérieure régissant les rapports de la personne morale avec les tiers³, et la personnalité morale intérieure, ou interne, régissant les rapports des associés entre eux⁴. Dans la mesure où il fut mis en évidence que la personnalité morale n'était qu'un concept destiné à rendre compte de manière unitaire d'un ensemble de dispositions techniques particulières, il a pu être démontré⁵ que la distinction de THALLER renvoyait à deux types de règles techniques bien connues. La personnalité dans l'ordre externe serait l'expression de l'opposabilité du groupement (1), alors que la personnalité dans l'ordre interne serait l'expression de l'effet relatif de l'ordre normatif collectif imposé aux associés (2).

1. La personnalité morale dans l'ordre externe : l'expression de l'opposabilité du groupement.

67. Distinction de l'existence et de l'opposabilité du groupement.- Il a pu être observé que la personnalité morale, en ce qu'elle résulte de l'immatriculation, qui est une mesure de publicité permettant au groupement, non pas d'exister, mais de « rayonner vers l'extérieur », c'est-à-dire de produire ses effets à l'égard des tiers, correspondait à une qualité structurelle

¹ v. : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, n° 13, p. 698, où l'auteur relève que, bien que brièvement formulée dans la thèse du Professeur OPPETIT (B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, th. Paris, 1963, p. 445 et 458-459), cette idée essentielle bouleverse la théorie de la personnalité morale. « Là où toutes les théories antérieures cherchaient à élaborer une notion déterminant par elle-même l'ensemble du régime de la personne morale, elle conduit à concevoir la personne morale comme un simple phénomène dont la compréhension suppose que toutes les solutions techniques qui s'y rattachent fassent l'objet d'une décomposition technique particulière ».

² Nous verrons que la personnalité morale correspond, dans l'ordre externe, à l'opposabilité de l'acte constitutif, et dans l'ordre interne, à la constitution d'un ordre normatif collectif imposé aux associés. Ces deux éléments : opposabilité et ordre normatif collectif, décrivent la structure (externe et interne) de l'acte constitutif d'un groupement sans pour autant nous renseigner sur sa nature.

³ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Rousseau et Cie, 1931, 8^{ème} éd. par J. PERCEROU, n° 315, p. 230 : « Nous avons expliqué que ce terme [la personnalité] recouvrait la vertu dont dispose le contrat social de se propager à l'extérieur et de faire la loi des tiers eux-mêmes »

⁴ *Ibid.*, loc. cit. : « La thèse de la personnalité a assez d'ampleur pour embrasser mêmes les relations des associés entre eux. On peut à cet égard parler de la *personnalité morale intérieure* de la société ». (L'auteur souligne).

⁵ v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 236, p. 227 ; « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 21, p. 703 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 12, p. 126.

particulière du groupement : son opposabilité¹. De là, il en résulte que la personnalité morale, c'est-à-dire l'opposabilité de l'acte constitutif, n'est qu'un élément adventice de la structure des groupements qui n'interfère pas dans la nature de l'acte constitutif du groupement² mais lui confère son autonomie.

2. La personnalité morale dans l'ordre interne : l'expression de l'ordre normatif collectif imposé aux associés.

68. Approche normative de l'acte constitutif.- La personnalité dans l'ordre interne serait l'expression de l'effet relatif de l'ordre normatif collectif imposé aux associés. Pour comprendre une telle analyse, il convient de partir de la théorie de la réalité technique. Dans la théorie de la réalité technique élaborée par MICHOU, l'intérêt distinct dont doit être porteur un groupement pour prétendre à la personnification, est conçu comme un intérêt de nature collective distinct de celui de ses membres³. Empreinte d'un certain anthropomorphisme, cette théorie fait apparaître la personne morale comme un sujet de droit nouveau, porteur d'un intérêt propre, ne se confondant pas avec celui de ses membres.

Aussi, est-ce cette conception même qui est condamnée par Bruno OPPETIT qui nie l'idée d'une indépendance entre la personne morale et ses membres. Procédant à une décomposition technique de chacune des règles positives regroupées sous le terme de « personne morale », l'auteur considère que « la personne morale ne représente rien d'autre que le point d'imputation auquel on rattache la propriété, les créances et les obligations d'un groupement »⁴. Or, comme a pu le démontrer M. le Professeur WICKER, concevoir la personne morale comme un « point d'imputation » est destiné à rendre compte de ce qu'elle regroupe une pluralité de droits autour d'un intérêt déterminé⁵. L'auteur ayant démontré qu'en matière d'acte juridique, l'intérêt est celui des personnes parties à l'acte, il en déduit que l'intérêt exprimé dans l'acte constitutif du groupement est celui de ses membres⁶. L'auteur en conclut que dans la mesure où « les droits qui [...] sont imputés [au groupement] ont pour destinataires finals des individus »⁷, [...] la personnalité morale du groupement traduit qu'il est le lieu d'un ordre normatif collectif imposé

¹ v. : G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, juin 1998, m-à-j mars 2014, n° 20 ; « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 21, p. 703 ; Adde, J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 241 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 10, p. 5 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 12, p. 126.

² G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., n° 21 ; « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 22, p. 703-704 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., *loc. cit.*

³ Il convient de préciser que, pour MICHOU, (L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, t. I, 1906), l'attribution de la personnalité morale à un groupement suppose, outre la condition de l'existence d'un intérêt collectif distinct de celui des intérêts individuels (n° 53, p. 113), que ledit groupement dispose d'une organisation suffisante pour dégager une volonté collective qui le représentera dans les rapports juridiques (n° 54, p. 118).

⁴ B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, th. préc., p. 439.

⁵ G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 42, p. 721.

⁶ *Ibid.*, n° 43, p. 722.

⁷ *Ibid.*, n° 14, p. 699.

à ses membres »¹. Aussi, cette norme correspond-elle aux statuts² institués par l'acte constitutif, qui a pour objet de soumettre chacun des membres à un statut juridique identique³. Appliquée dans l'ordre interne, la théorie de la personnalité morale apparaît alors comme la traduction de l'ordre normatif collectif instauré par les statuts⁴, et de son effet relatif qui a vocation à régir de manière durable la situation juridique des membres⁵.

Une fois levé le masque de la personnalité morale qui ne dissimule que des éléments structurels de l'acte constitutif d'un groupement – opposabilité et ordre normatif collectif –, il est possible de décrire la nature de l'acte constitutif d'un groupement de droit privé.

B. La nature de l'acte constitutif.

69. Unicité d'*instrumentum*, dualité de *negotia*.- Si l'analyse juridique milite en faveur d'une approche unitaire de l'acte constitutif d'un groupement, cela n'exclut pas pour autant que cet acte soit doté d'une double dimension. En effet, il a pu être mis en évidence⁶ que si les statuts constituent un seul *instrumentum*, ces derniers peuvent comprendre deux *negotia*. Alors que l'acte instituant le groupement en un sujet de droit sera toujours un acte unilatéral (1), si le groupement est pluripersonnel, l'acte organisant les rapports internes entre les parties, c'est-à-dire la situation de conjonctivité, prendra la forme d'un contrat (2). Aussi, ce contrat constituera le support nécessaire à l'existence de pouvoirs contractuels.

1. L'acte instituant le groupement en un sujet de droit : un acte unilatéral.

70. L'analyse contractuelle concurrencée par la théorie de l'acte collectif.- Puisant ses origines dans la notion d'acte complexe développée à la fin du XIX^{ème} siècle par les doctrine

¹ *Ibid, loc. cit.*

² *Ibid*, n° 38, spéc., p. 719.

³ *Ibid, loc. cit.*, où l'auteur souligne que l'acte constitutif crée une norme statutaire dont le contenu forme « une situation générale » qui « constitue la loi commune applicable à chaque associé sans différence ».

⁴ *Ibid*, n° 14, spéc. p. 699 : « la personnalité morale du groupement traduit qu'il est le lieu d'un ordre normatif collectif imposé à ses membres, qu'il s'agisse des règles gouvernant la vie interne de la collectivité ou de sa situation patrimoniale ». Les statuts apparaissent ainsi comme une sorte d'acte matriciel qui va être la source d'une multitude d'autres actes qui seront soumis auxdits statuts.

⁵ Précisons que ledit effet relatif ne se limite pas à la production d'obligations. En effet, il a pu être mis en évidence que la force obligatoire de l'acte constitutif s'étendait, en premier lieu, aux personnes, en produisant un assujettissement (de type non-obligationnel) des parties au but poursuivi par le groupement qui a été objectivé dans l'acte constitutif. La force obligatoire s'étendant, en second lieu, aux biens qui sont affectés à la réalisation du projet commun. Cet effet réel du contrat modifiant, d'une part, les conditions de jouissance des biens, en ce que ces derniers sont dorénavant réservés aux créanciers du groupement, et d'autre part, les conditions d'exercice des prérogatives afférentes aux biens qui ne peuvent plus être exercées que dans le respect du but poursuivi par le groupement ayant été objectivé dans l'acte constitutif. v. sur l'effet personnel et l'effet réel de la norme issue de l'acte constitutif du groupement : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 37, spéc. p. 718 et n° 47 et 48 p. 725-726, où l'auteur précise notamment que, dans la mesure où, d'une part, cette propriété n'est pas dotée de son caractère traditionnellement absolu dans sa jouissance et dans son exercice, et d'autre part, en ce qu'elle est seulement temporaire, l'affectation ne correspond pas à un transfert du droit de propriété mais un mode d'exercice dudit droit ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 20 et s., p. 130 et s. Rapp. : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. NERSON, LGDJ, 1976, n° 15, où l'auteur retient qu'affecter : « c'est soumettre un bien à un usage déterminé ».

⁶ v. : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 45 et s.

allemandes et italiennes¹, la notion d'acte collectif fit son apparition en droit interne, en premier lieu, sous la plume des auteurs publicistes², et notamment de DUGUIT qui l'utilisa pour critiquer l'analyse contractuelle de l'acte constitutif d'un groupement. Prenant appui sur le critère de la volonté, DUGUIT oppose le contrat à l'acte collectif en ce que, si le premier est le fruit de la rencontre de volontés antagonistes, le dernier est une somme de déclarations unilatérales de volontés concordantes, pour en déduire, à la suite de GIERKE, que « l'acte d'établissement (d'une association ou d'une société par action) n'est point un contrat, mais un acte collectif unilatéral »³. Se basant sur la notion d'intérêt comme critère de classification des actes juridiques⁴, certains auteurs de droit privé ont également accueilli l'analyse faisant de l'acte constitutif d'un groupement un acte collectif. À la différence du contrat qui repose sur une opposition d'intérêts, les volontés des membres fondateurs d'une personne morale ont des contenus identiques⁵ : « l'opposition d'intérêts fait place à une convergence d'intérêts »⁶, « cette identité des vœux individuels concourant à l'acte de création de la société éloigne celui-ci de la catégorie du contrats »⁷, pour le rapprocher de l'acte collectif défini comme « l'acte à formation collective, accord de volontés tendant au même but »⁸.

Ainsi, est-ce l'existence d'un projet commun, reposant sur une sélection des intérêts individuels mis en commun⁹, qui fait apparaître un intérêt identique et donc unique¹⁰ dans l'acte

¹ Élaborée par la doctrine allemande, la théorie de l'acte complexe a opposé les auteurs sur la question du mécanisme à l'origine de la fusion des volontés expliquant l'unité de l'acte. Si, pour les partisans de la *Vereinbarung* le critère de la fusion des intérêts résidait dans l'identité d'objet : la réalisation du même acte, pour les partisans du *Gesamtakte*, le critère résidait dans l'action commune des intéressés. Recueillant cette théorie, certains auteurs italiens tels que BRONDI, expliquaient la fusion des intérêts en raison de l'identité de la qualité des parties, en ce qu'elles agissent au même titre, alors que d'autres, tels que BORSI distinguaient les actes complexes selon qu'ils fusionnent ou non les intérêts. Pour une analyse détaillée de ces doctrines, v. : A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français, Contribution à la classification des actes juridiques, op. cit.*, n° 204 et s.

² Comp. : M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} éd, p. 149, note n° II, pour qui les actes complexes sont constitués par une pluralité d'actes constituant des « faits de consentement » reliés entre eux par une procédure.

³ v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 375

⁴ Pour la mise en évidence de ce critère, v. not. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 33 et 34, p. 43-44 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. préc., p. 40.

⁵ v. : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Préf. G. MARTY, LGDJ, 1961, p. 57.

⁶ *Ibid*, p. 67.

⁷ *Ibid*, p. 89

⁸ *Ibid*, p. 31.

⁹ Dès lors que la théorie de la personnalité morale n'est plus basée sur une conception anthropomorphique faisant apparaître un sujet de droit autonome doté d'un intérêt distinct transcendant les intérêts individuels de ses membres (thèse de l'intégration des intérêts), la personnification présuppose l'existence d'une catégorie homogène d'intérêts, d'où la nécessité de sélectionner les intérêts semblables des membres pour les mettre en commun. v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. CORNU, Paris, Economica, 1985, n° 269 et s., p. 196 et s.

¹⁰ À l'existence d'un intérêt unique est souvent relié le concept d'*affectio societatis*. Si certaines définitions le rapprochent du consentement de l'associé, d'autres s'en détachent pour désigner la collaboration volontaire, active, sur un pied d'égalité et parfois intéressée des associés. (Pour un essai de classification des définitions : v. : J.-F. HAMELIN, *Le contrat alliance, op. cit.*, n° 201 et s. Pour un rattachement à la norme sociétaire et à l'assujettissement qu'elle produit, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 94, spéc. p. 77 ; pour une variation d'intensité de l'*affectio societatis* selon la nature de la société, v. : Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 25, p. 133-134).

constitutif du groupement et commande l'exclusion de l'analyse contractuelle reposant sur l'existence d'intérêts distincts sinon opposés.

Aussi, l'existence d'un intérêt identique dans l'acte instituant le groupement en un sujet de droit ressort-elle de l'étude de la structure du rapport d'obligation généré par ledit acte. En effet, dans le contrat-commutation les obligations sont créées sur un plan horizontal où elles sont le support d'un transfert unilatéral ou bilatéral de valeurs. Les deux parties, ou seulement l'une d'elles, s'engageant envers l'autre à lui transférer une valeur, il en résulte une distinction, voire une opposition d'intérêts. À l'opposé, l'acte constitutif d'un groupement fait naître un rapport d'obligation vertical de type conjonctif¹ : chaque partie n'est pas débitrice de l'obligation de réaliser un apport envers un autre membre, elle est simplement tenue de délivrer son apport au patrimoine d'affectation nouvellement constitué, et cela, afin de permettre la réalisation du projet commun traduisant l'identité d'intérêt des membres².

71. Acte collectif et acte unilatéral.- Qualifier l'acte constitutif d'un groupement relatif à l'apparition d'un nouveau sujet de droit d'acte collectif encourt le même reproche que l'analyse contractuelle, à savoir leur incapacité à décrire la nature de l'acte constitutif d'un groupement unipersonnel. Pour autant, une telle limite peut être dépassée dans la mesure où il a été démontré que, loin de constituer un troisième type d'acte à côté du contrat et de l'acte unilatéral, le caractère collectif d'un acte ne constitue qu'un concept transversal décrivant une modalité particulière applicable à tout acte juridique³. Si, dans un premier temps, le caractère collectif d'un acte servait à désigner aussi bien l'acte à formation collective, que l'acte à effet collectif⁴, il a pu être mis en évidence que le caractère collectif d'un acte ne pouvait s'attacher qu'à ses

¹ v. : en ce sens, bien que retenant la qualification de contrat pour décrire l'acte constitutif d'un groupement pluripersonnel : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 108, p. 85 ; Rapp. : R. LIBCHABER, « *La société, contrat spécial* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 81 et s., spéc. n° 4, 285 : « si les deux parties au contrat sont chacune obligées d'exécuter certaines obligations, elles ne le sont pas l'une à l'égard de l'autre, elles ne sont pas créancières l'une de l'autre » ; G. ROUHETTE, « *Contrat* », in *Encyclopaedia Universalis, Corpus*, Paris, 2002, p. 383 et s., spéc., p. 386, où à propos des contrats associatifs, l'auteur souligne : « Les parties n'étant point antagonistes, leurs prestations ne sont pas dirigées de l'une vers l'autre, ou plus couramment, vers les autres ; elles ne sont pas la contrepartie (le prix) les unes des autres [...] » ; F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 298, spéc. p. 280, où l'auteur souligne que « les prestations ne se croisent pas, elles se cumulent ».

² Les membres fondateurs de l'acte instituant le groupement en un sujet de droit ne sauraient donc être dans une situation contractuelle *vis-à-vis de la société* dans la mesure où il n'existe pas d'opposition d'intérêts entre eux et la société. La pluralité d'engagements unilatéraux des membres tournés vers la réalisation d'un projet commun faisant apparaître une identité d'intérêts. v. : *Contra* : la jurisprudence de la CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn plc c./ Wolfgang Petereit*, Bull. Joly, 1992, 768, § 247, note J.-B. BLAISE, où la Cour a retenu que : « les statuts de la société doivent être considérés comme un *contrat* régissant à la fois les rapports entre les actionnaires *et les rapports entre eux-ci et la société qu'ils créent* » (Nous soulignons).

³ Originellement, les auteurs considéraient que l'acte collectif constituait une modalité particulière de l'acte unilatéral en raison de la pluralité de personnes ayant le même intérêt à l'acte (v. : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *Source des obligations*, Paris, ROUSSEAU, 1923, n° 16 ter spéc. p. 40 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 44, p. 52). Prenant appui sur ce constat, certains auteurs en tiraient alors la conséquence que l'acte constitutif d'un groupement pluripersonnel devait être qualifié d'acte unilatéral collectif. (v. : G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *Les sources*, Sirey, 1988, 2^{ème} éd., n° 367 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16^{ème} éd., n° 507, p. 520).

⁴ v. sur cette distinction : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif, op. cit.*, p. 29-31.

effets, et non à son mode de formation¹. L'existence d'une partie plurale emportant la qualification d'acte conjonctif². Par conséquent, si en raison de l'unicité d'intérêt l'acte instituant le groupement en un sujet de droit doit toujours être qualifié d'acte unilatéral, celui-ci sera individuel ou conjonctif selon que le groupement sera, respectivement, unipersonnel ou pluripersonnel³.

2. L'acte organisant la situation interne du groupement : un contrat.

72. **L'existence d'un contrat.**- Suite à la constitution d'un nouveau sujet de droit au moyen d'un acte unilatéral, si l'associé unique est investi de la totalité des droits, obligations et pouvoirs de gestion générés par ledit acte, en revanche, dans l'hypothèse d'une pluralité d'associés, ceux-ci se trouvent dans une situation de concours quant à la jouissance desdites prérogatives. Tandis que la répartition originelle, c'est à dire le partage⁴, des droits et obligations s'opère, en fonction de la nature du groupement, par tête ou à proportion de leur apport, la situation de concours relative à la jouissance des pouvoirs de gestion implique que leur exercice soit subordonné à une décision unanime⁵. Pour autant, cette organisation n'est pas fixe : les membres du groupement pouvant procéder à l'aménagement de la situation de conjonctivité par le biais d'un contrat⁶. Il convient de préciser que la qualification de contrat s'impose dans la mesure où les intérêts des membres retrouvent ici leur autonomie, et apparaissent comme distincts, voire opposés. En effet, l'adhésion à la partie plurale, que ce soit au moment de la formation du groupement ou en cours d'exécution de celui-ci, fait apparaître, d'une part, une identité d'intérêts en ce que chacun des membres décide de participer à la réalisation d'un projet commun – ceci étant la traduction de ce que l'acte unilatéral organisant le groupement en un sujet de droit est composé d'une partie plurale –, et d'autre part, une distinction voire une opposition d'intérêts en ce qui concerne l'organisation interne de la partie plurale où chacun des membres agit dans son intérêt propre – ce qui laisse apparaître un contrat

¹ v. : A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français, Contribution à la classification des actes juridiques*, op. cit., qui met en évidence l'existence d'actes collectifs non conjonctifs (n° 250 et s.), c'est-à-dire ne comprenant pas une partie plurale, qu'il s'agisse par ex. des conventions collectives conclues entre un employeur et un syndicat, et des actes unilatéraux de l'employeur. L'auteur en déduit alors que le caractère collectif ne s'applique qu'aux effets de l'acte (n° 290).

² Faire de l'intérêt le critère de classification des actes juridiques emporte nécessairement la reconnaissance de l'existence de parties plures unies par un même intérêt. Il en résulte une dissociation entre les notions de partie et de personne. v. : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, op. cit., n° 99, p. 50.

³ Pour la qualification d'acte unilatéral individuel ou conjonctif : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 44, spéc. p. 724 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 28, spéc. p. 136.

⁴ Pour une analyse de l'opération de répartition que constitue le partage, v. : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 42 et s., p. 50 et s. Si l'auteur range, parmi les partages qui ont lieu en cours d'existence de la propriété collective, les partages dits « provisionnels » qui ont pour objet de répartir l'usage et la jouissance des biens communs, il inclut dans cette catégorie les partages de bénéfiques, sans pour autant faire référence au partage des droits et obligations nés de l'acte constitutif.

⁵ v. : B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, Préf. H. LE NABASQUE, PUAM, 2006, t. I, n° 51 et s.

⁶ v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 53, p. 729-730 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 29, spéc. p. 136-137. Précisons que le contrat organisant la situation de conjonctivité fait partie de l'acte constitutif du groupement, c'est-à-dire des statuts, et ne doit pas être confondu avec le pacte adjoint qui est un acte para-statutaire de nature contractuelle.

–¹. L’adhésion à la partie plurale emporte ainsi soumission à l’acte unilatéral instituant le groupement et soumission au contrat organisant la situation de conjonctivité².

73. L’objet du contrat organisant les rapports entre les parties.- L’aménagement contractuel des rapports entre les parties – situation de conjonctivité – peut avoir un triple objet. Dans un premier temps, les parties peuvent convenir de modifier la répartition entre les droits, obligations et pouvoirs de gestion opérée par le premier partage, et cela sans pour autant excéder la limite d’ordre public que constitue la prohibition des clauses léonines. Aussi, de nombreuses combinaisons sont-elles possibles.

Dans un premier temps, une partie peut, par exemple, consentir à une diminution de ses droits patrimoniaux en échange d’un accroissement de ses pouvoirs, ou encore consentir à une diminution de ses droits et une augmentation de ses obligations. En ce que le contrat opère un transfert des droits, obligations et pouvoirs, nés de l’opération de partage³, il remplit alors la fonction traditionnellement attachée au contrat-commutation dans la mesure où il réalise un transfert de valeurs⁴. Ainsi, ce contrat constitue-t-il la nouvelle clé de répartition des droits, obligations et pouvoirs de gestion des membres.

Dans un second temps, le contrat organisant la situation de conjonctivité peut venir modifier les règles concernant l’exercice du pouvoir de décision, en substituant à la règle de l’unanimité, la règle de la majorité⁵. Les membres du groupement consentant à se soumettre au pouvoir de la majorité. Ainsi, les membres du groupement peuvent décider d’organiser conventionnellement les conditions de leur assujettissement. Le contrat va donc permettre d’aménager et de définir plus précisément les devoirs comportementaux des membres (qui pourront à leur tour faire l’objet de précisions dans le règlement intérieur), et notamment le contenu de leur devoir de collaboration⁶.

Enfin, dans un dernier temps, les membres du groupement peuvent prévoir dans l’acte organisant contractuellement la situation de conjonctivité que des sanctions disciplinaires

¹ On retrouve ici deux types de rapports d’obligations différents nés de deux actes distincts composant les statuts. D’un côté, un rapport d’obligations vertical ou conjonctif issu de l’acte unilatéral instituant le groupement en un sujet de droit, qui oblige chacun des membres à réaliser un apport. De l’autre, un rapport d’obligations de type horizontal, né du contrat organisant la situation de conjonctivité, par lequel les parties échangent les droits, obligations et pouvoirs issus de la constitution du groupement (v. *infra*, n° 73, p. 93 et s.).

² Comp. : G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., n° 94, où l’auteur relie : constitution du groupement et acte unilatéral, et adhésion au groupement et caractère contractuel. Cette conception revient à distinguer la formation du groupement qui ressort de l’acte unilatéral et l’adhésion en cours d’exécution qui ressort d’un engagement de nature contractuelle. Mais cette théorie ne permet pas d’expliquer qu’en cours d’exécution, celui qui adhère au groupement accepte avant tout de se soumettre à la réalisation du projet commun, et donc à l’acte unilatéral instituant le groupement qui est fondé sur une identité d’intérêts.

³ Ici, il s’agit simplement pour les membres du groupement d’échanger les droits, obligations et pouvoirs nés de l’opération de partage, c’est-à-dire de procéder à leur transfert postérieurement à celle-ci.

⁴ Comme tout contrat-commutation, celui-ci doit comporter une cause résidant dans une contrepartie économique s’il est conclu à titre onéreux. À défaut, il pourra être requalifié en libéralité indirecte : tel est le cas, par exemple, d’un associé consentant à une diminution sans contrepartie de ses droits. v. : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 54, p. 730.

⁵ v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 55, p. 730.

⁶ v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 56, p. 730.

pourront être prises à l'encontre des membres contrevenant aux obligations ou aux devoirs comportementaux issus du contrat organisant la situation de conjonctivité.

74. Bilan : l'identification d'un contrat pouvant être le support de pouvoirs contractuels.- Une fois levé le masque de la personnalité morale qui ne dissimule que des éléments structurels de l'acte constitutif d'un groupement – opposabilité et ordre normatif collectif –, l'étude de la nature de l'acte constitutif d'un tel groupement a permis de mettre en lumière que si l'organisation dudit groupement en un sujet de droit ressort de l'existence d'un acte unilatéral simple ou conjonctif, l'organisation de la situation de conjonctivité – c'est-à-dire des rapports internes entre les parties – dépend d'un acte de nature contractuelle. Or, l'existence d'un contrat constitue un présupposé indispensable à la présence des pouvoirs contractuels puisque ces prérogatives ont pour objet de permettre à une partie de modifier unilatéralement les effets du contrat. Dès lors qu'un tel contrat existe, le support des pouvoirs contractuels existe donc bel et bien. Pour autant, ce n'est pas parce qu'il est possible de déceler l'existence d'un contrat que la présence de pouvoirs contractuels est automatiquement établie. Pour rapporter la preuve de l'existence de pouvoirs contractuels dans les groupements de droit privé, il conviendra de procéder à un recensement de ces derniers.

§ 2 - LE RECENSEMENT DES POUVOIRS CONTRACTUELS PRÉSENTS DANS LES GROUPEMENTS DE DROIT PRIVÉ.

75. Méthode.- L'identification de pouvoirs contractuels dans le cadre des groupements de droits privé, qu'ils soient sociétaires ou associatifs, supposera de focaliser l'analyse sur les rapports internes existant entre les membres qui font l'objet d'une organisation contractuelle. Aussi, dans la mesure où la vie dans les groupements s'organise à la fois dans les assemblées mais également en dehors d'elles, il semble possible de trouver la trace de pouvoirs contractuels, d'une part, dans les assemblées (A), et d'autre part, en dehors des assemblées (B).

A. Les pouvoirs contractuels dans les assemblées.

76. Précisions liminaires.- Traiter des pouvoirs contractuels dans les assemblées suppose, à titre préalable, d'identifier la nature du vecteur du pouvoir dans les assemblées. Si, certains auteurs considèrent que le vecteur du pouvoir dans les assemblées réside dans le droit individuel de vote¹, il a pu être démontré qu'en réalité, le support du pouvoir dans les assemblées reposait sur l'aptitude à exprimer, seul ou en concertation avec d'autres actionnaires, la volonté sociale en émettant une décision contraignante par le biais d'une majorité ou d'une minorité de blocage.

¹ Certains qualifient alors le droit individuel de vote de droit mixte, v. not. : P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, th. Paris, 1947, n° 56 ; J. LEMÉE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, th. dactyl. Paris XII, 1977, n° 669 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 689, p. 504. Contra, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 40 et s., p. 35 et s., où l'auteur retient la qualification de pouvoir et exclut la qualification de droit mixte dans la mesure où il démontre qu'un droit ne saurait être à la fois libre et finalisé (spéc. n° 45, p. 38).

En effet, à moins de constituer à lui seul une majorité ou une minorité de blocage, le vote individuel n'est pas un pouvoir juridique¹ en ce qu'il ne permet pas d'imposer une décision contraignante produisant des effets dans la sphère juridique d'autrui. En revanche, dès lors qu'il permet de prendre une décision, c'est-à-dire d'émettre un acte unilatéral contraignant pour autrui², que ce soit par le biais d'une majorité ou d'une minorité de blocage³, le vote constitue le vecteur du pouvoir dans les groupements. En raison de sa nature même il est alors tenu d'exprimer l'intérêt social et de respecter l'intérêt des minoritaires.

Aussi, dans certaines hypothèses, le pouvoir de décision dans les assemblées constitue-t-il, en raison de ses effets, le support de pouvoirs contractuels. Il convient cependant de préciser que seules les résolutions majoritaires⁴ peuvent être le support de pouvoirs contractuels dans la mesure où elles seules permettent d'introduire un changement, un élément nouveau, c'est-à-dire une modification dans la situation juridique, alors que les décisions d'une minorité de blocage imposent le *statu-quo-ante*.

Paraissent alors correspondre à des pouvoirs contractuels propres aux groupements sociétaires et associatif, d'une part, les résolutions modifiant le contrat organisant les rapports internes entre les parties (1), et d'autre part, d'une manière plus spécifique aux groupements sociétaires, la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice (2).

1. Les résolutions modifiant les rapports internes entre les parties.

77. Modification du contrat organisant les rapports internes entre les parties – situation de conjonctivité –. S'il a pu être mis en évidence que les statuts d'un groupement

¹ v. en ce sens : A. CONSTANTIN, « *Réflexions sur la validité des conventions de vote* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, op. cit., p. 253 et s., spéc. n° 9, p. 257-258. Adde, déjà : A. NEUBURGER, *De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Sirey, 1936, p. 36-37, où l'auteur distingue le droit subjectif de vote de chaque actionnaire, du pouvoir de l'assemblée pris en tant qu'organe de la société.

² La résolution majoritaire produit ainsi un acte unilatéral simple, ou conjonctif s'il est adopté par une partie plurielle, et produit des effets collectifs en ce qu'il s'applique à des personnes qui n'en sont pas les auteurs : la minorité. (v. pour cette qualification : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, op. cit., n° 271, p. 147).

³ La question de savoir si les minoritaires sont titulaires d'un pouvoir a été largement débattue. Pour certains, dans la mesure où les minoritaires ne peuvent faire prévaloir leurs vues, c'est-à-dire imposer une décision, ils ne sont pas titulaires d'un pouvoir. v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 227, p. 145 ; F. MASQUELIER, *Le vote en droit privé, Contribution au régime des décisions d'assemblée*, th. Nice, 1999, n° 528. Cependant, cette conception a été critiquée en ce qu'elle repose sur un postulat inexact : l'impossibilité pour les minoritaires d'imposer leurs vues. En effet, lorsque les minoritaires usent de leur pouvoir minoritaire de blocage, ils imposent une décision (le rejet de la résolution et le choix du *statu-quo-ante*) et exercent par conséquent un pouvoir. v. en ce sens : A. CONSTANTIN, « *Réflexions sur la validité des conventions de vote* », *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2000, p. 253 et s., spéc. n° 9, p. 257-258, note n° 17. L'auteur estime que dans l'hypothèse d'une minorité de blocage, ladite minorité est titulaire du pouvoir en ce qu'elle décide, c'est-à-dire qu'elle émet un acte juridique contraignant pour autrui. Adde, du même auteur : « *Les rapports de pouvoir entre les actionnaires* », th. Paris I, 1998, n° 486 et s. ; C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, n° 578 et s., où l'auteur distingue l'abus de minorité de l'abus de pouvoir minoritaire, cette dernière hypothèse correspondant à l'utilisation abusive par la minorité de son pouvoir de blocage. Rapp. : R. CABRILLAC, « *De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité* », Mélanges A. COLOMER, Litec, 1993, p. 109 et s. ; v. aussi en faveur de la reconnaissance du pouvoir de la minorité : R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, th. Aix-Marseille, 2001, p. 101.

⁴ Soulignons que les résolutions adoptées à l'unanimité ne sont pas l'expression d'un pouvoir dans la mesure où aucune partie n'impose sa volonté à une autre : il s'agit d'une simple application du consensualisme.

pluripersonnel, qui représentent son acte constitutif, peuvent disposer d'une double dimension dès lors qu'il existe un acte de nature contractuelle organisant les rapports entre les parties – c'est-à-dire la situation de conjonctivité –, il convient de remarquer que toute résolution majoritaire modifiant l'organisation contractuelle de la situation de conjonctivité semble pouvoir prétendre à la qualification de pouvoir contractuel. Quelques illustrations doivent permettre de le montrer.

Le premier type d'illustration s'appuiera sur le fait que le contrat organisant la situation interne entre les parties peut avoir pour fonction d'opérer une nouvelle répartition des droits, obligations, et pouvoirs nés de l'acte constitutif. Il semble alors possible d'en déduire que toute résolution modifiant cette organisation contractuelle peut constituer un pouvoir contractuel. Ainsi, en va-t-il notamment de la décision de créer, au cours de l'existence d'une société par action, des actions de préférence¹. En effet, les actions de préférence sont des actions « à droits particuliers »², qui peuvent, soit, avantager leurs titulaires en leur conférant des avantages financiers (droit à un dividende préciputaire, cumulatif, progressif, droit à une part majorée du boni de liquidation) ou politiques (droit d'information renforcé, droit de veto sur certaines décisions), soit, les désavantager, en privant ces actions totalement ou partiellement du droit de vote³, ou en en restreignant les prérogatives financières (droit limité aux dividendes ou au boni de liquidation). En ce qu'elle modifie la répartition des droits pécuniaires et des droits de vote opérée par le contrat organisant la situation de conjonctivité, la décision majoritaire de créer des actions de préférence répond bien à l'élément matériel des pouvoirs contractuels. De plus, en ce qu'il s'agit d'une résolution majoritaire d'assemblée, la décision est prise par une partie simple ou plurale constituant une majorité, qui s'impose aux autres parties au contrat constituant la minorité⁴. La modification dépendant ainsi d'une manifestation unilatérale de volonté d'une partie simple ou plurale, l'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels est également rempli.

Le second type d'illustration s'appuiera, quant à lui, sur la fonction du contrat organisant la situation de conjonctivité qui consiste à définir plus précisément les conditions d'assujettissement personnel au groupement, c'est-à-dire la fonction consistant à préciser les devoirs comportementaux des membres, et notamment le contenu de leur devoir de collaboration. Aussi, une décision majoritaire qui tend à préciser, supprimer ou remplacer les devoirs comportementaux des membres contenus dans le contrat organisant la situation de conjonctivité présente-elle, d'une part, l'élément matériel des pouvoirs contractuels en ce

¹ L'art. L. 228-11 al. 1 du C. com. autorise la création d'actions de préférence aussi bien lors de la constitution de la société, qu'au cours de son existence. Précisons que la création d'actions de préférence, en ce qu'elle constitue une modification des statuts, nécessite l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire. En outre, lorsque les actions de préférence sont créées au profit d'actionnaires nommément désignés, l'art. L. 228-15 du C. com. impose le respect de la procédure des avantages particuliers, sauf si l'émission porte sur des actions de préférence d'une catégorie déjà créée.

² Pour cette expression, v. : M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 947, p. 483.

³ L'art L. 228-11 al. 3 du C. com. érige cependant une limite aux actions de préférence sans droit de vote qui ne peuvent excéder la moitié du capital social, et dans les sociétés cotées, le quart du capital social.

⁴ Rappr. : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, op. cit., n° 271, p. 147, qui qualifie les résolutions d'assemblée d'actes conjonctifs en ce qu'ils « réunissent plusieurs personnes dans une situation juridique identique », et collectifs en ce que leurs effets sont étendus « à des personnes n'y ayant pas participé, par la loi de la majorité ».

qu'elle modifie le contrat, et d'autre part, l'élément volontaire desdits pouvoirs en ce qu'elle résulte de la manifestation unilatérale de volonté d'une partie simple ou plurielle constituant la majorité.

Toutefois, il convient de préciser que l'adoption du règlement intérieur par une résolution d'assemblée¹, ne saurait pour autant être la manifestation d'un pouvoir contractuel. En effet, le règlement intérieur est destiné à régir le fonctionnement interne du groupement en précisant les relations entre les membres², ce qui peut le conduire à définir plus précisément les conditions d'exercice des droits et des devoirs comportementaux issus du contrat organisant la situation de conjonctivité. Bien que s'intégrant à l'acte constitutif du groupement qu'il vient compléter, le règlement intérieur constitue une norme infra-statutaire³. Il lui est donc interdit de déroger aux règles statutaires qui lui sont hiérarchiquement supérieures⁴. Si le règlement intérieur ne peut avoir pour objet que de préciser et compléter les dispositions statutaires, il ne peut cependant pas les modifier, ce qui n'est pas sans rappeler l'infériorité normative du règlement intérieur d'entreprise. Par conséquent, même si le règlement intérieur comporte des dispositions qui viennent compléter les conditions d'assujettissement personnelles issues du contrat organisant la situation de conjonctivité, il ne lui est pas permis de les modifier. L'absence de l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels justifie alors l'exclusion de ce type de résolution majoritaire de la catégorie des pouvoirs contractuels.

¹ L'assemblée peut être désignée expressément dans les statuts comme l'organe compétent pour édicter le règlement intérieur, et cela au même titre que le gérant, le conseil d'administration, le directoire ou le conseil de surveillance. Cependant, les choses se compliquent lorsqu'aucune disposition statutaire ne fait référence au règlement intérieur ou à l'organe compétent pour procéder à son édicton. La réponse semble ici dépendre de la répartition des compétences entre les organes des groupements, celle-ci variant selon leur nature. Ainsi, dans la société anonyme, le conseil d'administration (art. L. 225-35 al. 1^{er} du C. com.) et le directoire (L. 225-64 al. 1^{er} du C. com.) semblent-ils investis de la compétence de principe (le conseil d'administration se saisissant de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent ; et le directoire étant investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société) sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, en ce qui concerne le conseil d'administration, et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires pour le directoire. En ce qui concerne les rapports entre associés dans les sociétés en nom collectif (art. L. 221-4 du C. com.) et les SARL (L. 223-18 al. 4 du C. com), en cas de silence des statuts, le gérant peut réaliser tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Or, l'édiction du règlement intérieur ne semble pas ressortir de la catégorie des actes de gestion. L'assemblée apparaît alors compétente dans ces groupements pour établir le règlement intérieur. (pour cette opinion, v. : P. LE CANNU, « *Le règlement intérieur des sociétés* », Bull. Joly Soc., 1986, p. 723 et s., spéc. n° 10 et s.).

² Le règlement intérieur peut avoir pour objet de préciser les rapports entre associés, mais il peut également préciser les relations entre les membres appartenant à un même organe (règlement intérieur d'assemblée, ou règlement intérieur du conseil d'administration), sans oublier qu'il lui est possible de définir les rapports entre les différents organes du groupement.

³ v. not. en ce sens : P. LE CANNU, « *Le règlement intérieur des sociétés* », art. préc., n° 17 ; G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., n° 93 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 186, spéc. p. 101.

⁴ v. par exemple, en matière d'association : C.A. Paris, 17 sept. 1996, Bull. Joly. Soc., 1997, p. 24, note P. LE CANNU, où la Cour fait primer les dispositions des statuts sur les dispositions contradictoires du règlement intérieur ; en matière de société anonyme, v. : C.A. Paris, 9 octobre 1985, Rev. soc. 1986, p. 291, obs. Y. GUYON ; JCP E. 1986, n° 15846, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, spéc. n° 2, où la Cour retient que le règlement intérieur ne peut modifier les règles de quorum ni de majorité dans la mesure où ses dispositions contredisent la loi et les statuts.

2. La décision d'affectation du bénéfice de l'exercice.

78. **Objet de la décision d'affectation du bénéfice.**- Dans l'attente de la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice, ce dernier fait l'objet d'une appropriation collective¹ dans la mesure où les fruits de l'activité constituent des accroissements du fonds constitué par les biens originellement apportés, ce qui a pour conséquence de les soumettre à la même condition juridique que les biens initialement apportés².

Il convient de préciser qu'étant dans une situation de propriété collective, chacun des associés est titulaire d'un droit³ qui a pour objet une quote-part des biens communs. Cela signifie que chaque associé n'est pas propriétaire d'une partie des biens, mais copropriétaire pour partie de la totalité des biens⁴. Le droit de chacun des membres apparaît alors comme un droit actuel⁵ – ce n'est donc pas un droit futur – mais son contenu concret demeure incertain.

¹ Initialement, l'existence d'une personne morale constituait un obstacle à la reconnaissance d'une propriété collective dans le cadre des groupements dans la mesure où seule la personne morale était considérée comme propriétaire desdits biens (v. not. en ce sens : L. JOSSERAND, « *Essai sur la propriété collective* », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Présentation J.-L. HALPÉRIN, Dalloz, 2004 (reprint), p.357 et s., spéc. p. 358, où l'auteur retient : « si les biens appartenant à un établissement personnifié ont une affectation collective, il n'en reste pas moins vrai qu'ils relèvent d'une personne unique, l'être moral qui synthétise les volontés individuelles et qui a conquis, vis-à-vis d'elles, le droit à une existence distincte ». L'auteur ajoutant plus loin que cette propriété est « individuelle dans sa configuration juridique, dans son sujet actif qui est un ». *Adde*, dans le même sens : C. DUVERT, « *La propriété collective* », LPA, mai 2002, p. 4 et s., spéc. n° 11). Le dépassement de la conception anthropomorphique des personnes morales a permis de mettre en évidence qu'elle ne constitue qu'une technique d'organisation au service d'un groupement de personnes, et que ce sont les membres du groupement pris collectivement qui sont les propriétaires du patrimoine social (v. not. en ce sens : B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, th. préc., p. 454 ; G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 48 et s., p. 726 et s. ; F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 40 et s., p. 47 et s.).

² v. : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 49, p. 727.

³ La nature de ce droit a été vivement débattue : au sujet de l'indivision, certains ont pu parler de droit réel *sui generis* (v. not. : A. IONASCO, « *La nature du droit de copropriété* », in *Aspects du droit privé en fin du XXème s., Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 21 et s., spéc., p. 27 et s.), de droit de créance (v. : L. JOSSERAND, « *Essai sur la propriété collective* », art. préc., spéc. p. 372), de droit de propriété diminuée (v. : C. DUVERT, « *La propriété collective* », LPA, mai 2002, p. 4 et s.), ou encore de la détention collective par les indivisaires d'un unique droit de propriété (v. : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. IX, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Paris, DURAND et HACHETTE, 1870, 4^{ème} éd., n° 551, p. 469). Mais cette titularité collective d'un seul et unique droit de propriété ne permettrait pas d'expliquer que le droit de l'indivision a pour objet d'articuler des prétentions individuelles (droit au partage, à l'attribution éliminatoire...). Ainsi, la copropriété désignerait-elle, en réalité, une pluralité de droits de propriété, (la propriété étant alors conçue, non pas comme un bien, mais comme un lien entre une personne et un bien), exercés concurremment par plusieurs propriétaires sur une même chose (v. : F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 2008, 3^{ème} éd, coll. Droit fondamental, n° 358, spéc. p. 534 *in fine*). Un débat analogue s'est engagé sur la détermination de la nature des droits de chacun des associés, et cela, dans la mesure où l'indivision et la société constituent deux formes d'appropriation collective d'un bien ou d'un ensemble de biens. Cependant, là où l'indivision apparaît d'une manière statique comme un statut appliqué à certains biens faisant l'objet d'une appropriation collective, la société est envisagée dans une perspective dynamique comme reposant sur une propriété collective tournée vers la réalisation d'une activité, ce que traduit la notion de patrimoine d'affectation, (v. sur ces points : Fl. DEBOISSY et G. WICKER, « *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux* », RTD. civ. 2000, p. 225 et s., spéc., n° 5 et n° 14).

⁴ F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 41, spéc. p. 49.

⁵ v. not. en ce sens au sujet de l'indivision, qui est une forme particulière d'appropriation collective, : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 271, p. 257. L'auteur ajoutant que :

En effet, si la quote-part abstraite est connue dès le départ, la part concrète ne sera connue qu'au jour du partage¹. Il convient d'ajouter que, dans le cas d'un groupement pluripersonnel, la quotité de la quote-part abstraite de chacun des associés sur le capital, les dividendes, et les obligations² a pu être redéfinie par le contrat organisant la situation de conjonctivité, ce contrat constituant la nouvelle clé de répartition des droits et obligations des membres. Aussi, lorsqu'un bénéfice est constaté, les membres du groupement disposent-ils d'une double possibilité. Ils peuvent, soit, décider de procéder à une distribution dudit bénéfice sous la forme de dividendes, soit, décider d'une mise en réserve. La question se pose alors de savoir si les branches de cette alternative, c'est-à-dire la distribution de dividendes ou la mise en réserve, qui constituent l'objet de la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice, peuvent être qualifiées de pouvoirs contractuels ?

79. Qualification de pouvoir contractuel. Décision de distribution.- Dans un premier temps il conviendra de se demander si une résolution d'assemblée décidant de la distribution du bénéfice de l'exercice³, conformément au contrat organisant les rapports internes entre les parties, est la manifestation d'un pouvoir contractuel ?

Pour cela, il convient d'analyser les effets du partage qui résultent du choix de distribuer les bénéfices. Doté d'un effet déterminatif, dit encore liquidatif⁴, le partage provoque une réduction d'assiette du droit de chacun des copropriétaires⁵ en modifiant de l'objet de leurs droits, c'est-à-dire le contenu⁶ de ces droits, en substituant à une quote-part abstraite une part concrète sur un bien déterminé. Chaque associé devient alors titulaire d'un droit exclusif sur

« ce droit est plus qu'une simple espérance car il donne, dans l'immédiat, une vocation à l'attribution d'un droit privatif sur chacun des biens indivis ».

¹ v. not. en ce sens : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit., loc. cit.*

² v. : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit., n° 41, spéc. p. 49*, où l'auteur souligne que le droit de copropriété constitue, non pas un droit actuel, mais une « simple vocation à recevoir une partie de l'actif (capital ou fruits) et à assumer une partie du passif de la copropriété ».

³ Dans les sociétés commerciales le bénéfice distribuable est défini par l'art. L. 232-11 du C. com. : il est composé du bénéfice comptable de l'exercice, diminué des pertes antérieures et de la dotation des réserves légales et statutaires, et augmenté du report à nouveau, voire d'un prélèvement sur les réserves antérieures dont la société a la disposition.

⁴ v. en ce sens : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Successions, Les libéralités, op. cit., n° 982, p. 489* ; Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de R. LE BALLE, *Cours de droit civil français, t. V bis., Les successions ab intestat*, Paris, ROUSSEAU, 1936, 2^{ème} éd., n° 712, p. 381-382.

⁵ v., semble-t-il en ce sens : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris, Sirey, 1983, n° 811, p. 608, où les auteurs retiennent que le partage : « transforme le droit de chaque copartageant qui portait sur une quote-part idéale et dont l'assiette était indéterminée en un droit concret portant sur des biens déterminés ».

⁶ v. en ce sens, à propos de l'indivision : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit., n° 46, p. 55*, où l'auteur énonce : « Le partage apporte au droit des indivisaires "la certitude qui leur manquait" (cette précision est empruntée par l'auteur à : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les Successions, Les libéralités, op. cit., n° 982, p. 489*) en précisant les contours et le contenu ». (Nous soulignons). Rapp. : R. SAVATIER, *La théorie générale des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 1979, 4^{ème} éd., n° 304, p. 363, où, au sujet de l'indivision, l'auteur retient : « les indivisaires ont acquis dès l'apparition de l'indivision, une créance virtuelle d'attribution, soit en nature, soit en argent ; et le partage ne fait que situer l'objet de cette créance ». (Nous soulignons). L'analyse semble transposable à la propriété collective présente dans les groupements sociétaires.

une partie du tout¹, et cela conformément à la proportion déterminée par la clé de répartition contractuelle. La décision majoritaire de procéder au partage des bénéfices précise ainsi l'objet et, plus précisément, la quotité, du droit de chacun des associés issu du contrat organisant les rapports entre les membres. Aussi, une telle modification-précision des effets du contrat organisant la situation de conjonctivité imposée par une partie constituant la majorité est-elle bien l'expression d'un pouvoir contractuel.

80. Qualification de pouvoir contractuel. Décision de mise en réserve.- Dans un second temps, il apparaît nécessaire de se demander si la décision de mise en réserve du bénéfice correspond à l'exercice d'un pouvoir contractuel.

Destinée à permettre l'autofinancement via une augmentation des fonds propres, la décision de mise en réserve ne vient pas modifier l'objet du droit de chacun des associés, qui demeure sous la forme d'une quote-part abstraite dont la quotité est définie par le contrat organisant la situation de conjonctivité.

Cependant, il semblerait que cette décision majoritaire vienne préciser les conditions de jouissance des droits issus du contrat organisant la situation de conjonctivité. En effet, il a pu être mis en évidence, d'une part, que la propriété collective correspondait à une pluralité de droits de propriétés exercés concurremment par plusieurs propriétaires sur un même bien². D'autre part, il a pu être démontré que l'affectation correspondait à un mode particulier d'exercice du droit de propriété dont l'objet est de modifier la condition juridique des biens³. Or, par le biais de la décision majoritaire de mise en réserve, les bénéfices sont réservés à l'activité du groupement, et notamment aux créanciers sociaux : ils se retrouvent affectés à l'activité sociale alors que, par principe, ceux-ci ont vocation à être distribués⁴. Il en résulte alors que la décision de mise en réserve du bénéfice de l'exercice produit une modification de la condition juridique des biens⁵ qui se répercute sur les droits de tous les copropriétaires en venant modifier leurs conditions de jouissance. Là où la propriété collective⁶ des bénéfices n'était pas affectée à une activité particulière, celle-ci le devient.

Aussi, cette modification des conditions de jouissance des droits issus du contrat organisant les rapports entre les parties, par l'adjonction d'une précision qui complète leur régime, correspond-elle à une modification des effets du contrat, c'est-à-dire encore, à l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. En outre, dans la mesure où cette modification du contrat est le résultat d'une décision majoritaire, et donc de la manifestation de volonté d'une partie simple ou plurielle au contrat, il en résulte que l'élément volontaire de la

¹ v. : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 47, p. 56. Le caractère « exclusif » étant traditionnellement attaché à la notion de droit subjectif, certains auteurs en déduisent alors que : « dès lors qu'il est décidé de distribuer, sous la forme d'un dividende, tout ou partie du bénéfice constaté, se manifeste le droit subjectif de l'associé au dividende ». v. : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPÉTTIT* », art. préc., n° 47, spéc., p. 726.

² v. en ce sens : F. ZÉNATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., loc. cit.

³ v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPÉTTIT* », art. préc., n° 48, spéc., p. 726. Adde, Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 21, p. 130-131.

⁴ Le premier alinéa de l'art. 1832 du Code civil précise, en effet, que l'une des finalités de la société peut être de partager un bénéfice.

⁵ Il s'agit d'une modification de l'effet réel du contrat.

⁶ La propriété collective s'entend comme une pluralité de droits de propriété en concours sur un même bien.

définition des pouvoirs contractuels est également caractérisé. Par conséquent la décision majoritaire de mise en réserve du bénéfice de l'exercice apparaît comme étant l'expression d'un pouvoir contractuel.

B. Les pouvoirs contractuels en dehors des assemblées.

81. Exemples choisis.- S'il est vrai qu'une partie marquante de la vie des groupements est constituée par la tenue d'assemblées, ces rassemblements demeurent cependant ponctuels, et ne doivent pas conduire à occulter le fait que la plus grande partie de la vie dans les groupements sociétaires et associatifs se déroule en dehors de assemblées. Dès lors, il peut sembler opportun de rechercher l'existence de pouvoirs contractuels également en dehors du cadre des assemblées. Deux exemples seront retenus. D'une part, il sera fait allusion aux pouvoirs contractuels qui permettent de contrôler l'identité des parties au contrat organisant la situation de conjonctivité (1). D'autre part, il sera fait allusion au pouvoir disciplinaire présent dans les groupements de droit privé (2).

1. Les pouvoirs contractuels permettant de contrôler l'identité des parties.

82. Les pouvoirs d'agrément du cessionnaire.- Dans le cadre des groupements, il convient de distinguer deux types d'agréments. Le premier type d'agrément se rencontre dans les groupements marqués par un fort *intuitus personae*. Aussi, s'agit-il des sociétés de personnes et des SARL où la loi soumet la cession des parts sociales¹ à l'autorisation des associés². Le second type d'agrément se retrouve dans les sociétés de capitaux. Dans le cadre de ces groupements, si chaque actionnaire dispose, en principe, de la possibilité de liquider son investissement en cédant ses actions, qui sont des titres librement cessibles et négociables, il s'avère cependant possible de faire obstacle à cette prérogative par le biais de la stipulation d'une clause d'agrément. À l'opposé du premier type d'agrément qui est de nature légale, ce second type d'agrément dispose d'une nature conventionnelle. Ainsi, par exemple, dans les sociétés anonymes où les actions ne sont pas cotées, les parties peuvent stipuler dans les statuts une clause d'agrément³ qui dénature la société anonyme en la marquant d'*intuitus personae*. Cette possibilité d'introduire dans les statuts une clause d'agrément est également reconnue expressément par la loi en matière de SAS⁴.

¹ Les parts sociales ne sont pas des valeurs mobilières et ne sont pas négociables ni librement cessibles (art. L. 221-13 du C. com).

² Ainsi, l'agrément est-il légalement requis en cas de cession de parts sociales dans les sociétés de personnes (par ex. : en matière de société en nom collectif, l'agrément est exigé en cas de cession, quelle que soit la qualité de la personne du cessionnaire, en vertu du principe général posé par l'art. L. 221-13 du C. Com. ; en matière de société civile l'agrément de tous les associés est requis par l'article 1861 du C. civ., sauf en cas de cession à des ascendants ou descendants) ainsi que dans leur cousine qu'est la SARL en cas de cession à un tiers (art. L. 223-14 du C. com.).

³ Art. L. 228-23 du C. com.

⁴ Art. L. 227-14 du C. com.

D'une manière générale, l'agrément se définit comme étant une approbation ou une autorisation¹ à laquelle est subordonnée la réalisation d'un projet. Le projet étant ici la conclusion d'un contrat de cession avec un tiers. Le mécanisme de l'agrément crée alors une situation dans laquelle l'une des parties contrôle la liberté contractuelle de l'autre². Il en résulte une situation de domination d'une partie sur l'autre, une situation de déséquilibre, ce qui peut soulever la question de l'application de la qualification de pouvoir contractuel au mécanisme de l'agrément.

Le mécanisme de l'agrément ne doit pas être analysé comme un processus conventionnel de modification au contrat au sein duquel le cédé accepterait, via l'agrément, une offre de modification. L'agrément apparaît, en réalité, comme un mécanisme doté d'un esprit unilatéraliste : le titulaire du droit d'agréer décidant seul de donner une autorisation à la cession. Or, l'autorisation a pu être analysée comme un acte juridique unilatéral³, ce qui conforte une telle approche.

Mais quel est alors l'objet de l'agrément ? Dans le cadre des sociétés de personnes, les associés ne sont pas titulaires d'un pouvoir contractuel leur permettant de réaliser une cession unilatérale de contrat. Si le contrat de cession de parts sociales est valable dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, le principe de l'effet relatif interdit cependant que ledit contrat de cession puisse modifier l'identité des parties au contrat de société, c'est-à-dire, au contrat organisant les rapports internes entre les parties. Ainsi, la cession réalisée unilatéralement par le cédé, qui avait décidé de se substituer un tiers, est-elle susceptible de faire l'objet d'une action tendant à la voir déclarée de nul effet sur le contrat liant les membres du groupement⁴.

Dans le cadre des sociétés de capitaux les parties jouissent, par principe, du pouvoir de réaliser une cession unilatérale de contrat. La stipulation d'une clause d'agrément vient alors priver les membres d'un tel groupement de la jouissance de ce pouvoir.

Aussi, l'objet de l'agrément est-il d'influer sur la portée des effets produits par la convention de cession conclue entre le cédant et le cessionnaire, et ce, en lui permettant de dépasser les limites induites par le principe de l'effet relatif des contrats, c'est-à-dire en lui permettant, non pas d'être opposable, mais de produire des effets dans le contrat organisant les rapports internes entre les parties⁵.

Si d'aucuns pourraient être tentés de dire que la modification du contrat est réalisée par le contrat conclu entre le cessionnaire et le cédant, au final, c'est en réalité bien le titulaire du droit d'agréer le cessionnaire qui décide seul d'imposer, ou non, une modification du contrat qui le liait au cédant. Dans la mesure où l'exercice du droit d'agréer le cessionnaire permet

¹ Pour l'emploi de ces termes dans la définition de l'agrément, v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Agrément.

² v. en ce sens : W. DROSS, *Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, LexisNexis, 2010, p. 4 ; Adde, pour une application au contrat de vente : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 75, p. 60.

³ v. en ce sens : B. THULLIER, *L'autorisation, Étude de droit privé*, Préf. A. BÉNABENT, LGDJ, 1995, n° 317-318, qui analyse plus précisément l'autorisation comme un acte juridique unilatéral déclaratif de type permissif.

⁴ v. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 19 juillet 2000, *Bull. civ. III*, n° 151, p. 104 ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 décembre 2000, *Bull. civ. III*, n° 185, p. 130, où la Cour, dans le cadre d'une cession de parts sociales réalisée sans agrément, réserve la qualité pour agir en nullité aux associés dont l'agrément est requis.

⁵ Sur la distinction entre opposabilité et extension de l'effet obligatoire du contrat, v. : J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, op. cit.*, p. 86 et s.

d'influer sur l'identité de l'une des parties au contrat, il est possible de constater que ce droit permet de modifier les effets du contrat puisque celui-ci ne liera plus les mêmes personnes. Autrement dit, on retrouve bien, ici, l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. De plus, il doit être ajouté que si en dehors des groupements la décision d'agrément résulte d'une manifestation unilatérale de volonté d'une partie, dans le cadre d'un groupement, la décision résulte d'une manifestation unilatérale de volonté de l'organe compétent¹ dont les membres sont les représentants² des parties au contrat organisant la situation interne du groupement. La manifestation unilatérale de volonté des parties d'accorder ou non l'agrément est alors émise par le biais du mécanisme de la représentation.

2. *Le pouvoir disciplinaire.*

83. **Source et nature du pouvoir disciplinaire.**- S'il existe un débat relatif à la nature de la source du pouvoir disciplinaire dans les groupements de droits privé opposant les partisans de l'analyse institutionnelle³ aux partisans de l'analyse contractuelle⁴, il semblerait que l'analyse contractuelle connaisse actuellement un regain d'intérêt lié au dépassement de l'obstacle que constituait initialement la théorie de la personnalité morale. En effet, la personne morale ne masquant plus l'acte constitutif, il a pu être mis en évidence que celui-ci, dans le cadre des groupements pluripersonnels, disposait d'une double dimension. D'un côté, un acte unilatéral conjonctif instituant le groupement en un sujet de droit, et de l'autre, un contrat organisant les rapports entre les parties⁵, c'est-à-dire la situation de conjonctivité. Aussi, les dispositions à caractère disciplinaire contenues dans les statuts ont vocation à sanctionner les manquements aux obligations et aux devoirs comportementaux qui sont issus, soit, de l'acte

¹ Dans le cadre d'une société anonyme, l'organe compétent devrait être le conseil d'administration ou le directoire. L'analyse qui retient la compétence du conseil d'administration ou du directoire est proposée par certains auteurs qui considèrent que l'organe social qui aurait compétence pour statuer sur la demande d'agrément d'un cessionnaire devrait également être celui qui sera compétent pour décider de la solution à adopter en cas de refus d'agrément. Or, l'article L. 228-24 du C. com. désigne les deux organes précités comme compétents pour organiser les suites du refus d'agrément. v. pour une telle analyse : B. JADAUD, « *Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ?* », JCP. E. 2001, p. 1946 et s., spéc. n° 35 et s. Mais cela ne signifie pas pour autant que les statuts ne puissent pas désigner un autre organe comme titulaire du droit d'agrément. S'il s'agit de l'assemblée, on se retrouverait alors dans le cadre d'un pouvoir contractuel ayant pour support une résolution majoritaire.

² Dans la mesure où les membres du directoire sont désignés par les membres du conseil de surveillance, ils sont en réalité des sous-mandataires des associés. *Adde*, Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 42 et s., p. 143 et s., à propos de l'application de la qualification de contrat de mandat appliquée aux dirigeants sociaux,

³ v. not. : A. LEGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions*, Sirey, 1938, p. 21-48, où les auteurs défendent l'origine institutionnelle du pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Pour ces auteurs (spéc. p. 23) la théorie de l'institution montre : « que les collectivités vivent une existence juridique qui leur est propre, ont un droit collectif ou institutionnel, *étranger au droit contractuel, accomplissent des actes qui ne se ramènent pas au contrat*, et que ces caractères distinctifs se retrouvent aussi bien dans les institutions privées, comme l'association ou le syndicat, que dans les institutions publiques, l'État, l'Administration ». (Nous soulignons).

⁴ Pour une analyse contractuelle, v. not. : G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., n° 94 ; du même auteur, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 56, spéc. p. 731 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 40 et s., p. 142 et s. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 189, p. 155-156.

⁵ Sur ces points, v. *supra*, n° 69 et s., p. 89 et s.

unilatéral instituant le groupement¹, soit, du contrat organisant la situation de conjonctivité. Le pouvoir disciplinaire transcenderait ainsi la distinction entre ce qui ressort de l'acte unilatéral et ce qui ressort du contrat organisant la situation de conjonctivité.

Dans cette dernière hypothèse, où les sanctions disciplinaires sont destinées à régir le comportement de chacun des membres composant la partie plurale vis-à-vis des autres, lesdites sanctions tirent leur origine du contrat organisant les rapports internes entre les parties, c'est-à-dire de la situation de conjonctivité. Dès lors, en raison de leur source contractuelle, les sanctions disciplinaires disposent d'une nature contractuelle. Ainsi, les sanctions disciplinaires ici visées doivent-elles être appréhendées via une analyse contractuelle, c'est-à-dire par analogie aux mécanismes contractuels classiques de sanction. Cela signifie, par exemple, que la sanction prévue par les statuts ayant pour objet le paiement d'une amende en cas de manquement commis par l'un des membres à ses obligations ou devoirs comportementaux s'analyse en une évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi, ce qui correspond à la qualification de clause pénale². Cela signifie encore que la clause des statuts prévoyant l'exclusion³ d'un membre suite à des manquements qui peuvent être soit limitativement énumérés, soit définis de manière plus générale⁴, doit s'analyser en la stipulation d'une clause résolutoire⁵ ou d'une condition résolutoire⁶.

En revanche, il convient de souligner que la sanction qui a pour objet la suspension temporaire de la qualité de membre, c'est-à-dire la privation temporaire des droits attachés à la qualité de membre, le temps que ledit membre exécute des obligations qui sont relatives à la réalisation du projet commun, comme, par exemple, le paiement des arriérés de cotisation dans une association⁷, la réalisation d'un apport dans le cadre d'une société, doivent être rattachées

¹ Par exemple, l'inexécution par l'un des associés, de l'obligation de réaliser son apport, ou encore, l'inobservation par un associé de son devoir de collaboration qui est l'un des devoirs comportementaux découlant de l'assujettissement des membres à la réalisation du projet commun.

² v. pour un exemple en matière de société coopérative : Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 366, p. 256, où la Cour retient la qualification de clause pénale, ce qui permet d'appliquer le régime de la clause pénale et notamment de reconnaître le pouvoir de modulation du juge issu de l'art. 1152 al. 2 du C. civ. Toutefois, la clause pénale ne saurait constituer un pouvoir contractuel. v. : *supra*, n° 5, spéc., p. 13.

³ Précisons, qu'en l'absence de clause statutaire prévoyant l'exclusion d'un membre, si la résolution judiciaire pour inexécution de ses obligations peut être prononcée par le juge sur le fondement de l'art. 1184 du C. civ. en matière d'associations (v. : Trib. civ. Seine-Inférieure, 4 avril 1927, DP. 1927, 2, p.164, note R. BEUDANT), le juge se refuse cependant à y procéder en matière de sociétés (v. : Cass. com. 12 mars 1996, préc.).

⁴ Par exemple, en matière d'association, il est possible de prévoir une énumération précise des fautes (conflit avec les autres membres, atteinte à l'honneur ou à l'intérêt de l'association, détournement de fonds) ou de les réunir au sein d'une formule générale telle que « la faute grave », ou bien de combiner les deux méthodes. v. en ce sens : K. RODRIGUEZ, Rép. civ. annexes. Dalloz, V° *Association*, septembre 2014, n° 125.

⁵ v. en ce sens : G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., n° 94 ; Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 40, spéc. p. 143.

⁶ Pour un exemple de condition résolutoire, il semble possible de citer l'arrêt : Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 424 p. 297 ; JCP G.1997, II, n° 22815, note P. REIGNÉ. Dans cette espèce, une société exploitant un supermarché avait adhéré à l'association des centres distributeurs E. LECLERC, et avait conclu un contrat de panonceau. Retenant l'indivisibilité des deux actes, la Cour a admis que la résiliation du contrat de panonceau en raison des manquements commis par le distributeur-adhérent emportait l'exclusion de l'association. L'automatisme de l'exclusion de l'association semble renvoyer au mécanisme des conditions, et plus particulièrement ici à une condition résolutoire dans laquelle l'événement érigé en condition serait la résiliation du contrat de panonceau. v. en ce sens : G. WICKER, Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, art. préc., *loc. cit.*

⁷ La question de savoir si l'exclusion ou la suspension de la qualité de membre en raison du non-paiement des cotisations relève de la matière disciplinaire est débattue (pour une telle interrogation v. not. : F. LEMEUNIER, *Associations, 2009-2010*, Delmas, 2009, 12^{ème} éd., n° 716, p. 120). Cependant, la Cour de cassation exige le respect

à l'acte unilatéral. En effet, l'obligation de faire un apport, qui peut prendre la forme d'un apport en numéraire alors dénommé « cotisation » dans les groupements associatifs, ne concerne pas les rapports avec les autres membres – l'apport n'est pas dû aux autres membres – mais traduit l'adhésion au projet commun et donc la soumission à l'acte unilatéral. Si la perte temporaire des droits attachés à la qualité de membre se rapproche du mécanisme de l'exception d'inexécution, cette sanction ne saurait pour autant y être assimilée dans la mesure où l'exception d'inexécution suppose un rapport d'obligations interdépendantes nées d'un contrat-commutation¹. Dès lors, la privation temporaire des droits attachés à la qualité de membre, qui sanctionne l'inexécution d'une obligation présente dans le cadre d'un rapport d'obligation de type conjonctif², ne peut faire l'objet d'une analyse par le biais d'un mécanisme contractuel.

Si certaines sanctions apparaissent comme des sanctions de source et de nature contractuelle, la question se pose alors de savoir si elles peuvent être qualifiées de pouvoirs contractuels ?

84. Qualification de pouvoir contractuel.- Dans la mesure où les sanctions disciplinaires entrevues renvoient à des sanctions de type contractuel classique qui ont déjà été étudiées, les développements seront ici assez brefs. Il a pu être mis en évidence que les clauses pénales ne pouvaient être qualifiées de pouvoirs contractuels en raison de leur appartenance au mécanisme des conditions et, donc, compte tenu de la production automatique de leurs effets³, ce qui exclut les amendes de la catégorie des pouvoirs contractuels. Il est en revanche apparu que les clauses résolutoires pouvaient être le siège de pouvoirs contractuels. Ainsi, les clauses statutaires d'exclusion qui s'analysent en des clauses résolutoires⁴ peuvent être qualifiées de pouvoirs contractuels. En effet, elles permettent une modification du contrat organisant la situation de conjonctivité par le biais de l'élimination de l'une des parties au contrat suite à une manifestation unilatérale⁵ de volonté de l'organe compétent⁶.

des droits de la défense, qui est un principe inhérent à la procédure disciplinaire, même en cas d'exclusion pour non-paiement des cotisations (v. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 496, p. 442). La Cour de cassation semble ainsi adopter une conception large de la catégorie des sanctions disciplinaires.

¹ Comp., pour une analyse proche mais appliquée à la notion de contrat-partage : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 312, p. 294-295

² Sur le rapport d'obligations de type conjonctif, v. *supra*, n° 70, spéc., p. 91.

³ v. : *supra*, n° 5, spéc., p. 13.

⁴ Il convient de préciser ici que les clauses d'exclusions qui s'analysent en des conditions résolutoires ne sauraient être qualifiées de pouvoirs contractuels, et cela en raison de la production automatique de leurs effets. L'anéantissement automatique du contrat qui suit la réalisation de l'événement érigé en condition exclut le rôle de la volonté de leur bénéficiaire et donc l'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels.

⁵ v. clairement en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, préc., où la Cour énonce que : « l'exclusion d'un sociétaire » est une « rupture unilatérale du contrat d'association à son endroit ».

⁶ L'organe compétent pour prononcer la sanction est défini dans les statuts. Par exemple, il peut s'agir du conseil d'administration dont les membres sont les représentants des parties au contrat organisant la situation de conjonctivité. (En effet, dans la mesure où les parties sont dans une situation de concours quant à la jouissance des droits, obligations et pouvoirs nés de l'acte constitutif du groupement, ils peuvent choisir de déléguer la jouissance du pouvoir disciplinaire à des mandataires qui sont qualifiés d'organes dans l'analyse institutionnelle). Le conseil d'administration pouvant soit intervenir seul, soit après avis de l'assemblée. L'assemblée peut aussi être désignée dans les statuts comme le seul organe compétent. Dans cette hypothèse on se retrouve en présence d'un pouvoir contractuel ayant pour support une résolution majoritaire tel qu'étudié précédemment (v. *supra*, n° 76 et s., p. 94 et s.).

85. Bilan de la Section II.- Affirmer la présence des pouvoirs contractuels au sein des groupements sociétaires et associatifs supposait, au préalable, de rechercher un acte de nature contractuelle pouvant servir de support auxdits pouvoirs contractuels. Le dépassement de l'obstacle que constituait initialement la personnalité morale a permis d'entreprendre l'analyse de la nature de l'acte constitutif d'un groupement, c'est-à-dire de ses statuts, et d'en déduire que ceux-ci étaient composés de deux types d'actes distincts : un acte unilatéral instituant le groupement en un sujet de droit, et un contrat pour l'organisation de la situation de conjonctivité. De la sorte, il a pu être constaté que le domaine des pouvoirs contractuels dans les groupements sociétaires et associatifs devait être circonscrit à cette seule sphère contractuelle organisant les rapports internes entre les parties.

Par la suite, il a pu être mis en évidence que certains pouvoirs contractuels se manifestaient, d'une part, dans le cadre des assemblées. Les pouvoirs contractuels ayant pour support, dans cette hypothèse, une résolution majoritaire. En effet, seule une résolution majoritaire permet d'introduire une modification dans le contrat organisant les rapports entre les associés, c'est-à-dire dans la situation de conjonctivité. Ont ainsi pu être qualifiées de pouvoirs contractuels, les résolutions majoritaires dont l'objet est de modifier la norme contractuelle qui opère la répartition des droits, obligations, et pouvoirs par le biais de la création d'actions de préférence, ou encore, les résolutions majoritaires décidant de l'affectation du bénéfice de l'exercice dans la mesure où celles-ci viennent préciser les droits des associés sont titulaires en vertu du contrat organisant la situation de conjonctivité.

D'autre part, certaines manifestations de pouvoirs contractuels ont également pu être mises en lumière en dehors du cadre des assemblées. Tel est le cas, en matière disciplinaire, des clauses d'exclusions. Tel est aussi le cas des pouvoirs qui permettent de contrôler l'identité des parties au contrat organisant la situation de conjonctivité, comme ceux résultant de la stipulation d'une clause d'agrément.

S'il est donc possible de trouver trace du phénomène de pouvoir contractuel dans le cadre des groupements de droit privé, il semblerait également possible d'en recenser dans le cadre du troisième type de contrat dégagé par le doctrine, à savoir, le contrat-coopération.

SECTION III : LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LE CONTRAT-COOPÉRATION.

86. Méthode d'identification.- Si l'étude ici entreprise se donne pour objectif de mettre en lumière l'existence de pouvoirs contractuels au sein de la troisième catégorie de contrats que forme le contrat-coopération, cette opération suppose, au préalable, de tracer les contours du contrat-coopération (§ 1), pour ensuite être à même de procéder à un recensement des pouvoirs contractuels présents dans le contrat-coopération (§ 2).

§ 1 - LA STRUCTURE DU CONTRAT-COOPÉRATION.

87. Une structure juridique originale pouvant se décliner selon deux formes.- Dans la mesure où la structure du contrat-coopération repose sur le regroupement d'intérêts qui sont complémentaires en vue de la réalisation d'un projet commun, celle-ci ne s'apparente totalement ni au modèle échangiste, ni au modèle sociétaire. En cela, elle constitue alors une structure originale (A). De plus, il a pu être démontré que la structure du contrat-coopération pouvait se décliner selon deux formes distinctes (B).

A. Une structure originale.

88. Une structure hybride.- Si certains auteurs ont été tentés de réduire la catégorie du contrat-coopération, soit à la catégorie des contrats-échange¹, soit à la catégorie des contrats sociétaires², il a cependant pu être démontré que le contrat-coopération constituait, en réalité, une figure contractuelle hybride, se développant en marge à la fois du contrat-échange et du contrat de société³. Qu'il s'agisse, par exemple, du contrat d'édition, dans lequel l'auteur transfère à titre temporaire l'un de ses droits patrimoniaux, le droit de reproduction, en contrepartie de quoi l'éditeur est tenu de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires et d'en assurer la publication et la diffusion⁴ moyennant une rémunération proportionnelle de l'auteur⁵. Mais aussi, du contrat de franchise, qui a pour objet la réitération d'un succès commercial, au sein duquel, d'un côté, le franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire et à faire jouir le franchisé de sa marque, voire, parfois, à lui fournir des biens, en contrepartie d'une redevance proportionnelle au chiffre d'affaire du franchisé et de l'intérêt qu'il retire du développement de la clientèle ; et de l'autre, le franchisé s'oblige à exploiter la marque et le savoir-faire, voire à s'approvisionner auprès du franchiseur. Une conclusion sur la structure des contrats-coopération est parvenue à s'imposer. Tous les contrats-coopération allient à un transfert de valeurs, la réalisation d'un projet commun qui crée un effet de synergie⁶.

Cette structure particulière éloigne, dans un premier temps, le contrat-coopération du contrat-commutation. Le contrat-commutation repose sur la conciliation d'intérêts opposés, en

¹ v. en ce sens : F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 152 à 158, p. 139-146, où l'auteur, après avoir distingué les contrats-échange et les contrats-partage, retient que si certains contrats d'intérêt commun sont des contrats-partage (ex. : le métayage), d'autres sont en réalité des contrats-échange. Au final, et d'une manière générale, l'auteur propose de rapprocher les contrats d'intérêt commun aux contrats-échange, mais en créant une sous-distinction au sein des contrats échange entre les contrats-échange de droit commun, et les contrats-échange d'intérêt commun, et cela, afin de tenir compte de la particularité de ces derniers. Rapp. : J.-F. HAMELIN, *Le contrat alliance*, th. préc., n° 171 et s.

² v. en ce sens : G. CORNU, *Cours de droit civil, Licence 2^{ème} année, 1972-1973*, Paris, éd. Les Cours de Droit, 1973, p. 314, mais l'auteur précise que le contrat de société présente un degré supplémentaire d'intégration. (cité par : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 117, p. 90-91).

³ Pour une telle analyse v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.* n° 116 et s., p. 90 et s., et 145 et s., p. 105 et s.

⁴ Art. L. 132-1 du C. propr. intell.

⁵ Art. L. 132-5 du C. propr. intell.

⁶ v. sur ces points : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.* n° 114, p. 89, et 321, p. 233.

raison de ce que l'exécution de l'obligation dont chaque partie est débitrice est tournée vers la satisfaction de l'intérêt exclusif de son créancier. Le contrat-coopération, quant à lui, repose sur la conciliation d'intérêts complémentaires autour de la réalisation d'un projet économique commun où chacune des parties est débitrice d'une obligation dont l'exécution permet de satisfaire l'intérêt de son créancier comme celui de son débiteur¹. Ainsi, la poursuite d'un projet commun distinguerait naturellement le contrat d'intérêt commun du contrat-échange classique, pour le rapprocher des contrats sociétaires².

Cependant, la structure particulière du contrat-coopération l'éloigne également, dans un second temps, des contrats sociétaires mais aussi associatifs. Si, dans les groupements de droit privé, les membres ont un intérêt *identique* à la réalisation du projet commun³, ce que traduit la notion d'*affectio societatis*, dans les contrats-coopération, les parties ont simplement des intérêts *complémentaires* à la réalisation du projet commun⁴. Ainsi, les intérêts des parties dans ce dernier type de contrat, bien que complémentaires, restent distincts. En outre, cette disparité d'intérêts exclut-elle que les parties au contrat-coopération soient regroupées dans une partie plurale unique. L'épreuve du caractère distinct des intérêts est notamment fournie par l'observation de ce que les bénéfices⁵ comme les pertes⁶ résultant de la réalisation du projet commun ne sont pas partagés.

Par conséquent, il apparaît nettement que le contrat-coopération dispose d'une structure originale, c'est-à-dire d'une structure hybride à mi-chemin entre le contrat-échange et le contrat de société. Aussi, cette structure, qui constitue le réceptacle d'une déclinaison particulière de la

¹ v. en ce sens : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit. n° 202, p. 143-144 et n° 207, p. 149, où l'auteure retient : « l'obligation de chaque partie est conçue comme un *moyen de réalisation d'un projet commun qui profite aux deux parties* ». (l'auteure souligne) ; Adde, Th. HASSLER, « *L'intérêt commun* », RTD com. 1984, p. 581 et s., p. 584-585, où l'auteur souligne que : « l'intérêt ne peut véritablement être commun que si le créancier du prix trouve un intérêt personnel à l'obligation dont il est débiteur ».

² Rapp. : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, op. cit., p. 11 et s., où l'auteur retient que seuls les actes collectifs sont orientés vers la réalisation d'un but commun, les contrats ayant, quant à eux, pour objet de réaliser un compromis entre des intérêts antagonistes. Adde, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 33.

³ Cette identité d'intérêts a alors permis de mettre en évidence que la réalisation du projet commun ne correspondait pas à la figure du contrat mais à celle de l'acte unilatéral. Au sujet de la structure binaire de l'acte constitutif d'un groupement, v. : *supra*, n° 69 et s., p. 89 et s.

⁴ v. en ce sens : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit. n° 212, p. 152-153.

⁵ v. en ce sens : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 154, p. 142-143, où l'auteur souligne que la rémunération proportionnelle au chiffre d'affaire se distingue d'un partage de type sociétaire : « la prétendue 'participation aux résultats' est *moins une répartition des bénéfices qu'une modalité de rémunération* du créancier ». (L'auteur souligne) ; Rapp. : J. RAULT, *Le contrat d'édition en droit français, Étude de jurisprudence française*, th. préc., où l'auteur, fait remarquer au sujet du contrat d'édition, que la rémunération proportionnelle : « n'est qu'un mode de rétribution spécial et non pas un élément constitutif de la société ». Précisons que dans l'hypothèse où l'auteur et l'éditeur conviennent de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation selon une proportion prévue, il ne s'agit plus d'un contrat d'édition mais d'un de contrat de compte à demi, que l'art. L. 132-3 al. 3 du C. propr. intell. analyse comme une société en participation.

⁶ v. not. en ce sens : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, op. cit., n° 175, p. 124 : « C'est qu'il y a bien association mais pour le meilleur seulement : les pertes subies ne sont pas partagées » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit. n° 78, spéc., p. 97 : « Et de fait, s'il y a association, c'est pour le meilleur ; les pertes subies ne sont pas partagées ».

norme de bonne foi générant un devoir dit de « coopération »¹, est susceptible de se décliner selon deux formes différentes.

B. Une structure pouvant se décliner sous deux formes.

89. La structure coopérationniste simple.- Lorsqu'il s'agit d'analyser le mandat d'intérêt commun, le contrat d'édition, le contrat de concession commerciale ou encore le contrat de franchise, tous ces contrats laissent apparaître une structure dite « simple »², distincte de celle des contrats-échange ou des contrats sociétaires. En effet, Mme ANCEL a pu démontrer que ces contrats « imposent des prestations réelles, dont la première, fournie par une des parties, joue le rôle de moyen, et la seconde, fournie par l'autre partie, parfait l'opération envisagée »³. Il est alors fait appel à « l'image d'un engrenage, une première roue – la prestation réelle instrumentale et qui est fournie par l'une des parties – entraînant une seconde roue – la prestation réelle finale –, fournie par le cocontractant, l'assemblage devant se révéler profitable aux deux prestataires »⁴. Par exemple, en matière de mandat d'intérêt commun, le mandant s'engage, dans un premier temps, à transférer au mandataire un « pouvoir de représentation », ce qui correspond à la prestation instrumentale, dans l'optique que ce dernier exerce sa « mission de représentation », ce qui correspond à la prestation finale. Mission dont le résultat intéresse, dans un second temps, les deux parties⁵. Il en va de même dans le contrat d'édition où l'auteur, en cédant son droit de reproduction, fournit à l'éditeur un instrument qu'il est chargé d'exploiter dans l'intérêt commun des parties⁶. Tel est aussi le cas des contrats de distribution intégrée, c'est-à-dire dans les contrats de concession commerciale et de franchise, dans lesquels « le fournisseur apparaît comme le prestataire instrumental et le distributeur comme le prestataire final »⁷.

90. La structure coopérationniste complexe. Premier schéma.- Lorsqu'elle se décline sous une forme complexe, la structure coopérationniste peut correspondre à deux schémas distincts.

¹ v. sur ce point : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.* n° 432 et s., p. 343 et s.

² Pour cette expression, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.* spéc. n° 212 et s., p. 131 et s.

³ v. : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 175, p. 123.

⁴ *Ibid*, n° 175, p. 124. Adde, S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.* n° 198, p. 140, et n° 215, spéc. p. 156 où l'auteure précise que la structure du contrat coopération repose sur l'enchaînement d'une obligation instrumentale et d'une obligation finale unies par « un lien de complémentarité ordonnée ».

⁵ Pour cet exemple, v. : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 176-178, p. 124-126.

⁶ v. en ce sens : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 181, p. 127-128, où l'auteure souligne à propos du contrat d'édition, comme du contrat de métayage, que l'intérêt commun est mis en évidence par la rémunération de la prestation instrumentale proportionnellement aux résultats de la prestation finale.

⁷ v. : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 184-192, p. 130-140.

Le premier schéma correspond au regroupement, au moyen d'un contrat-cadre, d'une pluralité de contrats, hétérogènes ou identiques, en vue de la réalisation d'une opération de coopération et a pu être dénommé « le complexe contractuel-coopération »¹.

Il est possible de trouver au sein de cette catégorie, d'une part, les contrats de *joint-venture*. Bien que susceptible d'épouser des formes variables², le contrat de *joint-venture* est un contrat cadre qui a pour objet d'organiser la poursuite d'une entreprise commune dans laquelle les partenaires ont des intérêts complémentaires³ et ne souhaitent pas perdre leur individualité. Afin de permettre la réalisation de l'opération économique projetée, le contrat-cadre, outre le fait qu'il peut prévoir, ou non⁴, la création d'une société commune, définit les conditions de la conclusion de toute une série de contrats d'application également appelés contrats satellites ou périphériques⁵. Si ces contrats d'application prennent parfois la forme de contrats d'apport à la société commune, ils constituent pour l'essentiel des contrats-échange conclus entre les parties ou avec la société commune. À ce propos, Mme LEQUETTE, a pu mettre en évidence que les contrats périphériques peuvent remplir, soit une fonction instrumentale, en fournissant les moyens nécessaires à l'activité, soit une fonction finale en permettant de concrétiser la réalisation du projet commun⁶. L'auteure a également pu montrer que lesdits contrats satellites pris en application du contrat-cadre sont unis par un « lien de complémentarité ordonnancée »⁷.

D'autre part, la catégorie du « complexe contractuel-coopération » intègre également les contrats de *consortium*. Le *consortium*, aussi dénommé groupement momentané d'entreprises, est un contrat-cadre qui organise les rapports de coopération entre des entreprises qui se regroupent, sans pour autant perdre leur indépendance⁸, dans le but de réaliser une

¹ Pour cette appellation, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 234, p. 166.

² v. not. : V. PIRONON, *Les joint-ventures, Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Préf. Ph. FOUCARD, Dalloz, 2004, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, pp. 11, 34, où l'auteure retient que la *joint-venture* est une notion protéiforme, qui n'est pas clairement définie. Elle constate que : « l'ambiguïté originelle de la *joint-venture* en droit américain s'est accrue dans la pratique internationale ». L'auteur procède alors à une étude empirique des formes de *joint-ventures* avant d'analyser leur réception par le droit positif. *Adde*, pour le constat de l'impossibilité d'une définition unitaire de la *joint-venture* transposable dans toutes les législations, v. : L.O. BAPTISTA et P. DURAND-BARTHEZ, *Les joint-ventures dans le commerce international*, Préf. H. LESGUILLONS, Bruylant, 2012, coll. FEDUCI, spéc. chap. III.

³ v. : V. PIRONON, *Les joint-ventures, op. cit.*, n° 102 : « L'objet du contrat de *joint-venture* ne se limite pas à un simple échange de prestations, et les intérêts des partenaires ne sont pas opposés ».

⁴ Pour un exemple de *joint-venture* sans création d'une société commune, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 152, p. 110, où l'auteure s'appuie sur un contrat d'extraction minière dans lequel la partie A, qui dispose d'une technologie nouvelle, s'engage à la transférer à la partie B, propriétaire d'une mine, qui s'engage à exploiter et à approvisionner la partie A à un tarif préférentiel.

⁵ v. : V. PIRONON, *Les joint-ventures, op. cit.*, n° 224, p. 115.

⁶ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 220 et s., p. 158 et s., et spéc., n° 225, p. 162, où l'auteure indique que les contrats instrumentaux et finaux sont dans la majorité des cas conclus avec la filiale commune, celle-ci pouvant jouer, soit le rôle de prestataire final, lorsque la filiale commune exploite les valeurs qui sont transférées dans son patrimoine via les différents contrats instrumentaux exécutés par les parties, soit le rôle de prestataire instrumental, lorsqu'elle fournit aux parties des moyens qu'ils exploiteront dans leurs intérêts propres.

⁷ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 224 et s., p. 160 et s.

⁸ v. : E. ALFANDARI et M. JEANTIN, RTD. com. 1981, p. 794, n° 23, où les auteurs énoncent que les parties au contrat de cotraitance veulent « seulement travailler chacun pour soi à une œuvre commune ». *Adde*, Ch.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, Préf. A. BÉNABENT, LGDJ, 2003, n° 325, p. 178, où l'auteur fait remarquer

prestation au profit d'un tiers auquel chacune des entreprises est liée contractuellement. Ce regroupement d'une pluralité d'exécutants se rencontre notamment dans le cadre de la cotraitance et des *pools* bancaires¹, et donne toujours naissance à un faisceau ou à une « gerbe de contrats »² identiques³ conclus avec un même maître d'ouvrage ou emprunteur. De plus, il a pu être démontré que les contrats de *consortium* reposaient sur un complexe de contrats interdépendants où chaque contrat occupe une fonction instrumentale et finale⁴.

D'une manière générale, il a alors pu être constaté que là où la forme simple du contrat-coopération reposait sur un « lien de complémentarité ordonnancée » entre des obligations instrumentales et finales, le « complexe contractuel-coopération » reposait, quant à lui, sur « un lien de complémentarité ordonnancée » tissé entre des contrats instrumentaux et finaux⁵.

91. La structure coopérationniste complexe. Second schéma.- Le second schéma de la forme complexe de la structure coopérationniste renvoie à l'articulation de contrats-coopération identiques, c'est-à-dire à la figure du réseau de contrats-coopération.

Si le réseau est généralement défini comme un entrelacs⁶ de contrats liant un fournisseur à une pluralité de distributeurs pris individuellement, ou encore comme « une organisation fonctionnelle (de distribution de produits ou de mise à disposition de services), constituée par un ensemble homogène de contrats-cadre, une gerbe de contrats identiques ou semblables »⁷, il convient de le distinguer du « complexe contractuel-coopération » dans la mesure où les distributeurs ne sont pas liés contractuellement entre eux par le biais d'un contrat-cadre⁸. Bien que composé d'une pluralité de contrats conclus individuellement entre le fournisseur et chacun

que l'existence d'un compte commun n'est pas le support d'un patrimoine d'affectation. Le compte commun constitue une simple commodité permettant de « simplifier le paiement des prestations conçu comme un tout » ; sur l'absence d'actif et de passif commun dans les contrats de cotraitance, ce qui les distingue des groupements sociétaires, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 167, p. 118.

¹ Au sein des *pools* bancaires, dénommés aussi crédits consortiaux, il existe des hypothèses où la réunion des différents établissements de crédit est révélé à l'emprunteur ou demeure occulte, les membres disparaissant derrière un chef de file. Sur cette distinction entre *pools* révélés et occultes, v. : Y. ZEIN, *Les pools bancaires, Aspects juridiques*, Préf. Ch. LARROUMET, Economica, 1998, coll. Droit civil, n° 4 et s., p. 5 et s.

² v. : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2010-2011, op. cit.*, n° 4726.

³ Par exemple, dans le cadre de la cotraitance, chacun des cotraitants va être partie à un contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage : les contrats seront ainsi identiques, mais leurs objets seront distincts (terrassment, fondations, charpente, électricité...). Dans le cadre d'une *pool* bancaire révélé (les *pools* occultes ne constituant pas des contrats de *consortium* dans la mesure où il n'y a pas une pluralité de contrats conclus avec un même cocontractant), chacune des banques conclut un contrat de prêt à titre onéreux avec l'emprunteur, ce qui permet de répartir la charge du crédit entre les différents établissements bancaires et de mobiliser des sommes importantes.

⁴ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 232 et s., p. 165-166, où l'auteure souligne que : « chaque contrat est l'instrument qui va permettre à l'autre contrat de remplir sa fonction finale ».

⁵ *Ibid.*, n° 241, p. 170.

⁶ Pour une définition du réseau comme un « entrelacement de relations », v. not. : D. FERRIER, « *La considération juridique du réseau* », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, t. II, p. 95 et s., spéc. n° 5. Pour une analyse étymologique du mot « réseau » qui vient du latin *rete*, diminutif de *reticulum* qui désigne un filet à petites mailles, v. : L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. GUYON, LGDJ, 1995, n° 2, p. 4.

⁷ v. : Ph. LE TOURNEAU, *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc. n° 1010 : *Concessions. Distribution, circuits et réseaux de distribution*, juillet 2014, spéc. n° 27.

⁸ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 247, p. 172-173.

des membres, le réseau se caractérise par la création d'un lien d'interdépendance¹ entre les différents contrats qui trouvent leur fondement sur une identité de cause². Il en résulte alors la création d'un groupe de contrats³, ce qui confère au réseau une dimension collective⁴. Le réseau laisse alors apparaître une organisation hiérarchisée⁵.

En outre, la réalisation d'une juxtaposition de contrats, et plus particulièrement ici de contrats d'intérêt commun, concession et franchise, en vue de la production d'un effet de synergie serait à l'origine de l'apparition d'un « intérêt du réseau »⁶ en raison de ce que le développement de la clientèle serait bénéfique, au chef du réseau, aux distributeurs, mais aussi au réseau pris dans son ensemble. Le réseau composé de contrats de concession ou de franchise repose ainsi sur un regroupement et une articulation de contrats-coopération, et constitue une déclinaison complexe de la structure coopérationniste.

Aussi, d'une manière générale, la structure coopérationniste, qu'elle soit simple ou complexe, semble-t-elle susceptible d'être le siège de pouvoirs contractuels.

§ 2 - LE RECENSEMENT DES POUVOIRS CONTRACTUELS PRÉSENTS DANS LE CONTRAT-COOPÉRATION.

¹ v. en ce sens : Ph. LE TOURNEAU, *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc. n° 1010, préc., n° 27 : « Un dessein commun vivifie l'ensemble, créant entre ses membres une interdépendance ».

² v. en ce sens : B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LDGJ, 1975, n° 68, p. 36, où l'auteur énonce que les conventions qui forment l'ensemble contractuel qu'est le réseau sont « soudées par une identité de cause ». En effet, la cause de l'engagement de chaque nouveau membre ne se limite pas à l'obtention d'une contrepartie qui consisterait en la fourniture de produits ou en la transmission d'un savoir-faire. Elle réside également dans la volonté de faire partie du réseau, c'est-à-dire de bénéficier de l'effet de synergie attaché au réseau.

³ v. en ce sens : V. MARX, *La dimension collective des réseaux de distribution*, thèse, Montpellier, 2008, n° 3, p. 8 : « Le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres ». (Nous soulignons).

⁴ v. en ce sens : P. PIGASSOU, « *La distribution intégrée* », RTD. com. 1980, p. 473 et s., spéc. n° 8, p. 483 : « La notion de réseau confère une dimension collective aux rapports bilatéraux établis entre un fournisseur et un revendeur en vue de former un ensemble cohérent ».

⁵ v. en ce sens : L. AMIEL-COSME, « *La théorie institutionnelle du réseau* », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1 et s., spéc. n° 13.

⁶ Certains auteurs considèrent que l'intérêt du réseau est distinct de la somme des intérêts individuels de ses membres, v. : S. LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Étude particulière aux contrats de distribution*, préf. M. PÉDAMON, avant-propos J. MONÉGER, Litec 2002, n° 66, p. 107 : « concernant la relation d'exclusivité, l'idée paraît juste de l'existence d'un intérêt supérieur à l'intérêt commun des cocontractants. On se rapproche alors de la notion d'*intuitus firmæ* ». Rapp. : M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution, Traité des contrats*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 937, p. 488, où les auteurs énoncent que : « l'intérêt du réseau ne se confond pas toujours absolument avec l'intérêt des distributeurs ». Cependant, consacrer l'existence d'un « intérêt du réseau » distinct de la somme des intérêts individuels de ses membres revient à transposer en matière de réseau l'analyse institutionnelle employée en matière de groupements sociétaires qui se fondait également sur un intérêt distinct de celui de ses membres. Or, si cette analyse définit en « négatif » l'intérêt du réseau en le distinguant de la somme des intérêts individuels des membres, elle ne fournit aucune explication en « positif » de la substance de l'intérêt du réseau : elle ne permet pas de l'identifier et de dire ce qu'il est, ce dont il est composé.

92. Recensement des pouvoirs contractuels généralement associés à la structure du contrat-coopération.- Il est possible de trouver trace, au sein du contrat-coopération, de deux catégories de pouvoirs contractuels.

La première catégorie est composée de pouvoirs contractuels qui ne constituent qu'une transposition au contrat-coopération de pouvoirs contractuels existant déjà dans le cadre du contrat-commutation. Ainsi, en va-t-il des pouvoirs de résolution unilatérale, de résiliation unilatérale, de l'exception d'inexécution, ou encore du pouvoir de détermination unilatérale du prix¹. Déjà évoqués, ces pouvoirs seront, dans la démarche de recensement ici entreprise, laissés de côté.

Il conviendra plutôt de s'attarder sur le recensement des pouvoirs contractuels qui sont généralement associés au contrat-coopération dans la mesure où ils en complètent la structure. En effet, les parties, prenant acte de l'inscription du contrat-coopération dans la durée et de sa dimension évolutive², décident traditionnellement de ne pas règlementer, par le biais de clauses précises, toutes les situations qui risqueraient de se produire au cours de l'exécution, et cela, essentiellement pour des raisons de coût liées à l'allongement de la période de négociation. C'est pourquoi, dans l'optique de rationaliser la gestion quotidienne de l'entreprise commune, les parties choisissent généralement de remédier à l'incomplétude structurelle des contrats-coopération en stipulant des clauses leur conférant des pouvoirs contractuels. Ces pouvoirs confèrent ainsi à l'une ou à l'autre des parties, voire aux deux, la possibilité de définir ou de redéfinir les conditions d'exécution des prestations.

Dans l'optique de procéder à un recensement³ des pouvoirs-contractuels présents dans le contrat-coopération, il conviendra de s'appuyer sur sa structure particulière. En effet, il a pu être observé que le contrat-coopération repose sur l'enchaînement d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale, c'est-à-dire qu'il associe un prestataire instrumental, comme, par exemple le franchiseur, le concédant, l'auteur dans le contrat d'édition, ou encore, le mandant dans le mandat d'intérêt commun, et un prestataire final, tel que le franchisé, le concessionnaire, l'éditeur, ou encore le mandataire, à la réalisation d'un projet commun. Or, les parties liées par un contrat-coopération peuvent stipuler des clauses susceptibles de conférer des pouvoirs contractuels soit, au prestataire instrumental (A), soit, au prestataire final (B).

A. Les pouvoirs contractuels conférés au prestataire instrumental.

¹ La présence d'un pouvoir de détermination unilatérale du prix se rencontre lorsque, au sein d'un contrat cadre de franchise, de concession ou de *joint-venture*, la prestation instrumentale a pour support la conclusion d'un contrat de vente dont la fonction consiste à approvisionner, par exemple, le concessionnaire ou le franchisé en produits à revendre, ou encore, la *joint-venture* en matières premières.

² Sur la dimension évolutive du contrat-coopération, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., n° 330 et s., p. 243 et s.

³ Ce recensement ne saurait être exhaustif en raison de l'ingéniosité des parties résultant du jeu de la liberté contractuelle.

93. Des pouvoirs permettant d'influer sur la prestation instrumentale.- Dans l'optique de favoriser la flexibilité du contrat et de lui permettre de produire son effet utile¹, les parties stipulent généralement des clauses de pouvoir permettant au prestataire instrumental d'adapter sa propre prestation.

Il en va ainsi, notamment, en matière de franchise, où le franchiseur se réserve d'une manière traditionnelle, le pouvoir d'actualiser le savoir-faire qu'il doit transmettre pour l'adapter aux évolutions technologiques et aux réalités économiques rencontrées. Il peut alors s'agir, par exemple, de lui laisser la possibilité de modifier un procédé technique ou fabrication comme une recette. De même, dans le cadre des contrats de *consortium* et plus spécifiquement des contrats de cotraitance, il semblerait que les prestataires instrumentaux puissent se réserver conventionnellement le pouvoir de modifier le contenu de leur prestation afin de l'adapter à la conjoncture économique.

Si ces deux exemples de pouvoirs présentés apparaissent spécifiques aux contrats-coopération, ils n'en demeurent pas moins des pouvoirs contractuels en ce qu'ils permettent à l'une des parties, le prestataire instrumental, de décider seul d'une modification de l'objet de leur prestation, laquelle s'imposera au cocontractant.

94. Des pouvoirs permettant d'influer sur la prestation finale.- S'il a pu être souligné que le prestataire final était généralement « titulaire d'un pouvoir de direction et de gestion dans la conduite de l'entreprise » de nature assez vaste, lui permettant de définir seul « les orientations de l'entreprise »², cette affirmation doit, semble-t-il, être nuancée.

En effet, ce pouvoir peut être contrarié dans les situations où le prestataire instrumental dispose d'un poids économique supérieur à celui du prestataire final, ce qui est notamment le cas en matière de concession commerciale et de franchise où le concédant et le franchiseur sont économiquement plus puissants que le concessionnaire et le franchisé. Dans ces hypothèses, des clauses de rendement, dites aussi d'objectifs, sont généralement stipulées, qu'il s'agisse de clauses de *minima*, de quotas, de pénétration de marché, et de développement³.

Ces diverses clauses qui définissent notamment des objectifs d'achat, telles que les clauses de *minima* et de quotas, et des objectifs de vente, comme les clauses de pénétration de marché, tendent à exclure tout pouvoir de détermination de l'objet de sa propre prestation par le prestataire final. Dans le prolongement de cette idée, il convient de souligner que si les objectifs d'achat et de vente peuvent être déterminés d'un commun accord entre les parties⁴, une stipulation contractuelle peut également conférer au prestataire instrumental un pouvoir de

¹ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 466, p. 378, où l'auteure retient : « l'exécution utile du contrat [coopération] passe par l'attribution, dans le prolongement des obligations contractuelles, de pouvoirs unilatéraux ».

² v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 466, p. 378.

³ Sur ces différentes clauses présentes notamment dans les contrats de concession commerciale, v. : Ph. LE TOURNEAU, *JurisClasseur Concession exclusive, Effets et rupture*, Fasc. n° 1035, juin 2015, n° 41 et s. ; Ph. GRIGNON, « *Distribution* » in *Rép. de droit commercial Dalloz*, octobre 2004, actualité janvier 2015, n° 90 et s.

⁴ v. : Cass. com. 28 avril 2004, n° 02-18392 ; RJDA 2004, n° 1109, où la Cour casse l'arrêt d'appel ayant retenu qu'un concédant était à même de résilier unilatéralement le contrat de concession en raison de la faute commise par le concessionnaire qui avait refusé les objectifs fixés unilatéralement par le concédant, aux motifs que le contrat prévoyait que les objectifs d'achat et de vente devaient être fixés d'un commun accord entre les parties.

détermination unilatérale desdits objectifs¹. Or, il semble bien s'agir ici de la manifestation d'un véritable pouvoir contractuel puisque cette prérogative permet à l'une des parties, le prestataire instrumental, via une manifestation unilatérale de volonté, de définir l'objet de la prestation du prestataire final, c'est-à-dire les conditions d'exploitation de la franchise ou de la concession.

B. Les pouvoirs contractuels conférés au prestataire final.

95. Des pouvoirs permettant d'influer sur la prestation finale.- En raison de la nécessité de pouvoir adapter le contrat aux évolutions de la conjoncture économique, il a pu être souligné que les parties pouvaient préférer définir assez largement le contenu de la prestation finale dont l'objet consiste à « exploiter » l'entreprise commune². Cette incomplétude congénitale du contrat-coopération sera corrigée par l'octroi au prestataire final d'un pouvoir de « définition des orientations de l'entreprise »³, c'est-à-dire d'un pouvoir contractuel lui permettant de préciser et d'adapter l'objet de sa prestation en cours d'exécution. Cette situation se rencontre souvent dans les contrats de *joint-venture* où la gestion courante est confiée, non pas à un organe collégial, mais à un gérant unique qui cumule également la qualité de prestataire final. À ce titre il est possible de prendre pour exemple le cas d'une *joint-venture* non personnalisée d'extraction minière où le prestataire instrumental fournit le minerai, et le prestataire final s'engage à le raffiner et à le commercialiser. L'attribution conventionnelle au prestataire final d'un pouvoir contractuel lui permettra de définir l'objet de sa prestation en termes de qualité et de quantité⁴ pour s'adapter au jeu de l'offre et de la demande. De la sorte, il lui sera possible de s'adapter aux variations de cours.

96. Des pouvoirs permettant d'influer sur la prestation instrumentale.- Dans l'hypothèse où le prestataire final dispose d'un poids économique supérieur à celui du prestataire instrumental, ce premier souhaitera généralement se réserver conventionnellement la possibilité d'influer sur la prestation instrumentale.

Cette situation se rencontre notamment en matière de contrats d'édition. Afin de limiter les risques économiques liés à la publication d'une œuvre, les éditeurs introduisent souvent, au sein d'un engagement ferme et définitif, des stipulations qui leur permettent de contrôler la qualité de l'objet de la prestation du prestataire instrumental, et cela, en se ménageant le droit d'imposer des modifications de l'œuvre⁵. Ce type de clause vient alors conférer à l'éditeur la

¹ v. par ex. le célèbre arrêt « *France Motors* » : Cass. com. 15 janvier 2002, n° 99-21172 ; JCP G. 2002, II, n° 10157, obs. Ch. JAMIN, où il est question de l'abus commis par le concédant dans l'exercice de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente.

² v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 466, p. 378, où l'auteure retient que : « Dans la mesure où le contenu de sa prestation, l'exploitation, demeure relativement indéfini, son pouvoir est alors moins d'adaptation que de définition des orientations de l'entreprise ».

³ *Ibid, loc. cit.*

⁴ Au sujet de la validité des clauses de détermination unilatérale de la quotité et de la qualité des choses de genre depuis la réforme du droit des contrats, v. : *infra*, n° 126, p. 142 et s. (en ce qui concerne la quotité) et n° 127, p. 145 et s. (en ce qui concerne la qualité).

⁵ Cependant, les critères d'appréciation de la qualité de l'œuvre ne doivent pas être purement subjectifs, au risque de voir la validité du contrat d'édition remise en cause en raison de l'arbitraire qui l'infecte. v. par ex. : C.A. Paris, 1^{ère} ch., 25 avril 1989, RJDA 1990, n° 143, p. 314 ; D. 1990, somm. p. 58, obs. C. COLOMBET, où la Cour a, sur le

jouissance d'un pouvoir contractuel dans la mesure où ce dernier sera à même d'imposer, à son cocontractant, une modification de l'objet de son obligation, c'est-à-dire, ici, de la prestation instrumentale. Ces modifications peuvent également concerner des éléments du cahier des charges, qu'il s'agisse, par exemple, des prescriptions relatives à la typographie, aux références bibliographiques, ou encore aux illustrations.

97. Bilan de la Section III.- La structure coopérationniste s'est ainsi révélée être un lieu propice au phénomène de pouvoir contractuel. En effet, soucieuses de garantir l'adaptabilité du projet commun en raison de son inscription dans la durée, les parties viennent traditionnellement stipuler dans le contrat qui les lie des clauses de pouvoir au bénéfice du prestataire instrumental ou du prestataire final.

Conférés au prestataire instrumental, ces pouvoirs peuvent lui permettre d'influer sur sa propre prestation. Tel est, par exemple, le cas du pouvoir qui peut être conféré à un franchiseur d'actualiser le savoir-faire qu'il doit transmettre au franchisé. Mais ce n'est pas tout, car le prestataire instrumental peut également se voir conférer des pouvoirs contractuels lui permettant d'influer sur la prestation de son cocontractant. Il en va ainsi, par exemple, du pouvoir attribué à un concédant l'autorisant à déterminer unilatéralement les conditions de vente des produits distribués par le concessionnaire. Comme constaté, des pouvoirs contractuels sont également susceptibles d'être conférés au prestataire final. Ces pouvoirs peuvent lui permettre de modifier l'objet de sa propre prestation. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de *joint-venture* d'extraction minière, le prestataire final peut se voir conférer le pouvoir de déterminer la quantité et la qualité de matière raffinée qu'il doit commercialiser. Le prestataire final peut aussi, parfois, être titulaire de pouvoirs contractuels lui permettant d'influer sur la prestation du prestataire instrumental. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir dont pourrait disposer un éditeur qui lui permettrait d'imposer des modifications de l'œuvre à l'auteur.

Au final, le recensement de quelques-unes des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel dans le cadre du contrat-coopération permet d'affirmer, bel et bien, la présence de pouvoirs contractuels au sein de cette troisième catégorie de contrats dégagée par la doctrine. Ce recensement permet également de confirmer le caractère extrêmement vaste du domaine dévolu au phénomène de pouvoir contractuel.

98. Conclusion du Chapitre I.- L'analyse du domaine des manifestations des pouvoirs contractuels a permis de donner une assise contextuelle au phénomène de pouvoir contractuel. Finalement, il ressort de cette analyse que le phénomène de pouvoir contractuel se présente comme un phénomène transversal qui transcende les différentes catégories de contrats dégagées par la doctrine.

fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, prononcé la nullité d'un contrat d'édition contenant une clause prévoyant que : « l'éditeur se réserve le droit d'apprécier, lors de la remise du manuscrit, si l'œuvre convient bien au public et aux buts visés ». Cette possibilité d'exiger des modifications est souvent abordée par les auteurs en même temps que l'étude du caractère potestatif de l'engagement de l'éditeur. (v. par ex. : A. R. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 2011-2012, *op. cit.*, n° 112-49, p. 383).

En effet, certaines manifestations de ce phénomène ont, d'abord, pu être recensées dans le cadre des contrats-commutation, qu'il s'agisse, du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, du pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée, des pouvoirs de rétractation conférés aux consommateurs, ou encore, du pouvoir de détermination unilatérale du prix, pour ne citer que les exemples les plus célèbres.

Puis, des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ont également pu être mises en évidence au cœur des groupements de droit privé, et plus précisément, dans le cadre du contrat qui organise les rapports internes entre les parties. Y constituent notamment des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel, les résolutions majoritaires qui décident de l'affectation du bénéfice de l'exercice, et cela, dans la mesure où, à travers celles-ci, une partie, simple ou plurale, vient unilatéralement préciser le contenu des droits dont les associés sont titulaires en vertu du contrat organisant la situation de conjonctivité. De même, tendent à se présenter comme des pouvoirs contractuels les stipulations qui permettent de contrôler l'identité des parties au contrat, telles que les clauses d'agrément.

Enfin, des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ont également pu être identifiées au sein de la catégorie des contrats-coopération. Les parties peuvent y stipuler des clauses de pouvoir au bénéfice du prestataire instrumental, comme par exemple, le pouvoir qui peut être conféré au concédant de fixer unilatéralement les conditions de vente des produits distribués par le concessionnaire. Ou encore, les parties peuvent venir stipuler des clauses de pouvoir au bénéfice du prestataire final. Il en va, ainsi, par exemple du pouvoir qui peut être conféré à un éditeur lui permettant d'imposer une modification de l'œuvre réalisée par l'auteur.

Malgré l'apparente hétérogénéité des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel, liée à la diversité de leur domaine, il convient de rappeler que celles-ci sont, en réalité, unies par une identité d'objet, à savoir, la modification des effets du contrat. C'est pour cela qu'il apparaît maintenant nécessaire d'approfondir l'analyse des manifestations des pouvoirs contractuels en procédant à une organisation systématique de leur objet.

Chapitre II

L'objet des pouvoirs contractuels.

99. Appréhension de la notion d'objet appliquée aux pouvoirs contractuels.-

L'existence, dans le langage courant, de deux acceptions pour le terme « objet » se répercute sur les conceptions doctrinales qui tendent à définir l'objet d'un droit.

Certains auteurs ont pu observer que l'objet d'un droit correspondait à « ce sur quoi porte le droit »¹. La notion d'objet est alors appréhendée dans sa première acception, qui est une acception de type statique, pour désigner la chose servant de point d'imputation aux effets d'un droit.

D'autres auteurs, procédant à l'étude des rapports de pouvoir dans les contrats, assimilent l'objet d'un droit – droit qui est alors qualifié de droit potestatif – avec les effets qu'il peut produire². Dans une telle optique, il est alors fait référence à la seconde acception de la notion d'objet, qui est une acception de type dynamique, traduisant l'idée de but. Ainsi conçu, l'objet d'un droit se réfère-t-il à la finalité de ses effets.

Il est possible de constater que ces deux aspects de la notion d'objet se retrouvent dans la définition des pouvoirs contractuels. En effet, les pouvoirs contractuels sont des prérogatives qui permettent, via une manifestation unilatérale de volonté, de modifier, ce qui constitue le but des pouvoirs contractuels, un contrat, ce qui constitue le point d'imputation des effets des pouvoirs contractuels. Il apparaît, dès lors, que l'analyse de l'objet des pouvoirs contractuels supposera de conjuguer les deux acceptions classiques de la notion d'objet. De ce fait, la notion d'objet appliquée aux pouvoirs contractuels doit s'entendre comme faisant référence à la « modification des effets du contrat ».

Une précision doit cependant être formulée au sujet de la notion d'objet entendue comme le point d'imputation de la modification. Dans la mesure où les pouvoirs contractuels s'exercent postérieurement à la conclusion du contrat, la modification résultant de leur exercice va affecter les effets du contrat. Aussi, il pourra être observé que cette modification des effets du contrat va affecter la situation de chacune des parties au contrat, c'est-à-dire tant la situation du titulaire du pouvoir que celle de son cocontractant.

¹ v. en ce sens : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., n° 221. Adde, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. Ch. ATIAS, Dalloz, 2007, réimpression de l'édition de 1952, p. 168-169, où l'auteur distingue l'objet d'un droit qui est « ce sur quoi porte le droit » et le contenu d'un droit qui correspond à l'ensemble des prérogatives qu'il confère.

² v. en ce sens : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », RTD. civ. 2010, p. 209 et s., spéc. p. 216-217 : « L'objet d'un droit potestatif s'entend [...] de l'effet que peut produire la manifestation unilatérale de volonté, si le droit est exercé ».

100. **Approfondissement de l'analyse de l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. Méthode retenue.**- Si les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets du contrat, et par conséquent, de modifier la situation de chacune des parties au contrat, encore faut-il, au préalable, identifier et classer ces effets avant de pouvoir expliquer en quoi ceux-ci feront l'objet d'une modification. Ce travail d'identification des effets du contrat (Section préliminaire) constitue ainsi un prérequis indispensable pour permettre, par la suite, de mener une étude précise et détaillée de l'objet des pouvoirs contractuels. Aussi, une fois identifiés, les effets du contrat pourront être classés selon deux catégories comprenant, d'une part, les effets obligationnels, et d'autre part, les effets non-obligationnels. Il sera alors possible de constater que les pouvoirs contractuels peuvent avoir pour objet de modifier les effets obligationnels (Section I) tout comme les effets non-obligationnels du contrat (Section II).

SECTION PRÉLIMINAIRE : L'IDENTIFICATION DES EFFETS DU CONTRAT.

101. **Production non exclusive d'obligations.**- S'agissant des effets obligatoires produits par le contrat, certains auteurs ont pu faire observer que la présentation autrefois proposée par le Code civil conduisait à assimiler les effets du contrat aux effets des obligations qu'il génère. Effectivement, il a pu être relevé que, si l'intitulé du Livre III, Titre III, faisait référence au contrat et aux obligations conventionnelles, le Chapitre III, dénommé « de l'effet des obligations », amenait à confondre les effets du contrat et les effets des obligations, et par conséquent, à occulter totalement les effets du contrat.

Bien que cette présentation fut critiquée¹, celle-ci n'en a pas moins influencé certains auteurs qui, dans le cadre d'une approche didactique, ont pu retenir que les effets du contrat devaient être assimilés aux effets des obligations qui en naissent². Aussi, l'impact de ce mode de raisonnement, tendant à limiter les effets du contrat à ses effets obligationnels, a été considérable puisque le pli fut pris, en doctrine, d'analyser tous les effets du contrat en termes obligationnels. Dès lors, l'intégralité des effets du contrat semblaient pouvoir être analysés au moyen d'obligations classées en fonction de leur objet : donner, faire, ne pas faire, voire *praestare*.

L'ordonnance du 10 février 2016 tend, semble-t-il, à dissiper cette confusion. Si le Titre III du Livre III s'intitule désormais « des sources d'obligations », et que le contrat apparaît, dans le Sous-titre I^{er}, comme l'une de ces sources, le Chapitre IV dénommé « les effets du

¹ v. en ce sens : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, DURAND, HACHETTE, 1868, n° 384, p. 365, où l'auteur dénonçait la confusion du Code en ces termes : « autre chose est la convention ; autre l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une de l'autre ». Adde, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, op. cit., n° 243, p. 141, où l'auteure dénonce le « vice de méthode » du Code qui traite des effets des contrats et des effets des obligations dans un même chapitre. Plus récemment, v. : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc.

² v. en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 12^{ème} éd., coll. Thémis, 1985, n° 51 p. 203 : « Aussi est-il plus simple d'envisager directement comme effets du contrat les effets des obligations qui en naissent ». Mais l'auteur n'est pas dupe des effets simplificateurs de sa présentation. Il énonce qu'une « telle analyse est, cependant, insuffisante. [...] elle ne tient pas compte de ce fait que certains contrats (la vente, l'échange), ne sont pas seulement générateurs d'obligations mais translatifs de propriété ou de droits réels ».

contrat » distingue, en ce qui concerne les effets entre les parties (Section 1), la force obligatoire du contrat (Sous-section 1) et l'effet translatif (Sous-section 2). Or, l'effet translatif n'est pas analysé en termes obligationnels : il n'y a aucune occurrence relative à l'exécution d'une quelconque obligation de donner, c'est-à-dire à une obligation de transférer la propriété. Le transfert de propriété se réalise *solo consensu*¹. Une telle distinction laisse suggérer que l'ensemble des effets du contrat ne peuvent s'analyser en termes obligationnels. Il convient d'ailleurs de souligner que la conception du « tout obligationnel » commença à vaciller bien avant la réforme du droit des contrats, lorsque certains auteurs mirent en évidence que la notion d'obligation se révélait inadaptée pour décrire une partie des effets du contrat. C'est pourquoi, dans l'optique de réaliser une analyse détaillée de l'objet des pouvoirs contractuels, il convient auparavant de distinguer et d'analyser les effets obligationnels (§ 1) et les effets non-obligationnels (§ 2) du contrat.

§ 1 - LES EFFETS OBLIGATIONNELS.

102.Effets fondamentaux du contrat.- Aussi bien l'ancienne rédaction de l'article 1101 du Code civil² définissant le contrat, que la nouvelle³, mettent-elles en avant les effets obligationnels du contrat. Ces définitions conduisent alors le lecteur à percevoir les effets obligationnels comme les effets fondamentaux du contrat. Si l'ancienne définition du contrat était centrée sur le seul effet créateur d'obligations, la nouvelle rédaction, pour sa part, gomme l'ancienne distinction doctrinale existant entre le contrat et la convention en disposant que le contrat peut avoir pour effet de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Bien que non définie par l'ordonnance du 10 février 2016, l'obligation se conçoit comme un lien de droit en vertu duquel une personne, le créancier, peut exiger d'une autre, le débiteur, l'accomplissement d'une prestation⁴. L'accomplissement de la prestation promise correspond

¹ v. l'art. : Art. 1196 al 1^{er} : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ».

² L'ancienne rédaction de l'article 1101 du C. civ. disposait : « 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 ».

³ L'art. 1101 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose ainsi que : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

⁴ À quelques variantes près, la plupart des ouvrages modernes empruntent cette définition de l'obligation. v. par ex. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 2, p. 1 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 8, p. 5-6. Les ouvrages plus anciens retiennent une formulation inverse insistant d'abord sur le lien astreignant le débiteur. Ainsi, l'obligation est-elle envisagée comme le lien qui astreint une personne (le débiteur) à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose pour une autre (le créancier). v. par ex. : R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité des obligations*, Tome premier, Paris, THOMINE et FORTIC, nouvelle édition, 1821, p. 2 : « Les jurisconsultes définissent ces obligations ou ces engagements personnels, un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose » ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, *op. cit.*, n° 4, p. 4 ; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Paris, DURAND et PÉDONE-LAURIÉL, 1885, n° 5, p. 5. Certains auteurs plus récents adoptent également cette définition, v. par ex. : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 12^{ème} éd., coll. Thémis, 1985, n° 2, p. 15 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 7, p. 3-4. Si cette dernière présentation correspond à définition romaine de l'obligation donnée par Justinien, le renversement de la perspective qui met en avant le côté actif, c'est-à-dire la possibilité de réclamer l'exécution d'une prestation, est lié à l'attraction exercée par découverte du droit de créance.

alors à une valeur qui est transférée d'un patrimoine vers un autre¹. La prestation promise se rapportant à la réalisation d'un comportement précisément défini consistant à faire ou ne pas faire quelque chose².

103. **Structure de l'obligation.**- Les analyses classiques de l'obligation mettent en relief l'existence d'une structure dualiste comportant, d'une part, un aspect passif, la dette, qui oblige le débiteur à accomplir une prestation, et, d'autre part, un aspect actif, la créance, qui permet au créancier d'exiger l'accomplissement de la prestation du débiteur³. Cette conception dualiste de l'obligation tirerait son origine de la distinction existant en droit allemand entre les notions de *Schuld* et *Haftung*. La notion de *Schuld* renvoie à l'idée d'un rapport de dette – *Schuldverhältnis* –, c'est-à-dire à un devoir de prêter dépourvu de tout élément de contrainte. La notion de *Haftung* désigne, quant à elle, l'existence d'un rapport de responsabilité marquant l'assujettissement d'une personne. Cette dernière notion porte alors en elle l'idée de contrainte⁴. Ces deux éléments auraient d'ailleurs fusionné pour être réduits à l'unité⁵, si bien que l'obligation est aujourd'hui généralement analysée comme une structure à deux faces⁶. La dette et la créance seraient l'avert et l'envers d'une même médaille.

La décomposition de la structure de l'obligation servira de support à une analyse détaillée de l'objet des pouvoirs contractuels puisqu'elle permettra, dans certaines situations, de préciser les éléments constitutifs de l'obligation susceptibles d'être modifiés. Toutefois, il convient de préciser que si les pouvoirs contractuels peuvent avoir pour objet de modifier les effets obligationnels, ceux-ci peuvent également avoir pour objet de modifier les effets non-obligationnels du contrat. Dès lors, il conviendra d'identifier ces derniers avant d'en envisager la possibilité d'une modification unilatérale.

§ 2 - LES EFFETS NON-OBLIGATIONNELS.

104. **Limites de l'analyse en termes purement obligationnels.**- S'il ne s'agit pas ici de nier l'importance fondamentale du rapport d'obligation dans la structure du contrat, il sera question

¹ Pour une mise en lumière de cette fonction de transfert de valeurs assignée à l'obligation, v. : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 2, p. 3.

² Toutefois, il convient de souligner que l'ordonnance du 10 février 2016 ne fait pas mention de la distinction des obligations de faire et de ne pas faire.

³ v. not. pour une telle présentation : B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1, p. 17 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 2, p. 1.

⁴ La transposition de l'analyse dualiste de l'obligation en droit français est essentiellement l'œuvre de deux auteurs : E. A. POPA, *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris 1935 ; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964. Adde, en droit suisse : J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, th. Lausanne, 1937.

⁵ v. l'évolution de la notion d'obligation retracée par : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, n° 135 et s. La conception unitaire de l'obligation serait le résultat de la fusion de la conception romaine reposant sur l'astriction du débiteur et de l'apport romaniste ayant contribué à l'émergence de l'idée de droit subjectif du créancier.

⁶ Il est possible de retrouver la trace d'une telle conception déjà chez : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, Librairie du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1906, 3^{ème} éd., n° 2, p. 2 : « L'obligation a donc deux faces, suivant qu'on l'envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier ».

d'identifier, par opposition aux effets obligationnels, les effets non-obligationnels du contrat. Une telle démarche permettra, par la suite, de réaliser une étude plus précise de l'objet des pouvoirs contractuels. Ainsi, les traits caractéristiques de la notion d'obligation, qui en constituent également les limites, permettent, par contrecoup, de distinguer les effets non-obligationnels du contrat. Dès lors, à partir de ces limites, il semble possible de mettre en évidence l'effet réel du contrat (A), ainsi que l'effet assujettissant du contrat qui correspond à l'effet personnel de type non-obligationnel du contrat (B).

A. La mise en évidence de l'effet réel du contrat.

105. Obligation de donner et effet réel du contrat.- La remise en cause de l'approche classique qui consiste à analyser l'ensemble des effets du contrat au moyen d'obligations semble trouver son origine dans la critique dirigée vers l'analyse faisant reposer le transfert de propriété¹ sur l'existence d'une obligation de donner, dite encore de *dare*.

Aux partisans de l'obligation de donner² et à ceux qui limitent son existence aux hypothèses où le transfert de propriété serait retardé³, il fut opposé que, dans la mesure où le transfert de propriété se réalise *solo consensu*, c'est-à-dire de plein droit, de manière automatique, le vendeur ne saurait être considéré comme étant débiteur d'une obligation en ce sens où l'on ne peut exiger de lui l'exécution d'une prestation⁴. Même en présence d'un transfert de propriété qui serait différé dans le cadre, soit, d'une vente à terme, soit, de la vente d'une chose de genre où le transfert de propriété nécessite l'individualisation de la chose, soit, d'une vente conclue sous réserve de propriété, il a pu être observé que ledit transfert se réalisait de manière automatique, c'est-à-dire sans nécessiter aucun acte d'exécution de la part du débiteur, et cela, dès l'échéance du terme dans la vente à terme⁵, dès l'individualisation de la chose dans la vente de choses de genre⁶, ou dès que le paiement a été effectué dans la vente avec clause de réserve de propriété⁷.

¹ Les premières réflexions se sont concentrées autour de l'archétype des contrats translatifs de propriété : le contrat de vente.

² Pour les auteurs favorables à l'obligation de donner, v. not. : P. BLOCH, « *L'obligation de transférer la propriété dans la vente* », RTD. civ. 1988, p. 673 et s. ; J. HUET, « *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 426 et s. ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil* », in RTD. civ. 2000, p. 477 et s.

³ Pour les auteurs limitant l'existence de l'obligation de donner aux hypothèses de vente d'une chose de genre, v. not. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 267, spéc., p. 283 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 15, spéc. p. 8 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 41, spéc. p. 30. Pour les partisans de l'existence d'une obligation de donner en cas de vente assortie d'un terme, v. not. : Ph. DELEBECQUE et F. COLLART-DUTILLEUL, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2004, 7^{ème} éd., coll. Précis, n° 200, p. 192.

⁴ v. en ce sens : M. FABRE-MAGNAN, « *Le mythe de l'obligation de donner* », RTD. civ. 1996, p. 85 et s., spéc. n° 5 : « il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie ».

⁵ v. : M. FABRE-MAGNAN, « *Le mythe de l'obligation de donner* », art. préc., n° 8, p. 90-91.

⁶ v. : M. FABRE-MAGNAN, « *Le mythe de l'obligation de donner* », art. préc., loc. cit. ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 157, p. 145.

⁷ v. : M. FABRE-MAGNAN, « *Le mythe de l'obligation de donner* », art. préc., loc. cit.

Autrement dit, dès lors que la notion d'obligation repose sur l'idée d'accomplissement d'une prestation et que celle-ci est introuvable en matière de transfert de propriété, il ne saurait être question de recourir à une analyse en termes obligationnels pour décrire ladite opération que constitue le transfert de propriété.

Ce rejet de l'analyse en termes obligationnels semble, d'ailleurs, corroboré par l'ordonnance du 10 février 2016. Cette ordonnance est, en effet, venue affirmer le principe du transfert de propriété *solo consensu*¹, c'est-à-dire le principe d'un transfert de propriété automatique, ce qui, comme il a été montré, tend à exclure l'idée d'obligation puisqu'aucune prestation à accomplir ne peut être identifiée.

Le rejet de l'analyse en termes obligationnels du transfert de propriété apparaît, en outre, lié à la structure du nouveau chapitre V relatif aux « effets du contrat ». Effectivement, il est possible de constater que ce chapitre comprend, lui-même, deux sous sections dénommées « force obligatoire » et « effet translatif ». À travers cette subdivision, il semblerait, ainsi, que le législateur veuille distinguer, d'un côté, les effets obligationnels du contrat² et, de l'autre, l'effet translatif de droits réels. C'est alors cette volonté de ne pas fondre l'effet translatif de droits réels dans une section dédiée aux effets obligationnels du contrat qui militerait en faveur du rejet de l'analyse du transfert de propriété en termes obligationnels.

Compte tenu de limites de la notion d'obligation et des nouvelles dispositions du droit des contrats, l'effet translatif de propriété apparaît, donc, appelé à être distingué des effets obligationnels du contrat pour être rattaché à ses effets de type non-obligationnels³ et, plus précisément, à ses effets réels, dont il constitue l'une des manifestations. Assurément, l'effet réel, ou *in rem*, du contrat ne doit pas être résumé au seul effet translatif de propriété. L'effet réel du contrat se manifesterait également à l'occasion de la création⁴ ou de l'extinction de droits réels⁵. Il se manifesterait aussi à travers la notion d'affectation, c'est-à-dire lorsque l'une

¹ Ce principe est affirmé au premier alinéa du nouvel art. 1196 du C. civ. qui dispose que : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ».

² Cette analyse prend appui sur l'observation de ce que les articles 1194 et 1195 du C. civ. contenus dans la sous-section dénommée « force obligatoire », font respectivement allusion au verbe « obliger » et au nom « obligations ».

³ Parmi les auteurs favorables à une analyse du transfert de propriété en termes non-obligationnels, v. not. : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, *op. cit.*, § 340, p. 283, où les auteurs retiennent qu'un contrat peut avoir pour objet : « soit la formation d'une obligation, soit sa modification ou son extinction, soit enfin la translation d'un droit » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, op. cit.*, n° 244, p. 141 : « les contrats ne sont pas seulement productifs de rapports obligatoires, [...] ils deviennent aussi, et très fréquemment, translatifs de propriété et constitutifs de droits réels » ; M. FABRE-MAGNAN, « *Le mythe de l'obligation de donner* », art. préc., spéc. n° 5, où l'auteure considère que : « Le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, loc. cit., où les auteurs retiennent que : « le transfert de propriété est un effet purement légal du contrat et non l'exécution d'une obligation » ; P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., spéc. n° 17, p. 782 et s., où l'auteur voit dans l'effet translatif de droits une manifestation de la force obligatoire du contrat, par opposition à son contenu obligationnel.

⁴ Les contrats constitutifs d'hypothèque ou d'usufruit en sont des illustrations typiques.

⁵ À titre d'exemple, il est possible de citer les conventions mettant un terme à un usufruit.

des parties décide de modifier la condition juridique d'un bien pour le soumettre à la réalisation d'un but contractuel¹.

Si l'effet réel du contrat se doit d'être distingué des effets obligationnels du contrat, il ne s'agit toutefois pas du seul effet de type non-obligationnel du contrat qui soit, semble-t-il, en mesure d'être identifié.

B. La mise en évidence de l'effet personnel non-obligationnel du contrat.

106. **L'assujettissement des parties au contrat.**- Les limites de l'analyse en termes purement obligationnels apparaissent également, dans un second temps, lorsque fut mis au jour l'effet « assujettissant » du contrat. En effet, certains auteurs ont pu démontrer que, si les parties à un contrat s'engagent, de manière particulière, à exécuter leurs obligations, celles-ci s'engagent également, d'une manière plus générale, à permettre que le contrat puisse produire son effet utile². L'effet assujettissant du contrat correspondrait, de la sorte, à une contrainte comportementale qui viendrait limiter l'autonomie juridique des parties dans la perspective de la réalisation du but contractuel³.

Si cette contrainte comportementale est généralement⁴ rattachée au devoir de loyauté issu de la bonne foi⁵, elle est également, dans l'approche traditionnelle, présentée sous la forme d'un rapport d'obligation. Dans une approche négative, les parties au contrat seraient, ainsi, tenues d'une obligation de ne pas faire dont l'objet consisterait à ne pas s'opposer à la réalisation des effets utiles du contrat, et dans une approche positive liée à certains contrats particulier, les parties seraient débitrices d'une obligation de faire dont l'objet consisterait à collaborer, voire à coopérer⁶.

¹ Pour une analyse générale de la notion d'affectation, v. : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. NERSON, LGDJ, 1976, spéc., p. 15 où l'auteur définit l'affectation comme l'action de : « soumettre un bien à un usage déterminé ». *Adde*, pour une analyse de la notion d'affectation reliée à l'effet réel du contrat : M. WATERLOT, *L'effet réel du contrat*, th. Bordeaux, 2015.

² v. en ce sens : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, n° 21 et s., p. 165 et s. *Adde*, relativement à l'idée d'assujettissement des parties au contrat : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 26 et s., p. 789 et s.

³ v. en ce sens : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc. n° 14, p. 162, où l'auteur retient à propos de l'assujettissement, qu'il : « manifeste la dimension comportementale du rapport d'obligation ou du contrat » et qu'il « emporte une limitation de leur autonomie ». *Adde*, du même auteur : *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 158, spéc. p. 152. Rapp. : la contrainte comportementale pesant sur les parties en droit allemand, en vertu du § 241 al. 2 du B.G.B., qui leur impose des obligations dites de « protection » – *Schutzpflichten* – connues également sous le nom « d'obligations de comportement » - *Verhaltenspflichten* -. L'emploi du terme « obligation » apparaît toutefois inadapté pour décrire l'objet du comportement attendu de la part de chacune des parties qui consiste, non pas à transférer une valeur, mais à : « prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

⁴ Il convient toutefois d'observer que l'effet assujettissant du contrat ne saurait se résumer aux devoirs comportementaux issus de la bonne foi contractuelle. En effet, la contrainte comportementale induite, par exemple, par une clause attributive de juridiction, ou encore, par une clause compromissoire, ne prend pas sa source dans la loyauté contractuelle dans la mesure où il ne s'agit pas ici de moraliser le comportement des parties.

⁵ v. en ce sens : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc., *loc. cit.*

⁶ Lorsqu'il s'agit de donner des exemples de contrats susceptibles d'être le siège d'un devoir de collaboration ou de coopération entre les parties, il est généralement fait allusion aux contrats de travail et aux contrats de la

107. **Rejet d'une analyse en termes obligationnels.**- L'analyse de l'effet « assujettissant » du contrat en termes d'obligations peut apparaître discutable¹. Dès lors que l'obligation se conçoit comme un lien de droit en vertu duquel une personne, le créancier, peut exiger d'une autre, le débiteur, une prestation ou une abstention, et qu'il a été démontré que ce lien de droit a pour fonction de réaliser un transfert de valeurs d'un patrimoine vers un autre², la notion d'obligation semble être inadaptée pour décrire la situation d'assujettissement des parties.

En ce qui concerne l'aspect négatif de l'assujettissement, c'est-à-dire la contrainte comportementale pesant sur les parties leur interdisant de faire obstacle à la réalisation du but contractuel, il a pu être souligné que l'application de celle-ci n'avait pas à être réclamée par l'une des parties³, mais que cet effet se produisait de manière automatique. Si cette observation ne se réfère qu'à l'aspect négatif de l'assujettissement, elle doit pouvoir être transposée à son aspect positif que l'on retrouve uniquement dans certains types de contrats et qui impose aux parties un devoir de collaboration ou de coopération.

Au-delà de cette divergence quant à l'aspect volontaire, il convient de faire remarquer la généralité de l'objet de la contrainte comportementale générée par l'effet d'assujettissement au contrat. À la différence de l'obligation dont l'objet réside dans l'abstention d'un débiteur à la réalisation d'un comportement précis, c'est-à-dire à l'accomplissement d'une prestation, l'assujettissement au contrat proscrie, d'une manière générale, tout type de comportement qui porterait atteinte à la réalisation du but contractuel. Analyser cet effet du contrat par l'intermédiaire d'une obligation de ne pas faire reviendrait, d'une part, à nier l'exigence de déterminabilité de l'objet qui s'applique à toutes les obligations, et donc aux obligations de ne pas faire⁴, et d'autre part, à réduire les obligations de ne pas faire à une simple conséquence négative des obligations de faire⁵.

distribution (concession commerciale, franchise). (v. en ce sens : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc. n° 24, p. 166).

¹ v. très clairement en ce sens : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 28, spéc. p. 190 : « l'assujettissement au contrat, pas plus que l'assujettissement à la loi, n'est une obligation d'un débiteur envers un créancier ». Adde, B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Préf. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, LGDJ, 2017, où l'auteure distingue, d'un côté, la notion d'obligation, et de l'autre, les devoirs comportementaux qui pèsent sur les parties et qui correspondent à l'effet assujettissant du contrat.

² Pour une mise en lumière de cette fonction de transfert de valeurs assignée à l'obligation, v. : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 2, p. 3.

³ v. en ce sens : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 30, spéc. p. 791 où l'auteur énonce, au sujet de la partie qui se voit opposer l'engagement contractuel : « quoi qu'elle fasse ou ne fasse pas, quoi qu'elle veuille ou ne veuille pas, l'effet juridique du contrat se produira de toute façon, s'imposera à elle ».

⁴ L'abstention, qui constitue la prestation due par le débiteur d'une obligation de ne pas faire, doit concerner l'accomplissement d'un comportement précis. Tel est le cas, par exemple, de l'obligation de non rétablissement issu d'une clause de non-concurrence stipulée dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce. Ici, l'abstention exigée du débiteur est précisément définie, à la fois d'un point de vue matériel, temporel et géographique.

⁵ Pour une telle remarque, formulée à propos de l'assujettissement généré par une promesse unilatérale de contrat, mais qui est transposable ici puisqu'il s'agit du même phénomène général d'assujettissement, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 22, p. 23, qui rejette l'analyse de l'assujettissement en termes d'obligations de ne pas faire et énonce : « Admettre le contraire reviendrait à confondre toujours l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire, à faire de cette dernière une simple conséquence de celle-là ». (L'auteur souligne). Adde, P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 27, p. 789, où l'auteur retient : « L'obligation que l'on prétend découvrir,

Enfin, il convient de faire remarquer, qu'à la différence de l'obligation, l'effet assujettissant du contrat n'a pas pour fonction de réaliser un transfert de valeurs d'un patrimoine à un autre. Qu'il soit appréhendé dans sa dimension négative qui impose de s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte à la réalisation du but contractuel, ou dans sa dimension positive qui implique un comportement positif de collaboration ou de coopération, l'encadrement du comportement des parties réalisé par l'effet assujettissant du contrat n'est pas le support d'un transfert de valeurs¹, il ne constitue pas l'un des termes de l'échange. Dès lors, la violation de l'effet assujettissant ne saurait être sanctionnée par le biais de l'exécution forcée en nature dans la mesure où celle-ci est destinée à obtenir l'objet de la prestation promise². L'effet assujettissant constitue seulement un *moyen* permettant la réalisation effective dudit transfert de valeurs. De plus, il convient de noter que dans le cadre des conventions, où il ne naît pas d'obligation, l'effet assujettissant ne saurait être en lien avec la réalisation d'un transfert de valeurs.

Les divergences recensées entre la notion d'obligation et l'effet d'assujettissement au contrat, que ce soit au sujet du rôle de la volonté, mais aussi au plan de leur objet et de leur fonction, conduisent à rejeter l'analyse de l'effet « assujettissant » du contrat en termes obligationnels. L'effet *in personam* du contrat³ ne doit donc pas être réduit à ses effets obligationnels, puisqu'il comprend également un effet d'assujettissement qui encadre, d'une

à chaque fois, n'est rien d'autre que "l'obligation de respecter le contrat", laquelle est bien différente d'une véritable obligation comme celle que le contrat peut d'ailleurs créer ».

¹ Rappr. la remarque faite par : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc. n° 24, p. 166, au sujet du devoir de collaboration ou de coopération qui, selon l'auteur : « ne constitue pas au sens strict une prestation ».

² Rappr. : la violation, en droit allemand, de l'effet assujettissant du contrat résultant des « obligations de protection » – *Schutzpflichten* – qui ne saurait faire l'objet d'une action autonome en exécution mais qui ouvre seulement à la partie victime un droit à la résolution où à des dommages-intérêts. (v. : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*, n° 168, spéc., p. 134).

³ S'il est ici fait référence à l'effet assujettissant « du contrat », il convient d'observer qu'il existe un débat relatif à la source de l'assujettissement. Prenant appui sur les travaux d'HERING qui proposait de distinguer les effets actifs et les effets passifs des droits (v. : R. v. IHERING, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, V à IX, trad. O. de MEULENAERE, Paris, MARESCQ, 1903, p. 334 et s., où l'auteur développe cette distinction dans le but de démontrer que les effets passifs d'un droit peuvent continuer d'exister alors que le titulaire du droit vient à faire momentanément défaut), le Professeur WICKER développe une analyse dualiste de l'obligation qui décompose le rapport d'obligation en deux rapports complémentaires. L'auteur distingue alors, d'une part, le rapport obligatoire, c'est-à-dire l'effet actif, correspondant au droit au paiement, et d'autre part, le rapport d'obligation, c'est-à-dire l'effet passif, correspondant à l'assujettissement du débiteur. Dans cette perspective, l'assujettissement prend sa source dans l'un des éléments composant le rapport d'obligation. (Sur ces points, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n° 151 et s., p. 145 et s.). Développant une analyse normativiste du contrat, M. ANCEL propose, pour sa part, de distinguer d'une part, la norme créée par le contrat, support de la force obligatoire, et d'autre part, le contenu obligationnel du contrat. L'auteur considère alors que l'assujettissement des parties est un effet qui puise sa source dans la force obligatoire de la norme générée par le contrat. (v. : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 26 et s., p. 789 et s.). De ces deux analyses de la source de l'assujettissement, laquelle convient-il de retenir ? L'analyse dualiste présente la faiblesse de ne pas pouvoir expliquer l'idée d'assujettissement en dehors de l'existence d'un lien d'obligation, ce qui l'empêche d'expliquer l'effet assujettissant des conventions qui tels que les contrats-cadre, ne génèrent pas d'obligation. De son côté, l'analyse faisant reposer l'assujettissement sur la norme contractuelle ne permet pas d'expliquer la contrainte comportementale pesant sur le débiteur d'une obligation extracontractuelle. Il a pu être proposé de dépasser cette difficulté en faisant appel à l'idée « d'engagement ». L'assujettissement devrait pouvoir trouver son fondement général dans l'idée de « force obligatoire de tout engagement, quelle que soit sa source ». (v. : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Préf. G. WICKER, LGDJ, 2008, n° 115 et s., p. 74 et s., et spéc., n° 129).

manière négative ou positive, le comportement des parties et qui limite leur autonomie juridique dans l'accomplissement de leur prestation.

108. **L'adoption d'une classification dualiste des effets du contrat.**- L'étude des effets du contrat a permis de révéler que l'ensemble de ses effets ne pouvaient être appréhendés au moyen de la notion d'obligation. Bien que la production d'obligations constitue l'effet le plus caractéristique du contrat, l'ensemble de ses effets ne s'y résument pas. L'identification des différents effets du contrat permet de dresser une classification dualiste des effets du contrat comprenant, d'une part, les effets obligationnels du contrat, et de l'autre, les effets non-obligationnels. Cette dernière catégorie étant composée de l'effet personnel, ou *in personam*, de type non-obligationnel du contrat qui se traduit par l'assujettissement des parties, et de l'effet réel, ou *in rem*, du contrat.

Une fois les effets du contrat identifiés et classés, il convient de voir en quoi ceux-ci peuvent faire l'objet d'une modification suite à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels.

SECTION I : LA MODIFICATION DES EFFETS OBLIGATIONNELS.

109. **Éléments objet de la modification.**- Dans le cadre d'une approche analytique de l'obligation, il semble possible d'isoler trois éléments. D'abord le lien de droit, le *vinculum juris*, c'est-à-dire l'obligation elle-même. Ensuite, les sujets de l'obligation, c'est-à-dire le débiteur et le créancier qui sont unis par l'effet de celle-ci. Enfin, l'objet de l'obligation c'est-à-dire la prestation¹.

La question se pose alors de savoir si tous ces éléments constitutifs du rapport d'obligation sont susceptibles de faire l'objet d'une modification via l'exercice de pouvoirs contractuels ? Une réponse affirmative paraît envisageable. En effet, il semble possible de recenser différents pouvoirs contractuels dont la fonction consiste à modifier les éléments constitutifs du rapport d'obligation. Afin de confirmer une telle affirmation, il conviendra, pour les besoins de la démonstration, d'adopter une classification tripartite des éléments constitutifs du rapport d'obligation qui comprendra alors, le lien d'obligation, l'objet de l'obligation, et ses sujets. Il s'agira, par conséquent, de mettre en lumière que les pouvoirs contractuels permettent la modification du lien d'obligation (§ I), mais aussi, la modification de l'objet de l'obligation (§ II), sans oublier la modification de l'identité des parties (§ III) unies par le rapport d'obligation né du contrat. Ces diverses modifications ayant, d'ailleurs, toutes pour point commun de dépasser la sphère juridique de leur auteur pour affecter celle du cocontractant.

¹ Une telle décomposition de la notion d'obligation est empruntée à : F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 179, p. 163.

§ 1 - LA MODIFICATION DU LIEN D'OBLIGATION.

110. **Types de modification recensés.-** L'affirmation selon laquelle certains pouvoirs contractuels permettraient de modifier le lien d'obligation généré par le contrat peut être corroborée par l'observation d'un nombre assez important de pouvoirs contractuels dotés d'un tel objet.

En effet, il suffit d'observer, tout d'abord, les pouvoirs de sanction tels que ceux permettant la résolution unilatérale du contrat, soit aux risques et périls du créancier, soit en vertu d'une clause résolutoire, ou ceux permettant de suspendre l'exécution des obligations, comme l'exception d'inexécution ou encore la mise à pied disciplinaire. Mais aussi, ensuite, les pouvoirs de résiliation présents, soit à titre général dans les contrats à durée indéterminée, soit à titre exceptionnel dans certains contrats à durée déterminée. Sans oublier, enfin, le cas des pouvoirs de rétractation issus, soit, du droit de la consommation, soit, d'une clause de réméré ou de dédit. Il est alors possible de constater que l'objet de l'ensemble de ces pouvoirs contractuels réside dans la modification du lien d'obligation issu du contrat.

Aussi, ces différents pouvoirs contractuels peuvent-ils être regroupés à raison des différents types de modifications qu'ils produisent. Certains pouvoirs contractuels ont ainsi pour objet l'anéantissement du lien d'obligation (A), alors que d'autres ont pour objet la suspension du lien d'obligation (B).

A. L'anéantissement du lien d'obligation.

111. **Une diversité relative.-** S'il existe de nombreux pouvoirs contractuels ayant pour objet de provoquer l'anéantissement du rapport d'obligation né du contrat, il est toutefois possible de constater que tous ces pouvoirs n'anéantissent pas de la même manière le lien d'obligation. Une telle remarque tend alors à souligner l'hétérogénéité des procédés mis en œuvre pour parvenir à l'anéantissement du lien d'obligation. Cependant, à l'hétérogénéité des procédés d'anéantissement doit succéder une nuance. Cette nuance est le reflet d'une certaine homogénéité quant à la portée des effets produits par les pouvoirs dont l'objet est de provoquer l'anéantissement du lien d'obligation. Ainsi, s'il existe des procédés d'anéantissement hétérogènes (1), cette hétérogénéité est nuancée par une certaine homogénéité quant à la portée des effets produits (2).

1. Des procédés d'anéantissement hétérogènes.

112. **Mode opératoire et nature du pouvoir exercé.-** Tous les pouvoirs contractuels ayant pour objet l'anéantissement du lien d'obligation n'opèrent pas de la même manière pour parvenir à ce résultat. Si l'anéantissement du lien d'obligation constitue le résultat de leur exercice, les modes opératoires, quant à eux, peuvent diverger. Une telle diversité des processus d'anéantissement du lien d'obligation se révèle, d'ailleurs, être liée à la nature des pouvoirs contractuels exercés. Deux schémas semblent alors se dessiner.

D'une part, les pouvoirs contractuels de résolution, tels que le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le pouvoir issu d'une clause résolutoire, ainsi que les pouvoirs de résiliation, tels que ceux présents dans les contrats à durée indéterminée et ceux conférés à titre dérogatoire dans certains contrats à durée déterminée¹, autorisent une partie à intervenir directement sur le lien d'obligation né du contrat afin de provoquer son anéantissement.

D'autre part, les pouvoirs de rétractation, tels que ceux issus du droit de la consommation, d'une clause de dédit ou de réméré, en autorisant une partie à revenir sur son consentement, permettent de provoquer de manière indirecte l'anéantissement du lien d'obligation. La disparition du consentement en cours d'exécution entraînant l'anéantissement du lien d'obligation. À côté des mécanismes classiques de résolution et de résiliation unilatérale, ce dernier procédé d'anéantissement semble faire écho à un mécanisme d'un type particulier sanctionnant, postérieurement à la conclusion du contrat, la disparition de l'un de ses éléments essentiels à sa validité ou à son efficacité : la caducité².

Cependant, la caducité peut-elle dépendre de la volonté de l'une des parties ? Si, traditionnellement, l'événement générateur de caducité était analysé comme devant être extérieur à la volonté des parties à l'acte³, certaines manifestations de l'unilatéralisme contractuel ont conduit à faire évoluer cette conception. En effet, la jurisprudence a pu retenir, dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation, que l'exercice par l'emprunteur de son pouvoir de rétractation entraînait la caducité du contrat⁴. Une conclusion analogue a pu être formulée par certains auteurs à propos du pouvoir de rétractation conféré par une clause de dédit⁵, alors que celle-ci était classiquement appréhendée comme un mécanisme provoquant la résolution du contrat⁶. Dès lors que la caducité peut dépendre de la volonté d'une partie⁷, rien ne semble donc s'opposer à l'analyse qui tend à voir dans les pouvoirs de rétractation des

¹ À titre d'exemple, peuvent être cités : le pouvoir du déposant de résilier le contrat de dépôt conclu à durée déterminée, le pouvoir de résiliation du maître de l'ouvrage dans le cadre d'un marché à forfait, ou encore le pouvoir de résiliation du preneur dans le cadre d'un bail d'habitation.

² La caducité a fait son entrée dans le Code civil à l'occasion de la réforme du droit des obligations. Le nouvel art. 1186 al. 1^{er} dispose ainsi : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

³ v. en ce sens : Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la caducité des actes juridiques en droit civil*, Préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1963, p. 156 et s. ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, op. cit., n° 43 et s., p. 39 et s. Comp. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 82, spéc., p. 101, où les auteurs considèrent que le fait générateur de caducité peut être : « indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté ».

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2010, n° 08-17.839, où la Cour se fonde sur l'art. L. 311-15 du Code de la consom. ; CCC 2010, comm. 139, note : G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2010, p. 17 et s., note : S. PIEDELIÈVRE, où l'auteur conteste cependant l'idée de caducité.

⁵ v. en ce sens : M. MIGNOT, *JurisClasseur Civil Code*, Art. n° 1590 : *Vente, nature et forme, promesse de vente avec arrhes*, mai 2010, m-à-j août 2012, spéc. n° 71, où l'auteur considère que le dédit provoque la caducité rétroactive du contrat en raison de la disparition du consentement postérieurement à la formation du contrat ; M.-A. FRISON-ROCHE, « *Unilatéralité et consentement* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., n° 22, où l'auteure retient que la clause de dédit permet de produire une « caducité disponible du contrat ».

⁶ v. en ce sens : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, Montchrestien, 1987, 7^{ème} éd. par M. de JUGLART, n° 805, p. 87.

⁷ v. not. en ce sens : M.-Ch. AUBRY, « *Retour sur la caducité en matière contractuelle* », RTD civ. 2012, p. 625 et s., où l'auteure retient après avoir analysé les droits de repentir et les promesses unilatérales de contrat : « Il ressort donc que la caducité suppose un événement. Peu importe que ce dernier soit ou non dépendant de la volonté des parties [...] ».

prérogatives permettant de provoquer la caducité du contrat en autorisant leurs titulaires à reprendre, en cours d'exécution, leur consentement. La caducité du contrat entraînant alors, naturellement, la disparition des obligations¹.

Il s'avère ainsi possible de constater que les pouvoirs contractuels empruntent différents modes opératoires, c'est-à-dire différents processus, pour parvenir à l'anéantissement du lien d'obligation. D'un côté, les pouvoirs de résiliation et de résolution permettent d'intervenir directement sur le lien d'obligation né du contrat afin de provoquer son anéantissement. De l'autre, les pouvoirs de rétractation permettent de provoquer de manière indirecte l'anéantissement du lien d'obligation en autorisant leurs titulaires à reprendre leur consentement, ce qui provoque la caducité du contrat et, par voie de conséquence, l'anéantissement du lien d'obligation. À ce constat d'hétérogénéité peut succéder une nuance faisant ressortir une certaine homogénéité quant à la portée des effets produits par les pouvoirs contractuels dont l'objet est d'anéantir le lien d'obligation.

2. Une certaine homogénéité quant à la portée des effets produits.

113. Une homogénéité relative.- Les effets produits par les pouvoirs dont l'objet est d'anéantir le lien d'obligation ne semblent pas tous dotés d'une portée identique. Plus précisément, si les effets produits par ces pouvoirs semblent dotés d'une portée identique au plan matériel, ils tendent cependant à se distinguer sur le plan temporel. Autrement dit, à l'homogénéité des effets au plan matériel (a), s'oppose l'hétérogénéité des effets au plan temporel (b).

a. Homogénéité au plan matériel.

114. Des effets dotés d'une portée identique au plan matériel.- Au plan matériel, les effets produits par les pouvoirs de résolution, de résiliation et de rétractation paraissent identiques. Ces pouvoirs limitent leurs effets à l'anéantissement du rapport d'obligation que l'on peut qualifier de « principal », c'est-à-dire au cœur de l'opération économique réalisée par les parties. Il est alors possible de constater que la mise en œuvre de ces pouvoirs vient affecter la situation juridique de chacune des parties dans la mesure où l'anéantissement du lien d'obligation conduit à priver le créancier de son droit de créance et à libérer le débiteur de son obligation.

Si la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de résolution, de résiliation et de rétractation vient anéantir le rapport d'obligation principal et, ce faisant, affecter la situation de chacune des parties, il convient néanmoins de préciser que ces derniers n'affectent pas les clauses qui créent des obligations accessoires, telles que les clauses de non-concurrence, les clauses de confidentialité et les clauses pénales. Pas plus il n'affectent les clauses de règlement des différends.

¹ v. not. : R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, op. cit., n° 306, p. 275 et n° 329 et s., p. 293 et s., où l'auteur lie le sort du contrat et des obligations. La caducité entraînant l'anéantissement de l'acte et par conséquent l'anéantissement des obligations.

Une telle solution est d'ailleurs expressément énoncée au nouvel article 1230 du Code civil en matière de résolution¹, quelle que soit, d'ailleurs, son origine, résolution judiciaire, clause résolutoire ou résolution aux risques et périls du créancier. Une telle solution semble susceptible d'être étendue aux pouvoirs de résiliation, et ce, dans la mesure où la jurisprudence admet notamment la survie des clauses de non-concurrence² en cas de résiliation du contrat de travail. Pour les pouvoirs de rétractation, la limitation de leurs effets à la caducité du lien principal d'obligation doit être déduite des décisions de justice qui reconnaissent la survie des clauses pénales en cas de caducité du contrat³.

Afin de justifier la portée matérielle de la résolution, de la résiliation ou de la caducité, certains auteurs proposent de recourir à une analyse normativiste⁴ pour expliquer la survie de la norme contractuelle et des obligations accessoires qu'elle contient, alors que d'autres proposent de justifier ces solutions en se référant à l'autonomie desdites obligations⁵.

Si les pouvoirs de résolution, de résiliation et de rétractation paraissent donc produire des effets identiques au plan matériel, il en va, semble-t-il, quelque peu différemment au plan temporel. D'où le possible constat d'une certaine hétérogénéité de leurs effets au plan temporel.

b. *Hétérogénéité au plan temporel.*

115. La portée des effets des pouvoirs de résiliation au plan temporel.- Les pouvoirs de résiliation présentent la particularité de provoquer un anéantissement du lien d'obligation seulement pour l'avenir. Pour illustrer une telle affirmation, il suffit de se référer à quelques exemples de pouvoirs de résiliation. Ainsi, le pouvoir de révoquer le mandataire, analysé

¹ Le nouvel art. 1230 du C. civ. dispose expressément : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ». Les clauses destinées à produire effet en cas de résolution visent l'hypothèse des clauses pénales. En effet, il a pu être mis en évidence que la survie de la clause pénale ne se concevait que si celle-ci avait pour objet de réparer le préjudice résultant de la résolution. v. en ce sens : D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.*, n° 188, p. 101.

² La jurisprudence admet la survie des clauses de non-concurrence en cas de résiliation du contrat de travail et refuse de subordonner l'efficacité de la clause à la nature de la cause – efficiente – de rupture du contrat : Cass. soc. 24 janvier 1974, *Bull. civ.* V, n° 65, p. 59, (deux arrêts), où la Cour retient que la clause de non-concurrence stipulée en des termes généraux quant aux cas de rupture, doit recevoir application, même en cas de rupture abusive du contrat de la part de l'employeur. Dans le même sens, v. : Cass. soc. 8 décembre 1977, *Bull. civ.* V, n° 688, p. 551, où il s'agissait d'une clause de non-concurrence devant s'appliquer « au cas où pour une cause quelconque » le salarié venait à quitter l'entreprise, c'est-à-dire une clause également stipulée en termes généraux quant aux causes de rupture, celle-ci devant être appliquée, selon la Cour, même en cas de rupture abusive de la part de l'employeur. *Adde*, Cass. soc. 22 octobre 1997, *Bull. civ.* V, n° 325, p. 234, où la Cour retient que le licenciement sans cause réelle et sérieuse ne dispense pas le salarié d'exécuter l'engagement résultant d'une clause de non-concurrence.

³ v. en ce sens : Cass. com. 22 mars 2011, *Bull. civ.* IV, n° 49 ; D. 2011, p. 2179, obs. X. DELPECH ; RTD. civ. 2011, p. 345, obs. B. FAGES ; Rev. sociétés 2011, p. 626, note J. MOURY.

⁴ Pour une analyse normativiste pour expliquer la portée des effets des pouvoirs de résiliation et de résolution, v. : P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », art. préc., n° 45 et s., p. 802 et s. Pour une telle approche afin d'expliquer les effets de la caducité, v. not. : Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, RDC 2007, p. 259 et s.

⁵ v. à propos de l'autonomie des clauses pénales et de leur survie en cas de caducité : M.-Ch. AUBRY, « *Retour sur la caducité en matière contractuelle* », art. préc., spéc., p. 641 et s.

comme un droit de résiliation¹, permet-il au mandant de mettre fin au contrat², c'est-à-dire d'anéantir les obligations à la charge des parties de manière prospective³. Il en va de même du pouvoir de résiliation dont bénéficie le maître de l'ouvrage dans le cadre d'un marché à forfait, mais aussi, des pouvoirs de résiliation issus des clauses d'essai stipulées dans le cadre de contrats de vente ou de travail⁴.

116. La portée des effets des pouvoirs de résolution au plan temporel.- À l'opposé des pouvoirs de résiliation, il est traditionnellement admis que les effets de la résolution sont dotés d'un caractère rétroactif. Toutefois, ce caractère rétroactif ne saurait être absolu. En effet, dans le cadre des contrats à exécution successive, la jurisprudence a pu tempérer les effets de la rétroactivité. Hormis les hypothèses dans lesquelles le contrat à exécution successive, soit, constitue un ensemble indivisible⁵, soit est affecté par un défaut d'exécution ou par une exécution défectueuse dès l'origine⁶, la jurisprudence admet que la résolution puisse emprunter ses effets à la résiliation⁷. De tels tempéraments qui ont pu être formulés dans le cadre de la résolution judiciaire du contrat, ont été consacrés, certes d'une manière légèrement différente, à l'occasion de la réforme du droit des contrats et sont appelés à s'appliquer quel que soit le mode de résolution employé, ce qui inclut, donc, la résolution aux risques et périls du créancier et la résolution prononcée en vertu d'une clause résolutoire, à défaut de précision des parties.

Ainsi, le nouvel article 1229 alinéa 2 du Code civil impose des restitutions lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du résultat et les exclut-il lorsque prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, qui est soumis par l'article susmentionné au même régime que celui de la résolution judiciaire, pourra alors, en fonction des circonstances précitées, anéantir de manière, soit,

¹ Pour des références au terme « résiliation », v. not. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t. 2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1931, p. 717. *Adde*, en jurisprudence : Cass. com. 7 juillet 1992, n° 90-17885, préc., où la Cour retient que : « la révocation ad nutum s'entend d'une décision de *résiliation* prise sans que des motifs aient à être précisés ». (Nous soulignons).

² Cette idée d'effet prospectif est notamment contenue dans l'article 2003 du C. civ. qui énonce les différentes hypothèses dans lesquelles le mandat « finit ».

³ v. not. en ce sens : A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, t. VIII, Paris, PLON, NOURRIT et Cie, 1884, n° 229, p. 230 : « La révocation du mandat anéantit ses pouvoirs [...] et fait cesser pour l'avenir les rapports qu'établissait entre les parties le contrat de mandat ». Il convient de préciser que si l'art. 2004 du C. civ. permet au mandant d'exiger la restitution de la procuration, il convient de ne pas confondre cette restitution avec celles destinées à revenir au *statu quo ante*, c'est-à-dire celles ayant pour objet d'effacer rétroactivement les traces de l'opération réalisée par le contrat. La restitution de la procuration a seulement ici un aspect prospectif.

⁴ v. not. : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 236, spéc. p. 263 : « la rupture du contrat en cours d'essai met fin aux relations de travail sans effacer rétroactivement les obligations des parties ».

⁵ v. not. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, *Bull. civ. I*, n° 252, où la Cour énonce, dans un attendu de principe, que : « la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats » et retient, en l'espèce, dans un contrat d'édition, que les parties avaient voulu faire un contrat indivisible.

⁶ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n° 87, p. 80 ; JCP G. 2004, II, n° 10031, note Ch. JAMIN ; JCP G. 2003, I, 170, n° 15, obs. A. CONSTANTIN ; RTD. civ. 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; où la Cour énonce que : « dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat ».

⁷ v. par ex. : Cass. req. 18 mai 1839, DP. 1839, 1, p. 230 ; Cass. civ., 2 mars 1938, DH 1938, p. 178.

rétroactive, soit, prospective, le lien d'obligation. Ses effets peuvent donc, dans certaines conditions, être semblables à ceux résultant de la mise en œuvre des pouvoirs de résiliation.

117. La portée des pouvoirs de rétractation au plan temporel.- Si les pouvoirs de rétractation provoquent la caducité du lien d'obligation, il convient cependant d'observer qu'il existe en doctrine un débat en ce qui concerne la portée temporelle des effets de la caducité¹. De manière traditionnelle, la caducité est présentée comme produisant ses effets pour l'avenir. Si certains auteurs ont pu franchir le pas et admettre, dans certaines hypothèses, que la caducité pouvait produire des effets rétroactifs², il n'en demeure pas moins que, pour la doctrine majoritaire, ces effets semblent apparaître comme des exceptions au principe selon lequel la caducité jouerait de manière prospective³.

Cette présentation traditionnelle a été consacrée par le nouvel article 1187 alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que « la caducité met fin au contrat », ce qui désigne un effet prospectif. Toutefois l'alinéa second de ce même article reconnaît, à titre d'exception, que la caducité puisse produire des effets rétroactifs puisque celui-ci envisage la possibilité d'effectuer des restitutions.

Aussi, semble-t-il possible de trouver trace du caractère rétroactif de la caducité en matière de pouvoirs contractuels dans la mesure où certaines dispositions légales prévoient expressément que des restitutions doivent s'opérer dès lors qu'un pouvoir de rétractation est exercé. À titre d'exemple, il est possible de citer le droit de rétractation dont dispose le consommateur dans le cadre des contrats conclus à distance et hors établissements dont l'encadrement légal exige des restitutions, aussi bien de la part du consommateur⁴, que du

¹ Le débat sur la nature des effets temporels de la caducité a notamment pu éclore lorsque fut abordé le problème de la combinaison des effets de la caducité avec les effets de la défaillance d'une condition suspensive. En effet, il apparut malaisé de combiner l'effet prospectif généralement attaché par la doctrine à la caducité, avec l'effet rétroactif de la défaillance de la condition. v. not. pour la présentation de ce problème et des propositions de résolution : Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, RDC 2007, p. 259 et s. ; J.-D. PELLIER, « *Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive* », LPA 10 avril 2008, p. 3 et s.

² v. not. en ce sens : v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 82, p. 101 ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, op. cit.*, où l'auteure admet que la caducité produise des effets rétroactifs dans le cadre des contrats qui ont commencé à être exécutés (n° 428 et s.) ou dans le cadre des groupes de contrats (n° 437 et s.). Adde, C. AUBERT DE VINCELLES, « *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir* », RDC 2007, p. 983 et s., spéc., n° 13, où l'auteure se montre également en faveur de l'utilisation de la caducité et de la production d'effets rétroactifs par celle-ci. L'auteure évoque alors le caractère nécessairement rétroactif de la caducité dans les contrats à exécution instantanée, dans la mesure où, en l'absence d'un tel effet, cette sanction serait inefficace en raison de l'absence de restitutions. L'auteure explique également, dans le cadre des ensembles contractuels, le besoin de rétroactivité, c'est-à-dire le besoin de retourner au *statu quo ante* au moyen de restitutions, notamment dans l'hypothèse où la caducité d'un contrat aurait un impact sur l'équilibre des autres.

³ Pour une telle présentation sous forme de principe et d'exception, v. not. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 82, p. 101 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 322, spéc., p. 330 ; B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 211, p. 175, *in fine*.

⁴ L'article L. 221-23 du C. consom. dispose que le consommateur doit restituer les biens au professionnel, ou à une personne désignée par ce dernier, dans un délai de quatorze jours suivant la communication de la décision de se rétracter.

professionnel¹. De même, le droit de rétractation offert au souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie oblige l'assureur à restituer les sommes versées par son cocontractant².

Il convient d'ajouter que lorsque les parties stipulent dans un contrat de vente une clause de réméré ou de dédit, elles conviennent d'introduire un pouvoir contractuel dérogeant aux effets classiques de la caducité. En effet, d'une manière traditionnelle, les auteurs reconnaissent le caractère rétroactif des effets des pouvoirs issus des clauses de réméré³ ou de dédit⁴. Dès lors que l'on admet que les pouvoirs de rétractation issus d'une clause de réméré ou de dédit anéantissent le lien d'obligation en provoquant sa caducité, il doit alors être entendu que cet anéantissement se produit de manière rétroactive⁵.

118. **Constat.-** Si les pouvoirs de résolution, de résiliation et de rétractation permettent tous d'anéantir le lien d'obligation, il a néanmoins pu être constaté que tous ces pouvoirs ne parviennent pas à cet anéantissement de la même façon. En effet, si les pouvoirs de résolution et de résiliation permettent à leurs titulaires d'anéantir directement le lien d'obligation, les pouvoirs de rétractation, en autorisant une partie à revenir sur son consentement, permettent, quant à eux, de provoquer de manière indirecte l'anéantissement du lien d'obligation.

Au-delà de l'hétérogénéité des différents processus d'anéantissement, une certaine unité se dégage dans la portée des effets produits par ces différents pouvoirs. Au plan matériel, il a pu être mis en évidence que ces différents pouvoirs n'anéantissaient que le lien d'obligation dit principal, c'est-à-dire le cœur de l'échange économique. En cela, leur mise en œuvre vient affecter la situation de chacune des parties, créancier comme débiteur. Au plan temporel, la diversité semble, *a priori*, plus marquée, mais ce constat est à nuancer. Si les pouvoirs de résiliation produisent un anéantissement du lien d'obligation pour l'avenir, la réforme du droit des contrats a également retenu que la résolution jouait pour l'avenir, hormis dans certains cas

¹ L'article L. 221-24 du C. consom. dispose, qu'en cas d'exercice du droit de rétractation, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter.

² Art. L. 132-5-1 du C. assur.

³ Le caractère rétroactif de l'anéantissement est généralement lié à l'analyse faisant de la clause de réméré une condition résolutoire potestative, v. not. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 108, p. 81 ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 164, p. 151.

⁴ Le caractère rétroactif de l'anéantissement est généralement induit par l'analyse faisant de la clause de dédit ou d'arrhes une condition résolutoire. La condition produisant ses effets de manière rétroactive. Pour une telle analyse, v. not. : A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, t. VII, Paris, PLON, 1873, n° 11 bis, IX, p. 30 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, t. VI, Paris, A. ROUSSEAU, 1931, n° 450, spéc., p. 486 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 112, p. 83. Comp. pour les auteurs analysant ce mécanisme comme une condition suspensive : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, *op. cit.*, n° 1068, p. 636 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1932, p. 432,

⁵ Rappr. : M. MIGNOT, *JurisClasseur Civil Code*, Art. n° 1590 : *Vente, nature et forme, promesse de vente avec arrhes*, préc., n° 71, où l'auteur retient que les effets du dédit provoquent la caducité rétroactive du contrat. Toutefois, il semblerait que la caducité anéantisse de manière rétroactive le seul lien d'obligation. L'auteur fait remarquer de manière très pertinente, *in fine*, qu'en matière de dédit : « la rétroactivité de la caducité est toute relative puisqu'en principe le contrat n'a pas reçu d'exécution ».

où ses effets peuvent être rétroactifs. En ce qui concerne la rétractation, en revanche, le constat est celui de pouvoirs produisant leurs effets uniquement de manière rétroactive.

Si ces précisions permettent de clore les développements consacrés aux pouvoirs ayant pour objet l'anéantissement du lien d'obligation, ils ne mettent toutefois pas fin à l'analyse des pouvoirs contractuels portant sur le lien d'obligation. En effet, à côté des pouvoirs qui permettent d'anéantir le lien d'obligation, il existe des pouvoirs contractuels dont l'objet de provoquer la suspension dudit lien d'obligation.

B. La suspension du lien d'obligation.

119. **Diversité des modes de suspension.**- Qu'il s'agisse, par exemple, de l'exception d'inexécution, lorsque celle-ci prend place dans un contexte contractuel, du droit de retrait du salarié, de la possibilité offerte à l'assureur de suspendre la garantie de l'assuré, ou encore du pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsque celui-ci conduit au prononcé d'une mise à pied disciplinaire, l'objet de tous ces pouvoirs est de permettre à l'une des parties de suspendre l'exécution d'obligations contractuelles. Si ces différents pouvoirs de suspension ont pour point commun d'affecter la situation de toutes les parties au contrat, il semblerait cependant que les pouvoirs précités ne parviennent pas tous à ce résultat en des termes identiques. Certains permettent la suspension de l'exécution de l'obligation principale de l'une des parties (1), alors que d'autres permettent à l'un des contractants d'imposer une suspension de l'exécution des obligations principales de chacune des parties (2).

1. La suspension de l'exécution de l'obligation principale de l'une des parties.

120. **Portée des effets produits.**- L'exception d'inexécution constitue l'exemple le plus célèbre de pouvoir contractuel ayant pour objet la suspension de l'exécution de l'obligation principale d'une seule des parties. En effet, l'exception d'inexécution est un droit¹, ou plutôt, un pouvoir permettant à l'*excipiens* de suspendre l'exécution de l'obligation principale dont il est débiteur². Toutefois, il convient de souligner que le mécanisme de l'exception d'inexécution laisse exigible la dette du débiteur défaillant. Ainsi, le pouvoir reconnu à l'*excipiens* lui permet-il, si l'on emprunte une analyse dualiste classique de l'obligation distinguant *Schuld* et *Haftung*, de se soustraire unilatéralement et temporairement à l'élément de contrainte composant le rapport d'obligation, à savoir, l'élément *Haftung*.

La situation de chacune des parties se trouve alors modifiée. D'un côté, l'*excipiens* n'est plus tenu par la contrainte obligationnelle. De l'autre, le débiteur défaillant n'est plus en mesure d'exiger de l'*excipiens* l'exécution de sa prestation. L'exercice du droit d'exiger du débiteur défaillant apparaît, d'ailleurs, conditionné par la réalisation d'un événement qui dépend de sa

¹ La qualification de droit a pu être discutée, v. : *supra*, n° 35, p. 59 et s.

² Comp. : R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. préc., p. 363, où l'auteur définissait l'exception d'inexécution non pas comme une simple suspension de l'exécution des obligations, mais plus largement comme une : « suspension volontaire des effets du contrat ». (Nous soulignons).

volonté, à savoir, l'exécution de sa propre prestation. Cette modification des conditions d'exercice du droit d'exiger du débiteur défaillant se présenterait ainsi comme la traduction technique de la finalité comminatoire du mécanisme de l'exception d'inexécution. En effet, soumettre la jouissance du droit d'exiger du débiteur défaillant à la condition suspensive et potestative qu'il exécute sa prestation, constitue un véritable moyen de pression l'incitant à exécuter.

Il semble possible de retrouver la trace des effets susmentionnés dans le pouvoir dont dispose l'assureur de suspendre la garantie de l'assuré en cas de défaut de paiement de la prime¹. Dans une telle situation, seule l'exécution de l'obligation de garantie de l'assureur est suspendue², ce qui rappelle la situation de l'exception d'inexécution où l'exécution d'une seule obligation est suspendue. Toutefois, la situation de chacune des parties est bien modifiée. L'assureur n'est plus tenu par la contrainte obligationnelle et l'assuré est privé de son droit de réclamer l'exécution de la prestation de l'assureur. Ici, la finalité comminatoire de la suspension est très marquée. Le but étant de contraindre l'assuré à payer les primes dues. Il convient de préciser que la suspension par l'assureur de la garantie ne le prive pas de la possibilité de poursuivre l'exécution forcée du contrat³ ou, sous réserve du respect de certaines conditions de délai, de prononcer sa résiliation⁴. Or, il est généralement affirmé⁵ que le régime de l'exception d'inexécution se distingue de celui de la suspension du contrat en ce que celui-ci ne prive pas l'*exicipiens* de la possibilité de demander l'exécution forcée ou encore de la possibilité d'anéantir le contrat. Cette précision tend alors à rapprocher ce mécanisme de celui de l'exception d'inexécution, et peut même laisser suggérer que ce pouvoir de suspension constitue une déclinaison de l'exception d'inexécution dans le cadre particulier des contrats d'assurance⁶.

¹ v. : l'art. L. 113-3 al. 2 du C. Assur. qui permet à l'assureur, en cas de non-paiement de la prime dans les dix jours de son échéance, de suspendre la garantie une fois écoulé un délai de trente jours après mise en demeure de l'assuré.

² v. not. : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 2005, 12^{ème} éd., coll. Précis, n° 478, p. 350.

³ v. : l'art. L. 113-3 al. 2 du C. Assur.

⁴ Les dispositions de l'art. L. 113-3 al. 3 du C. Assur. n'autorisent l'assureur à résilier le contrat qu'une fois expiré un délai dix jours suivant le délai de trente jours permettant la suspension de la garantie.

⁵ v. not. en ce sens : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil, op. cit.*, n° 401, p. 457 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Préf. J. GHESTIN, Avant-propos de D. MAZEAUD, LGDJ, 2002, n° 344, p. 335 ; J. GHESTIN, « L'exception d'inexécution. Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 3 et s., spéc., n° 23 ; L. BOYER, « Contrats et conventions », in *Rép. Civ. Dalloz*, août 1993, m.à.j. avril 2015, n° 435.

⁶ Pour une qualification du pouvoir de suspendre la garantie comme une « inexécution licite voisine de l'exception d'inexécution », v. : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit.*, n° 342, p. 334. *Adde*, pour la qualification d'exception d'inexécution : J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel : Études de droit privé*, ss. la dir. P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 78 et s., spéc., n° 15 ; T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, Préf. G. H. CAMERLYNCK, LGDJ, 1963, p. 12 ; J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », D. 1994, p. 255 et s., spéc., n° 11, où l'auteur retient que : « l'exception d'inexécution constitue un procédé *direct* d'extinction des obligations ». (Nous soulignons). *Contra*, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil, op. cit.*, n° 416, p. 474, où les auteurs retiennent la qualification de suspension du contrat en raison du caractère irréversible des effets de la suspension de la garantie pendant la période de non-paiement des primes (v. : l'art. L. 113-3 al. 4 du C. assur. qui dispose expressément que « le contrat non résilié reprend pour l'avenir ses effets [...]). Ces auteurs fondent ainsi leur raisonnement sur l'incompatibilité de l'anéantissement des effets de l'obligation pour la période d'inexécution avec le caractère temporaire et non définitif des effets classiquement

Les effets du mécanisme de l'exception d'inexécution seraient également perceptibles dans le droit de retrait dont jouit le salarié¹². En effet, dans la situation où l'employeur n'exécute pas son obligation d'assurer la protection de l'intégrité physique de son salarié, le droit de retrait permet à ce dernier de suspendre unilatéralement l'exécution de sa prestation de travail. À l'image de ce qui se passe en matière d'exception d'inexécution, le droit dont jouit l'employeur d'exiger l'accomplissement de la prestation de travail est suspendu jusqu'à ce qu'il exécute son obligation de fournir un travail ne mettant pas en danger la sécurité du salarié. La situation du salarié est également modifiée en ce qu'il n'est pas tenu par la contrainte obligationnelle pendant le délai de mise en conformité des conditions de travail. Cependant, l'obligation de payer le salaire n'est, quant à elle, pas suspendue³. La loi interdit ainsi à l'employeur de se prévaloir de l'inexécution de la prestation de travail du salarié pour invoquer, à son tour, l'exception d'inexécution et refuser de payer le salaire. Aussi, cette interdiction légale s'explique-t-elle dans la mesure où l'exception d'inexécution ne saurait être invoquée par celui qui a rendu lui-même impossible l'exécution de la prestation de son cocontractant⁴. Or, ici la faute de l'employeur, c'est-à-dire le manquement à son obligation de fournir un travail dans des conditions garantissant la sécurité du salarié, est bien à l'origine de l'inexécution par le salarié de sa prestation de travail.

Si les différents pouvoirs qui permettent de suspendre l'exécution de l'obligation principale de l'une des parties modifient, en réalité, la situation de chacune des parties au contrat, une telle conséquence doit également pouvoir être observée dans le cadre des pouvoirs qui permettent la suspension de l'exécution de l'obligation principale de chacune des parties.

2. La suspension de l'exécution de l'obligation principale de chacune des parties.

121. Suspension du contrat et pouvoir contractuel.- S'il existe des pouvoirs contractuels ayant pour objet de provoquer la suspension de l'exécution des obligations principales de chacune des parties, il convient toutefois, avant de procéder à leur identification et à leur analyse, de préciser que la situation dans laquelle aucune des parties n'est tenue d'exécuter ses obligations principales est généralement qualifiée de « suspension du contrat »⁵. Or, il doit être souligné que la suspension du contrat tend à apparaître comme une notion autonome regroupant

reconnus à l'exception d'inexécution. Rapp. : C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, *op. cit.*, où l'auteur retient que ce n'est pas le mécanisme de l'exception d'inexécution qui conduit à l'anéantissement des effets de l'obligation pour la période d'inexécution, mais le mécanisme de la réfaction du contrat. Pour l'auteur (n° 101, p. 99-100), l'exception d'inexécution n'est qu'une étape qui conduit à la réfaction du contrat.

¹ Art. L. 4131-1 du C. trav.

² v. en ce sens : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 343, p. 334, où l'auteur analyse le droit de retrait du salarié comme une manifestation de l'exception d'inexécution.

³ Art. L. 4131-3 C. trav.

⁴ v., en ce qui concerne le comportement de celui qui invoque l'exception d'inexécution : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 379, p. 440.

⁵ Pour l'emploi d'un tel critère pour définir la suspension du contrat, v. not. : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 346, p. 336. En outre, il doit être ajouté que les contrats de travail constituent le domaine de prédilection de la technique de la suspension, v. sur ce point les études de : T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, Préf. G. H. CAMERLYNCK, LGDJ, 1963 ; J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, Préf. J. PÉLISSIER, Sirey, 1980.

des hypothèses variées de dispense d'exécution des obligations principales de chacune des parties. Il s'avère donc nécessaire, au préalable, de préciser les rapports entre la suspension du contrat et les pouvoirs contractuels. En effet, tous les cas de suspension du contrat n'apparaissent pas comme des manifestations de l'exercice de pouvoirs contractuels.

Aussi, doivent-êre exclues de la qualification de pouvoir contractuel, en premier lieu, les hypothèses de suspension se réalisant de manière automatique, comme cela se produit en cas de survenance d'un événement présentant les caractères de la force majeure¹, mais aussi les hypothèses de suspension découlant d'un accord des parties², c'est-à-dire, les situations dans lesquelles la manifestation unilatérale de volonté est absente. En second lieu, doivent être exclues les hypothèses où la suspension résulte de l'exécution des prévisions contractuelles³. Les temps de repos en droit du travail en sont les exemples topiques. En effet, ces hypothèses ne correspondent pas à une modification des effets du contrat, c'est-à-dire à une modification de la situation contractuelle préexistante. Enfin, en troisième et dernier lieu, il convient d'exclure les hypothèses où la suspension ne résulte pas de l'exercice d'une prérogative unilatérale reconnue par l'ordre juridique. Tel est le cas du *lock-out*, qui ne constitue pas le résultat de l'exercice d'un droit, mais correspond à une inexécution fautive des obligations contractuelles de l'employeur⁴. Cependant l'employeur peut échapper à sa responsabilité si la fermeture est justifiée par une situation contraignante⁵. La contrainte jouant alors le rôle d'une cause d'exonération supprimant l'imputabilité de la faute.

¹ v. en ce sens : R. SARRAUTE, *De la suspension dans l'exécution des contrats*, PUF, 1929, p. 68 ; R. FIATTE, *Les effets de la force majeure dans les contrats*, Paris, Les Presses Modernes, 1932, p. 86 ; J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, th. Paris, 1920, p. 274. Ces auteurs retiennent que dès 1888, la Cour de cassation admet la suspension automatique du contrat en cas de survenance d'un événement présentant les caractères de la force majeure. v. sur ce point la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la suspension du contrat : Cass. civ., 15 février 1888, DP. 1888, 1, p. 203 ; Cass. req. 24 octobre 1922, DP. 1924, 1, p. 8 ; Cass. req. 12 décembre 1922, DP. 1924, 1, p. 186. Comp. : P. H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. TEYSSIE, LGDJ, 1992, n° 314, où l'auteur estime que la suspension est un droit pour le contractant. Dans une telle perspective l'auteur retient au sujet de la suspension : « [...] elle n'accède à la vie juridique que si l'un des contractants l'invoque [...] ». Dans une telle hypothèse, il semblerait que l'exigence d'une manifestation de volonté conduise à nier le caractère automatique de la suspension.

² Les parties peuvent en effet, d'un commun accord, décider de renoncer à tout ou partie des prestations dues pendant une certaine période sans pour autant mettre un terme au contrat.

³ Comp. : J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, op. cit., où l'auteur propose de définir la suspension du contrat comme : « le droit de l'une ou de l'autre des parties d'invoquer la disparition du lien de subordination juridique dans le cadre d'un contrat de travail en cours pour obtenir ou justifier l'arrêt de travail ». L'auteur propose alors de distinguer deux types de suspension : les suspensions périodiques telles que les temps de repos et les congés payés, et les suspensions accidentelles telles que la maternité, la grève ou encore la maladie.

⁴ v. en ce sens : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 1415, spéc., p. 1488 ; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2000, 20^{ème} éd., coll. Précis, n° 1150 et s.

⁵ La désorganisation de l'entreprise rendant impossible la fourniture de travail aux salariés serait une cause exonérant l'employeur de sa responsabilité. v. par ex : Cass. soc., 4 juillet 2000, *Bull. civ. V*, n° 262, p. 207 ; Dr. soc. 2000, p. 1091, note A. CRISTAU. *Adde*, sur la désorganisation d'entreprise : F. DUQUESNE, « *Le critère du lock-out licite* », JCP G. 1996, I, n° 3971.

À l'opposé, la sanction que constitue la mise à pied disciplinaire¹ correspond à une hypothèse de suspension du contrat de travail² résultant de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur qui, dans cette circonstance, peut revêtir la qualification de pouvoir contractuel. En effet, la mise à pied disciplinaire permet à l'employeur de prononcer unilatéralement, et pour une période donnée, la suspension de l'exécution des obligations principales de chacune des parties, à savoir, l'obligation de fournir un travail et de verser un salaire ainsi que l'obligation corrélative d'exécuter la prestation de travail. Dans cette situation la suspension du contrat de travail est une conséquence directe de l'exercice d'un pouvoir contractuel. Aussi, le salarié dispose-t-il également de pouvoirs contractuels permettant de provoquer la suspension du contrat³. En effet, sous réserve de certaines conditions, notamment d'ancienneté, le salarié peut imposer à l'employeur⁴ une suspension du contrat en prenant, par exemple, un congé sabbatique⁵, ou encore un congé pour la création d'entreprise⁶.

122. Effets de la suspension.- Pour la majorité des auteurs, la suspension de l'exécution d'un contrat à exécution successive crée une situation de dispense définitive d'exécution des obligations principales⁷ des parties relativement à une période temporelle donnée. Il ne s'agirait pas d'un simple retard, mais d'une inexécution partielle du contrat⁸, c'est-à-dire que les effets obligationnels sont anéantis pour la période de suspension. Que la suspension du contrat soit l'objet de l'exercice d'un pouvoir contractuel ou non, elle a pour conséquence d'interdire à

¹ La mise à pied disciplinaire se distingue de la mise à pied conservatoire qui ne constitue pas une sanction mais un aménagement de la procédure disciplinaire justifié par la faute lourde ou grave du salarié. En outre, il convient de préciser que la mise à pied disciplinaire se distingue de l'exception d'inexécution en ce qu'elle n'a pas un caractère comminatoire. En effet, cette sanction se prolonge sur une durée qui est sans rapport avec l'inexécution qu'elle sanctionne. Même si l'inexécution a cessé, la mise à pied se poursuit. Sur ce critère de distinction, v. : J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 30.

² v. pour cette qualification : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, op. cit., n° 359, p. 345.

³ Ces pouvoirs contractuels qui permettent au salarié de suspendre l'exécution du contrat de travail ont pu être désignés, par certains auteurs, comme des droits dont l'exercice est incompatible avec l'exécution. Pour cette qualification, v. : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, op. cit., n° 413 et s., p. 471 et s. ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, op. cit., n° 360 et s., p. 346 et s.

⁴ L'employeur ne peut pas s'opposer à la demande du salarié, ce qui est la marque de l'unilatéralisme et donc des pouvoirs contractuels. Si l'employeur ne peut s'opposer au principe de la demande, il peut parfois différer le départ du salarié comme en matière de congé sabbatique (art. L. 3142-94 du C. trav.) ou en matière de congé pour la création d'une entreprise (art. L. 3142-83 du C. trav.). Sur cette impossibilité pour l'employeur de s'opposer au droit du salarié et pour des exemples supplémentaires, v. : L. FIN-LANGER, « *Suspension du contrat de travail* », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2010, spéc., n° 44.

⁵ Art. L. 3142-91 du C. trav.

⁶ Art. L. 3142-78 du C. trav.

⁷ v. en ce sens : C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, op. cit., n° 346, spéc., p. 337 ; G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 321, p. 360. Comp. : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, op. cit., n° 403, p. 459, où les auteurs retiennent que « la suspension implique le maintien du contrat ». Une telle approche distinguant le contrat et les obligations tend à souligner le caractère limité des effets de la suspension.

⁸ v. en ce sens : J.-F. ARTZ, « *La suspension du contrat à exécution successive* », D. 1979, chron. XV, p. 95, spéc. p. 98, n° 9, où l'auteur énonce : « il n'y a pas simple retard mais inexécution partielle ; pendant la période de suspension les parties sont dispensées d'exécuter leurs obligations, et la portion de contrat non exécutée ne sera pas rattrapée ». Adde, J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, op. cit., n° 53, p. 51, où l'auteur énonce : « la disparition de l'obligation, certes, n'est pas définitive puisqu'il y a suspension et non résiliation, mais elle produit des effets définitifs pour la période considérée » ; R. CASSIN, *Suspension, rupture et révision des contrats, Cours de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, Paris, 1937, p. 279 : « La suspension comporte une perte définitive quoique partielle des éléments du contrat ».

chacune des parties d'obtenir l'exécution intégrale du contrat¹. La suspension affecte donc tant la situation de celui qui impose la suspension que celle de celui qui la subit. Autrement dit, les effets de la suspension dépassent la seule sphère juridique du titulaire du pouvoir pour affecter celle de son cocontractant

123. Bilan des pouvoirs de suspension du lien d'obligation.- Différents pouvoirs contractuels permettent à l'une des parties d'imposer à son cocontractant une suspension du lien d'obligation. Certains, tels que l'exception d'inexécution, le pouvoir dont dispose l'assureur de suspendre la garantie de l'assuré en cas de défaut de paiement de la prime, ou encore, le pouvoir de retrait du salarié, autorisent leurs titulaires de suspendre l'exécution de leur propre obligation. D'autres, tels que le pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsqu'il se traduit par une mesure de mise à pied disciplinaire, ou encore, le pouvoir du salarié de prendre un congé sabbatique ou un congé pour la création d'une entreprise, permettent à leurs titulaires d'imposer une « suspension du contrat », c'est-à-dire une suspension qui affecte l'exécution des obligations de chacune des parties.

Au-delà de la diversité des pouvoirs de suspension de l'obligation, ceux-ci ont tous un point commun : ils permettent à leurs titulaires d'empiéter sur sphère juridique de leur cocontractant en affectant les droits et obligations dont ils sont titulaires en vertu du contrat. Cet effet semble, d'ailleurs, également observable chez les pouvoirs contractuels dont l'objet est de modifier l'objet de l'obligation.

§ 2 - LA MODIFICATION DE L'OBJET DE L'OBLIGATION.

124. Identification de l'objet de l'obligation.- Si la notion d'objet peut apparaître comme un élément essentiel, une donnée fondamentale de la structure du contrat², son appréhension peut cependant se révéler être délicate. En effet, l'ancienne rédaction de l'article 1126 du Code civil donnait une définition confuse, mêlant les notions d'objet du contrat et d'objet de l'obligation, celui-ci disposant : « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Les rédacteurs du Code civil avaient ainsi rapporté au contrat, par le biais d'une ellipse, ce qui n'est en réalité que l'objet des

¹ v. en ce sens : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil, op. cit.*, loc. cit. : « la suspension du contrat à exécution successive interdit aux parties d'obtenir l'exécution intégrale du contrat ».

² v. en ce sens : J. GHESTIN, « *La notion de contrat* », D. 1990, p. 147 et s., où l'auteur identifie dans les sociétés dites « complexes » comme la nôtre, « la réunion des conditions minimum permettant d'identifier des relations contractuelles : des sujets (les parties), un objet (prestation ou bien) et une sanction judiciaire ». Adde, P. HÉBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », in *Mélanges J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 444, où l'auteur souligne, qu'à la différence de la cause, l'objet est « un élément naturel, une donnée matériellement et immédiatement saisissable du contrat ».

obligations¹. Ainsi, pour les auteurs classiques², tout comme pour certains auteurs plus modernes³, l'objet du *contrat* correspond à la *prestation*⁴. Corrigeant cette approximation, certains auteurs ont pu faire remarquer que la *prestation* constitue, en réalité, l'objet de l'*obligation*⁵. La réforme du droit des contrats a suivi cette analyse puisque le nouvel article 1163 du Code civil dispose, dans son alinéa premier, que « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future ». Par conséquent, il sera question, ici, de s'intéresser aux différents pouvoirs contractuels dont l'objet est de modifier la prestation.

125. Fonctions des pouvoirs de modification de la prestation.- Tous les pouvoirs contractuels qui permettent de modifier la prestation ne semblent pas destinés à accomplir cette modification aux mêmes fins. Aussi, deux fonctions peuvent-elles être distinguées. Certains pouvoirs semblent réaliser une modification de la prestation dans le but de compléter la définition de ses traits caractéristiques, et cela, en lui apportant une précision qui lui faisait initialement défaut. À ce titre il conviendra de parler de la modification-précision (A). D'autres pouvoirs contractuels ont pour fonction d'assurer la substitution de la prestation initialement convenu par une autre. Il s'agira alors d'évoquer la modification-substitution (B).

A. La modification-précision.

126. Précision de la quotité de la prestation.- Le pouvoir de détermination unilatérale du prix constitue certainement l'exemple le plus célèbre de pouvoir contractuel ayant pour fonction de préciser la quotité de l'objet de la prestation au cours de l'exécution. En effet, le pouvoir de détermination unilatérale du prix permet à l'une des parties de lever l'incertitude quantitative

¹ Pour une critique de l'assimilation de l'objet du contrat à l'objet de l'obligation faite par l'art. 1126 du C. civ., v. déjà : V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, DELAMOTTE, 1892, 8^{ème} éd, n° 447, p. 395, où l'auteur énonce : « La proposition que notre article [1126 du C. civ] applique au contrat sera bien plus exacte si on l'applique à l'obligation qui en résulte » ; Comp. : R. J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Nouvelle édition, Traité des obligations*, t. I., *op. cit.*, n° 129 et s., p. 113 et s., où l'auteur traite explicitement de l'objet des obligations.

² v. not. en ce sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, *op. cit.*, § 344, p. 313 : « Tout contrat exige un objet, c'est-à-dire une prestation à laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre » ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, PLON, 1865, n° 40, p. 51-52, où les auteurs soulignent que : « La loi confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation », avant d'énoncer que « la matière d'un engagement peut consister, soit dans une chose qu'une partie devra donner [...], soit dans un fait qu'elle sera tenue d'accomplir ou dont elle devra s'abstenir » ;

³ v. not. en ce sens : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 292, où les auteurs retiennent : « En somme, l'objet du contrat c'est la ou les prestations imposées par ce contrat » ;

⁴ Sur l'évolution de la notion de prestation qui originellement désignait l'acte concret d'exécution du devoir (*praestatio*) permettant d'éteindre (*solutio*) l'*obligatio*, c'est-à-dire le moyen de se libérer, pour désigner ensuite l'acte dû, c'est-à-dire l'objet de l'obligation, v. : A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 160 et s., p. 99 et s.

⁵ v. en ce sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, *op. cit.*, n° 159, p. 60, où les auteurs ne retiennent cependant la qualification de prestation que pour les « faits positifs » ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 232, où les auteurs proposent de relire l'art. 1126 du C. civ. en ce sens : « toute obligation au lieu de tout contrat, et prestation au lieu de chose » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 266, p. 282.

initiale pesant sur l'objet de la prestation. Les caractéristiques du bien objet de la prestation ressortent transformées, et plus précisément, complétées, en ce que la quotité passe du statut « d'indéterminée » au statut de « déterminée ». Si la rédaction de l'ancien article 1129 du Code civil¹ posait notamment, à titre de principe, une exigence de déterminabilité conventionnelle de la quotité de la chose objet de la prestation, l'évolution jurisprudentielle² qui a eu lieu au cours de vingt dernières années avait conduit à la neutralisation de cette exigence en ce qui concerne la quotité d'une chose de genre particulière, à savoir, l'argent, c'est à dire le prix³.

L'ordonnance du 10 février 2016 a reconduit, au titre des conditions de validité du contrat, l'exigence d'une « prestation »⁴ déterminée ou déterminable⁵. Si la détermination unilatérale de la quotité de l'objet de la prestation au temps de l'exécution n'est aujourd'hui consacrée expressément, au sein des nouveaux articles du Code civil, qu'en ce qui concerne une chose de genre particulière, à savoir, le prix⁶, et ce, sous des conditions restrictives⁷, est-elle, pour autant, totalement exclue pour toutes les autres choses de genre ?

La réponse à cette question se trouve, semble-t-il, dans le troisième alinéa du nouvel article 1163 du Code civil qui définit le caractère déterminable d'une prestation. Pour rappel, cet article dispose qu'une prestation « est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat

¹ La rédaction de l'ancien article 1129 du C. civ. permettait la détermination ultérieure de certaines caractéristiques de l'objet de la prestation dont la fixation n'était pas considérée comme indispensable à la naissance de l'obligation. Il convient de préciser que cette indétermination ultérieure ne saurait concerner que les choses de genre. En effet, les corps certains disposent d'un caractère unique qui empêche toute détermination au cours de l'exécution. Leur nature, leur qualité, et leur quotité étant nécessairement déterminées au stade de la conclusion du contrat. En revanche, un éclatement de ces différents éléments était concevable au sujet des choses de genre. Si leur espèce, c'est-à-dire leur genre (du blé, du pétrole, de l'argent) devait être déterminée au stade de la conclusion du contrat (ancien art. 1129 al. 1^{er} du C. civ.), leur qualité (dans le silence des parties, l'ancien art. 1246 du C. civ. disposait que le débiteur était tenu de fournir une chose d'une qualité moyenne) et leur quotité (ancien article 1129 al. 2 du C. civ.) pouvaient ne pas être initialement déterminées sans que la naissance de l'obligation soit pour autant compromise, dès lors que leurs modalités de détermination ultérieure étaient initialement convenues. En outre, l'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1129 du C. civ. excluait que les modalités de détermination ultérieures soient unilatérales en raison de l'atteinte portée au consensualisme. Ce principe devant innover aussi bien la formation que l'exécution du contrat. (Sur ces points, v. : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 1 et 2, p. 31-33).

² À propos de l'évolution jurisprudentielle, v. : *supra*, n° 59, p 79 et s..

³ Il en était alors résulté un renversement du principe et de l'exception, mais uniquement en ce qui concerne le prix. L'exigence d'une prévision conventionnelle des modalités de détermination ultérieure de la quotité du prix n'était plus imposée, sous peine de nullité du contrat, en toute matière. C'est-à-dire que la jurisprudence reconnaissait, à titre de principe, la validité de tout contrat même conclu sans clause de prix, hormis certains cas particuliers – par ex. : le contrat de travail, les baux, les contrats d'assurance, le contrat de vente de l'article 1591 du C. civ – pour lesquels l'exigence de déterminabilité du prix continuait de constituer une condition de validité.

⁴ Les textes issus de la réforme du droit des contrats ne définissent pas la prestation. En outre, ils ne distinguent pas entre la prestation, c'est-à-dire l'activité du débiteur, et l'objet de la prestation, c'est-à-dire le bien matériel ou immatériel qui en constitue le support.

⁵ Si l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1163 du C. civ. dispose que : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future », l'alinéa 2 ajoute que : « Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable ».

⁶ Le prix n'est pas, à proprement parler, une prestation – le comportement attendu du débiteur étant de payer – mais l'objet d'une prestation – le prix, la somme d'argent, étant un bien meuble corporel fongible servant de support à la prestation –.

⁷ La réforme n'a pas consacré l'évolution jurisprudentielle qui avait désactivé, à titre de principe, l'exigence d'une prévision conventionnelle des modalités de détermination ultérieure de la quotité du prix. Désormais, le pouvoir de fixation unilatérale du prix n'est reconnu, à défaut de stipulation expresse, que dans l'hypothèse particulière des contrats d'entreprise (nouvel art. 1165 du C. civ.), et une clause contractuelle expresse est aujourd'hui exigée en matière de contrats-cadre (nouvel art. 1164 du C. civ.).

ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

Plus exactement, la réponse apparaît, ici, résider dans l'emploi de la formule « peut-être déduite du contrat ». Si la référence aux termes « peut-être déduite du contrat », renvoie, de manière intuitive et immédiate, à l'idée d'une interprétation du contrat, il semblerait que l'emploi d'une telle formule puisse également faire référence à l'existence d'une stipulation expresse prévoyant les modalités de détermination ultérieures de la quotité de la chose objet de la prestation.

Aussi, cette stipulation expresse pourrait conférer à l'une des parties le pouvoir de préciser unilatéralement la quotité de la chose de genre, autre que le prix, qui pourrait être l'objet d'une prestation. En effet, quand bien même la détermination de la quotité de la chose au stade de l'exécution serait unilatérale, celle-ci serait déduite de la mise en œuvre d'une clause du contrat, ce qui semble répondre aux exigences du troisième alinéa de l'article 1163 du Code civil qui considère que la condition de déterminabilité est satisfaite lorsque la prestation « peut être déduite du contrat », c'est-à-dire de l'application de l'une de ses clauses.

En cela, le nouvel article 1163 du Code civil semblerait admettre que la quotité de toutes les choses de genre puisse être unilatéralement déterminée. Mais il exigerait la stipulation de clauses expresses en ce sens puisqu'il est nécessaire que les traits caractéristiques de la prestation puissent être « déduits du contrat », ce qui renvoie notamment à l'hypothèse de l'application de l'une de ses stipulations¹.

Il convient d'ailleurs d'ajouter, qu'au regard de ce texte, ce n'est pas la détermination unilatérale des caractéristiques de la prestation en cours d'exécution qui apparaît prohibée, mais leur détermination consensuelle. L'exigence de déterminabilité étant seulement considérée comme non-satisfaite lorsqu'un « nouvel accord des parties » est nécessaire en cours d'exécution du contrat, ce qui ne vient pas exclure les clauses de détermination unilatérales².

L'interprétation ainsi donnée au nouvel alinéa troisième de l'article 1163 du Code civil viendrait valider toutes les clauses attribuant à l'une des parties le pouvoir de préciser, au cours de l'exécution, la quotité d'une chose de genre, quelle que soit sa nature. De telles clauses sont alors généralement stipulées dans les contrats de fournitures destinés à alimenter un franchisé

¹ Il s'agirait, ce faisant, d'étendre l'esprit de la solution retenue en matière de prix dans le premier arrêt « *Alcatel* » (Cass. civ. 29 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 251), qui valide les clauses de tarifs. Si l'interprétation classique de l'exigence de déterminabilité de la quotité de la chose posée par l'ancien article 1129 al. 2 du Code civil imposait une condition de définition initiale des modalités de détermination ultérieure de la quotité et excluait tout procédé de détermination unilatérale au cours de l'exécution, l'apport des arrêts « *Alcatel* » était d'avoir mis un terme à cette dernière exigence. L'interprétation renouvelée de l'ancien article 1129 du C. civ. permettait ainsi de conférer à une partie le pouvoir de déterminer la quotité de la chose en cours d'exécution dès lors que les modalités de détermination ultérieure étaient initialement convenues dans le contrat (v. en ce sens : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 4, p. 34).

² Rapp. : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », D. 2017, p. 1312 et s., spéc., n° 20, où l'auteure envisage la question de la validité des clauses de déterminabilité unilatérale la prestation et propose une réponse en des termes similaires. Après s'être demandée s'il faut « [...] tenir le critère de "déductibilité" pour satisfait lorsque le contrat a délégué la détermination de la prestation à l'une des parties ? », l'auteure répond à cette question en retenant que : « Ce critère pourrait, en effet, être lu à la seule lumière de l'exigence structurelle formulée à la fin du texte : dès lors qu'il existe une clause de détermination unilatérale de prestation, le contrat peut être exécuté sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord des parties ».

en matières premières ou un concessionnaire en produits manufacturés fongibles à écouler, puisqu'il est généralement difficile de prévoir à l'avance les quantités qui seront nécessaires lors de l'exécution.

127. Précision de la qualité de la prestation.- Si les anciennes dispositions du Code civil imposaient que l'espèce, c'est-à-dire que le genre de l'objet de la prestation soit initialement déterminée¹, celles-ci n'exigeaient toutefois pas que la qualité, à l'instar de la quotité, fasse l'objet d'une détermination initiale pour que l'obligation puisse naître². La qualité de la chose pouvait donc être simplement déterminable et, dans le silence des parties, la loi désignait une qualité moyenne³.

Dans l'optique d'exclure toute détermination unilatérale au stade de l'exécution en raison de l'atteinte qu'elle porte au consensualisme, l'exigence traditionnelle de déterminabilité était satisfaite, tant en matière de quotité que de qualité, dès lors que les conditions de détermination ultérieure étaient initialement convenues par les parties au moment de la conclusion du contrat, et que celle-ci excluait tout procédé de détermination unilatérale. Les enseignements des arrêts « *Alcatel* » de novembre 1994⁴, qui ont supprimé cette dernière exigence en validant les clauses de tarifs, et donc qui ont admis la validité des clauses prévoyant, lors de la formation du contrat, un procédé de détermination unilatérale de la quotité de l'objet de la prestation, furent transposés en matière de qualité. En effet, la jurisprudence a pu, dans la foulée, valider les contrats prévoyant un mécanisme de détermination unilatérale de la qualité du bien objet de la prestation. La jurisprudence a ainsi reconnu la validité des contrats de location de cassettes-vidéos qui, ne mentionnant pas le titre des films, c'est-à-dire leur qualité, mais seulement leur genre, c'est-à-dire leur espèce – karaté, enfant, policier –, conféraient au bailleur la possibilité de préciser unilatéralement la qualité des films, c'est-à-dire leur titre, au stade de l'exécution⁵.

¹ v. : la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1129 du C. civ. : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ».

² Sur ces points, v. not. : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 2, p. 32.

³ v. l'ancien article 1246 du C. civ. qui disposait : « Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ».

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 348, p. 251 et Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, n° 92-16267.

⁵ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, *Bull. civ. I*, n° 214, p. 152 ; D. 1996, somm. p. 113, obs. L. AYNÈS. Le mécanisme expressément mis en place permettait au bailleur de déterminer unilatéralement la qualité de la chose objet de la prestation, et conférait, en même temps, au preneur, un pouvoir lui permettant de procéder à l'échange gratuit des biens désignés par le bailleur. (« le contrat stipulait au profit du locataire une possibilité d'échange gratuit "dans le cadre des besoins spécifiques à chaque point club, à concurrence de la totalité du nombre des cassettes mises en place, à la demande du client", de sorte que la désignation de l'objet du contrat était déterminé quant à l'espèce et à la quantité, et que son identification dépendait, pour le surplus, de la volonté du locataire, et non du bailleur »). La jouissance du pouvoir du bailleur était ainsi légitimée par l'existence d'un « contre-pouvoir » au bénéfice du preneur, permettant ainsi de tempérer le déséquilibre généré par le premier pouvoir contractuel. En revanche, la possibilité conférée au bailleur de déterminer la qualité de l'objet de la prestation ne doit pas dépendre de sa seule appréciation subjective, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être arbitraire. v. en ce sens : Cass. com. 19 novembre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 275, p. 236 ; D. 1997, p. 609, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL ; où la Cour a confirmé l'arrêt ayant prononcé la nullité d'un contrat dans lequel le genre de l'objet de la prestation était déterminé, les cassettes louées étant classées en trois séries définies lors de la conclusion, mais ce contrat ne prévoyait la gratuité que du

D'ailleurs, les textes issus de la réforme du droit des contrats ne semblent pas faire obstacle aux clauses qui confèreraient à l'une des parties le pouvoir de déterminer la qualité de l'objet de la prestation. En effet, le nouvel article 1166 du Code civil admet que la qualité de la prestation puisse être déterminée ou simplement « déterminable en vertu du contrat »¹. À l'image du raisonnement qui a pu être retenu en matière de quotité², cette formule semble ainsi faire référence, soit, à une détermination de la qualité rendue possible au moyen de l'interprétation du contrat, soit, à une détermination de la qualité rendue possible par le biais d'une clause expresse en ce sens. Or, rien ne semble interdire que cette clause expresse contienne un pouvoir de détermination unilatérale de la qualité de l'objet de la prestation au temps de l'exécution³.

B. La modification-substitution.

128. Substitution affectant l'objet de la prestation.- Certains pouvoirs contractuels peuvent avoir pour fonction de substituer à l'objet de la prestation initialement défini, c'est-à-dire au bien matériel ou immatériel servant de support à la prestation, un bien doté d'une qualité ou d'une quotité différente.

La substitution d'un bien doté d'une certaine qualité, c'est-à-dire d'une certaine nature, par un bien doté d'une qualité différente s'avère être, par exemple, la fonction assignée au pouvoir de remplacement⁴. Si, le débiteur défaillant était tenu de fournir une certaine quotité de choses fongibles, comme par exemple une certaine quantité de céréales ou de pétrole, le remplacement permet alors de substituer au bien initialement convenu, un bien doté d'une nature différente – l'argent – mais présentant une valeur équivalente⁵. Un tel mécanisme permettant de substituer au bien initialement convenu un bien nouveau doté d'une qualité différente est également présent dans le cadre des contrats de franchise. En effet, le prestataire instrumental, c'est-à-dire le franchiseur, se voit souvent attribuer un pouvoir lui permettant

premier échange et confèrait au bailleur un pouvoir de détermination de la qualité de l'objet de la prestation qui : « n'obéit à aucune logique et laisse ainsi à la société DPM la définition discrétionnaire de l'objet de la convention, en lui permettant de répartir, à sa guise, entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes ».

¹ Le nouvel article 1166 du Code civil dispose ainsi expressément : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ».

² v. : *supra*, n° 126, p. 142 et s.

³ Une telle approche serait révélatrice de la persistance de l'esprit des arrêts « *Alcatel* ». Bien que rendus en matière de quotité et non de qualité, la logique de ces arrêts repose sur ce que l'indétermination initiale ne compromet pas la naissance de l'obligation. Mais la validité du contrat suppose que les modalités de détermination au temps de l'exécution soient initialement prévues.

⁴ Pour une analyse plus détaillée du pouvoir de remplacement, v. : *supra*, n° 38 et s., p. 62 et s.

⁵ Le pouvoir de remplacement apparaît ainsi comme une sanction de l'inexécution maniée par le créancier de l'obligation inexécutée qui lui permet de condamner le débiteur défaillant à exécuter son obligation par équivalent. Toutefois, certains pourraient objecter que la quotité des dommages-intérêts dus dans le cadre du remplacement dépasse la simple exécution par équivalent de l'obligation inexécutée. En effet, le débiteur défaillant peut être condamné à supporter les conséquences de la mise en œuvre du remplacement. Cependant, il semble nécessaire de distinguer, d'une part, les dommages-intérêts correspondant au remplacement qui se trouve être la sanction de l'inexécution condamnant, ici, le débiteur à exécuter sa prestation par équivalent et, d'autre part, les dommages-intérêts destinés à réparer les préjudices résultant de la mise en œuvre du remplacement qui correspondent, pour leur part, à une application de la responsabilité contractuelle.

d'actualiser le savoir-faire qu'il transmet¹. Aussi, l'exercice de ce pouvoir permet-il au franchiseur de substituer au procédé de fabrication initial un procédé plus perfectionné – tel est le cas d'une recette actualisée, ou d'une technique de fabrication moins coûteuse et plus rapide – ce qui se traduit par un remplacement du bien objet de la prestation initialement convenu par un bien doté d'une qualité différente.

À titre de comparaison, la substitution d'un bien doté d'une certaine quotité par un bien de même qualité, c'est-à-dire de la même espèce, mais doté d'une quotité différente, se révèle être la fonction assignée au mécanisme de la réduction unilatérale du prix. En effet, la réduction du prix permet au créancier de l'obligation partiellement exécutée de substituer à la quotité de la somme d'argent initialement convenue une quotité moindre. Pour autant, il convient de bien souligner qu'il ne s'agit pas ici d'une application de la responsabilité contractuelle. Le mécanisme de la réduction du prix ne repose pas sur l'octroi de dommages-intérêts qui viendraient, via la compensation, diminuer le montant du prix dû². La réduction unilatérale du prix ne constitue, en réalité, qu'une manifestation particulière du mécanisme de la réfaction du contrat. Or, la réfaction du contrat a pu être analysée comme un mécanisme destiné à sanctionner et à corriger un déséquilibre contractuel *au prorata* du manquement³, indépendamment de toute idée de préjudice⁴. Dans une telle approche, la réduction du prix proportionnellement à la fraction exécutée par le cocontractant correspond bien à un procédé destiné à substituer à la quotité du prix initialement convenue, une quotité moindre.

129. Bilan des pouvoirs de modification de l'objet de l'obligation.- Les pouvoirs de modification de l'objet de la prestation peuvent remplir deux fonctions distinctes. Soit, permettre à l'une des parties d'apporter, en cours d'exécution, une précision à la prestation qui lui faisait défaut, telle qu'une précision affectant sa quotité – détermination unilatérale du prix – ou sa qualité – détermination unilatérale des conditions de vente –. Soit, permettre à l'une des

¹ v. sur ce point : *supra*, n° 93, p. 114.

² v. en ce sens : K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, *op. cit.*, n° 622, p. 370. *Contra*, les auteurs qui considèrent que la réfaction donne lieu à l'octroi de dommages-intérêts : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 196, spéc. p. 133 : « De fait, plutôt que de "refaire" le prix ; le juge fixe une indemnité qui vient se compenser partiellement avec le prix » ; G.-J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1982, n° 141, p. 102, note 62 : « quand la réfaction consiste, comme c'est presque toujours le cas, en une modification du prix de la ou des choses vendues, résolution partielle, réfaction ou dommages-intérêts ne diffèrent plus que par une vue de l'esprit ».

³ v. en ce sens : K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, *op. cit.*, n° 622, p. 370.

⁴ Cette distinction entre la réfaction qui opère une diminution du prix, et la responsabilité contractuelle qui répare un préjudice, apparaît très nettement dans l'art. 9 : 401 des PDEC. L'alinéa premier de cet article pose le principe de la réfaction unilatérale : « La partie qui accepte une offre d'exécution non conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution conforme aurait eue à ce moment ». L'alinéa troisième opère alors la distinction entre la réduction du prix et les dommages-intérêts dus en vertu de la responsabilité contractuelle : « La partie qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour diminution de la valeur de la prestation ; mais elle conserve son droit à des dommages et intérêts pour tout autre préjudice qu'elle a souffert, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la section 5 du présent Chapitre ». La réduction du prix, qui se présente comme un mécanisme de sanction de l'inexécution, a alors pu être rapprochée de la résolution partielle du contrat (v. : en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, « *Les sanctions de l'obligation de délivrance* », in *La vente commerciale de marchandises*, sous la dir. de HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p. 187 et s., spéc., p. 190 et s.).

parties de substituer à la prestation initiale une prestation nouvelle en termes de qualité – pouvoir de remplacement – ou de quantité – réduction unilatérale du prix –.

Bien qu'ils soient susceptibles de remplir deux types de fonctions distinctes, les pouvoirs de modification de l'objet de l'obligation produisent des effets dotés d'une portée identique dans la mesure où il est possible de constater que leur exercice affecte la situation juridique de chacune des parties au contrat. En effet, tant l'objet de l'obligation du débiteur, que l'objet du droit subjectif du créancier, sont modifiés à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir destiné à préciser la prestation ou à lui en substituer une nouvelle.

S'il existe donc des pouvoirs contractuels qui permettent de modifier le lien d'obligation et l'objet de l'obligation, il existerait également des pouvoirs contractuels qui permettent de modifier l'identité des parties unies par le rapport d'obligation.

§ 3 - LA MODIFICATION DE L'IDENTITÉ DES PARTIES.

130. **Dualité d'objet.**- L'unilatéralisme contractuel peut avoir en ligne de mire la modification de l'identité des parties au contrat. Il convient d'observer que les pouvoirs contractuels qui permettent à l'une des parties d'influer unilatéralement sur l'identité de son cocontractant peuvent être classifiés en deux catégories distinctes. Dans une première optique de type libérale, les pouvoirs contractuels peuvent venir faciliter la circulation du contrat en permettant la substitution d'une partie par une autre (A). À l'opposé, dans une seconde approche de type conservatrice, les pouvoirs contractuels peuvent conférer la possibilité de contrôler l'identité des parties au contrat (B).

A. La substitution d'une partie par une autre.

131. **Pouvoirs de cession de contrat.**- L'opération par laquelle une partie se voit remplacée par une autre dans un rapport juridique peut résulter de l'exercice d'un pouvoir contractuel. Aussi, il convient de souligner que les auteurs, dans la perspective de décrire d'une manière générale le phénomène par lequel une partie est remplacée par une autre, font classiquement appel aux notions de cession de contrat ou encore de substitution, les termes étant généralement tenus pour synonymes¹. Les principes modernes de la cession de contrat furent alors notamment posés par deux célèbres arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 6 mai 1997².

Il se déduit du premier arrêt que la cession de contrat suppose, à titre de principe, l'accord du cocontractant cédé. Cet accord apparaît alors comme une condition de validité de

¹ Pour la plupart des auteurs, les notions de cession de contrat et de substitution sont synonymes. v. not. en ce sens : Ch. LACHIÈZE, « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », D. 2000, p. 184 et s. ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, op. cit., n° 1229, p. 482 ; W. DROSS, *Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, op. cit., p. 241. Comp. : J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, ARMAND-COLIN, 1999, n° 396, où les auteurs observent que « l'idée de substitution paraît être utilisée surtout comme référence à l'effet d'une cession autorisée par avance ».

² v. : Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117 et n° 118, p. 104. La Cour de cassation n'emploie cependant pas les termes de « cession de contrat » mais de « substitution » dans ces deux arrêts.

la cession, ce qui exclut, par conséquent, la réalisation de toute opération décidée unilatéralement par l'une des parties qui se traduirait par le remplacement, pour l'avenir, d'une partie par une autre¹. Une telle solution, aujourd'hui consacrée par l'alinéa premier du nouvel article 1216 du Code civil², prend appui, d'une part, sur le principe de la force obligatoire qui exclut, par principe, toute modification unilatérale du contrat. La modification du lien d'obligation né du contrat qui se traduit par la libération du cédant nécessite, par principe, le consentement du créancier. D'autre part, cette solution s'appuie également sur le principe de l'effet relatif des contrats. Si la convention de cession conclue entre le cédant et le cessionnaire a force obligatoire dans leurs rapports, elle n'est toutefois pas susceptible de modifier la situation contractuelle qui lie le cédant et le cédé.

Le second arrêt reconnaît, pour sa part, la validité des clauses de cession³, également dénommées clauses de substitution, qui sont des mécanismes unilatéraux⁴ qui confèrent à l'une des parties le pouvoir de réaliser une cession de contrat. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats est cependant restée dans une logique consensualiste dans la mesure où elle n'a, semble-t-il, consacré aucune disposition aux clauses qui confèrent un pouvoir de cession du contrat⁵. Quoiqu'il en soit, par ces clauses, le cédant est investi du pouvoir d'empiéter sur la situation juridique du cédé. En effet, le principe de l'effet relatif des conventions veut que le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire ne produise pas d'effets au-delà de leurs seules relations. La clause qui confère un pouvoir de cession au cédant l'autorise alors à dépasser les limites induites par le principe de l'effet relatif des contrats, et à modifier la situation qui l'unit au cédé. Ce pouvoir permet au cédant d'étendre les effets obligatoires de la convention de cession dans les rapports qui l'unissent au cédé.

¹ v. : Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117, où la Cour a cassé un arrêt d'appel ayant admis qu'un cessionnaire puisse réclamer le paiement de factures à un cédé sans avoir recherché au préalable si : « dans le contrat conclu entre la société CVS [le cédant] et la société Rougeot [le cédé] ou ultérieurement, cette dernière société avait donné son consentement à la substitution de sa cocontractante ». Toutefois, cet arrêt qui ne concerne que l'exercice d'un droit de créance par un cessionnaire contre un cédé, c'est-à-dire les rapports cédé-cessionnaire, ne permet pas de déterminer la nature des effets de la cession dans le rapport cédé-cédant.

² Le nouvel article 1216 du Code civil dispose expressément en son alinéa premier : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ».

³ v. : Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 118, où la Cour rejette le pourvoi formé par un contractant cédé qui reprochait aux juges du fond d'avoir décidé que la cession lui était opposable alors que celle-ci ne lui avait pas été signifiée et qu'il n'avait pas donné son consentement lors de la cession. La Cour énonce alors que : « se référant à la stipulation contractuelle de substitution, qui ne prévoyait ni l'information de la société GOBET [cédé] ni un agrément par elle, le tribunal a, justement, retenu que cette société ne pouvait s'opposer à son application ».

⁴ Rapp. : Ch. LACHÈZE, « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », art. préc., n° 20, où l'auteur retient : « C'est l'apport essentiel de l'arrêt GOBET du 6 mai 1997, [...], que d'avoir énoncé que la clause de substitution prévoyant qu'une partie pouvait céder librement sa position contractuelle permet à celle-ci de se substituer un tiers *unilatéralement*, c'est-à-dire par une convention conclue avec le seul cessionnaire, à laquelle le cédé est tiers ». (Nous soulignons).

⁵ Le nouvel article 1216 du C. Civ. relatif à la cession de contrat n'a apparemment pas pris le soin de consacrer un pouvoir autorisant l'une ou l'autre des parties à céder le contrat en l'absence de l'accord de son cocontractant. En effet, l'alinéa premier de cet article évoque un mécanisme de cession conventionnelle du contrat – « le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, *avec l'accord de son cocontractant*, le cédé » – et l'alinéa second précise que cet accord « peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé ». L'accord de volonté des parties est ici tourné vers la cession du contrat et non vers l'attribution d'un pouvoir de cession à l'une d'elles.

À cela, il convient d'ajouter que certaines dispositions légales autorisent, par exemple, le preneur d'un bail commercial¹ ou encore le preneur d'un bail civil², sauf stipulation contraire, à procéder à une cession unilatérale de contrat dont les effets se traduisent également par la libération du cédant pour l'avenir. Dans ces hypothèses, il se produit alors une substitution parfaite de parties.

Toutefois, la cession de contrat n'a pas toujours pour effet de réaliser la libération du cédant. Il existe ainsi notamment des dispositions légales qui autorisent certaines personnes, telles que l'acheteur d'un voyage³, à se substituer un nouveau débiteur sans pour autant être elles-mêmes libérées. Ces pouvoirs permettent alors de réaliser une substitution imparfaite de parties.

B. Le contrôle de l'identité des parties au contrat.

132. **Pouvoirs d'agrément.**- Lorsqu'un agrément est requis à l'occasion d'une cession de contrat, deux situations méritent d'être distinguées.

La première situation regroupe les hypothèses dans lesquelles la loi interdit le principe même d'une substitution parfaite⁴ décidée unilatéralement. L'agrément tient alors au caractère *intuitu personae* du contrat et permet ainsi de contrôler l'identité des parties. La nécessité de l'agrément de tous les associés d'une société civile pour réaliser la cession de parts sociales en constitue l'exemple topique⁵.

La seconde situation regroupe les hypothèses dans lesquelles l'une des parties jouit, par principe, de la possibilité de se substituer de manière parfaite un tiers, ce qui est le cas, par exemple, du preneur d'un bail civil, du preneur d'un bail commercial, de l'associé d'une société

¹ Ce pouvoir se déduit de l'analyse des dispositions de l'art. L 145-16 al. 1^{er} du C. com. qui prohibent les clauses qui auraient pour objet d'interdire au preneur de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce. Aussi, la jurisprudence énonce-t-elle que le cédant ne reste tenu que s'il existe une clause de solidarité entre le cédant et le cessionnaire. Le cédant étant ainsi, par principe, libéré pour l'avenir. v. : Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 1988, *Bull. civ.* III, n° 125 ; RTD civ. 1990, p. 677, obs. Ph. RÉMY ; RTD com. 1989, p. 217, obs. M. PÉDAMON ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 1992, n° 90-11289 ; JCP E 1993. I. 234, n° 18, obs. M.-L. IZORCHE. Une telle jurisprudence semble avoir été consacrée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 qui a introduit les articles L. 145-16-1 et L. 145-16-2 du C. com. Bien que dotés d'une ambiguïté rédactionnelle, ces textes semblent imposer une clause expresse dans l'acte de cession pour que le cédant soit tenu de garantir le paiement des loyers impayés par le cessionnaire.

² L'art. 1717 al. 1^{er} du C. civ. qui constitue le droit commun en matière de contrat de bail, autorise la cession décidée unilatéralement par l'une des parties, sauf clause contraire. Un certain nombre d'auteurs considère que la jurisprudence rendue en matière de bail commercial, qui admet la libération du cédant pour l'avenir en l'absence de clause expresse de garantie, puisse être étendue à toute cession de contrat. v. not. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1312, p. 1303 ; E. JEULAND, « *Cession de contrat* », in *Rép. Civ. Dalloz*, juin 2010, spéc., n° 52.

³ L'art. L. 211-11 du C. tour. dispose : « l'acheteur peut céder son contrat, après en avoir informé le vendeur dans un délai fixé par voie réglementaire avant le début du voyage ou du séjour, à une personne qui remplit toutes les conditions requises pour le voyage ou le séjour. Le cédant et le cessionnaire sont responsables solidairement, vis-à-vis du vendeur, du paiement du solde du prix ainsi que des frais supplémentaires éventuels occasionnés par cette cession ».

⁴ La substitution parfaite est la cession de contrat qui se traduit par la libération du cédant pour l'avenir.

⁵ Le principe de l'agrément de tous les associés à la cession est posé par l'art. 1861 al. 1^{er} du C. civ.

de capitaux, mais pour lesquelles, la loi dans certaines situations particulières¹, ou la convention des parties², peuvent venir tempérer cet unilatéralisme en permettant au cédé de contrôler l'identité du tiers cessionnaire. En effet, le cédé peut voir d'un mauvais œil le remplacement de son cocontractant initial se traduisant par la libération du cédant. L'objectif de protection du cédé est alors assuré par le mécanisme de l'agrément du cessionnaire qui permet de restaurer une dose d'*intuitu personae* dans le contrat.

Si l'agrément est généralement défini comme une approbation ou une autorisation³ à laquelle est soumise la réalisation d'un projet, il ne doit cependant pas être analysé comme un mécanisme conventionnel dans lequel le cédé accepterait une offre de modification. En effet, l'autorisation a pu être analysée comme un acte juridique unilatéral⁴ nécessaire à la levée d'un obstacle à la validité ou à l'efficacité d'un acte juridique qu'une personne ne pouvait accomplir seule en raison, soit, d'une incapacité d'exercice, soit, en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence⁵.

Or, en raison du principe de l'effet relatif des contrats, la convention de cession conclue entre le cédant et le cessionnaire ne saurait affecter le contrat conclu entre le cédant et le cédé.

Le cédant ne dispose pas du pouvoir de produire des effets de droit dans la sphère contractuelle qui l'unit au cédé : c'est la limite ordinaire de ses prérogatives. En donnant son agrément, le titulaire du pouvoir d'agréer le cessionnaire lève un obstacle lié à l'insuffisance des prérogatives du cédant. Ce dernier admet, par le biais d'une manifestation unilatérale de volonté, la production d'effets par le contrat de cession en dehors du seul rapport cédant-cessionnaire⁶. En cela, la prérogative dont se trouve investi le cédé correspond bel et bien à un pouvoir contractuel puisque, *in fine*, c'est lui qui choisit d'imposer, ou non, la modification de l'identité des parties au contrat et, donc, la modification de ses effets⁷.

133. Pouvoirs d'exclusion.- Les pouvoirs contractuels dont l'objet est de permettre l'exclusion de l'une des parties apparaissent également comme des outils efficaces de contrôle de l'identité des parties au contrat.

¹ Si l'art. 1717 du C. civ. attribue de manière générale au preneur d'un bail le pouvoir de céder le contrat, l'art. 8 al. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989, dispose cependant, dans le cadre particulier des baux d'habitation, que le locataire ne peut pas céder le contrat de bail, sauf avec l'accord écrit du bailleur, y compris sur le prix du loyer.

² Par exemple, dans un contrat de bail commercial les parties peuvent stipuler une clause par laquelle le cessionnaire devra recevoir l'agrément du cédé. Si l'art. L. 145-16 al.1^{er} du C. com. répute non écrites les clauses qui *interdisent* au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise, une jurisprudence traditionnelle cantonne cette illicéité à ces seules clauses, et admet, dans le même temps, la validité des stipulations contractuelles qui exigent *l'autorisation* du bailleur dans le cas d'une cession concomitante du bail et du fonds de commerce au même acquéreur. v. en ce sens : Cass. com. 28 février 1956 ; Rev. loyers 1956, p. 241 ; Cass. com. 14 janvier 1958 ; JCP G. 1958, II, n° 10466.

³ Pour l'emploi de ces termes dans la définition de l'agrément, v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Agrément.

⁴ v. en ce sens : B. THULLIER, *L'autorisation, Étude de droit privé, op. cit.*, n° 317-318, qui analyse plus précisément l'autorisation comme un acte juridique unilatéral déclaratif de type permissif.

⁵ Pour une telle définition, v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Autorisation.

⁶ Ainsi, il s'agit ici de permettre au contrat de cession de dépasser les limites découlant du principe de l'effet relatif des conventions.

⁷ Comp. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 372, spéc., p. 211, où l'auteur propose de rattacher les clauses d'agrément à la catégorie des clauses de pouvoir.

De tels pouvoirs peuvent se rencontrer, en premier lieu, dans les contrats multilatéraux où la disparition de l'une des parties n'est pas érigée en une cause de caducité du contrat. Cette situation correspond, notamment, à celle des parties au contrat organisant les rapports internes entre les membres d'un groupement de droit privé. L'exclusion, dans le cadre des groupements de droit privé, peut correspondre au résultat de l'exercice du pouvoir disciplinaire. Au sujet de ce dernier, l'analyse contractuelle a permis de démontrer que les clauses statutaires prévoyant l'exclusion de l'une des parties en raison de manquements aux obligations ou aux devoirs comportementaux résultant du contrat organisant les rapports internes entre les parties devaient s'analyser comme des clauses résolutoires conférant ainsi un pouvoir contractuel de résoudre le lien d'obligation unissant l'une des parties aux autres¹.

En second lieu, il semble possible de trouver trace de pouvoirs d'exclusion dans le cadre des réseaux de franchise ou de concession. En effet, le chef du réseau est investi, notamment, d'un pouvoir disciplinaire qui lui permet d'assurer « la police du réseau »² en sanctionnant ses membres. Or, les peines peuvent aller jusqu'au prononcé d'une exclusion. Si ce pouvoir disciplinaire prend appui sur la dimension collective du réseau, peut-on pour autant véritablement affirmer que celui-ci dispose d'une nature contractuelle ? Bien que certains auteurs fassent appel à l'analyse institutionnelle pour décrire la dimension collective du réseau³, une analyse contractuelle semble possible. Dans la conception contractuelle, le réseau est analysé comme un groupe de contrats unis par une identité de but⁴. Si les membres du réseau ne s'avèrent pas être réunis au sein d'une partie plurale dans un contrat qui serait unique⁵, en revanche, les différents contrats conclus avec le même fournisseur, bien que distincts, apparaissent unis⁶ en vertu d'un lien d'interdépendance qui trouverait son fondement dans la notion de cause finale⁷ et peut être, aujourd'hui, d'objet.

En effet, lors de la conclusion d'un contrat de franchise ou de concession avec le promoteur d'un réseau, la cause-finale ou devrait-on dire, aujourd'hui, l'objet, de l'engagement du nouveau franchisé ou du nouveau concessionnaire ne se limite pas à l'obtention d'une contrepartie qui consisterait en la fourniture de produits ou en la transmission d'un savoir-faire. L'objet de l'engagement de chaque nouveau membre réside également dans la volonté de faire partie du réseau, c'est-à-dire de bénéficier de l'effet de synergie attaché au réseau. Dans une telle perspective, le lien de connexité ou d'interdépendance entre les différents contrats qui confère au réseau sa dimension collective puiserait sa source dans la volonté des parties. Ainsi,

¹ Sur l'analyse contractuelle du pouvoir disciplinaire dans les groupements de droit privé, v. : *supra*, n° 83 et s., p. 103 et s.

² Pour une analyse de ce qu'est la « police du réseau », v. not. : M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, *op. cit.*, n° 884 et s.

³ v. not. en ce sens : L. AMIEL-COSME, « *La théorie institutionnelle du réseau* », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1 et s. Pour autant, l'auteure ne nie pas pour autant l'utilité de l'analyse contractuelle dans la mesure où elle retient que les théories institutionnelles et contractuelles sont complémentaires (n° 3, spéc., p. 5).

⁴ v. en ce sens : B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975, n° 67, p. 36, où l'auteur fait référence à : « un but commun à toutes les parties, connu et voulu par elles, qui assure la connexité de leurs conventions ».

⁵ Le réseau s'appuie en effet sur une conjonction de contrats dotés d'une nature identique (concession, franchise) conclus avec un même fournisseur.

⁶ L'existence de la dimension collective du réseau implique que, si les différents contrats conclus avec le même fournisseur sont distincts, il ne sont pas pour autant autonomes.

⁷ v. en ce sens : B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, *op. cit.*, n° 68, p. 36

la notion de cause-finale, ou plutôt, dorénavant, la notion d'objet, serait-elle le fondement de l'interdépendance des contrats et permettrait de fournir une analyse contractuelle de la dimension collective du réseau. Il convient d'ajouter que la volonté de bénéficier de l'effet de synergie doit emporter, par voie de conséquence, l'engagement contractuel de se soumettre à la discipline collective du réseau, c'est-à-dire la soumission conventionnelle au pouvoir disciplinaire¹ du chef du réseau. Dès lors que le pouvoir disciplinaire apparaît doté d'une source contractuelle, les sanctions disciplinaires que le chef du réseau peut prononcer sont susceptibles de faire l'objet d'une analyse en termes contractuels. Dans cette optique, le pouvoir d'exclusion apparaît alors comme un mécanisme de sanction destiné à anéantir le contrat qui liait l'initiateur du réseau avec un concessionnaire ou un franchisé, afin que celui-ci ne fasse plus partie de l'ensemble contractuel. Le pouvoir d'exclusion présente, alors, de cette manière, les traits d'un pouvoir de résolution qui produit ses effets uniquement pour l'avenir. Autrement dit, celui-ci est appelé à produire les effets d'un pouvoir de résiliation en mettant fin aux effets obligationnels du contrat qui liait l'un des membres au promoteur du réseau.

134. Points communs des pouvoirs contractuels influant sur l'identité des parties.- Qu'ils aient pour fonction de faciliter la circulation du contrat, à l'instar des pouvoir de cession du contrat, ou de permettre à l'une des parties de contrôler l'identité de son cocontractant, à l'instar des pouvoirs d'agrément ou des pouvoirs d'exclusion, ces différents pouvoirs contractuels ont tous pour point commun d'imposer une modification qui va affecter tant la situation personnelle de leurs titulaires que celle de leurs cocontractants. En effet, en cas de cession de contrat réalisée en vertu d'un pouvoir unilatéral de cession ou autorisée par le biais d'un pouvoir d'agrément, la modification de l'identité du cocontractant va entraîner un changement dans la titularité des droits et obligations nés du contrat. Si l'on prend l'exemple d'un contrat synallagmatique, en cas de cession parfaite, la situation du cédant va être modifiée dans la mesure où il va être déchargé des droits et obligations dont il était titulaire. La situation du cédé va également être modifiée dans la mesure où la substitution de cocontractant va provoquer un changement dans l'identité du débiteur de son droit subjectif de créance et, corrélativement, un changement dans l'identité du créancier envers lequel il doit exécuter sa prestation. Dans l'hypothèse de l'exercice d'un pouvoir d'exclusion, les effets vont également affecter la situation de chacune des parties puisque chacune sera déchargée des droits et obligations dont elle était titulaire en vertu du contrat.

¹ Si l'analyse ici développée propose un fondement contractuel implicite à la soumission du franchisé ou du concessionnaire au pouvoir disciplinaire, il convient de souligner que rien n'empêche les parties de faire une référence expresse à ce pouvoir en stipulant une clause emportant soumission du nouveau membre au pouvoir disciplinaire du chef du réseau. Par le biais de cette clause, les parties peuvent ainsi encadrer conventionnellement les pouvoir disciplinaire du promoteur du réseau. Une telle pratique est courante dans le secteur automobile où les concédants créent généralement un organisme de contrôle de l'exclusivité – susceptible de prononcer des sanctions disciplinaires – auquel les concessionnaires sont tenus obligatoirement d'adhérer par un document annexé au contrat-cadre de concession. (v. sur ce point : Ph. LE TOURNEAU, *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc. n° 1035 : *Concession exclusive, Effets et rupture*, juin 2015, spéc. n° 34).

SECTION II : LA MODIFICATION DES EFFETS NON-OBLIGATIONNELS.

135. **Objet de la modification.-** L'opération préliminaire d'identification des effets du contrat a permis de mettre en évidence que ces derniers ne devaient pas être réduits à des effets de type obligationnels. Il a ainsi pu être constaté, d'une part, qu'outre la production d'obligations, le contrat produirait un effet assujettissant, c'est-à-dire qu'il ferait peser sur les parties une contrainte comportementale limitant leur autonomie juridique dans l'optique de la réalisation du but contractuel¹. D'autre part, le contrat produirait également un effet réel qui ne pourrait pas être appréhendé en termes obligationnels². Ces deux types d'effets de nature non-obligationnelle semblent en mesure de faire l'objet d'une modification suite à l'exercice d'un pouvoir contractuel. Dès lors, il conviendra d'analyser, tour à tour, la modification de l'effet assujettissant du contrat (§ I) et la modification de l'effet réel du contrat (§ II).

§ 1 - LA MODIFICATION DE L'EFFET ASSUJETTISSANT DU CONTRAT.

136. **Illustrations.-** Certains pouvoirs contractuels peuvent avoir pour objet de modifier la contrainte comportementale qui encadre l'activité des parties et qui limite leur autonomie juridique dans l'accomplissement de leur prestation. Les clauses de variation d'horaire et de mobilité (A), qui sont susceptibles d'assortir les contrats de travail, peuvent fournir une première illustration de ce phénomène. En guise de seconde illustration, il pourra être fait allusion à la possibilité offerte aux parties d'aménager le devoir d'assistance imposé par la loi dans certains contrats, c'est-à-dire aux clauses permettant de préciser le contenu du devoir d'assistance (B).

A. Les clauses de variation d'horaire et de mobilité.

137. **Présentation.-** Si le contrat de travail constitue la limite du pouvoir de l'employeur dans la mesure où il lui est impossible de modifier unilatéralement certains éléments qui, tels que la rémunération, la durée, le lieu de travail, ou encore la qualification, disposent d'une nature contractuelle, c'est-à-dire appartiennent à ce qui est généralement dénommé le « socle contractuel », cette limite n'est toutefois pas absolue. En effet, les parties au contrat de travail peuvent stipuler en son sein des clauses de variation qui ont pour objet d'accroître le pouvoir de l'employeur. Sous réserve de ne pas entièrement dépendre de la volonté unilatérale de l'employeur, certaines clauses de variation confèrent à ce dernier le pouvoir de modifier la

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 106, p. 125.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 105, p. 123.

rémunération¹, la qualification², le lieu d'exécution de la prestation de travail³, ou encore les horaires d'exécution de la prestation de travail⁴. Aussi, la question de la nature du pouvoir résultant des clauses de variation constitue-t-elle un épineux problème qui divise la doctrine travailliste.

138. **Rejet de l'analyse contractuelle.**- En raison de l'atteinte portée aux principes du consensualisme et de la force obligatoire qui interdisent le principe même d'une modification unilatérale du contrat, certains auteurs rejettent l'analyse contractuelle du pouvoir de l'employeur⁵, qu'il s'agisse d'ailleurs de son pouvoir général de direction ou de celui qui résulte d'une clause de variation⁶. Prenant appui sur l'antinomie apparente entre les notions de contrat et de pouvoir, cette analyse conduit une partie de la doctrine à rejeter le pouvoir en dehors de la sphère du contrat dans la mesure où le pouvoir ne saurait porter atteinte au contrat. Un tel raisonnement a, alors, nécessairement des conséquences sur l'analyse de la nature de l'objet

¹ La jurisprudence valide ainsi les clauses de variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elles sont fondées sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qu'elles ne font pas porter le risque d'entreprise sur le salarié, et qu'elles n'ont pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels. (v. : Cass. soc. 2 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 229, p. 224).

² Les clauses de mobilité fonctionnelle ou professionnelle sont des stipulations contractuelles par lesquelles le salarié consent à l'avance à une modification de son affectation en cours d'exécution du contrat de travail. L'objectif de ces clauses est alors de permettre de répondre à l'évolution de l'activité de l'entreprise ou encore de solutionner d'éventuels problèmes de remplacement. Ces clauses, qui confèrent une certaine polyvalence au salarié, ne sont considérées comme valables par certains auteurs, au regard des anciennes dispositions de l'art. 1129 du Code civil, que « si les variations qu'elles prévoient s'inscrivent au sein d'une même espèce de travail » (v. en ce sens : E. DOCKÈS, « *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail* », *Dr. soc.*, 1997, p. 140 et s., spéc., p. 144). Toutefois, l'exigence de détermination initiale de l'espèce de la prestation, c'est-à-dire de la qualification du travail, et la reconnaissance, par ces stipulations, d'un pouvoir de détermination des fonctions du salarié dans la limite où celles-ci relèvent d'une même qualification n'apportent rien de nouveau dans le contrat de travail. En effet, ces clauses ne constituent alors qu'un rappel du pouvoir de direction de l'employeur qui lui permet de préciser la qualité de la prestation en cours d'exécution, dès lors que les nouvelles fonctions du salarié correspondent à la qualification initialement prévue par le contrat de travail. Les clauses de mobilité fonctionnelle n'accroissent le pouvoir de l'employeur que dans la mesure où elles lui confèrent le pouvoir d'affecter le salarié à la réalisation d'une tâche qui correspond à une nouvelle qualification. Dans cette situation, la clause n'est valable que si elle contient une prédétermination objective des différentes compétences du salarié et des différentes activités qui correspondent à des qualifications distinctes (v. en ce sens : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, Préf. P. RODIÈRE, Dalloz, 2011, spéc., n° 402 et s., p. 197 et s.).

³ La clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et l'employeur ne peut en étendre la portée unilatéralement. (v. : Cass. soc. 7 juin 2006, *Bull. civ. V*, n° 209, p. 201).

⁴ La possibilité de stipuler une clause de variation d'horaires dans les contrats de travail à temps partiel est consacrée par l'art. L. 3123-24 al. 2 du C. trav. Toutefois, la clause ne doit pas conférer un pouvoir discrétionnaire à l'employeur. Ses conditions d'exercice doivent être encadrées. La clause doit déterminer la variation possible et préciser les cas dans lesquels la modification peut intervenir (v. : Cass. soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ. V*, n° 373, p. 282).

⁵ v. not. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, où l'auteur se montre favorable à l'émancipation de la notion de pouvoir – y compris celui de l'employeur – de celle de contrat. L'auteur propose alors toute une étude basée sur la dichotomie entre contrat et pouvoir.

⁶ v. en ce sens : A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2010, spéc., n° 544, où l'auteur semble envisager parfois le contrat et le pouvoir comme des notions antinomiques ce qui le conduit notamment à énoncer à propos des clauses de variation que : « par leur formation elles relèvent du rapport contractuel et par leur effet elles relèvent du rapport de pouvoir ». L'auteur nuance toutefois ses propos (n° 637), lorsque celui-ci se montre favorable à ce que le contrôle judiciaire des clauses de variation soit, dans le futur, conduit à « dépasser plus encore l'opposition qui semble irréductible entre l'accord de volonté et le pouvoir de l'employeur ».

modifié lors de l'exercice du pouvoir issu d'une clause de variation. Afin de tenir compte de l'opposition *a priori* irréductible entre pouvoir et contrat, certains auteurs considèrent alors que la stipulation d'une clause de variation conduit à une « décontractualisation » des éléments du contrat de travail qui sont l'objet de ladite clause¹. Ainsi, la nature contractuelle des éléments visés par une clause de variation devrait-elle être transformée pour que ceux-ci puissent intégrer le domaine où le pouvoir de direction de l'employeur produit ses effets, c'est-à-dire le domaine non-contractuel.

En outre, il convient d'ajouter que le rejet de l'analyse contractuelle se comprenait d'autant plus que, dans son approche classique, celle-ci réduisait les effets du contrat à la simple production d'obligations. Hormis les hypothèses de clauses de variation affectant la rémunération, c'est-à-dire la quotité de l'objet de la prestation de l'employeur, et de celles modifiant les fonctions du salarié, c'est-à-dire le genre, la nature, de la prestation de travail, les outils classiques de l'analyse contractuelle ne permettaient pas d'identifier les éléments dotés d'une nature contractuelle qui seraient l'objet d'une modification lors d'un changement d'horaires ou du lieu de travail. En effet, si ces modifications ont un lien avec l'objet de l'obligation du salarié, à savoir la prestation de travail, il convient d'observer que les différentes composantes traditionnelles de l'objet que sont l'espèce, la qualité et la quotité, n'apparaissent pas affectées par les deux types de changement susmentionnés. Ainsi, un changement d'horaires, qui ne doit pas être confondu avec une modification de la durée de travail, n'affecte-t-il pas la quotité de la prestation de travail, ni même sa qualité ou son espèce. De même, un changement de lieu d'exécution de la prestation de travail ne perturbe pas son espèce – il s'agit toujours d'une prestation de travail – ni même sa qualité ou encore sa quotité.

139. **Analyse contractuelle.**- Toutefois, faisant observer, d'une part, que l'exercice du pouvoir résultant d'une clause de variation est soumis à la bonne foi contractuelle² et, d'autre part, que les notions de pouvoir et contrat ne sont pas antinomiques³, seul l'exercice arbitraire du pouvoir étant prohibé⁴, Mme GRATTON a pu prendre le contrepied des analyses classiques pour proposer une analyse contractuelle du pouvoir résultant des clauses de variation. Si, dans une perspective traditionnelle, l'auteure reconnaît que ce pouvoir dispose d'une source contractuelle, son approche se fait cependant novatrice en ce qu'elle considère que les effets du

¹ v. en ce sens : S. MAILLARD-PINON, « *Contrat de travail : modification* », in *Rép. de droit du travail Dalloz*, juin 2015, spéc., n° 14, où l'auteure retient que : « Les parties peuvent choisir de décontractualiser un élément du rapport de travail en insérant une clause de variation qui permet à l'employeur de modifier unilatéralement un élément du contrat de travail ».

² v. en ce sens : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*, spéc., n° 31, p. 16, pour la formulation de cette idée en introduction, et n° 645 et s., p. 300 et s., pour le développement de cette idée. Pour une illustration jurisprudentielle, où la Cour se fonde expressément sur la notion de bonne foi contractuelle pour sanctionner la mise en œuvre d'une clause de mobilité dans des conditions de précipitation suspectes, v. : Cass. soc. 23 février 2005, *Bull. civ. V*, n° 64, p. 56.

³ v. : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 22 et s., p. 11 et s., pour la formulation de cette idée qui constituera le fil directeur de l'étude de l'auteure.

⁴ v. : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*, n° 173 et s., p. 89 et s., et spéc., n° 189, p. 95.

pouvoir résultant d'une clause de variation se traduisent par la modification d'éléments de nature contractuelle¹.

Aussi, une telle analyse doit être encouragée et soutenue à propos des clauses de variation d'horaires et de mobilité géographique, mais celle-ci suppose alors de retenir une conception qui ne limite pas les effets du contrat à la simple production d'obligations. En effet, si les horaires ou le lieu d'exécution de la prestation de travail ne peuvent, semble-t-il, être appréhendés au moyen des instruments classiques d'analyse de l'objet de la prestation – espèce, qualité, quotité – en revanche, ces éléments apparaissent plus vraisemblablement comme des manifestations de l'effet assujettissant du contrat résultant de la force obligatoire. Ainsi, le salarié est assujéti au respect d'horaires et d'un lieu de travail qui limitent son autonomie juridique dans l'accomplissement de sa prestation de travail. Dans une telle optique, l'exercice du pouvoir résultant d'une clause de mobilité géographique ou d'une clause de variation d'horaires viendrait affecter les modalités d'exécution de la prestation qui appartiennent à l'effet assujettissant du contrat. Il en résulterait, de la sorte, une modification de la contrainte comportementale nécessaire à la réalisation du but contractuel qui pèse sur le salarié.

B. Les clauses permettant de préciser le contenu du devoir d'assistance.

140. **Exemples.-** Le devoir d'assistance, qui se définit très prosaïquement comme l'aide fournie par l'une des parties à son cocontractant dans le cadre de l'exécution de sa prestation, ne saurait correspondre à une obligation dans la mesure où il ne réalise pas en lui-même un transfert de valeurs². Le devoir d'assistance se présente comme un moyen qui permet la réalisation effective du transfert de valeurs, ce qui est la fonction dévolue à l'obligation principale du contrat.

Aussi, le devoir d'assistance se retrouve notamment dans le cadre de certains contrats-coopération, tels que les contrats d'édition et le contrat d'agent commercial, où il est légalement consacré.

L'article L. 132-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose-t-il, ainsi, en son alinéa premier, que : « l'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre ». Cela signifie que l'auteur ne s'engage pas seulement à céder son droit de reproduction, mais qu'il est également tenu d'assister l'éditeur dans l'accomplissement de sa tâche de reproduction³. Plus précisément, le devoir d'assistance impose à l'auteur de fournir un manuscrit complet et lisible, et de procéder aux relectures et corrections. Sur ces points, les parties peuvent aménager le contenu du devoir d'assistance par le biais de pouvoirs contractuels. L'éditeur peut se voir conférer le pouvoir de préciser en cours d'exécution le délai pour les relectures, ou encore, le nombre de fois qu'il pourra solliciter l'auteur pour des corrections.

¹ Ainsi, l'auteure est-elle alors amenée à définir la clause de variation comme : « celle par laquelle le salarié consent par avance à la modification de l'un des éléments du rapport de travail ». (v. : L.-K. GRATTON, *Les clauses de variation du contrat de travail*, *op. cit.*, spéc., n° 39, p. 20).

² À propos de la distinction entre les obligations et l'effet assujettissant du contrat, v. : *supra*, n° 106, p. 125 et s.

³ Sur ces points, v. : F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2004, n° 1046 et s.

En ce qui concerne le contrat d'agent commercial, l'article L 134-4 du Code de commerce dispose en son alinéa troisième que le mandant doit « mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ». Le décret d'application¹ précise que le mandant doit fournir : « toute documentation utile sur les produits ou services qui font l'objet du contrat d'agence ». Il doit également fournir au mandataire la formation utile à la connaissance et à la commercialisation des produits². Sur ces points, le mandant peut être investi conventionnellement d'un pouvoir qui l'autorise à modifier la documentation utile, ou encore, à définir les périodes au terme desquelles une formation de mise à niveau sera organisée.

S'il apparaît donc que certains pouvoirs contractuels permettent d'imposer une modification de l'effet assujettissant du contrat, d'autres semblent permettre une modification de l'effet réel du contrat.

§ 2 - LA MODIFICATION DE L'EFFET RÉEL DU CONTRAT.

141. **Deux types d'effets susceptibles de modification.**- L'analyse des effets du contrat a permis de mettre en évidence qu'à côté des effets obligationnels et de l'effet assujettissant, le contrat était également susceptible de produire des effets réels³. Comme il a été constaté, l'effet réel du contrat se manifesterait, notamment, à l'occasion de l'affectation d'un bien à la réalisation du but contractuel et lors d'un transfert d'un droits réels. Or, il semblerait que ces deux manifestations de l'effet réel du contrat puissent faire l'objet de modifications suite à l'exercice de pouvoirs contractuels. Autrement dit, il conviendra de montrer que certains pouvoirs contractuels permettent la modification des conditions d'affectation d'un bien (A), alors que d'autres provoquent l'anéantissement de l'effet translatif de droits réels (B).

A. La modification des conditions d'affectation d'un bien.

142. **La décision de mise en réserve du bénéfice.**- Il a pu être mis en évidence que la décision majoritaire d'affectation du bénéfice correspondait à l'exercice d'un pouvoir contractuel⁴. Or, l'exercice de ce pouvoir emporte des conséquences sur l'effet réel du contrat. Si les bénéfices ont, par principe, vocation à être distribués aux associés sous forme de dividendes, dans le cadre d'une mise en réserve, la décision adoptée a pour effet de venir préciser l'affectation des bénéfices qui se retrouvent alors réservés à la réalisation du projet commun⁵. La modification de la condition juridique des biens se répercute alors sur les droits de tous les associés-copropriétaires en venant modifier leurs conditions de jouissance⁶. Elle correspond à une modification de l'effet réel du contrat dans la mesure où elle vient étendre l'affectation aux bénéfices mis en réserve.

¹ Art. 2 du Décret n° 92-506 du 10 juin 1992 relatif aux agents commerciaux.

² v. : D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec, 2006, 4^{ème} éd., n° 144.

³ À ce sujet, v. : *supra*, n° 105, p. 123 et s.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 80, p. 100.

⁵ Cette modification se traduit au plan comptable par le déplacement des sommes présentes sur un compte d'attente vers un compte de réserve.

⁶ Sur ce point, v. : *supra*, n° 80, p. 100.

143. **La déspecialisation partielle en matière de bail commercial.**- Lors de la conclusion d'un bail commercial, les parties déterminent généralement de manière conventionnelle l'usage des locaux, c'est-à-dire qu'elles définissent l'affectation¹ du bien en précisant la nature de l'activité qui pourra y être exercée. Si le droit commun du bail impose au preneur de respecter l'affectation des lieux² – ce qui signifie que les prérogatives du preneur sur la chose sont encadrées par l'effet réel du contrat³ – et cela, sous peine de résiliation⁴, la rigidité qui émane de ce régime est vite apparue comme un frein à l'activité économique.

Afin de permettre l'adaptation du fonds de commerce aux besoins changeants de la clientèle, la loi a conféré la jouissance au preneur d'un droit lui permettant d'adjoindre à l'activité initialement déterminée des activités connexes ou complémentaires. Le droit⁵ à la « déspecialisation partielle » ne doit toutefois pas être analysé comme une prérogative permettant au preneur d'engager une négociation en vue de la réalisation d'une modification conventionnelle du contrat. Si le preneur est tenu de respecter une certaine procédure qui débute par une notification au bailleur de l'intention du preneur d'adjoindre des activités connexes ou complémentaires⁶, il ne s'agit ici que d'une simple formalité informative⁷. Cette notification ne doit donc pas être analysée comme une offre de modification nécessitant le consentement du bailleur, ni comme une demande d'autorisation⁸. Le processus de déspecialisation partielle est empreint d'unilatéralisme en ce qu'il permet au preneur d'imposer⁹ au bailleur l'adjonction de nouvelles activités connexes et complémentaires. Dès lors, la déspecialisation partielle tend à

¹ À propos de l'application de la notion d'affectation en matière de baux commerciaux et du risque de résiliation en cas de non-respect de celle-ci, v. : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français, op. cit.*, n° 224 et s., p. 195 et s.

² Art. 1728-1° du C. civ.

³ v. à propos de cette idée : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français, op. cit.*, spéc., p. 197, où l'auteur énonce que : « C'est par rapport à l'affectation des lieux loués que sont déterminés les pouvoirs du preneur [...] ».

⁴ Art. 1729 du C. civ.

⁵ Le droit à la déspecialisation partielle constitue une disposition impérative dans la mesure où l'art. L. 145-15 du C. com. répute non écrites toutes les clauses, stipulations et arrangements qui auraient notamment pour objet de faire obstacle aux dispositions des articles L. 145-47 à L. 145-54 du C. com.

⁶ Selon l'art. L. 145-47 al. 2 du C. com. la notification doit indiquer les activités dont l'exercice est envisagé.

⁷ Pour une telle analyse, v. not. : M.-P. DUMONT-LEFRAND, « *Baux commerciaux* », in *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2009, m.à.j. janvier 2016, n° 252.

⁸ v. en ce sens, pour le rejet de la qualification de « demande d'autorisation » : Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE et C. NOURISSAT, *Droit commercial*, Lexis-Nexis, 2012, n° 772, p. 452-453 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, « *Baux commerciaux* », art. préc., n° 252. À titre de comparaison, il convient de faire observer que la procédure de déspecialisation plénière, c'est-à-dire la transformation de l'activité initiale, requiert l'autorisation du bailleur (art. L. 145-48 du C. com.). Aussi, l'autorisation a-t-elle pu être analysée comme un acte juridique unilatéral (v. en ce sens : B. THULLIER, *L'autorisation, Étude de droit privé, op. cit.*, n° 317-318), ce qui signifie que le bailleur est dans cette situation titulaire d'un pouvoir contractuel lui permettant de décider, *in fine*, de la modification de l'effet réel du contrat.

⁹ L'unilatéralisme ressort de la lettre même de l'art. L. 145-47 al. 1^{er} du C. com. qui dispose que : « Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires ». (Nous soulignons). L'emploi du verbe « peut » semble bien traduire l'existence d'un pouvoir contractuel qui permet d'imposer l'adjonction d'une nouvelle activité. *Adde*, pour une analyse mettant en lumière l'unilatéralisme au sujet de la déspecialisation partielle : H. LÉCUYER, « *La modification unilatérale du contrat* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 47 et s., spéc., p. 56, où l'auteur classe celle-ci dans la catégorie des modifications du contrat dépendant de la « décision d'un seul », et énonce que : « le locataire peut imposer cette modification au bailleur qui peut seulement contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité ». (Nous soulignons).

se présenter comme l'expression d'un pouvoir contractuel qui permet au preneur de modifier seul les conditions d'affectation de la chose louée, c'est-à-dire de préciser l'effet réel du contrat. Cette modification des effets du contrat affecte, alors, tant la situation du bailleur que du preneur. Toutefois, le bailleur dispose d'un délai de deux mois pour s'opposer à l'exercice de ce pouvoir contractuel en contestant le caractère connexe ou de complémentaire de la nouvelle activité¹.

B. L'anéantissement de l'effet translatif de droits réels.

144. **Anéantissement-sanction.-** Si le nouvel article 1224 du Code civil consacre, de manière concurrente, trois modes de résolution – la résolution judiciaire, accompagnée de deux modes de résolution unilatérale que sont la résolution par voie de notification et la résolution résultant de l'application d'une clause résolutoire –, les dispositions du nouvel article 1229 du même Code relatives aux effets de la résolution ne semblent cependant traiter que des effets personnels de la résolution. En effet, l'alinéa second de ce texte fait seulement référence à la restitution des prestations qui ont pu être échangées². Il n'est ainsi aucunement fait mention de l'anéantissement de l'effet translatif de droits réels qui se produit lors de la résolution de certains contrats, tels que les contrats de vente, d'échange ou encore de donation.

Une telle omission est d'autant plus troublante que la réforme a pris le soin d'opérer une distinction entre la force obligatoire du contrat³ et l'effet translatif du contrat⁴ afin de consacrer, semble-t-il, l'autonomie de chacun de ces deux types d'effets. Bien qu'occulté par la présentation classique de la résolution qui appréhende d'une manière globale ses effets en retenant que celle-ci produit un anéantissement rétroactif du contrat, l'effet réel de la résolution constitue toutefois une réalité juridique. Aussi, cette réalité est-elle notamment mise en évidence par les auteurs qui reconnaissent à la résolution judiciaire une fonction de garantie. En effet, l'anéantissement de l'effet translatif de droits réels permet au créancier de l'obligation inexécutée de recouvrer la titularité du droit réel transmis, ce qui tendrait à le prémunir contre le dommage causé par l'inexécution⁵. Par conséquent, dès lors que les mécanismes de résolution unilatérale se voient conférer une valeur égale à la résolution judiciaire, il doit en être déduit que leurs effets *in personam* se doublent d'effets *in rem*, ce qui se traduit par l'anéantissement de l'effet translatif de droits réels.

¹ Le tribunal de grande instance saisi par la partie la plus diligente (art. L. 145-17 al. 2 du C. com) devra alors contrôler la nature de la nouvelle activité pour vérifier si celle-ci est susceptible d'être qualifiée de « connexe » ou de « complémentaire ».

² Le nouvel art. 1129 al. 2 du C. civ. limite l'effet rétroactif de la résolution, et de ce fait, impose des restitutions seulement dans l'hypothèse des contrats où l'exécution doit être complète pour que les prestations puissent trouver leur utilité. Dans la situation où les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, les restitutions n'ont pas lieu d'être, et la résolution produit seulement ses effets pour l'avenir, à l'image des effets de la résiliation.

³ v. : les nouveaux articles 1193 et s. du C. civ.

⁴ v. : les nouveaux articles 1196 et s. du C. civ.

⁵ v. not. à propos de la fonction de garantie de la résolution : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 218, spéc., p. 156.

À titre de comparaison, il convient d'observer, qu'en droit allemand, les pouvoirs contractuels de résolution ne produisent pas d'effets *in rem*. Cette limitation des effets de la résolution au seul acte générateur d'obligations, c'est-à-dire au seul acte produisant des effets *in personam*, est la conséquence du système allemand qui, en vertu du principe d'abstraction, fait dépendre le transfert de propriété de la conclusion d'un second acte¹ qui échappe, pour sa part, aux effets de la résolution². Dès lors, le droit à la restitution ne dispose pas d'une nature réelle. La restitution du bien s'opère en valeur et trouve son fondement dans la notion d'enrichissement sans cause³. Aussi, est-ce dans l'optique de garantir la sécurité du commerce juridique en préservant les droits que les tiers ont pu se constituer sur le bien que le principe d'abstraction a été proclamé au XIX^{ème} siècle. À cet égard, notre droit interne n'est pas en reste. En effet, le nouvel article 1352-2 du Code civil exclut toute restitution en nature dans l'hypothèse où la chose a été vendue à un tiers⁴, ce qui vient paralyser l'effet réel de la résolution.

145. **Anéantissement-repentir.**- L'anéantissement de l'effet translatif de droits réels peut constituer l'objet d'un droit de repentir – *jus poenitendi* –. Aussi, un tel effet est-il nettement perceptible lors de l'exercice du pouvoir contractuel issu d'une clause de réméré. Assurément, l'objectif poursuivi par le titulaire du pouvoir de réméré est de recouvrer la jouissance du droit réel initialement transmis. S'il a pu être observé que le pouvoir de réméré⁵ conférait à son titulaire la possibilité de revenir sur son consentement et, de ce fait, de provoquer la caducité rétroactive des obligations principales des parties⁶, il convient d'adjoindre à ces effets *in personam* la production d'effets *in rem*. En effet, la vente étant censée n'avoir jamais eu lieu, il doit en être déduit que l'anéantissement rétroactif affecte l'effet translatif de droits réels réalisé par le contrat⁷. Une conclusion identique peut être formulée à propos des droits de rétractation

¹ Ce second acte est alors qualifié d'abstrait en ce qu'il est dépourvu de cause, c'est-à-dire qu'il est détaché de l'acte générateur d'obligations qui devrait lui servir de justification, de fondement. (sur ce point, v. : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*, n° 8, p. 6-7).

² Pour une analyse des effets de la résolution liés au système de transmission de propriété en droit allemand (*Trennungs und Abstraktionsprinzip*) v. : L.-J. CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, ROUSSEAU et Cie, 1940, n° 220 et s. ; F. RANIERI, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, p. 811 et s., spéc., p. 826 ; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*, n° 252, p. 198.

³ La prétention qui naît alors de la résolution dispose, non pas d'une nature réelle, mais d'une nature personnelle. Il s'agit d'une prétention relative au droit des obligations, c'est-à-dire, d'une créance. v. en ce sens : F. RANIERI, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé, op. cit.*, loc. cit. ; M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*, loc. cit.

⁴ Le nouvel art. 1352-2 du C. civ. prévoit alors un mécanisme de restitution en valeur dont le montant dépend de la bonne foi du nouveau cédant. Si celui-ci a reçu la chose de bonne foi, il ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix.

⁵ Au sujet de la qualification de pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 53, p. 74-75.

⁶ À propos du lien entre la caducité et les effets des pouvoirs de rétractation, v. : *supra*, n° 112, p. 129 et s.

⁷ Il convient toutefois d'ajouter que les effets *in rem* du pouvoir de réméré dépassent le simple anéantissement de l'effet translatif de droits réels réalisé par la vente. En effet, l'exercice du pouvoir de réméré anéantit tous les actes de disposition réalisés par l'acquéreur, qu'il s'agisse, par exemple, d'une revente (art. 1664 du C. civ.), ou de la constitution de droits réels ou d'hypothèque (art. 1673 al. 2 du C. civ.). Les actes d'administration tels que la perception des fruits ou la constitution de baux restent, pour leur part, valables. Aussi, l'opposabilité aux tiers de

issus du droit de la consommation, lorsque ceux-ci trouvent à s'exercer dans le cadre d'un contrat réalisant un transfert de droits réels, tels qu'un contrat de vente conclu hors établissement ou relatif à la vente de métaux précieux¹.

146. Bilan des pouvoirs de modification des effets non-obligationnels.- L'objet des pouvoirs contractuels ne se limite pas à la modification des effets obligationnels du contrat.

Certains pouvoirs contractuels, tels que les pouvoirs issus des clauses de variation d'horaire et de mobilité, ainsi que les pouvoirs issus des clauses aménageant le devoir d'assistance, peuvent avoir pour objet de modifier l'effet assujettissant du contrat.

D'autres, peuvent avoir pour objet de modifier l'effet réel du contrat. Ainsi, en va-t-il de la décision majoritaire de mise en réserve des bénéficiaires, ou encore, de la déspecialisation partielle, qui précisent les conditions d'affectation du bien à la réalisation du but contractuel. L'effet réel du contrat se manifestant également à travers l'effet translatif de droits réels, il a pu être montré que certains pouvoirs contractuels ont pour effet d'anéantir, concomitamment aux obligations, le transfert de propriété réalisé par les contrats translatifs de droits réels. Tel est le cas de l'exercice d'un pouvoir de résolution, lorsque celui-ci se traduit, dans le cadre d'un contrat translatif de droits réels, par des restitutions qui sont la traduction matérielle de l'anéantissement du transfert de propriété. Tel est le cas, également, de l'exercice d'un pouvoir de rétractation lorsque celui-ci anéantit un contrat qui procède à un transfert de droits réels. Le but étant de permettre au propriétaire initial de recouvrer la propriété du bien transféré.

Aussi, une observation générale peut être formulée au sujet de la portée des pouvoirs qui modifient les effets non-obligationnels du contrat. Les effets résultant de leur mise en œuvre dépasse la situation juridique de leurs seuls titulaires pour affecter celle de leurs cocontractants. La définition d'un nouvel horaire, d'un nouveau lieu de travail, ou l'adjonction d'une activité connexe ou complémentaire dans le cadre d'un bail commercial empiète nécessairement sur la sphère juridique du cocontractant qui est tenu de subir la modification des effets du contrat résultant de l'exercice du pouvoir. De même, l'anéantissement de l'effet translatif de droits réels se répercute à la fois sur la situation du cocontractant sujet d'imputation passif, qui se voit privé de la propriété d'un bien, et sur la situation juridique du titulaire du pouvoir qui recouvre la propriété du bien initialement cédé.

147. Conclusion du Chapitre II.- L'étude de l'objet des pouvoirs contractuels a permis d'approfondir l'analyse de l'élément matériel de la définition des pouvoirs contractuels. Il doit alors être concédé que l'objet des pouvoirs contractuels est varié.

Certains pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets obligationnels du contrat. D'abord, il peut alors s'agir pour l'une des parties de venir unilatéralement modifier le lien d'obligation, soit, en provoquant son anéantissement au moyen des pouvoirs de résolution, de résiliation ou de rétractation, soit, en provoquant sa suspension via, notamment, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, ou encore, suite au prononcé d'une mise à pied

l'anéantissement rétroactif de la vente initiale suppose-t-elle, en matière immobilière, que le pacte de réméré ait été régulièrement publié.

¹ À propos de ces pouvoirs de rétractation, v. *supra*, n° 56 et s., p. 77 et s.

disciplinaire. Ensuite, la modification des effets obligationnels peut concerner l'objet de l'obligation, à savoir, la prestation. Les pouvoirs contractuels peuvent permettre à l'une des parties d'apporter, en cours d'exécution, une précision à la prestation qui lui faisait défaut, telle qu'une précision affectant sa quotité, comme en cas de détermination unilatérale du prix. Les pouvoirs contractuels peuvent également autoriser l'une des parties à substituer à la prestation initiale une prestation nouvelle en termes de qualité, ce qu'autorise le remplacement, ou de quantité, ce que permet, par exemple, la réduction unilatérale du prix. Enfin, la modification peut affecter l'identité des parties au contrat au moyen de la mise en œuvre de pouvoirs de cession, d'agrément ou d'exclusion.

D'autres pouvoirs contractuels permettent, quant à eux, de venir modifier les effets non-obligationnels du contrat. Ainsi, une partie peut venir modifier l'effet assujettissant du contrat, comme lorsqu'il est fait usage du pouvoir issu, par exemple, d'une clause de variation d'horaire ou du lieu de travail. Mais ce n'est pas tout, car certains pouvoirs contractuels permettent de modifier l'effet réel du contrat. La déspecialisation partielle en matière de bail commercial permettant, par exemple, de modifier les conditions d'assujettissement du bien donné à bail. Quant aux pouvoirs de résolution ou de rétractation, ces derniers permettent d'anéantir, en sus des rapports d'obligations principaux des parties, l'effet translatif de droits réels.

Si les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets du contrat, une observation a pu être formulée, tout au long de ce chapitre, quant à la portée de ladite modification. Cette modification dépasse la seule situation juridique du titulaire du pouvoir pour affecter celle de son cocontractant.

Une telle observation devra être prise en considération, avec d'autres, à l'heure de l'identification du procédé technique qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels. En effet, l'étude des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ne sera complète que si, après avoir répondu au « où ? » et au « quoi ? », il est répondu à la question du « comment ? ». C'est-à-dire à la question du « comment se matérialise, dans le cadre contractuel, l'exercice des pouvoirs contractuels ? ». Il conviendra alors d'identifier le support juridique qui permet de concrétiser l'existence, au sein du contrat, d'une manifestation unilatérale de volonté qui produit des effets qui affectent, au-delà de la situation juridique de son auteur, celle de son cocontractant ou de ses cocontractants.

Chapitre III

Le support de l'expression des pouvoirs contractuels.

148. **Approfondissement de l'analyse de l'élément volontaire.**- La décomposition de la définition des pouvoirs contractuels a pu révéler que celle-ci comprenait, d'une part, un élément matériel et d'autre part, un élément volontaire, à savoir, une manifestation unilatérale de volonté. Si la modification du contrat a pu être identifiée comme l'objet des pouvoirs contractuels, la manifestation unilatérale de volonté tend, quant à elle, à se présenter comme le moyen¹ qui permet la réalisation de l'objet des pouvoirs contractuels.

L'approfondissement de l'analyse de l'élément volontaire de la définition des pouvoirs contractuels doit, alors, permettre d'identifier l'élément appartenant à la technique juridique qui sert de support à la manifestation unilatérale de volonté prenant place dans un contexte contractuel. À ce sujet, il est possible de constater que certains auteurs ont déjà pu proposer de recourir à la notion d'acte juridique unilatéral² pour expliquer la nature du support de la manifestation unilatérale de volonté dans le contrat³.

La démarche ici entreprise aura donc pour objectif premier de démontrer la pertinence de l'analyse qui rattache les modalités d'exercice des pouvoirs contractuels à la production d'un acte juridique unilatéral. Autrement dit, il s'agira, dans un premier temps, de procéder à l'identification d'un acte juridique unilatéral (Section I). Cependant, l'identification d'un acte juridique unilatéral, au cœur même du contrat, en tant que support de l'exercice des pouvoirs contractuels, peut sembler venir heurter certains principes juridiques traditionnels. L'étude ici réalisée s'intéressera donc, dans un second temps, aux conséquences de l'identification d'un acte juridique unilatéral (Section II).

¹ Il s'agit de la réponse à la question se rapportant au « comment ? ».

² v. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit. Adde, L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., spéc., n° 8, p. 5, où l'auteur fait expressément référence à des exemples d'actes unilatéraux présents dans un contexte contractuel tels que, l'exercice d'une faculté de rétractation ou de dédit, d'un réméré, l'expulsion d'une association ou encore la révocation d'une donation. Ainsi, l'auteur emploie-t-il la notion d'acte unilatéral dans la perspective de décrire l'exercice des pouvoirs contractuels et de matérialiser l'expression de la volonté unilatérale. Rapp., M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 126 et s., p. 111 et s., où l'auteure fait observer que la plupart des analyses doctrinales développées pour décrire le procédé de contrôle judiciaire de la sanction prononcée par les parties au contrat tendaient à occulter l'acte unilatéral pour se concentrer exclusivement sur l'analyse de la nature de la prérogative mise en œuvre.

³ Proposant une explication aux modalités de réalisation des pouvoirs contractuels, l'identification d'un acte juridique unilatéral constituera également un préalable indispensable à la compréhension des mécanismes de sanction qui seront à l'œuvre lors du contrôle de l'exercice desdits pouvoirs contractuels.

SECTION I : L'IDENTIFICATION D'UN ACTE JURIDIQUE UNILATÉRAL.

149. **Méthode.**- Proposer d'identifier un acte juridique unilatéral en tant que support de la manifestation de volonté déployée à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel n'est pas chose aisée. En effet, la technique de l'acte unilatéral apparaît comme étrangère aux principes contractuels classiques¹ qui puisent leur source dans la théorie de l'autonomie de la volonté et du consensualisme. Selon certains, l'acte unilatéral contiendrait en lui le germe de la destruction du contrat. Facteur de perte de cohérence de l'analyse classique du contrat qui appréhende toutes les techniques présentes en son sein sur un mode unique² de type conventionnel³, l'acte unilatéral porterait également atteinte au respect de la parole donnée qui constitue le fondement de l'analyse classique du principe de force obligatoire du contrat⁴.

Toutefois, la reconnaissance progressive de l'unilatéralisme contractuel modificateur en doctrine et la consécration légale de certaines de ses manifestations lors de la réforme du droit des contrats tendent à assurer une place de choix à la volonté unilatérale au sein du contrat. D'ailleurs, certaines analyses doctrinales consacrées à l'unilatéralisme contractuel ont pu démontrer le caractère vain du raisonnement qui tendait à réduire les manifestations unilatérales de volonté présentes dans le contrat à un procédé de type conventionnel pour, dans la foulée, mettre en lumière les liens que celles-ci entretiennent avec la notion d'acte unilatéral⁵. Dès lors, il semblerait que la levée graduelle des obstacles à l'admission de la volonté unilatérale au sein

¹ v. à ce propos la remarque formulée par : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 5, p. 9, où l'auteur fait observer : « Au moins sur un mode implicite, il semble donc largement admis que l'acte unilatéral n'a pas sa place au sein d'une théorie générale des contrats bien comprise ».

² À propos de cette remarque, v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 5, spéc., p. 10.

³ Dans l'optique de préserver l'analyse unitaire et conventionnelle des mécanismes contractuels, il est généralement admis que si la volonté unilatérale est apte à produire des conséquences juridiques dans le contrat, ce n'est que dans la mesure où les parties sont convenues d'un tel changement, soit, via la stipulation d'une clause contractuelle en ce sens (ex. : clause résolutoire), soit, en vertu d'une disposition légale à laquelle les parties auraient donné leur consentement lors de la conclusion du contrat. Cette conception qui fait la part belle à un accord de volonté fictif en tant que source des effets modificateurs, semble cependant confondre la source de la jouissance – c'est-à-dire de la titularité – de la prérogative unilatérale, qui peut ainsi disposer d'une origine légale, jurisprudentielle, conventionnelle ou encore être issue des usages, et son exercice qui, pour sa part, est unilatéral. La modification du contrat prend ainsi sa source, de manière directe, dans une manifestation unilatérale de volonté. Rappr. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 6, p. 11, et n° 37, spéc., p. 51, où l'auteur fait observer à ce propos la confusion entre : « l'existence d'un droit et sa mise en œuvre ».

⁴ v. les remarques déjà formulées par les auteurs classiques notamment au sujet des actes unilatéraux extinctifs : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, op. cit., n° 338, p. 387 : « Si en effet, chacun des contractants pouvait, sans l'adhésion de l'autre, anéantir la convention, il ne serait pas vrai de dire que celle-ci a force légale au regard des parties ».

⁵ v. not. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc. n° 7, p. VIII, où l'auteure réfute, dès le départ, l'analyse doctrinale déniait le caractère unilatéral de certains procédés de rupture du contrat pour affirmer, ensuite, la présence d'un acte unilatéral. L'auteure critique ainsi la place laissée à la volonté hypothétique des parties : « Chacun, en concluant la convention, accepte d'être soumis au statut légal ou conventionnel qui le concerne. Tel est seulement le rôle de la volonté commune au moment de la formation du contrat. Si, par la suite, il y est mis fin par la seule volonté des parties, la volonté du contractant ne joue aucun rôle dans la cessation du rapport contractuel, car l'acte unilatéral produit ses effets par la seule volonté de celui qui le met en œuvre, sans que soit nécessaire l'accord de l'autre partie ». (Nous soulignons). *Adde*, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., spéc., n° 35 et s., p. 49 et s., où l'auteur explique l'échec des tentatives de réduction de l'acte unilatéral à un procédé de type conventionnel.

du contrat rende de moins en moins audacieuse l'identification, au cœur d'une situation contractuelle, d'un acte juridique unilatéral.

Afin d'éprouver l'hypothèse selon laquelle la notion d'acte juridique unilatéral est susceptible de servir de support à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il s'agira de chercher à identifier les éléments constitutifs d'un tel acte. Autrement dit, il conviendra de chercher à identifier les traits caractéristiques de l'acte unilatéral au service des pouvoirs contractuels (§ 1). Si la notion d'acte unilatéral peut sembler en mesure de fournir un support technique à la volonté exprimée à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel, il est toutefois possible d'observer que les manifestations unilatérales de volonté présentes dans un contexte contractuel sont également souvent qualifiées de « décisions ». En cela, la notion de décision paraît venir concurrencer la qualification d'acte unilatéral et la mettre à l'épreuve. C'est pourquoi, il s'avèrera nécessaire de préciser, par la suite, les rapports qu'entretient l'acte unilatéral au service des pouvoirs contractuels avec la notion de décision (§ 2).

§ 1 - L'IDENTIFICATION DES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE L'ACTE UNILATÉRAL AU SERVICE DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

150. **Deux types de traits caractéristiques.**- L'analyse qui propose de qualifier d'acte unilatéral le support de la manifestation de volonté émise à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel repose nécessairement sur l'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral (A). À cela, il convient d'ajouter que l'intégration d'un acte unilatéral dans un contexte contractuel tend à lui conférer certaines spécificités. Dès lors, il peut également sembler opportun de chercher à identifier, par la suite, les traits caractéristiques particuliers de l'acte unilatéral présent dans un contexte contractuel (B).

A. L'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral.

151. **Deux éléments.**- L'appartenance de l'acte unilatéral à la technique de l'acte juridique est une donnée qui ne saurait échapper à l'analyste. N'ayant pas eu les honneurs d'une définition dans le Code civil lors de sa rédaction initiale, la doctrine s'est alors attelée à identifier les éléments constitutifs de l'acte juridique afin d'en proposer une définition. Tâche ô combien délicate¹, tant les débats opposant la doctrine privatiste et publiciste ont pu être intenses et stimulants.

À ce propos, il est possible d'identifier les différents éléments qui ont servi de point de départ aux analyses doctrinales. Ces différents éléments constitutifs sont présents au sein de toute définition classique qui présente l'acte juridique comme « une manifestation de la volonté

¹ v. not. à ce sujet : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, A. ROUSSEAU, Paris, 1912, spéc., p. 169, où l'auteur énonce : « la formule abstraite dans laquelle on voudrait exprimer toute la théorie de l'acte juridique est aussi introuvable que celle de la meilleure constitution ».

accomplie en vue de produire un effet de droit »¹. Deux éléments ressortent alors. Le premier élément se rapporte aux effets de l'acte juridique, c'est-à-dire la production d'effets de droit. Le second se rapporte à la source de l'effet de droit, c'est-à-dire la manifestation de volonté. Ayant le mérite de la brièveté, mais aussi le défaut d'être incomplète, cette définition qui a été intégrée en des termes similaires dans le Code civil lors de la réforme du droit des contrats², fournit un point de départ indispensable à l'identification des traits caractéristiques de l'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Si les éléments constitutifs de la définition de l'acte juridique devront, dès lors, être précisés, il n'en reste pas moins que démontrer la présence d'un acte juridique unilatéral suppose, par conséquent, d'identifier, d'une part, ses effets (1), et d'autre part, sa source (2).

1. *L'identification des effets de l'acte unilatéral.*

152. **Enjeux.-** À l'instar du fait juridique *stricto sensu*, l'acte juridique, qu'il soit unilatéral ou conventionnel, appartient à la catégorie des opérations productrices d'effets de droit. L'enjeu principal lié à l'identification d'un effet de droit consiste alors à relier les modalités de l'exercice des pouvoirs contractuels au premier élément de la définition de l'acte juridique. Dès lors, il conviendra de chercher à savoir si l'exercice des pouvoirs contractuels entraîne la création d'un effet de droit (a). Une fois l'existence d'un tel effet caractérisée, ce qui aura permis de démontrer que l'exercice des pouvoirs contractuels ne se rattache pas à la catégorie des simples faits « matériels », c'est-à-dire à la catégorie des opérations non destinées à produire des effets de droit³, un enjeu secondaire lié précisément au contexte contractuel consistera à analyser la portée de l'effet de droit produit (b) afin d'identifier ses conséquences sur la qualification d'acte unilatéral.

a. *La création d'un effet de droit.*

153. **Notion d'effet de droit.-** Si la production d'un « effet de droit » constitue l'un des critères de l'acte juridique, sa définition a donné lieu à des controverses opposant les auteurs de droit privé et de droit public. Pour la doctrine privatiste classique, « l'effet de droit » produit

¹ v. en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 12^{ème} éd., coll. Thémis, 1985, n° 5, spéc., p. 30 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 5, spéc., p. 6 ; *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Acte, sens n° 2.

² Le nouvel art. 1100-1 du Code civil al. 1^{er} dispose ainsi que : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

³ v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Matériel, sens n° 4 : « qui n'est pas destiné à produire un effet de droit ; une opération matérielle (construction d'un mur) s'oppose à une opération juridique (vente) ». R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit, Edition revue et augmentée*, Flammarion, 2006, coll. Champs-Université, p. 63, où l'auteur énonce que si le fait matériel est considéré « dans son extériorité au regard des règles de droit », le fait juridique, quant à lui, est « pris en compte par le droit, au sens où il a pour conséquence de produire des effets juridiques ».

par l'acte juridique, unilatéral ou conventionnel, se rapportait à la création, la modification, la transmission ou encore l'extinction d'un droit¹.

Une telle définition qui envisage les effets de l'acte juridique essentiellement via le prisme des droits subjectifs, fut critiquée par la doctrine publiciste qui préfère retenir pour sa part que « l'effet de droit » produit par l'acte juridique se traduit par la modification de l'ordre juridique. Ainsi, sous l'impulsion de DUGUIT, l'acte juridique est analysé comme celui qui produit « une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné »². DUGUIT propose alors de relier les différents éléments de l'ordonnement juridique, c'est-à-dire de l'ordre juridique, qui sont susceptibles d'être modifiés, à trois types d'actes. Là où les règles de droit objectif sont modifiées par les « actes-règles », l'acte d'adhésion à un statut est qualifié « d'acte-condition », et l'acte qui crée à la charge d'un sujet de droit une obligation individuelle et momentanée qui ne pesait pas au préalable sur lui en vertu du droit objectif est qualifié d'acte-subjectif et contribue à créer ce que l'auteur appelle « une situation juridique subjective »³.

Les analyses publicistes des effets de l'acte juridique ont, alors, influé sur la doctrine privatiste. Prenant acte des limites de l'analyse réduisant les effets de l'acte juridique à la sphère des seuls droits subjectifs, la doctrine privatiste a pu recevoir la notion de situation juridique⁴ afin de reconnaître que l'effet de droit produit par l'acte juridique des personnes privées a pour objet la modification des situations juridiques individuelles. Si la notion de situation juridique individuelle, ou subjective, permet de rendre compte de ce que les situations créées par les sujets de droit se présentent comme un « complexe de droits et de devoirs »⁵, cette construction doctrinale est généralement illustrée par une référence à la situation issue d'un contrat⁶. En effet, il a pu être observé que loin de se limiter à la création de nouveaux droits subjectifs, le contrat créait un ensemble de prescriptions impératives allant de la contrainte pesant sur le

¹ v. par ex. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE et G. CHÉNEAUX, *Précis de droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1911, 11^{ème} éd, n° 102-4, p. 68 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de première année*, t.1, Paris, Dalloz, 1914, p. 60.

² v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, DE BOCCARD, 1927, 3^{ème} éd, § 31, p. 325-326. *Adde*, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1982, p. 371, où l'auteur loue les mérites de la définition de l'acte juridique retenue par les auteurs publicistes par rapport à celle des auteurs de droit privé dans la mesure où : « la notion d'effet de droit, est extrêmement imprécise, alors que celle de modification de l'ordonnement ou ordre juridique est précise et claire, surtout quand on spécifie quels sont les éléments constitutifs de cet ordre ».

³ À propos de cette typologie des actes juridiques, v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, § 31, p. 327 et s.

⁴ v. not. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 1963, rééd. 2005, p. 2, où l'auteur définit les situations juridiques comme : « des situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes vis-à-vis des autres, sur la base de règles juridiques [...] ».

⁵ v. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 52 : « La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs [...] ». L'auteur propose par la suite (p. 53-54) de distinguer les situations juridiques selon un critère quantitatif : les situations juridiques subjectives seraient celles « qui tendent à créer principalement des droits plutôt que des devoirs », et les situations juridiques objectives celles « qui tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des devoirs ».

⁶ v. not. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 53, où l'auteur énonce : « [...] une telle situation, issue du contrat bilatéral, est particulièrement caractéristique de cet entrecroisement de droits et de devoirs [...] ».

débiteur en vertu de l'élément dette du rapport d'obligation à la contrainte comportementale assujettissant le débiteur à la réalisation de sa prestation¹.

Or, l'objet même des pouvoirs contractuels est de modifier les différents effets produits par une situation juridique contractuelle, qu'il s'agisse aussi bien des effets obligationnels que des effets non-obligationnels de celui-ci². L'élément nouveau apporté par l'exercice d'un pouvoir contractuel correspond alors à une modification de l'ordre juridique, ou plus précisément, à une modification de la situation juridique individuelle créée par le contrat³, c'est-à-dire, si l'on se réfère aux analyses susmentionnées, à la production d'un effet de droit.

Toutefois, l'analyse selon laquelle l'exercice des pouvoirs contractuels serait à l'origine de la production d'un effet de droit a pu être mise en doute par certains auteurs à propos d'un pouvoir contractuel particulier, à savoir, le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

154. Les critiques formulées à l'encontre de la résolution unilatérale : un simple fait juridique.- Antérieurement à la réforme du droit des contrats, certains auteurs, ardents défenseurs du principe de la résolution judiciaire, refusaient de reconnaître que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier puisse produire un effet de droit. Ces auteurs soutenaient alors qu'en l'absence d'une disposition légale ou conventionnelle conférant, au créancier victime, la jouissance du droit de rompre⁴ le contrat, la rupture unilatérale prononcée par le créancier ne pouvait jamais produire les effets juridiques de la résolution, et serait ainsi cantonnée au domaine des *faits juridiques volontaires*⁵. Par opposition, seule la décision judiciaire relèverait du domaine du droit en ce qu'elle disposerait d'un effet juridique permettant l'anéantissement du contrat⁶.

Ainsi, afin de concilier⁷ la faculté de résolution unilatérale avec le principe de la résolution judiciaire, certains auteurs affirmaient-ils que la Cour de cassation ne faisait

¹ Au sujet des différents effets du contrat, effets obligationnels et effet assujettissant, v. : *supra*, n° 101 et s., p. 120 et s.

² Au sujet de la modification des effets obligationnels et non obligationnels, v. : *supra*, n° 109 s., p. 128 s.

³ Sur la distinction entre la modification de l'ordre juridique au sens d'ensemble de normes édictées, et l'ordre juridique au sens d'ensemble de situations juridiques subjectives, v. : P. AMSELEK, « *L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN* », in *La pensée de Charles EISENMANN*, Economica, Paris, 1986, p. 31 et s., n° 2, spéc., p. 55.

⁴ v. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. dactyl. Paris II, 1973, n° 4 et s., p. 5 et s.

⁵ v. : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., n° 13, p. 16 ; C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, th. dactyl. Paris XI, 1995, n° 188, p. 223 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 676, spéc. p. 481 : où l'auteur retient qu'en l'absence d'attribution au créancier victime de l'inexécution du droit de résoudre le contrat, ce dernier n'est pas dépourvu de sanction, celle-ci « sera autre et consistera simplement à refuser de donner force d'acte juridique à sa décision, pour la traiter simplement comme un fait juridique ». (L'auteur souligne).

⁶ Seul le juge étant à même de décider du maintien ou de la résolution du contrat : v. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., n° 27, p. 35 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2010-2011*, Dalloz-Sirey, 8^{ème} éd., 2010 coll. Dalloz action, n° 6031 ; L. AYNÈS, « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* » in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Droit et patrimoine, mai 2004, n° 126, p. 164 et s.

⁷ Certains auteurs parlent plutôt à ce sujet d'une « logique d'évitement » du conflit entre la résolution unilatérale et l'art. 1184 du C. civ. v. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. n° 192, p. 271.

qu'autoriser une « anticipation de la décision judiciaire »¹. Le terme « anticipation » faisant référence au caractère provisoire² de la décision de rupture. Dès lors, toujours pour ces auteurs, le créancier victime de l'inexécution se contentait simplement « de tirer les conséquences en fait de la décision judiciaire qui va intervenir, quitte à être désavoué après coup. Ce sont donc essentiellement des *mesures purement matérielles* qu'il peut prendre : principalement cesser son exécution définitivement et se remplacer auprès d'un tiers »³. Par conséquent, le créancier agissant à ses risques et périls et n'étant pas titulaire d'un droit de résoudre le contrat, il n'existait alors, selon ces auteurs, aucune contradiction avec les anciennes dispositions de l'article 1184 du Code civil⁴.

Pour autant, ces différents arguments qui dénie à la résolution unilatérale, d'une part, sa qualité de droit et, d'autre part, sa qualité de mesure productrice d'effets de droit modifiant le contrat, peuvent tous être réfutés.

155. Réfutation des critiques dirigées à l'endroit de la résolution unilatérale.- En premier lieu, M. LAITHIER⁵ avait justement fait remarquer que le raisonnement des auteurs qui refusaient à la résolution unilatérale sa qualité de droit reposait sur l'idée selon laquelle l'existence d'un contrôle judiciaire *a posteriori* excluait l'existence d'un droit : ce qui reviendrait à dire que l'on ne « saurait tout à la fois être titulaire d'un droit et être condamné pour l'avoir mal exercé »⁶. Cette affirmation est alors nécessairement inexacte dans la mesure où la théorie de l'abus de droit est le moyen permettant aux tribunaux de sanctionner l'exercice abusif d'un droit⁷. Il est donc possible d'être titulaire d'un droit et de mal l'exercer. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que la résolution unilatérale soit bien qualifiée de droit.

En second lieu, le raisonnement des auteurs qui cantonnaient la résolution unilatérale dans le domaine des mesures purement matérielles, et lui déniaient ainsi toute production d'effet de droit sur le contrat, offrait également le flanc à la critique, et cela, que ce soit, aussi bien, d'une part, sur le point de *l'absence d'effet de droit*, que d'autre part, sur le point de la production de ces effets *sur le contrat*.

¹ v. not. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., n° 7 et s., p. 9 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2010-2011*, op. cit., n° 6031 ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 674 et s., p. 478 et s. ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, Préf. J. DEVÈZE, LGDJ, 1996, n° 164, p. 178 ; C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, th. préc., n° 188, p. 223 et s.

² v. not. en ce sens : L. AYNÈS, « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* », art. préc., p. 68, où l'auteur fait remarquer : « la résolution demeure en principe judiciaire. Elle n'est unilatérale que provisoirement ». (Nous soulignons).

³ v. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 688, p. 490.

⁴ v. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., n° 19, p. 24 ; Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. préc., n° 164, p. 178.

⁵ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004, n° 192, spéc. p. 272.

⁶ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., loc. cit.

⁷ v. en ce sens : *Ibid*, loc. cit., spéc. note n° 334, où M. LAITHIER fait remarquer que Mme HOUIN, en reconnaissant timidement l'existence de l'abus de droit en droit positif, n'échappe pas à la contradiction.

En ce qui concerne le premier point relatif à la production d'effets de droit, Mme JAOUEN¹ avait pu souligner que les auteurs qui rejetaient la résolution unilatérale dans le domaine purement factuel considéraient, à son sujet, qu'elle ne permettrait que de la production d'un « fait juridique »². Or, l'auteure avait fait remarquer, à juste titre, qu'il s'agissait ici d'une confusion entre : « les notions de faits matériels et de faits juridiques ; c'est confondre ce qui ressort des éléments de fait, c'est-à-dire des données du réel non appréhendées juridiquement, et ce qui relève de la catégorie juridique de fait juridique *lato sensu* à laquelle, par définition, des effets de droit sont attachés »³. Par conséquent, qualifier les effets de la résolution de « fait juridique » signifie que l'ordre juridique attache des conséquences juridiques à la résolution unilatérale. Cette dernière ne fait donc pas partie du domaine des mesures purement matérielles, mais appartient au domaine du droit. Afin d'appuyer encore le rattachement de la résolution unilatérale au domaine du droit, Mme JAOUEN avait pu relever que la formule « à ses risques et périls » renvoie à l'idée de responsabilité⁴ du créancier. Si cette remarque renseigne sur ce que l'ordre juridique attache des conséquences juridiques au *comportement* du créancier qui use de la résolution unilatérale et l'inclut donc dans le domaine du droit, cela ne permet pas, pour autant, d'en déduire que ces effets de droit sont dirigés *vers le contrat*.

Aussi, ce second point peut être mis en lumière de la manière suivante. La plupart des auteurs considèrent que la résolution unilatérale produit immédiatement ses effets et permet au créancier de conclure un nouveau contrat, ayant le même objet, avec un tiers⁵. Ceci signifie que ni le créancier, ni les biens qu'il avait engagés dans le contrat, ne sont plus tenus par la force obligatoire du contrat. La résolution unilatérale anéantit, par conséquent, les effets du contrat, ce qui permet alors d'affirmer que l'effet de droit produit est bel est bien dirigé vers le contrat⁶.

¹ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 145, p. 124-125.

² v. les auteurs cités *supra* à la note n°, p.

³ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 145, p. 124-125.

⁴ *Ibid.*, n° 144, p. 123-124. Comp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 892, p. 470, *in fine*, où les auteurs retiennent que : « L'expression 'à ses risques et périls' est ambiguë et inutile : il va de soi que l'exercice de cette faculté de rompre peut être contrôlée, et sanctionnée, judiciairement ». Cette affirmation correspond, selon nous, à l'idée de responsabilité résultant de l'exercice abusif d'un droit.

⁵ v. not. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 660, spéc. p. 670, qui affirment que : « [...] on entend permettre à un contractant de clore rapidement une relation contractuelle, privée de toute vitalité économique [...], afin qu'il puisse conclure un nouveau contrat indispensable à la réalisation de l'opération économique qu'il poursuit » ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2010-2011, op. cit.*, n° 6031 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, n° 192, spéc. p. 272 ; Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, p. 71 et s., n° 5, spéc. p. 76.

⁶ Il n'est pas inintéressant de se demander ce qui se passerait en l'absence de saisine du juge dans le cadre de l'analyse rejetant la résolution unilatérale dans le domaine purement matériel. Dans ce cas, le créancier serait toujours tenu par la force obligatoire du contrat auquel il n'aurait pas pu mettre fin. Il pourrait, tout de même, opposer l'exception d'inexécution. Cependant, une fois l'inexécution corrigée, le créancier serait tenu d'exécuter sa prestation. Or, s'il a pris des « mesures matérielles », comme le disent certains auteurs, il s'est peut être débarrassé de la marchandise en concluant un contrat avec un tiers. Le créancier non fautif, deviendrait alors fautif dans la mesure où il se serait mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. Par conséquent, si l'on n'admet pas que la résolution unilatérale produise *immédiatement des effets de droit sur le contrat*, on en arrive à un système injuste où, des années après, le débiteur fautif pourrait venir demander, après correction de son inexécution, l'exécution de la contreprestation. Rappr. : L. AYNÈS, note sous : Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n°

En guise de conclusion, il est possible de faire allusion au fait que la réforme du droit des contrats a introduit une disposition générale relative aux effets de la résolution qui semble consacrer cette analyse et clore ainsi le débat. En effet, le nouvel article 1229 du Code civil qui traite indifféremment des effets de la résolution quelle que soit sa source – décision de justice, clause résolutoire, décision unilatérale notifiée – dispose, en son alinéa premier, que « la résolution met fin au contrat ». Une telle référence semble alors indiquer que le législateur entend attacher des effets de droit à la résolution unilatérale en ce que le contrat, une fois la décision notifiée, cesse de produire ses effets. Il en résulte alors une modification de la situation juridique subjective créée par le contrat, soit, un effet de droit.

156. **Point d'étape.**- Si l'analyse formulée par certains auteurs au sujet des effets de la résolution unilatérale pouvait constituer un obstacle à une présentation générale des effets produits par les pouvoirs contractuels, la réfutation de celle-ci doit permettre de proposer une systématisation. Dans la mesure où tous les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets produits par des situations contractuelles, leur mise en œuvre qui vient, de la sorte, modifier des situations juridiques individuelles composant l'ordre juridique, apparaît, ainsi, comme étant productrice d'un effet de droit. Une fois ce premier élément de la définition de l'acte juridique mis en évidence, il convient d'en mesurer la portée afin d'identifier les possibles conséquences sur la qualification même de l'acte adopté.

b. *La portée de l'effet de droit.*

157. **Sujet d'imputation actif.**- À l'opposé des analyses qui ont pu être défendues par certains auteurs de droit public¹, la doctrine privatiste ne fait pas de la portée des effets de droit un critère déterminant de la qualification d'acte juridique unilatéral. Préférant s'appuyer sur le critère de l'unicité d'intérêt², cette dernière ne délaisse pas pour autant l'analyse des effets de droit de l'acte juridique unilatéral. En effet, il a pu être énoncé que lorsque l'on entreprend l'étude de l'acte juridique unilatéral « la première idée qui se présente spontanément à l'esprit

211, p. 166, RDC. 2004, n° 2, p. 273 et s. où l'auteur souligne « l'embarras » auquel conduit la consécration de la voie dans laquelle le créancier de l'obligation inexécutée ne ferait « qu'un pari sur la décision future du juge ». Dans ce système, « il faudrait alors obliger l'auteur de la rupture à toujours saisir les tribunaux, pour permettre à l'événement futur et incertain sur lequel il a parié - la résolution judiciaire - d'advenir ou de défaillir ; et que devient entre temps le contrat ? Est-il rompu ? Provisoirement rompu ? Provisoirement maintenu ? » (Nous soulignons).

¹ Pour une utilisation du critère des effets de l'acte comme critère de distinction de l'acte unilatéral et de l'acte plurilatéral, v. : Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 420 : « l'acte plurilatéral est l'acte dont les normes règlent les rapports mutuels de leurs auteurs (c'est-à-dire créent entre eux des obligations et des droits » alors que « l'acte unilatéral est l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs ». (Nous soulignons). Adde, P. DELVOLVÉ, « Acte », in *Rép. du contentieux administratif Dalloz*, 1984, n° 16 : « C'est en effet la relation entre l'acte et ses destinataires qui fait apparaître l'unilatéralité : dès lors que l'acte a pour objet et pour effet de produire des conséquences sur des personnes qui n'ont pas pris part à son adoption, il est unilatéral ».

² Pour une utilisation du critère de l'unicité d'intérêt comme critère catégoriel de l'acte unilatéral, v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, *op. cit.*, n° 31 et s., p. 41 et s. Adde, pour une reprise de ce critère : J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. dactyl., Paris, 1969, p. 42 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 204, p. 219 et s. ; R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, *op. cit.*, n° 26, p. 10.

est de s'attacher aux effets de l'acte »¹. Dans une perspective reposant sur la notion de droit subjectif et s'appuyant donc sur les principes de liberté individuelle et d'égalité entre les sujets de droit, il a pu être constaté que l'acte unilatéral permet seulement à son auteur de « disposer de ses [...] intérêts et [de] régler la sphère juridique qui lui est propre »². Ainsi, en dehors d'une hypothèse de représentation, l'acte juridique unilatéral modifie-t-il la situation juridique de son auteur. Ce dernier se présentant, alors, comme le sujet d'imputation actif³ de ses effets. Ce phénomène est nettement perceptible lors de l'exercice d'un pouvoir contractuel. En effet, il est possible de constater que lorsque l'une des parties met en œuvre, par exemple, un pouvoir de résiliation ou un pouvoir de rétractation, c'est avant tout pour modifier sa situation juridique en se libérant du contrat. De même, lorsque l'une des parties vient à mettre en œuvre un pouvoir de détermination du prix, celle-ci entend, avant tout, modifier sa situation juridique en précisant l'objet de son droit subjectif de créance.

Toutefois, il doit être rappelé que le contrat crée un lien de droit entre deux sphères juridiques et, plus exactement, entre deux patrimoines. À ce titre, l'exercice d'un pouvoir contractuel produit nécessairement des effets de droit qui dépassent la simple sphère juridique de son auteur pour atteindre celle du cocontractant ou des cocontractants. Il n'est pas permis d'en douter devant des opérations qui telles que la résolution unilatérale, la résiliation, ou la rétractation anéantissent, dans un contrat synallagmatique, aussi bien les droits que les obligations du titulaire du pouvoir et de son cocontractant⁴. De même, la suspension du lien d'obligation⁵ ou encore la modification de l'objet de l'obligation⁶ affecte-t-elle aussi bien la situation du titulaire du pouvoir que celle de son cocontractant. Dès lors, les effets de droit produits par l'exercice d'un pouvoir contractuel ne correspondent pas à ceux des droits subjectifs⁷ et s'appliquent à des personnes qui n'en sont pas les auteurs.

158. Sujet d'imputation passif.- Bien que partie au contrat, le ou les cocontractants qui subissent les effets de l'exercice du pouvoir contractuel et qui se présentent ainsi comme ses sujets d'imputation passifs, peuvent-ils être qualifiés de partie à l'acte modifiant la situation contractuelle ?

La question ne manque pas d'importance puisque l'identification de deux ou plusieurs parties exclurait la qualification d'acte unilatéral dans la mesure où le critère traditionnel de qualification de ce dernier est l'unicité de partie. Le problème qui se pose alors est celui de la définition de la notion de partie.

¹ v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 31, p. 41.

² v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 31, p. 41.

³ L'auteur de l'acte est qualifié de sujet d'imputation « actif » des effets de droit puisque celui-ci prête activement son concours, sa volonté, à leur naissance.

⁴ À propos des pouvoirs ayant pour objet l'anéantissement du lien d'obligation, v. : *supra*, n° 111 s., p. 129 s.

⁵ À propos des pouvoirs ayant pour objet la suspension du lien d'obligation, v. : *supra*, n° 119 s., p. 136 s.

⁶ À propos des pouvoirs ayant pour objet la modification de l'objet de l'obligation, v. : *supra*, n° 124 s., p. 141 s.

⁷ Sur la distinction entre les effets résultant de l'exercice d'un droit subjectif et d'un pouvoir contractuel, v. : *infra*, n° 246, p. 273 et s.

Dépassant l'assimilation traditionnelle des notions de partie et de personne, la doctrine moderne a pu mettre en évidence que la notion de partie était fondée sur le critère de l'identité ou de l'unicité d'intérêt¹. Ainsi, la partie à un acte juridique se définit comme : « une personne ou un groupe de personnes réunies au sein d'un unique intérêt [...] »². Dès lors que la volonté juridique permet d'exprimer un intérêt³, il doit en être déduit que l'acte juridique exprime autant d'intérêts qu'il comporte de parties.

Pour autant, peut-on identifier la présence d'une manifestation de volonté exprimant l'intérêt du ou des sujets d'imputation passifs à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel ? Une réponse négative semble s'imposer. En effet, il convient d'observer que le phénomène de pouvoir contractuel est la traduction d'un rapport d'autorité, dit également de sujétion, qui permet, à l'occasion de sa mise en œuvre, de se passer de la volonté du sujet d'imputation passif, voire même d'aller contre sa volonté. L'absence de manifestation de volonté du sujet d'imputation passif qui exprimerait son intérêt et qui serait à l'origine d'un accord de volontés en venant se combiner avec celle du sujet d'imputation actif, exclut, par conséquent, la qualification d'acte conventionnel et milite en faveur de la qualification d'acte juridique unilatéral⁴.

Si le sujet ou les sujets d'imputation passifs ne sont pas parties à l'acte, comment peut-on alors expliquer que ceux-ci puissent subir les effets de l'acte unilatéral ? Ce constat serait-il alors de nature à faire obstacle à la qualification d'acte juridique unilatéral ? Une telle conception qui limite les effets des actes juridiques de droit privé à la seule sphère des personnes qui y ont consenti, puise ses racines dans les théories classiques basées sur le dogme de l'autonomie de la volonté et trouve sa traduction technique dans le principe de l'effet relatif. Bien qu'énoncé de manière formelle seulement à propos des actes conventionnels⁵, le principe de l'effet relatif est destiné à régir, en réalité, l'ensemble des actes juridiques ce qui inclut, par conséquent, les actes juridiques unilatéraux⁶. Dans une telle perspective classique de type volontariste, le cocontractant, en ce qu'il ne dispose pas de la qualité de partie à l'acte destiné

¹ Les deux termes traduisant la même idée puisqu'un intérêt unique renvoie, en cas de partie plurale, à une identité d'intérêt chez les membres qui la composent.

² v. en ce sens : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, op. cit., n° 99, p. 50.

³ v. not. en ce sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 70, p. 75.

⁴ Rappr. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 87 et s., p. 94 et s., où l'auteur, afin de démontrer que la présence d'un acte juridique unilatéral au sein de la phase d'exécution d'un contrat est tout à fait concevable, s'appuie, dans la perspective d'identifier ledit acte unilatéral, sur le critère de l'absence d'accord de volonté qu'il qualifie « d'absence de consentement ». Ainsi, pour l'auteur, l'acte juridique unilatéral est-il : « une opération consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet et pour effet de modifier l'ordre juridique en l'absence de consentement » (n° 90, spéc., p. 97).

⁵ L'ancien article 1165 du C. civ. qui énonçait le principe de l'effet relatif des conventions a été remplacé par le nouvel art. 1199 du C. civ. qui dispose, en son alinéa premier, que : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

⁶ À ce titre, il convient d'observer que la réforme du droit des contrats a introduit dans le Code civil un nouvel art. 1100-1 qui donne, en son alinéa premier, une définition générale des actes juridiques comme étant « des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit » qui peuvent être : « conventionnels ou unilatéraux ». Aussi, ce nouvel article contient-il, en son alinéa second, une disposition destinée à transposer, dans la mesure du possible, le régime des contrats à tous les actes juridiques : « Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Dès lors, par le biais de cette seconde disposition, il semblerait que le principe de l'effet relatif énoncé à propos des contrats à l'article 1199 nouveau du C. civ. soit également applicable aux actes juridiques unilatéraux.

à modifier le contrat, ne saurait, en tant que tiers, en subir les effets. Dès lors, l'impossibilité pour le cocontractant de subir les effets de l'acte en raison de son absence de qualité de partie serait de nature à remettre en cause la qualification d'acte juridique unilatéral puisqu'ici, lors de l'exercice d'un pouvoir contractuel, sa situation juridique est bel et bien modifiée.

Si, l'analyse subjectiviste classique basée sur le dogme de l'autonomie de la volonté interdit, en vertu de l'approche traditionnelle de l'effet relatif, qu'une personne soit affectée par les effets de droit d'un acte auquel elle n'aurait pas consenti – et donc été partie –, doit-on pour autant renoncer à identifier un acte juridique unilatéral en tant que support de l'unilatéralisme contractuel ?

Une réponse positive reviendrait à nier l'évolution du siècle dernier qui a vu un recul du courant subjectiviste au profit d'une montée de l'objectivisme dans l'acte juridique. L'un des apports majeurs du courant objectiviste a été de mettre en évidence que la portée des effets d'un acte juridique était déterminée par l'ordre juridique¹. Ainsi, le droit objectif peut admettre, dans certaines situations, que des sujets de droit soient titulaire d'un pouvoir² leur permettant de modifier la situation juridique des tiers. Dans une telle perspective, les tiers qui se définissent comme les personnes qui n'ont pas consenti à l'acte³, peuvent donc subir les effets de l'acte. Cette analyse permet alors d'expliquer l'extension du domaine des effets de l'acte juridique sans nécessiter une redéfinition de la notion de partie. Par conséquent, il peut être affirmé que la production d'un effet de droit dans la sphère juridique du cocontractant à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel ne fait pas obstacle, en dépit de son caractère non-consenti, à l'identification d'un acte juridique unilatéral.

159. Modalités affectant la portée de l'acte.- La doctrine prend soin de distinguer les actes juridiques unilatéraux en fonction des modalités susceptibles d'affecter la portée de leurs effets.

Si l'acte unilatéral affecte la situation juridique d'un seul sujet de droit qui n'a pas consenti à ses effets, celui-ci sera qualifié « d'acte unilatéral à effet simple », alors que s'il affecte la situation d'une pluralité de sujets de droit qui n'ont pas consenti à ses effets, celui-ci sera qualifié « d'acte unilatéral à effet collectif »⁴.

¹ v. en ce sens les remarques formulées à propos des effets du contrat par : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 258 : « En règle générale, les normes créées par le contrat ne peuvent établir des obligations et des droits que pour et entre les parties contractantes elles-mêmes. Ceci traduit le principe de « l'autonomie individuelle », ou « privée » (*Privatautonomie*). Toutefois, il se peut qu'un ordre juridique permette également des contrats à la charge ou en faveur de tiers, c'est-à-dire admette la validité de normes créées contractuellement qui obligent ou habilite des sujets qui n'ont pas participé à l'accomplissement de l'acte créateur de droit ». L'apport de cette analyse semble pouvoir être transposé, d'une manière générale, à la notion d'acte juridique.

² À propos de la portée des effets d'un pouvoir, v. : *infra*, n° 252, p. 284 et s.

³ À propos de l'emploi d'un tel critère volontariste pour définir la notion de tiers au contrat, v. : Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, Préf. J. Hauser, LGDJ, 2000, p. 27, où l'auteur énonce : « dans l'acte juridique conventionnel, c'est la manifestation d'un consentement-engagement par lequel son auteur se reconnaît tenu aux effets obligatoires du contrat qui constitue le critère exclusif de l'attribution de la qualité de partie contractante. Ce critère volontariste permet de définir par exclusion de la qualité de parties contractantes, les tiers à la conclusion d'un contrat comme ceux qui n'ont émis aucun consentement emportant leur engagement d'être liés par les effets obligatoires du contrat ». Ce critère semble également pouvoir être transposé, d'une manière générale, à la notion d'acte juridique.

⁴ Pour une démonstration de ce que le caractère « collectif » d'un acte juridique est une modalité appliquée à l'acte et destinée à rendre compte de la portée collective de ses effets et non de la dimension plurale de sa source, v. :

La première qualification s'appliquera, alors, lorsque les effets d'un pouvoir contractuel seront subis par un seul sujet d'imputation passif, c'est-à-dire en présence d'une seule partie n'ayant pas consenti à ses effets. Tel sera par exemple le cas lors de l'exercice d'un pouvoir de résolution, de résiliation, ou encore de fixation unilatérale du prix dans le cadre d'un contrat-commutation ou d'un contrat-coopération mettant en présence deux parties¹.

La seconde qualification s'appliquera, pour sa part, dans des situations où le résultat de l'exercice d'un pouvoir contractuel sera subi par une pluralité de parties n'ayant pas consenti à ses effets, c'est-à-dire en présence d'une pluralité de sujets d'imputation passif. Cette situation se rencontre dans le cadre de contrats multilatéraux. Une illustration intéressante de ce phénomène est fournie par le pouvoir de décision qui se manifeste dans le cadre des assemblées présentes dans les groupements de droit privé de type pluripersonnel. Si la résolution majoritaire d'assemblée pu être identifiée, dans certaines circonstances, comme étant le support de pouvoirs contractuels², il est possible de constater que lorsque celle-ci vient s'imposer à une minorité composée d'une pluralité de parties, celle-ci donne naissance à un acte juridique unilatéral à effet collectif³.

160. **Point d'étape.**- S'il a pu être observé que l'exercice d'un pouvoir contractuel a pour conséquence la modification d'une situation juridique contractuelle, ce qui a pu être identifié comme un effet de droit, il a également pu être mis en évidence que cet effet de droit dépassait la simple modification de la situation juridique de son titulaire et affectait la situation du cocontractant ou des cocontractants sans que ceux-ci aient pour autant consenti à la modification.

Bien que s'opposant à la conception classique des effets de l'acte juridique fondée sur la théorie de l'autonomie de la volonté, il a pu être constaté que cette dérogation à la conception

A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français, Contribution à la classification des actes juridiques*, op. cit., n° 257 et s. *Contra.* : G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, op. cit., p. 29-31, où l'auteur appliquait la qualification collectif aux actes à formation collective.

¹ La qualification « d'acte unilatéral à effet simple » étant dictée par le critère de l'unicité du sujet d'imputation passif, c'est-à-dire par la présence d'un seul sujet de droit subissant les effets d'un acte sans y avoir donné son consentement, le fait que l'exercice d'un pouvoir de résolution, de résiliation, ou encore de fixation unilatérale du prix vienne également affecter la situation juridique du *potentior*, c'est-à-dire du sujet d'imputation actif, ne doit, semble-t-il, pas conduire à exclure cette qualification.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 76 et s., p. 94 s.

³ Pour une telle qualification du résultat de la résolution majoritaire d'assemblée, v. : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, op. cit., n° 271, p. 147 : « Ce caractère collectif est lié à l'extension des effets de l'acte à des personnes n'y ayant pas participé, par la loi de la majorité ». *Contra*, A.-L. PASTRÉ-BOYER, *L'acte juridique collectif en droit privé français, Contribution à la classification des actes juridiques*, op. cit., n° 276, où l'auteure rejette la qualification d'acte juridique à effet collectif dans la mesure où elle considère que la minorité pourrait également être qualifiée d'auteur de la décision. Pour affirmer cela, l'auteure s'appuie sur les travaux de Mme RUELLAN (C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. préc., n° 371 et s., p. 218 et s.) qui a pu mettre en évidence que le vote de la minorité est indispensable, par la contradiction qu'il contient, à la légitimité de la procédure décisionnelle. Dès lors, Mme PASTRÉ-BOYER en déduit que dans la mesure où « tous les associés participent au processus décisionnel », « ils ne constituent qu'une seule et même partie », et par conséquent, « les effets des résolutions ne touchent que leurs auteurs et par-là ne sont jamais des actes collectifs ». Une telle analyse semble cependant déduire d'un procédé *formel* de prise de décision – la contradiction –, une conséquence de type *substantiel* sur la qualité de partie à l'acte. À l'opposé de l'analyse développée par l'auteure, il semble permis de penser qu'il n'existe pas de rapport de nécessité entre la forme et le fond...

traditionnelle de l'effet relatif ne s'opposait pas à la reconnaissance des effets d'un acte juridique unilatéral. Dans la mesure où les effets d'un acte juridique sont définis par le droit objectif, il est admis que l'ordre juridique puisse conférer à des sujets de droit la jouissance de pouvoirs leur permettant d'influer sur la situation juridique d'autrui. Ainsi, en prenant appui sur cette analyse, il s'avère possible d'identifier dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir contractuel, le premier élément de la définition de l'acte juridique – et *a fortiori* de l'acte juridique unilatéral –, à savoir, la production d'un effet de droit. Aussi, l'identification complète d'un acte juridique unilatéral implique-t-elle d'identifier les éléments caractéristiques de sa source.

2. *L'identification de la source de l'acte unilatéral.*

161. **Éléments variables et invariables.**- L'acte juridique, que celui-ci soit de type conventionnel ou unilatéral, est une technique juridique particulière dont l'objet est de permettre à la volonté humaine de produire des effets de droit. En dehors des thèses normativistes les plus extrêmes désirant expurger la science juridique de tout élément de type subjectif¹, la majorité des auteurs de droit privé², comme de droit public³, font appel à la volonté individuelle afin de définir l'acte juridique. Si cet élément de type subjectif apparaît comme un élément invariable de la notion d'acte juridique, tout l'apport de la controverse relative à la place de la volonté individuelle dans l'ordre juridique a été de mettre en valeur que cet élément était, à lui seul, insuffisant et qu'il devait se combiner à des éléments de nature objective pour produire un effet de droit.

Ainsi, l'identification d'un acte juridique unilatéral en tant que support de l'exercice des pouvoirs contractuels supposera d'identifier la source de celui-ci, sachant que cette dernière repose sur la combinaison invariable d'éléments de nature objective et subjective (a). À côté de ces éléments invariables composant la source de l'acte juridique, il sera possible d'observer que certains éléments composant cette source sont susceptibles d'être affectées par des variations (b) qui ne viennent pas, pour autant, remettre en cause la qualification d'acte juridique unilatéral.

¹ Héritées du normativisme Kelsénien, les théories objectivistes les plus extrêmes refusent d'accorder un pouvoir créateur à la volonté. Seul l'ordre juridique est reconnu comme une source du droit, celui-ci définissant lui-même les conditions dans lesquelles il est susceptible d'être modifié. Une telle conception qui réduit drastiquement le rôle de la volonté semble notamment trouver écho dans les écrits de : Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, notamment lorsque celui-ci énonce, p. 373, : « les actes juridiques sont des opérations que l'ordre juridique établit comme des moyens pour des sujets de modifier ses éléments constitutifs ».

² v. par ex. : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I, Source des obligations*, t. I, Paris, A. ROUSSEAU, 1923, n° 12, spéc., p. 25 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de première année*, t.1, Paris, Dalloz, 1914, p. 60 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 5, spéc., p. 6.

³ v. par ex. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 325-326, où l'auteur, bien que partisan d'une analyse objective, définit l'acte juridique comme : « tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné ».

a. *La combinaison invariable d'éléments de nature objective et subjective.*

162. **Un compromis entre les thèses « subjectivistes » et « objectivistes ».**- La controverse relative au rôle de la volonté dans l'acte juridique, c'est-à-dire l'interrogation formulée à propos de la place réservée à la volonté en tant que source d'effets de droit, est classiquement présentée comme un débat opposant les partisans d'une analyse « subjectiviste » aux partisans d'une analyse « objectiviste » qui s'organise autour de deux conceptions de la défunte notion de cause.

Pour la théorie subjectiviste, la force créatrice dans le droit est la volonté. Les tenants de cette théorie enseignent ainsi que la cause de l'acte juridique est la cause finale. La prévision contractuelle résultant d'un choix entre plusieurs possibles qui est l'œuvre de la volonté. Cette théorie se heurte cependant à la réalité juridique dans la mesure où elle ne permet notamment pas d'expliquer les contrats dont la conclusion est forcée, comme par exemple, les contrats d'assurance automobile. Le choix de la cause finale, qui n'est que le reflet de la théorie de l'autonomie de la volonté, en tant que critère catégoriel de l'acte juridique apparaît alors comme inadapté¹.

À l'opposé, pour les tenants de la conception objectiviste, la cause de l'acte juridique doit être recherchée dans la cause-efficiente. Ces théories s'inspirent du déterminisme présent dans les systèmes clos de type scientifique. Pour autant, le principe de la liberté contractuelle, ou plus largement, de la liberté individuelle, empêche une assimilation totale aux systèmes scientifiques². Pour la théorie objectiviste, la volonté est cependant prédéterminée par des données objectives, elle se retrouve asservie, conditionnée, par les éléments objectifs que sont l'ordre juridique et les faits matériels³.

¹ v. déjà pour une critique de la conception purement subjectiviste de l'acte juridique : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, th. préc., p. 137 et s.

² Rappr. sur ce point : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 352, où l'auteur, bien que partisan d'une analyse objectiviste, ne dénie pas pour autant tout rôle à la volonté individuelle lorsqu'il énonce : « [...] ce n'est pas la volonté du sujet qui produit l'effet de droit ; mais le droit objectif n'a jamais attaché un effet de droit à un acte juridique que lorsqu'il y avait dans l'esprit du sujet l'intention que l'effet de droit suivit l'accomplissement d'un certain acte extérieur ».

³ À propos de ces théories en droit administratif, v. : G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, th. Toulouse, Sirey, 1934, p. 158 : « la notion de cause permet de ramener à l'unité les antécédents de fait ou de droit qui conditionnent la validité de l'acte juridique », et p. 361 : « La cause d'un acte administratif est la situation objective de fait ou de droit qui est à la base de l'acte. Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, elle a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit la catégorie juridique de cet acte » ; *Adde*, M. HAURIU, note sous l'arrêt *LEFRANC*, C.E. 22 janvier 1926, S. 1926, 3, p. 25 : « la cause juridique d'un acte administratif est le fait déterminant qui classe cet acte dans une catégorie légale », de ce fait « cette notion de la cause juridique des actes administratifs qui serait aussi bien nommée cause catégorique, puisqu'elle est totalement liée à l'existence des catégories, est une notion essentiellement objective » ; v. aussi du même auteur : note sous l'arrêt *MARIANI*, C.E. 27 mars 1925, S. 1927, 3, p. 57 ; *Comp. en droit privé* : L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse 1947, où l'auteur distingue, d'une part, la cause du contrat ou cause catégorique, qui est de nature « objective et permissive » (p. 200), et qui détermine la qualification de l'acte et en permet la formation, et d'autre part, la cause de l'obligation ou cause casuelle, de nature « subjective et mécanique », qui explique « l'existence de l'obligation de chacun » (p. 187) et permet de vérifier si la volonté correspond aux exigences de la conscience sociale (p. 231)). Bien que comportant une part de vérité, la théorie purement objectiviste n'accorde de valeur catégorique qu'aux éléments objectifs, et exclut toute influence de la volonté sur les qualifications. Or, il a été mis en évidence que, si la qualification repose sur la notion de cause, celle-ci comprend également des éléments subjectifs (v. : F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1955, n° 348).

En réaction à l'absolutisme des conceptions purement subjectivistes ou purement objectivistes appliquées à l'acte juridique, certains auteurs ont pu mettre en évidence que la solution de cette controverse se situait dans une combinaison de ces deux théories, et par conséquent, que l'essence de l'acte juridique, c'est-à-dire son critère catégoriel, devait être recherché dans la notion de cause entendue, ni dans sa pure conception subjective de cause finale, ni dans sa pure conception objective de cause-efficiente, mais dans une combinaison de ces deux acceptions¹. Aussi, une telle synthèse des éléments subjectifs et objectifs permet-elle d'expliquer que certains auteurs aient insisté sur l'existence d'un lien de causalité reliant la manifestation de volonté et la production de l'effet de droit, ce qui permet alors de distinguer l'acte juridique du fait juridique². Ainsi, dans l'acte juridique, la volonté doit être reçue par l'ordre juridique, c'est-à-dire s'appuyer sur ce dernier, pour produire un effet de droit, alors que dans le simple fait juridique, la volonté est sans incidence sur la production des effets de droit. Par conséquent, il ressort des travaux consacrés à l'identification des critères de l'acte juridique que sa source repose sur la combinaison nécessaire d'éléments de type subjectif, à savoir, la volonté, et objectif, à savoir, l'ordre juridique.

163. Une combinaison présente dans le cadre de l'exercice des pouvoirs contractuels.- Les éléments de type subjectif et objectif dont la réunion permet de caractériser la source d'un acte juridique semblent pouvoir être identifiés lorsque l'on s'intéresse à l'exercice des pouvoirs contractuels. S'agissant de l'élément de type subjectif, c'est-à-dire de la manifestation de volonté, celle-ci apparaît assurément à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel. En effet, à l'instar de tout droit, la manifestation de volonté apparaît comme la traduction de leur exercice en vue de la réalisation d'un acte juridique. L'ordre juridique qui constitue l'élément

¹ v. en ce sens, en droit privé : P. HÉBRAUD, « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », art. préc., p. 443-444, où l'auteur, à propos de la cause retient : « le rôle qu'elle peut jouer comme trait d'union entre les éléments subjectifs et objectifs de l'acte juridique, comme instrument de l'intégration, dans la volonté, des bases sur lesquelles le contrat s'édifie, et exerce son action, et dans lesquelles il faut comprendre, à côté des institutions juridiques (...), les faits matériels, particuliers à chaque espèce, qui caractérisent le contrat dans sa réalité concrète » ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. dactyl., Paris, 1969, n° 54, spéc. p. 496-497, sur la réfutation de la conception purement objectiviste : « Mais parce que le Droit n'est pas seulement ce système clos [...] et emprunte à l'acte de l'homme en général sa dimension humaine pour la combiner avec cet aspect qui vient d'être décrit, il faut introduire la dynamique qui bouleverse le schéma simple de la causalité efficiente. En ce sens, la prévision ne peut plus demeurer sur le plan de la causalité efficiente car il y aura création – ou du moins conscience de créer – un ensemble absolument nouveau » ; et sur la cause comme critère catégoriel de l'acte juridique, n° 155, p. 503 : « Conçue comme le lien entre les éléments subjectifs et les éléments objectifs, dans sa définition la plus large, la cause nous paraît être le critère de l'acte juridique » ; sur le niveau d'objectivisme et de subjectivisme qui peut varier dans l'acte, n° 154, p. 496-497 ; Adde, G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n° 98 et s., p. 97 et s. ; Rappr. en droit administratif : R.-E. CHARLIER, « *La cause dans la jurisprudence administrative récente* », in JCP. 1950, I, p. 871 et s., spéc. n° 16, où l'auteur retient que : « l'idée générale de la cause-raison d'être englobe tout aussi bien la recherche du but que celle des antécédents ».

² À propos de la nécessité d'un lien entre la manifestation de volonté et la production des effets de droit pour caractériser un acte juridique, v. : M. DURMA, *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Préf. R. DEMOGUE, Paris, Sirey, 1930, n° 14, p. 16 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 17, p. 26-27. La mise en évidence d'un tel critère a alors conduit certains auteurs à identifier trois éléments dans la définition de l'acte juridique : une manifestation de volonté, un effet de droit et un lien de causalité entre les deux. v. pour une telle décomposition : C. BRENNER, « *Acte juridique* », in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2013, m.à.j. mars 2014, n° 10 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, op. cit.*, n° 52 et s., p. 66 et s.

de type objectif sur lequel doit prendre appui la volonté pour produire des effets de droit, est, pour sa part, mis en évidence à travers la source même des pouvoirs contractuels. En effet, le droit objectif n'admet que l'une des parties puisse procéder à une modification unilatérale du contrat, que s'il existe, au préalable, une disposition légale, jurisprudentielle, conventionnelle ou encore une disposition issue des usages qui crée un rapport d'autorité, dit également de sujétion¹, autorisant une telle modification.

Aussi, la synthèse de ces deux éléments de type objectif et subjectif est mise en valeur par le fait que la manifestation unilatérale de volonté s'appuyant sur le droit objectif est indispensable pour que puisse se produire l'effet de droit voulu. En effet, en aucun cas, s'il s'agit de pouvoir contractuel, la modification de la situation contractuelle ne pourra se réaliser de manière automatique. En guise d'illustration, il est, par exemple, possible de faire allusion au fait que le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, ou encore, le pouvoir de suspendre l'exécution de sa prestation en vertu du principe de l'exception d'inexécution, doit être invoqué par son titulaire et ne produit pas ses effets de manière automatique. À l'opposé, la qualification de pouvoir contractuel a pu être refusée à la clause pénale dans la mesure où celle-ci donnant naissance à une obligation sous condition suspensive, la réalisation de l'événement érigé en condition, qu'il s'agisse de l'inexécution ou le retard dans l'exécution, conduit à faire naître automatiquement une nouvelle obligation sans nécessiter aucune manifestation de volonté².

L'identification des éléments de type subjectif et objectif dont la réunion permet de caractériser la source d'un acte juridique tend à justifier l'affirmation selon laquelle l'exercice des pouvoirs contractuels est bien la source d'un acte juridique. Toutefois, s'agissant d'un acte juridique unilatéral, il convient d'observer qu'il existe certaines variations susceptibles d'affecter ladite source.

b. *Les variations susceptibles d'affecter la source.*

164. Acte unilatéral simple et acte unilatéral conjonctif.- Dans le cadre des contrats bilatéraux, l'exercice d'un pouvoir contractuel se traduit par une manifestation de volonté émanant de l'un des contractants. Pour l'analyse classique faisant de la volonté le critère de classification des actes juridiques, l'unicité de volonté exprimée justifie alors la qualification d'acte juridique unilatéral.

Pour autant, une telle qualification doit-elle être écartée lorsque, à l'image des résolutions d'assemblées pouvant constituer le support de l'exercice de pouvoirs contractuels, la modification du contrat résulte de l'expression d'une pluralité de volontés ? L'évolution de l'analyse juridique qui a conduit à substituer la notion d'intérêt à celle de volonté en tant que

¹ Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 201, où l'auteur démontre que l'empiètement dans la sphère juridique d'autrui suppose l'existence préalable d'un « lien de sujétion », servant de fondement juridique aux droits potestatifs que l'on retrouve notamment en matière contractuelle.

² La manifestation de volonté se retrouvant seulement lorsque le bénéficiaire de la clause décide d'exercer le droit de créance issu de la clause pénale.

critère de classification des actes juridiques¹ a ouvert la voie à la reconnaissance de la notion de partie plurale. En effet, présenter l'acte unilatéral comme l'expression d'un intérêt² unique et le contrat comme l'expression de deux intérêts distincts, autorise le regroupement au sein d'une partie unique de toutes les personnes unies par une identité d'intérêt³. Tout en permettant d'affirmer la dissociation des notions de partie et de personne, l'analyse moderne permet ainsi de concevoir l'existence d'actes juridiques composés d'une partie plurale, aussi dénommés actes conjonctifs⁴.

Dès lors, dans le cadre des contrats multilatéraux, l'exercice d'un pouvoir contractuel peut conduire à l'édition d'un acte juridique unilatéral réunissant au sein d'une partie plurale toutes les personnes dotées de la qualité de partie au contrat qui expriment un intérêt identique à la modification de ce dernier. L'acte sera alors qualifié d'acte unilatéral conjonctif. À ce titre, l'application aux résolutions d'assemblées de la qualification d'actes unilatéraux-conjonctifs lorsque celles-ci sont adoptées, via la loi de la majorité, par une partie plurale⁵, est susceptible de se retrouver en matière de pouvoirs contractuels lorsque la résolution a pour objet de modifier le contrat organisant les rapports internes entre les parties⁶. Par conséquent, il semble possible d'énoncer que les variations qui sont à même d'affecter la source d'un acte juridique – acte simple lorsque la partie à l'acte est composée d'une personne unique ou acte conjonctif lorsque la partie à l'acte est composée d'une pluralité de personnes – peuvent se retrouver dans le cadre de l'acte juridique unilatéral résultant de l'exercice des pouvoirs contractuels.

165. **Bilan.-** L'analyse ici développée a permis de mettre en évidence que la notion d'acte juridique unilatéral est en mesure de décrire le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. En effet, les traits caractéristiques classiques de l'acte juridique unilatéral ont pu être identifiés à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

En ce qui concerne les effets de l'acte juridique, il a pu être démontré que l'exercice d'un pouvoir contractuel conduisait à une modification de la situation juridique contractuelle ce qui a été identifié comme un effet de droit. Tenant compte de ce que la portée des effets d'un acte juridique est déterminée par le droit objectif, il a pu être constaté que la modification de la situation juridique du cocontractant qui constitue le sujet d'imputation passif des effets du

¹ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 31 et s., p. 41 et s.

² À propos de l'idée selon laquelle la volonté juridique prise en compte par le droit ne serait pas la « volition » elle-même, mais l'expression d'un intérêt, v. : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. préc., spéc., p. 519.

³ v. en ce sens : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français, op. cit.*, n° 99, p. 50, où l'auteur énonce que la notion d'intérêt constitue l'élément fédérateur de la notion de partie et que celui-ci se définit par rapport à l'objet de l'acte : « la partie à un acte juridique est une personne ou un groupe de personnes réunies au sein d'un unique intérêt, c'est-à-dire dans la ou les situations engendrées par l'objet de l'acte ».

⁴ v. en ce sens : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français, op. cit.*, et spéc., p. 137 et s. au sujet de la distinction entre acte simple et acte conjonctif.

⁵ v. en ce sens : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français, op. cit.*, n° 271, p. 147, où l'auteur retient : « La résolution d'assemblée est un acte unilatéral toujours conjonctif car elle réunit plusieurs personnes dans une situation juridique identique. Une pluralité de personnes ayant émis des votes identiques, la majorité, est rassemblée dans une unique partie ».

⁶ À propos des hypothèses dans lesquelles les résolutions d'assemblée supportent l'exercice d'un pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 76 et s., p. 94 s.

pouvoir ne s'opposait pas à la qualification d'acte juridique unilatéral. La modification de la situation juridique d'un cocontractant emportant la qualification d'acte juridique à effet simple, alors que la modification de la situation juridique de plusieurs cocontractants représentant plusieurs parties au contrat commandant la qualification d'acte juridique à effet collectif.

Aussi, le constat de ce que les effets de droit résultent de la nécessaire combinaison d'une manifestation unilatérale de volonté avec le droit objectif a-t-il permis de mettre en lumière les éléments caractéristiques invariables de la source d'un acte juridique. À cela, il a pu être ajouté que les modalités susceptibles d'affecter la source d'un acte juridique pouvaient se retrouver dans le cadre de l'exercice des pouvoirs contractuels. L'acte édicté pouvant alors être, soit, un acte juridique unilatéral simple, soit, un acte juridique unilatéral conjonctif. Par conséquent, l'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral permet d'affirmer que ce dernier constitue bien le support de l'exercice des pouvoirs contractuels.

Toutefois, en raison du contexte particulier dans lequel il est édicté, cet acte juridique unilatéral présente certaines spécificités, autrement dit, certains traits caractéristiques particuliers.

B. L'identification des traits caractéristiques particuliers de l'acte unilatéral présent dans un contexte contractuel.

166. **Caractéristiques particulières.**- L'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels est doté de certains traits caractéristiques particuliers qui apparaissent liés à la spécificité du contexte de lequel il s'inscrit. Ainsi, il sera possible de montrer que cet acte unilatéral est détachable (1), irrévocable (2) et réceptice (3). Toutefois, avant de procéder à l'analyse de chacune de ces caractéristiques, il convient de souligner que celles-ci, prises individuellement, ne sont pas exclusives à l'acte unilatéral constituant le support des pouvoirs contractuels. En effet, il est possible de retrouver ces caractéristiques dans d'autres actes unilatéraux. Aussi, serait-ce davantage la réunion de ces éléments qui permettrait de caractériser l'acte unilatéral résultant de l'exercice des pouvoirs contractuels.

1. Un acte unilatéral détachable.

167. **Signification.**- Présenter l'acte juridique unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels comme un « acte juridique détachable » revient à lui reconnaître un régime autonome et, par conséquent, à admettre que celui-ci dispose de conditions de validité qui lui sont propres (a). Cette autonomie suppose que les conditions de validité développées pour les contrats subissent des modifications pour pouvoir saisir correctement cet acte unilatéral. Il conviendra, alors, d'envisager les adaptations rendues nécessaires (b).

a. Des conditions de validité propres.

168. **Origines.**- La notion « d'acte juridique détachable » tire ses origines du droit administratif où celle-ci permet d'affirmer l'autonomie du régime d'un acte unilatéral qui vient

s'intégrer dans une opération complexe et cela, essentiellement afin de pouvoir le soumettre au recours pour excès de pouvoir. L'emploi, par certains auteurs, du qualificatif « détachable » au sujet de l'acte juridique unilatéral constituant le support de l'unilatéralisme contractuel¹ invite, alors, à lui reconnaître un régime distinct de celui du contrat dans lequel il s'intègre, c'est-à-dire à lui reconnaître notamment des conditions de validité particulières. Une telle affirmation a cependant de quoi surprendre tant le réflexe traditionnel qui consiste à concevoir le régime de tous les actes juridiques sur le modèle du contrat permet, en pérennisant l'utilisation de techniques éprouvées, de rassurer les esprits.

169. **Raisons.-** Dans la perspective de trouver un juste équilibre entre tradition et modernité, la doctrine accepte, non parfois sans réserves, le principe d'une extension des règles applicables au contrat à l'acte juridique unilatéral. Si le fondement théorique d'une telle extension a pu être discuté², le nouvel article 1100-1 du Code civil vient aujourd'hui conférer un fondement juridique à cette extension en ce qu'il soumet, en son alinéa second, les actes juridiques unilatéraux et conventionnels aux règles qui régissent les conditions de validité et les effets du contrat. Toutefois, l'opposition conceptuelle existant entre le contrat et l'acte juridique unilatéral avait poussé certains auteurs à exprimer leur refus d'une application brute du régime des contrats à l'acte unilatéral. L'exigence d'aménagements formulée par une partie de la doctrine³, c'est-à-dire la nécessité d'une adaptation des règles constituant le régime des contrats aux spécificités de l'acte unilatéral, fut alors reprise par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Ainsi, celui-ci énonce-t-il que les actes unilatéraux obéissent aux règles qui gouvernent les contrats tout en employant la locution « en tant que de raison »⁴. Cependant, une fois ladite réserve énoncée, le législateur n'a pas pour autant consacré de dispositions précisant la nature des adaptations rendues nécessaires.

b. *Les adaptations rendues nécessaires.*

170. **Essai de transposition.-** Le nouvel article 1128 du Code civil énumère aujourd'hui trois conditions indispensables à la validité d'un contrat, à savoir, le consentement, la capacité, et l'exigence d'un contenu licite et certain. Si ces dispositions sont censées pouvoir régir la

¹ v. en ce sens : L. AYNÈS, « *Rapport introductif* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, n° 8, p. 5 ; J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 9, spéc., p. 755.

² v. l'analyse de : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 175 et s., p. 165 et s. L'auteur fait notamment observer que l'obstacle théorique à une éventuelle transposition tient à ce que toute la théorie du contrat est conçue autour de la production d'obligations, alors que l'acte unilatéral ne se réduit pas, pour sa part, à un acte créateur d'obligations. L'auteur concluait ainsi à l'époque (n° 185, p. 172) : « En définitive, l'idée de transposition ne repose sur aucun fondement juridique précis, et ne parvient pas véritablement à se justifier d'un point de vue théorique ».

³ v. en ce sens le souhait d'aménagements formulés not. par : J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. II, Paris, Sirey, 1925, p. 256, où l'auteur estime que les dispositions régissant les conventions s'appliquent *mutatis mutandis* à l'acte unilatéral ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 12^{ème} éd., coll. *Thémis*, 1985, n° 6, spéc., p. 41, où l'auteur admet la possibilité d'une transposition sous la réserve « [d'] éliminer toutes les règles qui supposent nécessairement l'existence de deux parties ». *Adde*, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 491, p. 506.

⁴ v. : le nouvel art. 1100-1 al. 2 du C. civ.

validité de tous les actes juridiques, il conviendra néanmoins d'identifier les adaptations rendues nécessaires par leur transposition à l'acte unilatéral, et plus précisément encore, à l'acte unilatéral qui constitue le support de l'exercice d'un pouvoir contractuel.

171. **Consentement et capacité.**- Les deux premières conditions énoncées que sont le consentement et la capacité, ne semblent pas sujettes à des adaptations qui heurteraient frontalement les principes classiques. S'il est bien évident que le consentement à un acte unilatéral ne saurait être synonyme de l'accord de deux volontés comme il en va en matière de contrat, le caractère polysémique de cette notion permet, également, de désigner la simple manifestation de volonté d'une partie à un acte juridique¹. Le terme « consentement » est alors souvent utilisé, en doctrine, comme en jurisprudence, pour mettre en valeur la manifestation de volonté d'une partie à l'origine d'un acte unilatéral². L'absence de véritable controverse au sujet de la notion de consentement autorise ainsi une transposition ne nécessitant pas de véritables adaptations. Il semble en être de même³ pour la condition de capacité dans la mesure où l'édition de l'acte unilatéral suppose que son auteur dispose, au préalable, de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel en question, ce qui correspond à la capacité de jouissance, puis, de l'aptitude à l'exercer, ce qui correspond à la capacité d'exercice.

172. **Contenu licite et certain.**- À l'opposé des deux premières conditions, la troisième condition qui regroupe, sous l'exigence d'un contenu licite et certain, des conditions de validité antérieurement rattachées aux notions d'objet et de cause, nécessite des adaptations plus substantielles perturbant les analyses traditionnellement consacrées.

173. **Conditions anciennement rattachées à la notion d'objet.**- En ce qui concerne la notion d'objet, la réforme du droit des contrats n'a consacré, semble-t-il⁴, que des dispositions relatives à l'objet de l'obligation⁵. Toutefois, il a pu être observé qu'une telle conception de

¹ Pour une mise en évidence des deux acceptions de la notion de consentement, v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 91, p. 110.

² Pour une telle observation, v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, op. cit.*, n° 218, p. 193.

³ S'il a pu être énoncé, qu'en matière d'actes unilatéraux, les conditions relatives à la capacité pourraient être plus souples (v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 206, p. 197, où l'auteur s'appuie sur le fait que l'acte unilatéral n'est pas toujours créateur d'obligations, ce qui justifierait un assouplissement. Mais l'auteur concède le caractère très limité de sa remarque), cette idée n'a pas rencontré un franc succès doctrinal. v. les critiques formulées par : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 492, p. 506-507.

⁴ L'hésitation est toutefois permise dans la mesure où le nouvel art. 1162 du C. civ. interdit que le contrat déroge à l'ordre public « par ses stipulations ». Si cette précision fait référence aux prestations considérées individuellement, il ne s'agit alors que de la reprise de l'exigence de licéité de l'objet de l'obligation. En revanche, si cette précision renvoie aux stipulations contractuelles considérées dans leur ensemble, c'est-à-dire que si elle autorise le contrôle de la licéité de l'opération juridique réalisée par le contrat, il s'agit alors de l'application de l'une des fonctions attachées à la notion d'objet du contrat.

⁵ Si le nouvel art. 1162 du C. civ. reprend l'exigence de licéité de l'objet de l'obligation, le nouvel art. 1163 du C. civ. réénonce la condition d'existence de l'objet de l'obligation et reformule la condition de son caractère déterminé ou déterminable sans cependant reprendre l'ancienne distinction entre genre et quotité.

l'objet n'était pas adaptée à l'acte unilatéral dans la mesure où celui-ci n'est généralement pas un acte créateur d'obligation¹.

Un tel constat est alors aisément vérifiable dans le cadre de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Ainsi, par exemple, l'acte unilatéral résultant de l'exercice d'un pouvoir de résolution, de résiliation ou de rétractation a pour objet l'anéantissement d'un lien d'obligation. Ou bien, encore, l'acte unilatéral issu de l'exercice d'un pouvoir de fixation du prix a pour objet de préciser la quotité de l'objet de la prestation du débiteur.

Le caractère inadéquat de la notion d'objet de l'obligation avait alors conduit certains auteurs à se référer à la notion d'objet du contrat pour bâtir la notion d'objet de l'acte unilatéral. Dans une telle perspective, l'objet de l'acte unilatéral désigne l'opération juridique réalisée par l'acte². Appliquée à l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, cette analyse conduit, par exemple, à envisager l'objet de l'acte unilatéral édicté en vertu d'un pouvoir de résolution, de résiliation ou de rétractation comme l'anéantissement du lien d'obligation. Au regard de cette conception, l'objet de l'acte unilatéral se rapporte, alors, à ses effets³.

Autrement dit, le « contenu » de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels doit, semble-t-il, se rapporter à l'opération juridique qu'il réalise, c'est-à-dire à ses effets, tels que l'anéantissement du lien d'obligation, sa suspension, l'apport d'une précision relativement à la quotité ou la qualité d'une prestation, ou encore, la modification de l'identité de l'une des parties au contrat. En cela, la conception traditionnelle du contenu du contrat, qui se réfère essentiellement à l'objet de l'obligation, suppose d'être adaptée et rapprochée de l'ancienne notion d'objet du contrat pour être en mesure de saisir l'objet de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Si des adaptations sont nécessaires en matière d'objet, qu'en est-il des conditions anciennement attachées à la notion de cause ?

174. Conditions anciennement rattachées à la notion de cause.- Avant de s'intéresser aux conséquences induites par la disparition de la notion de cause, il apparaît nécessaire de rappeler les adaptations rendues nécessaires à la transposition de cette notion, à la fois, en matière d'acte juridique unilatéral et en matière d'acte juridique unilatéral présent dans un contexte contractuel.

Les auteurs qui ont entrepris d'analyser les conditions de validité de l'acte juridique unilatéral ont pu mettre en évidence que la notion de cause objective développée à partir du

¹ v. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 191, p. 176.

² v. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 194, p. 177 : « En définitive, s'il est possible de concevoir l'objet de l'acte unilatéral au sens des articles 1126 et s. du Code civil, c'est uniquement sous son acception la plus contestée, à savoir au sens de l'objet du contrat, de l'objet d'une opération juridique ».

³ Rappr. la remarque formulée à propos de l'acte unilatéral d'option par : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 241, p. 250, où l'auteur énonce : « [...] l'objet de l'acte d'option est indissociable de ses effets », et encore, un peu plus loin : « Effets de l'option et objet de l'option se rapprochent jusqu'à se confondre ».

contrat synallagmatique et désignant la contrepartie ne pouvait lui être transposée¹. Que l'acte unilatéral soit créateur d'obligations, à l'image du testament, ou non, à l'instar d'un congé, l'idée de contreprestation apparaît, en effet, étrangère à la structure même de l'acte unilatéral qui ne contient, par principe, aucun engagement corrélatif.

En cela, la cause-finale objective a pu être délaissée par la majorité des auteurs qui se sont, dès lors, tournés vers la notion de cause finale subjective en matière d'acte unilatéral. Pour la plupart des auteurs, la cause-finale de l'acte unilatéral doit s'envisager sous l'angle de sa conception moderne dans laquelle celle-ci se présente sous la forme d'un motif déterminant². Appliquée, ainsi, à l'acte unilatéral, la notion de cause-finale est destinée à assurer essentiellement une fonction de protection de l'ordre public³, et ce, en sanctionnant le caractère illicite des mobiles subjectifs de l'auteur de l'acte.

Les auteurs qui se sont intéressés, plus particulièrement, aux actes juridiques unilatéraux présents dans un cadre contractuel ont, cependant, pu mettre en évidence que la cause de ces actes ne se réduisait pas à une simple cause-finale subjective.

Prenant appui sur le fait que la notion de cause-finale objective peut être utilisée pour décrire le but invariable et abstrait attaché à tous les actes unilatéraux d'un même type⁴, certains ont pu considérer que cette notion était en mesure d'être sollicitée pour vérifier que l'auteur d'un tel acte a bien poursuivi le but qui lui était assigné.

Ainsi, à titre d'exemple, en matière de pouvoirs contractuels, l'acte qui sert de support à l'exercice du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier devrait-il avoir pour cause finale objective de sanctionner l'inexécution commise par le cocontractant⁵. Quant à

¹ Pour un tel constat, en matière de testament, v. : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris, JOUVE & Cie, 1920, p. 231, p. 231, « la notion d'équivalence lui est inapplicable économiquement ; on est uniquement sur le terrain psychologique ; il ne peut s'agir que du motif. La cause, c'est toujours et seulement le motif déterminant ». *Adde*, d'une manière générale à propos de l'acte unilatéral : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, *op. cit.*, n° 238 et s., p. 223 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 203, p. 184.

² v. not. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, *op. cit.*, n° 239, p. 224-225. Bien qu'il fasse référence au motif déterminant, l'auteur ne développe pas pour autant une analyse purement subjective de la cause finale puisqu'il reconnaît que « le motif causal devra reposer sur un minimum de base objective, laquelle ne pourra évidemment consister que dans un élément ou dans la nature de l'objet de l'acte unilatéral ». Les travaux de l'auteur s'inscrivent alors dans le courant qui conçoit la cause de l'acte juridique comme la combinaison d'éléments de type subjectif et objectif. *Adde*, pour une application de la cause finale subjective aux actes unilatéraux : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 206 et s. p. 186 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 492, p. 506.

³ L'effectivité du rôle de protection individuelle de l'auteur de l'acte était, quant à lui, plus discuté. Les limites d'une telle fonction assignée à la notion de cause en matière d'acte unilatéral furent mises en évidence à l'occasion de l'étude des actes testamentaires où le contrôle de l'existence des motifs conduit à identifier la présence d'une intention libérale. Dans la mesure où l'intention libérale se rapporte au consentement, la cause finale subjective apparaît alors comme absorbée par cette première notion.

⁴ Pour la formulation de cette idée, v. not. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 205, p. 185, où l'auteur retient : « On peut certes dire de l'acte unilatéral qu'il vise un but déterminé, abstrait et invariable pour chaque opération juridique ».

⁵ Pour la mise en évidence de cette finalité objective au pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, v. : *infra*, n° 293, p. 322.

l'acte qui sert de support à l'exercice du pouvoir de détermination du prix, celui-ci devrait, semble-t-il, avoir pour but objectif de définir l'équilibre de l'échange¹.

Considérée sous cet angle, il semblerait, alors, que la cause soit appelée à jouer un rôle de protection, non pas de l'intérêt de l'auteur de l'acte, mais de son destinataire. Ce rôle conféré à la cause en matière d'actes juridiques unilatéraux prenant place dans un contexte contractuel a notamment pu être mis en évidence par le professeur ENCINAS DE MUNAGORRI². Cependant, il est intéressant de noter que les travaux de l'auteur l'ont conduit à s'intéresser, non pas à la cause-finale d'un tel acte, mais à sa cause-efficientie.

En effet, pour étayer ses propos, M. ENCINAS DE MUNAGORRI s'est référé à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse en matière de licenciement. Or, il est possible de constater qu'identifier une cause réelle et sérieuse en matière de licenciement revient, non pas à rechercher une explication se situant dans le futur et commençant par un « pour » ou un « afin de », mais à rechercher une explication se situant dans le passé et commençant par un « parce que ». La recherche de la cause réelle et sérieuse du licenciement se présentant, ainsi, comme l'identification des antécédents qui ont justifié l'édiction de cet acte.

Ici, il est également intéressant de constater qu'à travers la recherche, dans le cadre du licenciement, d'un antécédent qui doit être qualifié de sérieux et légitime, l'ordre juridique n'abandonne pas la détermination de la cause-efficientie au subjectivisme, c'est-à-dire au bon vouloir, du titulaire du pouvoir. Autrement dit, dans le cadre du licenciement, les raisons qui justifient l'édiction d'un tel acte ne sont pas abandonnées aux considérations purement subjectives de l'employeur, c'est-à-dire que la cause-efficientie ne saurait, ici, correspondre à des « motifs-efficients purement subjectifs ».

Ce phénomène d'objectivation de la cause-efficientie n'est toutefois pas propre au seul pouvoir de licencier. Il se retrouve, par exemple, également, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ou encore en matière d'exception d'inexécution, où la mise en œuvre de ces pouvoirs contractuels doit prendre appui sur un manquement qui doit être qualifié de suffisamment grave³. En d'autres termes, ici encore, la cause-efficientie de l'acte unilatéral pris dans un contexte contractuel est objectivée⁴.

Plusieurs enseignements semblent, ainsi, ressortir de l'analyse de la cause de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels.

Tout d'abord, il apparaît qu'une correcte appréhension de la cause de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels suppose de ne pas se limiter à l'analyse classique envisageant la cause comme une cause-finale, mais de s'appuyer sur les études qui

¹ Pour la mise en évidence de cette finalité objective attachée au pouvoir de détermination du prix, v. : *infra*, n° 297, p. 324 et s.

² v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 215, p. 191.

³ Pour l'exception d'inexécution, v. : le nouvel art. 1219 du C. Civ. Pour la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, v. : le nouvel art. 1224 du C. civ.

⁴ Cela ne signifie pas pour autant que dans tous les pouvoirs contractuels, les motifs efficients fassent l'objet d'une prédétermination objective. Par exemple, en matière de résiliation unilatérale, il n'existe pas de contrôle des antécédents objectifs saisis par la volonté pour mettre un terme au contrat. Sur les différents degrés du mécanisme de finalisation appliqué aux pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

ont pu mettre en évidence que la cause de l'acte juridique s'entendait de la combinaison d'une cause-efficiente et d'une cause-finale¹.

Ensuite, il s'avère que la cause de cet acte unilatéral, considérée dans son acception objective, est appelée à assurer un rôle de protection des intérêts du sujet d'imputation passif des effets du pouvoir contractuel, ce qui se distingue, alors, des fonctions traditionnellement attachées à la cause-objective, à savoir, assurer la protection des intérêts de l'auteur de l'acte. Ce rôle peut être dévolu à la cause-efficiente dans les hypothèses où la volonté du titulaire du pouvoir doit nécessairement s'appuyer sur la réalisation d'un antécédent érigé par le droit objectif² comme une condition justifiant l'exercice d'une telle prérogative. Il doit également être constaté que l'exigence du respect de la cause-finale objective de l'acte³ à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire le respect du but abstrait et invariable attaché à l'acte, permet également d'assurer la protection de l'intérêt du sujet d'imputation passif. En effet, la détermination d'un but objectif prohibe l'édiction de tout acte qui ne correspondrait pas à la finalité assignée au pouvoir contractuel. De telles exigences relatives à la cause de l'acte unilatéral présent dans un contexte contractuel semblent, d'ailleurs, être en rapport avec la nature profonde de la prérogative exercée⁴.

Enfin, à côté de cette fonction de protection de l'intérêt du sujet d'imputation passif qui se rapportent à une conception objective de la cause-efficiente et de la cause-finale, il convient de ne pas oublier que la fonction de protection de l'intérêt général attachée à la cause-finale subjective peut également, ici, être appelée à jouer. En effet, il doit pouvoir être fait appel à cette notion pour sanctionner l'édiction d'un acte unilatéral dans un contexte contractuel dont l'auteur aurait été animé par des mobiles subjectifs illicites. À ce titre, l'intention de nuire qui constitue un mobile subjectif réprimé par le corps social, pourra être appréhendée et sanctionnée si elle constitue la cause-finale subjective de l'édiction de l'acte servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels⁵.

Une fois l'analyse de la cause de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels précisée, il est, alors, possible de s'interroger sur l'impact de la disparition d'une telle notion. La suppression de la notion de cause à l'occasion de la réforme du droit des contrats doit-elle conduire à abandonner les fonctions attribuées à celle-ci en matière d'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels ?

Retenir une telle solution serait tout à fait excessif. En effet, il est possible de constater que si la notion de cause a été supprimée à l'occasion de la réforme du droit des contrats, le

¹ Pour l'exposé d'une telle analyse, v. : *supra*, n° 162, p. 178 s.

² Le droit objectif peut parfois, lors de la conclusion du contrat, laisser une place à la volonté individuelle qui est alors susceptible de définir l'antécédent objectif justifiant l'exercice du pouvoir et donc l'édiction de l'acte. Un bon exemple est celui des clauses résolutoires où les parties définissent librement, lors de la conclusion du contrat, la nature des manquements justifiant l'édiction de l'acte de résolution.

³ La cause finale objective de l'acte a pu être identifiée comme le but abstrait et invariable attaché à tous les actes résultant de l'exercice d'un même type de pouvoir contractuel. Il a alors pu être souligné que la cause finale objective de l'acte se rapprochait de l'objet de l'acte.

⁴ Pour la mise en évidence de ce que les pouvoirs contractuels constituent des prérogatives dont les conditions de mise en œuvre ont fait l'objet d'une prédétermination objective qui peut, notamment, concerner la cause-finale de leur exercice ou la cause-efficiente de leur mise en œuvre, v. : *infra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

⁵ Au sujet de la saisine de ce mobile dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir, v. : *infra*, n° 461, p. 532 et s.

législateur a néanmoins consacré des dispositions reprenant les fonctions traditionnellement¹ attachées, d'une part, à la cause finale objective, à savoir un rôle de protection des intérêts individuels à travers le contrôle de l'existence d'une contrepartie², et d'autre part, à la cause finale subjective, à savoir, un rôle de protection de l'intérêt général à travers le contrôle de la licéité des mobiles³.

Si les fonctions attachées à la cause en matière de contrat n'ont pas disparu, on ne voit pas, alors, en quoi celles attachées la cause en matière d'acte unilatéral concrétisant l'exercice d'un pouvoir contractuel seraient appelées à disparaître. Autrement dit, le changement liée à la disparition de la cause ne semblerait pas appelé à avoir des conséquences sur le fond, mais seulement sur le plan terminologique. S'il ne semble plus vraiment possible de faire allusion aux notions de cause-efficiente, de cause-finale objective et de cause-finale subjective, il sera, à la place, fait appel aux notions de motifs-efficients, de but et de mobiles. Mais la réalité décrite restera la même.

L'appréhension de cette réalité demeure indispensable, puisque la volonté du titulaire d'un pouvoir contractuel doit venir se conformer aux motifs-efficients ou au but qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative lorsque ces conditions ont fait l'objet d'une prédétermination objective. En d'autres termes, c'est parce que ces conditions qui encadrent la mise en œuvre d'une telle prérogative tendent à se présenter comme des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat que leur contrôle demeure indispensable⁴. De même, la possibilité de saisir une cause finale illicite, c'est-à-dire des mobiles illicites, doit demeurer, et ce, en raison de la nécessité de protéger l'ordre public.

Au final, il convient de noter que si la réforme du droit des contrats n'a pas fait disparaître les fonctions anciennement rattachées à la notion de cause, l'appréhension de celles-ci reste, néanmoins, quelque peu différente en matière de contrat et en matière d'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Cette différence se situant, plus exactement, sur le plan du rôle dévolu à la cause objective.

En effet, là où la cause objective invite, en matière de contrat, à s'intéresser à l'existence d'une cause finale synonyme de contrepartie, et cela, dans l'optique de protéger les intérêts de chacune des parties envisagées comme l'auteur de l'acte, l'étude de la cause objective en matière d'acte unilatéral concrétisant la mise en œuvre des pouvoirs contractuels invite à s'intéresser à une cause-finale synonyme de but invariable et abstrait attaché à l'acte et, parfois,

¹ Pour une mise en évidence de deux fonctions attachées à la cause, v. : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris, JOUVE & Cie, 1920, p. 231 et s., où l'auteur évoque le double rôle de la cause, individualiste et social, existence et licéité.

² v. : le nouvel art. 1169 du C. civ. qui sanctionne de nullité le contrat à titre onéreux qui au moment de sa conclusion présente un contrepartie illusoire ou dérisoire au profit de celui qui s'engage.

³ v. : le nouvel art. 1162 du C. civ. qui dispose notamment que le contrat en peut déroger à l'ordre public par son but.

⁴ Il existerait donc un lien entre les conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte que celui-ci sert à adopter. Le non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel devrait, ainsi, par principe, permettre le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior*. Le prononcé de cette sanction étant, cependant, parfois écarté, comme en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Au sujet de la mise en évidence de ce lien, notamment à l'occasion de l'étude des sanctions du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 567 et, p. 691 et s.

aussi, à une cause-efficiente objectivement prédéfinie, le tout, dans l'optique de protéger les intérêts, non pas de l'auteur de l'acte, mais du cocontractant.

En cela, l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels semble bel et bien disposer de conditions de validité distinctes de celles du contrat dans le cadre duquel il vient s'inscrire, ce qui justifie sa qualification d'acte détachable. Ces conditions de validité particulières viennent, alors, s'ajouter à la conception particulière de la notion d'objet appliquée à cet acte¹.

Si l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels dispose de conditions de validité distinctes de celles du contrat dans le cadre duquel il vient s'inscrire, ce qui vient faire de lui un acte détachable, cet acte semble également avoir pour trait caractéristique d'être irrévocable.

2. *Un acte unilatéral irrévocable.*

175. Fondement du caractère irrévocable.- L'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels est-il révocable ? Autrement dit, l'auteur de l'acte juridique modifiant le contrat peut-il unilatéralement décider d'anéantir cet acte en revenant sur l'expression de sa volonté ? La question n'est pas dépourvue d'intérêt tant une réponse positive serait de nature à étendre considérablement les prérogatives du titulaire du pouvoir contractuel qui pourrait, selon ses envies, revenir sur la modification du contrat qu'il a lui-même décidée. Une telle possibilité ne serait pas non plus sans conséquence sur la sécurité juridique en raison de l'atteinte au besoin de prévisibilité lié à l'exercice d'un pouvoir contractuel et des possibles répercussions susceptibles d'être subies par les tiers au contrat.

Afin de trouver une réponse à cette interrogation, il convient de se tourner vers les travaux des auteurs qui ont entrepris l'étude du régime des actes unilatéraux. L'irrévocabilité y est alors présentée comme une caractéristique classique de ces actes, qu'il s'agisse, de la reconnaissance d'enfant naturel, des renonciations, de l'acquiescement², ou encore des différents actes d'option³. Aussi, l'argument de sécurité juridique semble-t-il avoir guidé, chez MARTIN DE LA MOUTTE, l'affirmation du caractère irrévocable des actes unilatéraux. En effet, celui-ci énonce que « du fait qu'elle intervient seule, la volonté est plus fragile et offre un crédit moins grand que la volonté conventionnelle ; il est alors naturel que le droit lui impose une stabilité et une permanence plus vigoureuse »⁴. Si, la libre révocabilité du testament a pu apparaître comme une limite à ce principe, celle-ci tend, en réalité, à apporter une précision sur les conditions de l'irrévocabilité. Le testament serait irrévocable dans la mesure où il n'aurait

¹ À ce sujet, v. : *supra*, n° 173, p. 185 s.

² v. sur ce point : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 347, p. 314, et les différents auteurs cités en note n° 2.

³ v. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, op. cit.*, n° 307 et s., 315 et s. Si l'auteur identifie certaines exceptions légales à l'irrévocabilité des actes d'option, telle que celle de l'art. 790 du C. civ. (aujourd'hui art. 807 du C. civ.) qui permet à l'héritier renonçant de revenir sur sa décision pour éviter la vacance de la succession, il n'énonce pas moins que : « s'il fallait poser un principe général, c'est celui de l'irrévocabilité de l'option qui serait à formuler ».

⁴ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 346, spéc., p. 314.

pas encore produit ses effets de droit. Dès lors, l'irrévocabilité des actes unilatéraux serait attachée aux actes qui ont produit leurs effets¹.

Transposé à notre étude, ce constat viendrait expliquer l'irrévocabilité des actes unilatéraux servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Une seconde explication liée, pour sa part, au contexte contractuel peut sans doute être ajoutée. Celle-ci viendrait trouver son fondement dans la force obligatoire du contrat. Pour arriver à une telle conclusion, il convient de partir de l'observation selon laquelle une fois le pouvoir contractuel exercé, les effets produits, qui correspondent à une modification de la situation contractuelle, sont intégrés au contrat². Les effets résultant de l'exercice d'un pouvoir contractuel échappent, de ce fait, à la sphère de l'unilatéralisme pour s'intégrer au contrat régi par le principe du consensualisme. Pour rappel, le consensualisme, qui se présente comme le principe premier du contrat, est protégé et garanti par le principe de force obligatoire et son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale du contrat.

En conséquence, le titulaire du pouvoir et son cocontractant se trouvent tous deux tenus de respecter le contrat nouvellement modifié en raison de leur soumission au principe de force obligatoire et, plus précisément, à son corollaire, que constitue l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Ce faisant, on en revient au principe premier du contrat, à savoir le consensualisme, au regard duquel seul un accord de volontés des contractants permettrait de revenir sur la modification réalisée³.

À ce stade, il ressort de manière claire que l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels peut être qualifié d'acte irrévocable. Cette irrévocabilité apparaît garantie à la fois pour des raisons de sécurité juridique et par les principes contractuels de force obligatoire et d'irrévocabilité unilatérale. Néanmoins, cette irrévocabilité ne semble acquise qu'à partir du moment où cet acte vient à produire ses effets. Une telle observation permet d'affirmer, qu'à l'opposé, tant que l'acte n'a pas produit ses effets, celui-ci demeure révocable. Tout repose, alors, sur la détermination de l'instant à partir duquel l'acte sera considéré comme ayant produit ses effets. Aussi, un tel problème implique de se demander si cet acte unilatéral appartient à la catégorie des actes réceptices.

3. Un acte unilatéral réceptice.

¹ v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 342, p. 311 : « [...] tout acte juridique parfait et créateur d'effets de droit est en principe soustrait à la volonté de son auteur qui ne peut plus se reprendre et revenir sur elle-même ».

² Dans une perspective normativiste, il pourrait être avancé que l'acte juridique unilatéral qui sert de support à la modification du contrat correspond à une nouvelle norme qui s'intègre à la norme contractuelle.

³ v. à ce sujet, le nouvel art. 1193 du C. civ. qui dispose que : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». En cela, cet article reprend le principe du *mutuus dissensus* antérieurement consacré par l'art. 1134 al. 2 du C. civ. *Adde*, un exemple jurisprudentiel en matière de congé : Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 91, p. 54, où la Cour retient qu'un congé ne peut être rétracté sans le consentement de celui auquel il a été donné. Par conséquent, seule la jouissance d'un second droit potestatif ayant pour objet de permettre la « rétractation » de l'acte adopté serait de nature à autoriser le titulaire à reprendre sa parole. On serait alors en présence d'un « droit potestatif jumelé à un droit potestatif ». Pour une telle observation, v. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 214, note n° 22.

176. **Caractère réceptice de l'acte.**- La loi a pu reconnaître expressément que certains actes tels que le congé en matière de bail¹, le licenciement d'un salarié², la renonciation au mandat³, ou encore la révocation du mandataire⁴, sont des actes réceptices.

Pour autant, peut-on étendre cette qualité à tous les actes unilatéraux résultant de l'exercice d'un pouvoir contractuel ? Certains auteurs ont pu voir dans tous les actes de rupture unilatérale de contrat des actes réceptices⁵. Peut-on aller encore plus loin ? Pour cela il convient de découvrir le critère qui permet de conférer à un acte unilatéral la qualification d'acte réceptice. Pour MARTIN DE LA MOUTTE, un acte unilatéral doit se voir reconnaître cette qualité dès lors « qu'il tend à porter directement atteinte aux droits d'autrui »⁶. Dans cette perspective, le caractère réceptice de l'acte assure une fonction de protection du destinataire des effets dudit l'acte en l'informant de l'existence d'un changement dans sa situation juridique. Une telle situation est exactement celle que l'on rencontre en matière de pouvoirs contractuels. En effet, qu'il s'agisse de l'exercice d'un pouvoir de sanction, d'un pouvoir de résiliation, d'un pouvoir permettant de modifier ou de préciser l'objet de l'obligation, ou encore de modifier l'identité des parties au contrat, tous ont pour conséquence de modifier la situation juridique du cocontractant sujet d'imputation passif. Dès lors, il semble possible de conclure que l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels doit recevoir la qualification d'acte réceptice.

L'attribution d'une telle qualité à l'acte unilatéral constituant le support de l'unilatéralisme contractuel a des répercussions sur ses conditions d'existence. En effet, comme pour tout acte réceptice, la seule extériorisation de la volonté de l'auteur ne sera pas suffisante. Pour que l'acte acquière sa perfection, celui-ci doit être notifié⁷. La notification apparaît alors comme un élément constitutif de l'acte⁸, c'est-à-dire l'une de ses conditions de formation⁹ sanctionnées par la nullité¹⁰. Cela signifie que l'acte ne produira ses effets qu'à partir du moment où il aura été notifié. Si la loi impose parfois que la notification soit revêtue d'une forme précise¹¹, la question cruciale s'avère être celle de la détermination de l'instant à partir duquel l'acte est considéré comme ayant été notifié.

¹ v. : les articles 1739 et 1762 du C. civ.

² v. : l'art. L.1232-6 al. 1^{er} du C. trav.

³ v. : l'art. 2007 al. 1^{er} du C. civ.

⁴ v. : les articles 2005 et 2006 du C. civ.

⁵ v. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., p. 47 et s.

⁶ v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 187, p. 181. L'auteur ajoute à ce premier critère, un second critère qui doit également conduire à qualifier un acte de « réceptice ». Cette qualité doit ainsi être conférée à tous les actes unilatéraux « qui ont pour fonction essentielle et directe de fournir une information ou un ordre juridique à quelqu'un ». L'auteur donne alors pour exemples : les oppositions, la mise en demeure et les déclarations d'option.

⁷ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 196, p. 188.

⁸ v. : M. DURMA, *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, op. cit., n° 370 et s., p. 414 et s.

⁹ v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 266, spéc., p. 228.

¹⁰ v. : M. DURMA, *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, op. cit., n° 266 et s., p. 288 et s.

¹¹ Tel est par exemple le cas en matière de licenciement où l'acte doit être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception (art. 1232-6 al. 1^{er} du C. trav.). Dans le cadre des baux d'habitation régis par la loi du 6 juillet 1989, l'art. 15 de la loi ouvre le choix entre plusieurs formes de notification énoncées de manière limitative : « le

177. **Connaissance ou simple réception par le destinataire ?**- Si le titulaire d'un pouvoir contractuel doit extérioriser sa volonté et lui imprimer volontairement une direction¹, cet acte d'émission apparaît insuffisant pour parfaire un acte réceptice². En effet, les actes réceptices supposent une notification, c'est-à-dire que l'acte doit parvenir au destinataire pour que celui-ci puisse produire ses effets de droit.

Pour autant, doit-on exiger que le destinataire des effets de l'acte ait une connaissance effective du contenu de l'acte pour que celui-ci produise ses effets, ou bien suffira-t-il que la notification ait été accomplie, c'est-à-dire que l'acte ait été reçu, pour produire ses effets ? L'enjeu d'une telle question est important puisqu'il concerne le point de départ de la prescription et la détermination de l'instant à partir duquel l'acte sera considéré comme irrévocable.

Le débat a alors opposé les tenants de la théorie dite de la « perception » à ceux de la théorie dite de la « réception ». Pour les premiers, l'acte n'acquiert son caractère définitif et irrévocable, c'est-à-dire est reconnu comme produisant ses effets de droit, lorsque son destinataire en a une connaissance effective³. Si cette solution apparaît satisfaisante d'un point de vue théorique dans la mesure où une notification a pour objectif premier de faire connaître de manière effective au destinataire la volonté de l'auteur de l'acte, celle-ci présente cependant des faiblesses pratiques. En effet, il a pu être constaté⁴, que cette théorie soulevait des difficultés au plan de la preuve en ce qu'il est très délicat, voire impossible, de démontrer l'existence d'un pur fait psychologique, à savoir, la connaissance effective du destinataire. À cela, il a pu être ajouté que cette théorie soumettait l'efficacité de l'acte au bon vouloir du destinataire, ce dernier pouvant, de mauvaise foi, se prévaloir de l'ignorance de l'acte pour se soustraire à ses effets. Dès lors, il fut proposé de tenir compte de la simple réception de l'acte. Mais cette théorie

congé doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, signifié par acte d'huissier ou remis en main propre contre récépissé ou émargement ».

¹ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 196, spéc., p. 189, où l'auteur met en évidence, d'une part, la nécessité d'imprimer à l'acte une direction. L'auteur considère alors qu'un congé connu du locataire par les dires d'un tiers et non ceux du bailleur ne saurait être valable en raison de l'absence de direction imprimée à l'acte par ce dernier. D'autre part, l'auteur souligne que la direction doit être imprimée à l'acte de manière volontaire par son auteur. Ainsi, un congé rédigé par le bailleur mais posté par un tiers ne serait-il pas valable.

² v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 196, p. 189, où au sujet de l'émission, l'auteur indique : « si sa réalisation suffisait pour parfaire un acte non réceptice, il n'en est certainement pas ainsi pour un acte réceptice » ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, F. PICHON, 1901, p. 119 et s., où l'auteur retient à propos de l'acte unilatéral que : « [...] le moment de l'émission lui-même apparaît presque inadmissible *a priori*. En effet, on ne voit guère comment, en pratique et en bonne justice, on pourrait, s'agissant de déclarations susceptibles de produire un effet de droit indépendamment de toute coparticipation des tiers qu'elles intéressent, admettre que cet effet fut acquis avant même que celui à l'égard de qui il doit se produire ait pu en avoir connaissance ».

³ v. par ex. en ce sens : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I, Source des obligations*, t. I, Paris, A. ROUSSEAU, 1923, n° 542, p. 142 : « Lorsqu'on est en présence d'un acte juridique unilatéral, cet acte ne devient définitif, ne prend date avec son caractère irrévocable que du jour où la volonté a été non seulement exprimée, mais est parvenue effectivement à la connaissance du tiers à qui il profite ».

⁴ Pour ces observations, v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 202, p. 192-193.

présente également des faiblesses quant à la détermination du moment de la réception. S'agit-il de l'instant où le lettre est placée dans la boîte aux lettres ? De l'instant où elle en est retirée ?

Afin de concilier théorie et pratique, il fut proposé de combiner ces deux théories. La connaissance effective se présenterait, alors, comme une condition de fond et la réception comme une condition de preuve¹. De la sorte, la réception de l'acte conduirait à présumer la connaissance effective de son contenu par le destinataire². Toutefois, il s'agirait, ici, d'une présomption simple. En cela, l'acte pourrait être révoqué par le titulaire du pouvoir sous réserve que celui-ci démontre que le destinataire n'en a pas pris connaissance.

Une telle proposition de distinction entre la connaissance effective, conçue comme une condition de fond, et la réception, conçue comme une condition de preuve, ne semble cependant pas avoir été retenue par les auteurs de la réforme du droit des contrats. En effet, les auteurs de la réforme ont consacré, en matière de contrat, la théorie de la réception au sens strict³. Autrement dit, il n'est pas exigé que le destinataire de l'acte en ait eu une connaissance effective⁴.

Or, étant donné que les règles applicables aux contrats sont, toujours selon les auteurs de la réforme, appelées à s'appliquer aux actes juridiques unilatéraux⁵, il devrait donc en être déduit que l'acte unilatéral de modification du contrat produira ses effets dès que celui-ci sera parvenu au cocontractant. Cet acte deviendrait donc irrévocable à compter de cet instant. En conséquence, la révocation de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels ne semblerait possible que tant que celui-ci n'est pas encore parvenu au cocontractant.

178. **Bilan.-** L'étude des modalités de réalisation des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence que le support de leur exercice correspond, sur le plan technique, à un acte juridique unilatéral.

Cette qualification s'appuie, d'une part, sur l'identification des effets classiques de l'acte juridique, à savoir, la production d'un effet de droit, ou plus précisément, la modification de l'ordonnancement juridique via la modification, ici, d'une situation juridique contractuelle. D'autre part, cette qualification s'appuie sur l'identification de la source de l'acte juridique unilatéral, c'est-à-dire une manifestation de volonté, émanant d'une partie simple ou plurale, qui s'appuie sur l'ordre juridique afin de produire lesdits effets de droit. À cela, il a pu être ajouté que cet acte juridique unilatéral présentait, de manière cumulative, certains traits caractéristiques spécifiques. Ainsi, l'acte juridique au service de l'unilatéralisme contractuel apparaît comme étant un acte détachable, irrévocable et réceptice. Si ces différents éléments tendent à démontrer le lien entre les pouvoirs contractuels et la technique de l'acte unilatéral, il

¹ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 204, p. 194-195.

² v. pour une application en jurisprudence : Cass. civ. 3^{ème}, 2 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 165, p. 131. Mais il convient de préciser que dans cet arrêt, la connaissance de l'acte de congé est présumée tout comme sa validité.

³ Cette règle trouve son origine dans les dispositions relatives à la formation du contrat mises au point par les auteurs de la réforme. Plus précisément, elle trouve sa source dans le nouvel art. 1121 du C. civ. qui fixe la date la conclusion du contrat au moment où l'acceptation parvient à l'offrant.

⁴ v. not. : M. LATINA et G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, 2^{ème} éd., n° 244, p. 209.

⁵ v. en ce sens le nouvel art. 1100-1 al. 2 du C. civ.

conviendra d'éprouver ce rattachement dans la mesure où la notion de décision peut venir concurrencer cette qualification.

§ 2 - LES RAPPORTS DE L'ACTE UNILATÉRAL AU SERVICE DES POUVOIRS CONTRACTUELS AVEC LA NOTION DE DÉCISION.

179. **Des rapports étroits mais non exclusifs.**- Associer la notion de pouvoir au terme de décision constitue un procédé de raisonnement tout à fait intuitif. Il est, en effet, un lieu commun d'énoncer que détenir un pouvoir, c'est disposer de la faculté de décider¹. Ainsi, le titulaire d'un pouvoir contractuel serait celui qui prend une décision de modification des effets contrat, c'est-à-dire celui qui impose² à son cocontractant une modification de la situation contractuelle. Dans une telle optique, un rapprochement entre les notions de pouvoir contractuel et de décision serait possible (A). Toutefois, cette démarche serait plus descriptive que technique. En effet, de nombreux auteurs ont proposé de donner une définition précise et technique à la notion de décision. Mais le constat s'avère être celui de l'hétérogénéité des acceptions retenues. Dès lors, l'imprécision entourant la notion de décision tend à rendre le principe même d'une assimilation totale impossible (B) et conduit à préférer la notion d'acte juridique unilatéral pour décrire, d'une manière technique, le support de l'exercice des pouvoirs contractuels.

A. Un rapprochement possible.

180. **L'acte unilatéral édicté dans un contexte contractuel est une décision.**- Au plan doctrinal, le rapprochement des notions de pouvoir et de décision n'est pas un phénomène récent et peut trouver l'une de ses illustrations chez les auteurs qui ont développé une analyse institutionnelle du pouvoir disciplinaire dans les groupements de droit privé. Si une analyse en termes de pouvoirs contractuels a pu être proposée, aussi bien pour le pouvoir disciplinaire de l'employeur³ que pour le pouvoir disciplinaire présent dans les groupements⁴, l'important est ici d'observer que, pour ces auteurs, le contrôle judiciaire concerne une « décision » émanant

¹ v. par ex. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 305, p. 225 ; H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques NORMAND*, Litec, 2003, n° 5, p. 127 : « [l]e plus souvent, décider, c'est exercer un pouvoir ».

² Au-delà de la composante « initiative », la notion de pouvoir se caractérise par l'*imperium*, c'est-à-dire la possibilité d'imposer une décision. Comp., R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2015, 4^{ème} éd., coll. Champs-Université, p. 71, où l'auteur analyse la décision comme une simple étape de processus psychologique destiné à adopter un acte juridique. La décision serait alors : « le moment pivot entre la réflexion, la délibération et l'action ». En vertu d'une telle analyse, la décision serait une composante – ou le terme – de la « faculté de choix ». Nous retiendrons pour notre part une définition plus large de la décision, intégrant en son sein les différentes étapes du processus décisionnel comprenant aussi bien la dimension psychologique que ses conséquences matérielles.

³ Il convient toutefois de préciser que la qualification de pouvoir contractuel ne peut être appliquée au pouvoir disciplinaire de l'employeur qu'à propos des sanctions que sont le licenciement et la mise à pied. v. sur ces points : *supra*, n° 5, spéc. p. 14-15.

⁴ v. sur ce point : *supra*, n° 83 s., p. 103 s.

d'une autorité privée¹. À cela, il convient d'ajouter que le couple pouvoir-décision est également sollicité par des auteurs qui ne sont pas des partisans de l'analyse institutionnelle du pouvoir². Aussi, la loi et la jurisprudence font également parfois référence à la notion de décision pour désigner le support de l'exercice de certains pouvoirs contractuels. Il en va par exemple ainsi en ce qui concerne le pouvoir de licencier³, le pouvoir d'adopter une résolution majoritaire⁴, ou encore la révocation d'un mandataire social⁵. Dans une telle perspective, la notion de décision permettrait de décrire convenablement le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. Cependant, l'imprécision liée à l'hétérogénéité des acceptions de la notion de décision doit conduire à nuancer une telle affirmation.

B. Une assimilation totale impossible.

181. Toute décision n'est pas un acte unilatéral édicté dans un contexte contractuel.- La notion de décision connaît différentes acceptions qui ne semblent pas permettre de décrire d'une manière spécifique le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. Pour la plupart des auteurs de droit privé⁶ comme de droit public⁷, la notion de décision se rapporte à une catégorie particulière d'actes juridiques : les actes juridiques unilatéraux. Si la notion de décision est considérée comme synonyme de la notion d'acte juridique unilatéral, celle-ci ne fournit pas un appui technique permettant de désigner spécifiquement le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. Sous une telle acception, la notion de décision n'apporte rien de plus à l'analyse du support de l'expression des pouvoirs contractuels que la qualification d'acte unilatéral ne fournit déjà.

À l'opposé, et selon un courant minoritaire emmenée par le professeur LOKIEC, la notion de décision ne se confondrait pas avec la notion d'acte juridique⁸. Constatant le caractère inapproprié de la théorie de l'abus de droit pour saisir le phénomène de pouvoir et partant du présupposé selon lequel la théorie contractuelle ne serait pas susceptible de fournir des moyens

¹ v. : A. LEGAL et J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, *op. cit.*, p. 493.

² v. par ex. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 216, p. 138 : « Si l'on devait définir d'un mot la prérogative qu'emporte tout pouvoir, c'est le terme décision qui viendrait aussitôt à l'esprit ».

³ v. : l'art. L. 1232-2 al. 1^{er} du C. trav. qui dispose que : « L'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable ».

⁴ v. : par ex. les art. L. 225-98 al. 1^{er} et L. 225-99 al. 2 qui emploient expressément le terme de « décision ».

⁵ v. par ex. : Cass. com. 4 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 162, p. 141, où la Cour évoque, dans le rappel des faits, une décision de révocation du directeur général d'une société anonyme.

⁶ v. not. pour une assimilation des termes décision et acte juridique unilatéral : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 101, où l'auteur parle, à propos des actes juridiques unilatéraux de « la décision d'un seul » ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 220, p. 140 : où l'auteur, après avoir rapproché pouvoir et décision, estime que « le pouvoir paraît devoir se définir comme l'aptitude à passer des actes juridiques unilatéraux ». (L'auteur souligne).

⁷ v. not. en ce sens : J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2006, 21^{ème} éd., coll. Précis., n° 397, p. 344, où les auteurs retiennent que : « la décision exécutoire [est] encore désignée par l'expression d'acte administratif unilatéral ». Adde, X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006, p. 13 et s.

⁸ v. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 449, p. 237 : « Si tout acte juridique unilatéral est nécessairement une décision, toute décision ne constitue pas nécessairement un acte juridique unilatéral ». Adde, dans une optique comparable, H. CROZE, « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », art. préc., n° 12.

de traitement adaptés au contrôle du pouvoir, l'auteur propose de détacher le pouvoir du contrat pour lui offrir un régime autonome bâti autour de la notion de décision¹. Dans le cadre de cette théorie, la notion de décision regroupe en son sein aussi bien des actes juridiques que de simples actes matériels, ce que l'auteur désigne sous le vocable de « décisions de pur fait »². Aussi, l'auteur identifie-t-il notamment comme des « décision de pur fait » : le changement des conditions de travail³, les actes usuels pris par les parents dans le cadre de l'autorité parentale⁴, le harcèlement⁵, ou encore la décision médicale⁶. Sans pour autant dénier les mérites de la « théorie de la décision »⁷ qui tend à mettre en valeur la vaste étendue du domaine dévolu à la notion de pouvoir, il convient d'observer que celle-ci semble inadaptée aux pouvoirs contractuels. En effet, prise sous cette acception, la notion de décision regroupe des éléments trop hétéroclites – actes juridiques et actes matériels – pour prétendre donner une description précise du support de l'exercice des pouvoirs contractuels. En effet, le support de l'exercice des pouvoirs contractuels a pu être précédemment identifié comme un acte juridique unilatéral⁸. Toutefois, il est possible de concéder que le support de l'exercice des pouvoirs contractuels peut appartenir à la catégorie large des « décisions », mais dans une telle optique la notion de décision appliquée aux pouvoirs contractuels n'aurait également qu'une simple vertu descriptive.

Aussi, et d'une manière générale, il est possible de constater que l'hétérogénéité des acceptions de la notion de décision ne permet pas de dégager une définition précise de cette notion, et encore moins de lui conférer un sens permettant de désigner spécifiquement le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. Par conséquent, préconiser une assimilation absolue des modalités de réalisation d'un pouvoir contractuel à la notion de décision semble inapproprié. Dès lors, dans une approche technique, la notion d'acte juridique unilatéral doit lui être préférée.

182. Bilan de la Section I.- L'analyse des modalités de réalisation des pouvoirs contractuels doit permettre, semble-t-il, de conclure que seule la notion d'acte juridique unilatéral est susceptible de fournir une assise technique précise permettant d'appréhender le support de l'exercice des pouvoirs contractuels. En effet, l'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel a

¹ *Ibid*, n° 304 et s., p. 225 et s. ; et pour une réaffirmation de cette analyse par le même auteur, v. : P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, D. 2008, p. 2293 et s.

² *Ibid*, n° 449, p. 327.

³ *Ibid*, n° 449, spéc., p. 328.

⁴ *Ibid*, *loc. cit.* (art. 371-1 C. civ.)

⁵ *Ibid*, *loc. cit.*

⁶ v. : P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, art. préc., p. 2294 (art. L. 1111-4 CSP).

⁷ Nous-mêmes avons pu faire appel à la notion de décision, notamment pour décrire le phénomène de pouvoir présent dans les assemblées qui se réunissent au sein des groupements de droit privé (v. : *supra*, n° 76 s., p. 94 s.). Si seules les résolutions majoritaires ont pu être identifiées comme constituant le support de pouvoirs contractuels dans la mesure où elles seules permettent d'introduire une modification dans la situation contractuelle, la notion de décision peut trouver un intérêt lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice par la minorité de son pouvoir de blocage. En effet, lorsque la minorité exerce son pouvoir de blocage, aucun acte juridique n'est adopté, aucun effet de droit lié à la modification de la situation juridique n'est produit puisque la minorité impose le *statu-quo*. La notion de décision permettrait ainsi de soumettre les minoritaires au régime du pouvoir malgré l'absence d'acte juridique.

⁸ v. : *supra*, n° 149 s., p. 166 s.

permis d'opérer un rapprochement entre ces deux notions. Ce rapprochement qui a également contribué à dégager les traits caractéristiques spécifiques de l'acte unilatéral au service de l'unilatéralisme contractuel – acte unilatéral détachable, réceptice et irrévocable –, a pu être mis à l'épreuve en le confrontant à la notion de décision. Bien qu'entretenant des liens avec la notion de pouvoir, la notion de décision est apparue, en raison de l'hétérogénéité de ses acceptions, trop imprécise pour fournir une alternative satisfaisante permettant décrire la concrétisation de l'exercice des pouvoirs contractuels. Confirmé et acté, le rapprochement entre pouvoir contractuel et acte juridique unilatéral constitue un préalable qui révélera toute son importance à l'occasion de l'étude du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels¹. Aussi, l'identification d'un acte juridique unilatéral en tant que support de l'exercice des pouvoirs contractuels n'est-elle pas sans conséquences.

SECTION II : LES CONSÉQUENCES DE L'IDENTIFICATION D'UN ACTE JURIDIQUE UNILATÉRAL.

183. **Points de tension.-** Reconnaître que l'exercice d'un pouvoir contractuel trouve sa concrétisation dans l'édition d'un acte juridique unilatéral revient à admettre qu'une partie puisse être seule à l'origine de la production d'un effet de droit destiné à modifier la situation juridique contractuelle. Toutefois, une telle conception paraît heurter, de prime abord, deux principes cardinaux applicables en droit des contrats.

Le premier principe qui serait contrarié, et cela, spécifiquement par les pouvoirs contractuels qui ont pour objet le prononcé d'une sanction, découlerait de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». Bien qu'il ne se limite pas au seul droit des contrats, cet adage, qui paraît consacrer le monopole de la justice étatique pour trancher tous les litiges entre particuliers, y trouverait une résonance particulière. En effet, ledit adage semblerait interdire qu'une partie puisse être investie du pouvoir de trancher un litige contractuel « en disant le droit ». Autrement dit, au regard de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », une partie ne saurait disposer de la possibilité de prononcer une sanction qui produirait des effets de droit susceptibles de modifier le contrat. Dès lors, la tension qui existe entre ce principe et les pouvoirs contractuels de sanction invitera, dans un premier temps, à approfondir l'étude des rapports entre les pouvoirs contractuels et l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » (§ 1).

Le second principe qui semble contrarié, cette fois-ci, par l'ensemble des pouvoirs contractuels est le principe de force obligatoire du contrat. Bras armé du consensualisme et serviteur du respect de la parole donnée, le principe de force obligatoire semble, *a priori*, considérablement affecté par les pouvoirs contractuels. Toutefois le principe même d'une telle

¹ Saisi par la voie du référé, le juge pourra venir faire obstacle à la concrétisation de l'exercice des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire à l'édition d'un acte juridique unilatéral, et à l'apparition de ses conséquences matérielles (v. : *infra*, n° 508 et s., p. 617 et s.). Saisi au fond, le juge pourra sanctionner l'acte juridique unilatéral qui serait le support d'une mise en œuvre irrégulière des pouvoirs contractuels. Au sujet du prononcé de la nullité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat en cas de dépassement de pouvoir (v. : *infra*, n° 567 et s., p. 691 et s.). Au sujet du prononcé de la nullité de cet acte en cas de détournement de pouvoir, (v. : *infra*, n° 586 et s., p. 742 et s.).

atteinte et la nature de ses conséquences doivent être précisés. Pour cela, il conviendra, dans un second temps, d'approfondir l'étude des rapports qu'entretiennent les pouvoirs contractuels avec le principe de force obligatoire (§ 2).

§ 1 - LES RAPPORTS DES POUVOIRS CONTRACTUELS AVEC L'ADAGE « NUL NE PEUT SE FAIRE JUSTICE À SOI-MÊME ».

184. **Une opposition plus apparente que véritable.**- L'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même »¹, à l'instar de tous les adages, apparaît comme énonçant une leçon intemporelle de morale, de bon sens, de logique et d'équité² que la patine du temps semble mettre à l'abri de toute critique. Entendu au pied de la lettre, cet adage se révèle alors être en opposition avec les pouvoirs contractuels de sanction (A). Toutefois, il a pu être observé que les adages, en ce qu'ils appartiennent à un type de discours oral dont la fonction est d'énoncer de manière percutante une règle sans s'embarrasser de questions de détail³, pouvaient se révéler imprécis, et dès lors, se présenter comme le support d'une « vérité partielle »⁴. Aussi, l'identification de la signification véritable de l'adage autorisera, semble-t-il, une conciliation de ce dernier avec les pouvoirs contractuels de sanction (B).

A. L'opposition.

185. **Monopole de la justice étatique.**- L'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » apparaît comme l'une de ces vérités intemporelles et immuables de la justice, à savoir, la nécessité qu'intervienne un tiers impartial et désintéressé pour dire le droit : le juge. Reflet de l'État de droit⁵, cet adage tend à susciter aussitôt dans l'inconscient collectif un réflexe de rejet envers toute forme de justice privée⁶. En effet, l'adage se présente comme le fruit d'une longue évolution mettant en valeur, d'une part, l'éradication de la vengeance privée propre aux sociétés primitives et, d'autre part, l'affermissement de l'autorité de l'État qui s'est traduite par la

¹ Sur cet adage v. : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd, 1999, n° 287, p. 569 ; J. BÉGUIN, « *L'adage 'nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit français* », in *Trav. Assoc. H. CAPITANT, Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Dalloz, 1969, t. XVIII, p. 41 et s.

² v. : G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, 3^{ème} éd., coll. DOMAT Droit privé, n° 113.

³ *Ibid*, loc. cit.

⁴ *Ibid*, n° 114. Adde, Ch. ATIAS, « *Nul ne peut se prévaloir...* », D. 1999, chron. p. 218 et s., : « L'attrait des adages est inversement proportionnel à leur précision. Leur patine ancienne résiste à toutes les critiques historiques : enracinés dans les enseignements d'un bon sens peu exigeant, ils sont à l'abri des critiques rationnelles. La simplicité de leur formulation fait écran [...] ».

⁵ v. en ce sens : J. CHEVALLIER, *L'état post-moderne*, LGDJ, 2008, 3^{ème} éd., coll. Droit et société, Série politique, vol. 35, p. 180, où le juge est décrit comme : « la clef de voûte de la condition et de la réalisation de l'État de droit ».

⁶ Sur la distinction entre « justice privée » et « peine privée », v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 155 et s., p. 130 et s. L'auteure retient que la justice privée est caractérisée par l'origine privée de l'effet de droit, alors que la peine privée désigne le résultat, à savoir : la sanction d'une faute prévue par les parties empruntant ses traits à la fois au civil et au pénal. Aussi, les deux qualifications peuvent-elles se croiser comme c'est le cas en matière de clause pénale et de clause résolutoire où le processus de sanction est manié par les parties, et le résultat correspond à une sanction n'ayant pas seulement une fonction réparatrice mais également une fonction sanctionnatrice.

volonté d'évincer peu à peu la justice privée, et cela, afin d'affirmer le monopole de la justice étatique pour trancher l'ensemble des litiges¹.

Aussi, cet adage avait-il connu un regain d'intérêt ces dernières puisqu'il a pu être brandi à l'occasion du débat qui a entouré la reconnaissance, par la jurisprudence, du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Bien que ne figurant nulle part dans nos lois², l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » a pu être invoqué par certaines juridictions du fond pour s'opposer à la résolution unilatérale³. Si certains auteurs ont également pu s'opposer à ce que l'un des cocontractants soit à la fois juge et partie et puisse, à ce titre, être autorisé à « dire le droit »⁴, c'est-à-dire encore être autorisé à « modifier l'état de droit – et pas seulement l'état de fait – de sa propre initiative, en créant des droits et en éteignant d'autres »⁵, l'argument du rejet de la justice privée est alors souvent très proche. Ainsi, le refus de la justice privée expliquerait que la résolution unilatérale, mais également, d'une manière plus large, que tous les pouvoirs contractuels ayant pour objet le prononcé d'une sanction ne puissent pas produire d'effets de droit, et voient, dès lors, leurs effets cantonnés dans le domaine des simples actes matériels⁶.

Par conséquent, l'affirmation selon laquelle l'exercice des pouvoirs contractuels se matérialiserait par l'édition d'un acte juridique qui se présente, de par sa définition même,

¹ Pour une présentation détaillée de cette évolution, v. : *Ibid*, n° 23 et s., p. 27 et s.

² À propos de la portée normative des adages, MM. ROLAND et BOYER proposent de distinguer, d'une part, les adages *intra legem*, qui, soit, sont inscrits dans la loi (par ex. l'art. 2276 du C. civ. : « en fait de meubles, possession vaut titre »), soit, visent à regrouper une série de dispositions particulières (ex. : *Accessorium sequitur principale*), et d'autre part, les adages *supra legem* qui ne prennent appui sur aucun texte mais dominent l'application des règles de droit positif en formant un corps de principes supérieurs ayant une valeur de type constitutionnel. Ces derniers représentent alors une forme de « super-légalité ». Or, l'adage « nul n'a droit de faire à soi-même justice » est rattaché par les auteurs à cette dernière catégorie. Cet adage exercerait son autorité *ad augendum*, c'est-à-dire qu'il viserait à donner sa plénitude à un ensemble de dispositions fragmentaires. (v. : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. XV et s.)

³ v. en ce sens : C.A. Nancy, 20 novembre 2000 ; JCP G. 2002, II, n° 10113, note Ch. JAMIN ; où la CA exige que la condition d'urgence soit remplie pour admettre le jeu de la résolution unilatérale et estime également que le principe du caractère judiciaire de la résolution a « pour objet d'empêcher qu'un contractant se fasse justice lui-même ».

⁴ v. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 585, p. 416 : selon l'auteur dire le droit serait « une prérogative normalement réservée au juge ». Comp. : J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution* », in *La réforme du droit des contrats : Projets et perspectives*, RDC 2006/1, p. 113 et s., spéc. n° 22, p. 124 : où l'auteur se demande à propos de la résolution unilatérale : « si cela n'équivaut pas à attribuer au créancier, non seulement une forme de *jurisdictio*, au sens où ce dernier prend la décision de rompre, mais également d'*imperium*, au sens général de pouvoir de commandement et d'imposition de la décision prise, tous pouvoirs qui relevaient antérieurement du juge ».

⁵ v. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Adde, J. BÉGUIN, « *L'adage 'nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit français* », *op. cit.*, où l'auteur précise que le créancier qui résout unilatéralement le contrat « [...] renonce à l'ordre juridique né du contrat et, en se déliant de ses engagements, il établit de sa propre autorité un ordre juridique plus conforme à la sauvegarde de ses droits ».

⁶ Plusieurs auteurs considèrent, d'une manière générale, que la justice privée ne permet d'accomplir que des actes matériels : v. par exemple : L. FRANÇOIS, « *L'adage 'nul ne peut se faire justice à soi-même' en général et sous l'angle particulier du droit du travail* », in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, t. XII, 1967, p. 63 et s., spéc. n° 9 : « l'acte de "se faire justice" modifie ou maintient des faits, non des droits » (L'auteur souligne) ; F. RIGAUD, « *Rapport sur le principe 'Nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit privé belge* », in *Trav. Assoc. H. CAPITANT, Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Dalloz, 1969, t. XVIII p. 11 et s., spéc. p. 24, où l'auteur retient que se faire justice à soi-même serait « accomplir, sans la permission du juge, les actes matériels qui restituent au titulaire d'un droit les prérogatives attachées à la jouissance de ce droit et dont il se trouvait privé par le fait d'autrui ».

comme un acte producteur d'effets de droit, viendrait heurter de plein fouet l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». Toutefois, il convient d'observer qu'une telle conclusion qui met en relief l'opposition qui existerait entre les pouvoirs contractuels et l'adage, prend appui sur l'hypothèse selon laquelle ledit adage s'opposerait à la justice privée au nom de la préservation du « soi-disant » monopole de la justice étatique. Or, cette lecture de l'adage semble être erronée. Le rétablissement de son sens véritable doit, semble-t-il, permettre d'opérer une conciliation.

B. La conciliation.

186. **La justice privée articulée à la justice étatique.**- Retenir que l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » s'opposerait, par principe, à ce que l'une des parties au contrat soit reconnue compétente pour prononcer une sanction et puisse ainsi « dire le droit » reviendrait à se méprendre sur sa réelle signification. L'adage serait, en ce sens, trompeur¹, dans la mesure où il entretiendrait le « mythe »² du monopole de la justice étatique pour trancher tous les litiges. Par voie de conséquence, il affirmerait la prohibition de toute forme de justice privée. Cependant, il a pu être démontré que ce « mythe » résulterait d'un glissement qui s'est opéré entre l'idée de ménager l'accès à un juge et l'idée selon laquelle *seul* le juge étatique serait compétent pour trancher l'ensemble des conflits³. Aussi, un tel mythe est-il contredit en raison de la reconnaissance par l'État de différents mécanismes de justice privée tels que les clauses résolutoires⁴ ou encore les modes alternatifs de règlement des litiges au sein desquels l'arbitrage constitue l'une des illustrations les plus célèbres.

Ainsi, la véritable signification de l'adage ne serait-elle pas celle de la prohibition de la justice privée. En réalité l'adage traduirait l'existence de deux règles. D'une part, il édicterait la prohibition de la vengeance privée dans la mesure où la réalisation violente des droits des individus constitue une menace pour la paix sociale. D'autre part, il reconnaîtrait l'existence de la justice privée, et cela, sous réserve de ménager la possibilité d'un recours effectif au juge étatique afin de permettre un contrôle la décision prise en dehors de sa présence. En ce sens, la justice privée ne se conçoit que si elle est articulée à la justice étatique⁵. Autorisée par le droit

¹ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 41 et s., p. 45 et s.

² v. en ce sens : *Ibid*, n° 21, spéc., p. 26.

³ Pour une mise en évidence de ce « glissement », v. : *Ibid*, n° 41, spéc., p. 46.

⁴ Rappr. : L. AYNÈS, « *La nature du droit de rupture unilatérale : fondement et évolution* », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?* Dossier de la revue *Droit et patrimoine*, n°126, mai 2004, p. 64 et s., spéc., p. 67, où l'auteur fait observer que : « D'ailleurs, les clauses résolutoires expresses, qui se sont développées sans le soutien d'aucun texte, sur le seul terreau de la liberté contractuelle, illustrent bien l'inexistence au fond d'un monopole judiciaire qui tiendrait à la nature des choses ».

⁵ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 73, p. 73. Comp., L. CADIET, « *Une justice contractuelle, l'autre* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc., n° 5, où l'auteur énonce, à propos des modes alternatifs de règlement des conflits que ceux-ci : « ne sont concevables qu'articulés à la justice étatique ». En guise d'illustration, il est possible de citer que l'arbitrage n'est pas totalement soustrait à l'empire des juridictions étatiques : la loi ouvre la possibilité d'un appel-réformation (en matière d'arbitrage interne, mais les parties doivent avoir consenti à cette voie de recours, art. 1489 du CPC), ou d'un

positif, la justice privée apparaît alors comme une forme de justice légale s'exerçant à travers des procédures reconnues¹. Dès lors, la justice privée ne traduirait pas un effacement de la justice étatique mais un redéploiement de celle-ci².

Par conséquent, il est concevable que l'exercice des pouvoirs contractuels de sanction puisse autoriser l'une des parties à « dire le droit », c'est-à-dire que ces pouvoirs permettent l'édiction d'un acte juridique de sanction produisant des effets de droit sur le contrat. En revanche, l'adage interdit que l'une des parties puisse dire d'une manière définitive le droit, c'est-à-dire que l'une des parties dispose de la possibilité de sanctionner son cocontractant sans que soit aménagée la possibilité d'un contrôle judiciaire *a posteriori* de la sanction. En effet, les pouvoirs contractuels de sanction doivent respecter « le droit au juge » qui a pu être consacré aussi bien au plan interne, où ce droit dispose d'une valeur constitutionnelle³, qu'au plan supranational, où celui-ci apparaît comme l'une des composantes du droit à un procès équitable⁴. Dès lors, les clauses contractuelles associées à un pouvoir de sanction qui auraient pour objet de remettre en cause le droit d'agir en justice du sujet d'imputation passif qui souhaiterait contester la sanction édictée devraient, semble-t-il, être déclarées illicites⁵.

appel-nullité (l'art. 1492 du CPC ouvre cette voie en matière d'arbitrage interne, toute stipulation contraire étant réputée non-écrite, et les art. 1518 et s. du CPC ouvrent cette voie en matière d'arbitrage international).

¹ v. : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., n° 287, p. 569.

² v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 73, p. 73.

³ Bien que non consacré expressément dans la constitution du 4 octobre 1958, le droit au juge s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle dans la mesure où il se présente comme un « droit dérivé » du droit d'agir en justice. À ce sujet, v. : T. RENOUX, « *La constitutionnalisation du droit au juge en France* », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, ss. la dir. de J. RIDEAU, LGDJ, 1998, p. 109 et s. Ainsi, l'art. 6 de la DDHC exprimant le principe d'égalité des citoyens devant la loi a-t-il permis de déclarer inconstitutionnelle les dispositions législatives privant certaines catégories d'individus du droit d'exercer un recours, ou encore les dispositions législatives qui offrent des garanties différentes en appel. L'art. 66 al. 2 de la Constitution de 1958 qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle a, pour sa part, pu être interprété comme garantissant l'accès à un tribunal. Le principe de la « garantie des droits » qui constitue l'un des principes énoncés à l'art. 16 de la DDHC a également pu servir de fondement au droit « d'exercer un recours effectif ». Ce dernier principe est alors susceptible de subir des atteintes dès lors qu'elles n'apparaissent pas substantielles. (v. en ce sens : Cons. constit. décision n° 96-373 du 9 avril 1996, *Polynésie française*, Rec. p. 43).

⁴ v. : le célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, série A, n° 18, § 35 *in fine* : « Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès ».

⁵ Il convient de faire observer que le nouvel art. 1226 al. 4 du C. civ. offre au débiteur la possibilité de saisir le juge pour contester la résolution. Toutefois, le caractère d'ordre public de cette disposition n'est pas précisé par les nouvelles dispositions du Code civil. Cette omission n'est cependant pas inquiétante dans la mesure où le « droit d'accès à un juge » s'est vu reconnaître, en droit interne, une valeur constitutionnelle. En droit communautaire, il a été reconnu comme l'une des composantes du droit à un procès équitable (v. les notes n° 3 et 4 de cette page).

À cela, il est possible d'ajouter que, par principe, le droit positif tend à prohiber les clauses qui interdiraient toute possibilité de saisir le juge étatique. L'exemple topique en est l'art. R. 132-2, 10° du C. conso. qui présume abusives les clauses ayant pour effet de « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Le débat relatif aux clauses dites de « non-recours » peut également venir alimenter l'argumentation. Ces clauses qui permettent de priver la partie victime de l'inexécution du droit de demander la résolution judiciaire ou de demander des dommages-intérêts ont pu être déclarées valables (à propos d'une clause de renonciation à la résolution judiciaire, v. : Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011, *Bull. civ. III*, n° 178) mais celles-ci ne doivent pas être interprétées comme excluant toute possibilité de s'adresser au juge. Si ces clauses privent,

§ 2 - LES RAPPORTS DES POUVOIRS CONTRACTUELS AVEC LE PRINCIPE DE FORCE OBLIGATOIRE.

187. **Unilatéralisme contractuel et force obligatoire.**- La notion de force obligatoire apparaît comme étant au cœur des réflexions menées à propos de l'unilatéralisme contractuel. En effet, conférer à l'une des parties le pouvoir d'adopter un acte juridique unilatéral destiné à modifier le contrat revient, selon une approche classique, à faire fi de l'irrévocabilité unilatérale du contrat qui constitue l'un des corollaires du principe de force obligatoire. Observant une telle confrontation, un auteur a alors été jusqu'à affirmer que « le plus grand obstacle au développement de l'unilatéralisme réside coup sûr dans la force obligatoire du contrat »¹. Dès lors, on pourrait être tenté de conclure, de manière ferme et définitive, qu'entre ces deux notions que sont l'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels et la force obligatoire, il régnerait une véritable opposition (A).

Toutefois, une telle conclusion serait certainement hâtive. L'affirmation d'une opposition irréductible entre l'unilatéralisme et la force obligatoire n'est pas neutre d'un point de vue idéologique et trahit, en réalité, une certaine conception du contrat, et plus particulièrement, une certaine articulation du « juste et de l'utile »², c'est-à-dire une exclusion de l'efficacité économique au profit de la morale. Si, dans la conception classique du contrat, la force obligatoire apparaît comme reposant sur le fondement moral que constitue le respect de la parole donnée, certaines analyses doctrinales modernes tendent à promouvoir une conception renouvelée de la force obligatoire qui intègre des exigences tirées à la fois de la morale et de l'efficacité économique. Dans une telle optique, l'unilatéralisme contractuel et la force obligatoire, loin de s'opposer, pourraient faire l'objet d'une conciliation (B).

A. L'opposition.

188. **L'unilatéralisme contractuel ennemi de la force obligatoire.**- Prenant appui sur le dogme de l'autonomie de la volonté, les rédacteurs du Code civil ont pu, au XIX^{ème} siècle, élaborer une conception du contrat axée sur le consensualisme. La volonté des premiers rédacteurs n'était donc pas neutre lorsqu'ils envisagèrent le principe de force obligatoire. En effet, l'héritage du droit canon a pesé de tout son poids sur les épaules des premiers auteurs dans la mesure où ils puisèrent dans le respect de la parole donnée, et plus précisément dans l'adage *pacta sunt servanda*, le fondement moral conféré à la force obligatoire. Ainsi, le

au plan substantiel, le créancier d'un procédé de sanction de l'inexécution, elles ne le privent pas pour autant, au plan processuel, du droit d'agir en justice (sur cette distinction, v. : P. ANCEL, « *L'encadrement de la juridiction par le contrat* », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Economica, 2001, coll. Études juridiques, vol. 10, spéc., p. 10). Par conséquent, le créancier victime de l'inexécution peut toujours s'adresser au juge pour obtenir le prononcé d'une sanction dont il n'aurait pas été privé (par ex. l'exécution forcée en nature), ou encore pour contrôler la validité de la clause ou la réunion de ses conditions d'application.

¹ v. : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 91.

² Cette terminologie est notamment empruntée à : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, 3^{ème} éd., n° 223 et s.

principe de force obligatoire, qui, en lui-même, ne constitue qu'un instrument de technique juridique signifiant que les parties sont liées sous la sanction du droit¹, est-il mis au service du consensualisme, c'est-à-dire de l'accord de volontés, en raison de la charge morale conférée au respect de la parole donnée. Si le principe de force obligatoire implique, dès lors, que les parties sont tenues de respecter leur engagement sous peine de sanction, il convient d'observer que ce principe a nécessairement pour corollaire l'irrévocabilité unilatérale du contrat². Cette interdiction faite à l'une des parties de revenir seule sur sa parole pour se délier ou modifier les effets du contrat était classiquement déduite de l'ancien article 1134 alinéa 2 du Code civil qui n'autorisait la révocation des conventions que du consentement mutuel des parties – *mutuus dissensus* –. Une telle prohibition est aujourd'hui énoncée d'une manière comparable par le nouvel article 1193 du Code civil³.

L'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels, dont l'objet est de permettre à l'une des parties de modifier seule les effets du contrat, apparaît, de la sorte, comme heurtant frontalement le consensualisme et le principe de force obligatoire destiné à en assurer la protection⁴. Dans l'ordre des valeurs, l'atteinte subie par le principe sacré du respect de la parole donnée génère alors des réactions épidermiques qui peuvent conduire à qualifier l'unilatéralisme « d'ennemi de la force obligatoire »⁵. Si ce sentiment semble partagé par l'ensemble des auteurs, il est possible de constater que les réactions les plus virulentes se font sentir à propos des pouvoirs contractuels qui autorisent l'une des parties à se délier de son engagement. En effet, il a pu être affirmé que le principe d'une rupture unilatérale est de nature à faire « échec à la force obligatoire du contrat »⁶. De même, la consécration jurisprudentielle du pouvoir de résolution

¹ Au sujet de l'idée selon laquelle le principe de force obligatoire serait, en lui-même, dépourvu de toute connotation idéologique, v. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., où l'auteur retient que le principe de force obligatoire signifie seulement que « le lien établi entre le débiteur et le créancier est juridiquement sanctionné » (n° 12, p. 31 et n° 38, p. 58). Ainsi, ce constat conduit-il l'auteur à affirmer que le principe de force obligatoire ne permet pas de préjuger d'une hiérarchie des sanctions de l'inexécution (notamment entre exécution forcée en nature et exécution par équivalent).

² v. not. en ce sens les remarques formulées par : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, op. cit., n° 338, p. 387 : « Si, en effet, chacun des contractants pouvait, sans l'adhésion de l'autre, anéantir la convention, il ne serait pas vrai de dire que celle-ci a force légale aux yeux des parties » ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, op. cit., n° 390, p. 369 : « Est-ce que, en effet, les conventions tiendraient lieu de loi aux parties qui les ont faites, si chacune d'elles pouvait, à son gré, s'en départir ! ». Adde, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, op. cit., n° 379, p. 403, où les auteurs énoncent que l'irrévocabilité est de « l'essence du contrat ».

³ Le nouvel article 1193 du C. civ. dispose ainsi : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁴ Pour une mise en évidence de ce que l'opposition traditionnelle entre l'unilatéralisme et le principe de force obligatoire trouve son origine dans une conception du principe de force obligatoire fondée sur le respect de la parole donnée, v. not. : P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. CHASSAGNARD-PINET, Mare & Martin, 2014, n° 142, p. 212.

⁵ Rapp. : Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 90 et s., où l'auteur considère que l'unilatéralisme « va contre le dogme de la force obligatoire du contrat ». Adde, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 79 et s., p. 77 et s., où l'auteur emploie exactement les termes « d'ennemi de la force obligatoire » pour décrire la crainte viscérale classiquement nourrie à l'endroit des pouvoirs de sanction maniés par les parties.

⁶ v. en ce sens : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., p. 691. Adde, Ph. DELEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., n° 5, p.

unilatérale aux risques et périls du créancier a pu être perçue comme entraînant une « quasi-démission »¹ du principe de force obligatoire. Le souci de perfection morale, et non pas seulement esthétique², attaché au contrat et au consensualisme avait également pu conduire certains auteurs à refuser qu'une faculté de dédit puisse s'exercer dans le cadre d'un contrat valablement et définitivement formé³. La nécessité de préserver la pureté du consensualisme fut alors à l'origine du développement de la théorie de la formation successive du contrat⁴, et cela, afin d'éviter une confrontation frontale de l'unilatéralisme et de la force obligatoire⁵.

Ainsi, à première vue, le constat semble sans appel. L'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels s'opposerait frontalement au principe de force obligatoire protecteur du consensualisme. Aucune conciliation ne serait possible. Le contrat ne saurait être remis en cause par l'une des parties en raison du principe d'irrévocabilité unilatérale qui se présente comme le corollaire du principe de force obligatoire. Cependant, il convient d'observer qu'une telle conclusion est très orientée idéologiquement. Elle est le reflet d'une conception surannée du contrat bâtie sur le dogme de l'autonomie de la volonté où la charge morale attachée à la promesse exclut toute possibilité pour les parties de revenir seules sur leur engagement pour modifier le contrat. Présentant un caractère désuet, cette conception du contrat ne semble pas se présenter comme un obstacle dirimant à une tentative de conciliation.

B. La conciliation.

189. La légitimation des atteintes à la force obligatoire.- L'unilatéralisme lié au phénomène de pouvoir contractuel s'oppose-t-il véritablement au principe de force obligatoire ? Comme constaté, formuler une réponse positive revient à embrasser une conception du contrat basée sur le dogme de l'autonomie de la volonté où la force obligatoire puise sa source dans la volonté même des parties. Or, cette conception est tout à fait désuète⁶ dans la mesure où les analyses modernes ont permis de démontrer que la force obligatoire du contrat ne découlait pas de l'autonomie de la volonté mais de la loi⁷. Aussi, la loi admet-elle, aujourd'hui, sur le

¹ v. : S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée* », Defrénois 2003 n°6, p. 369 et s., spéc., n° 5.

² La formule est ici une adaptation des propos de : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 89, où l'auteur retient à propos du contrat que celui-ci est : « doté d'une sorte de perfection esthétique et morale ».

³ v. à ce sujet : L. BOYER, « *La clause de dédit* », in *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et s., spéc., n° 1.

⁴ À propos de la théorie de la formation successive du contrat développée vis-à-vis des pouvoirs de rétractation, v. : *supra*, n° 9, spéc., p. 22 et s.

⁵ Une autre manière de protéger la pureté du consensualisme consistait à masquer l'unilatéralisme en rattachant ses effets à une source contractuelle fictive. Pour une illustration de ce procédé, v. : *supra*, n° 9, p. 21 et s.

⁶ v. en ce sens : B. STARCK, H. ROLAND, et L. BOYER, *Obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 23, p. 8, où les auteurs considèrent que « l'autonomie de la volonté est un mythe périmé »

⁷ KELSEN a fait remarquer que la volonté ne pouvait constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. (H. KELSEN, « *La théorie juridique de la convention* », APD, 1940, p. 33-76). Pour l'auteur « la convention est obligatoire [...] dans la mesure [...] où une norme d'un degré supérieur autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur » (n° 13). Le fondement positiviste et normativiste de la force obligatoire ne conduit cependant pas à dénier toute place à l'autonomie de la volonté. Pour KELSEN, il s'agit « d'une question de politique juridique à laquelle il faut répondre : parce que le législateur veut laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres, et parce qu'il estime qu'une réglementation

fondement du nouvel article 1193 du Code civil, dans les cas qu'elle spécifie, que l'une des parties puisse revenir sur sa parole pour se délier ou modifier unilatéralement le contrat. Dans une telle situation où l'ordre juridique reconnaît lui-même que les parties puissent déroger au principe de force obligatoire, l'unilatéralisme lié au phénomène de pouvoir contractuel ne semble pas se placer pas dans un rapport d'opposition avec ce dernier.

Mieux, cet unilatéralisme apparaîtrait comme « l'allié »¹ de la force obligatoire. Une telle conception de l'unilatéralisme a pu initialement être développée au soutien des pouvoirs contractuels dont l'objet est le prononcé d'une sanction et notamment pour appuyer la reconnaissance et le développement du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. L'argument repose alors sur deux fonctions qui sont communes à tous les pouvoirs de sanction². Ces derniers se mettraient au service de la force obligatoire, d'une part, en raison de leur fonction comminatoire. La menace d'une sanction brandie par l'une des parties incitant le cocontractant à exécuter sa prestation. D'autre part, les pouvoirs de sanction se mettraient au service du principe de force obligatoire en raison de leur fonction corrective ou punitive. Le prononcé d'une sanction décidée de manière unilatérale se présentant comme un moyen qui doit permettre de faire respecter la force obligatoire en réagissant de manière rapide et efficace contre la violation de ses engagements par le débiteur³. À cela, il a pu être ajouté que le prononcé d'une sanction prévue conventionnellement correspondrait à une simple exécution du contrat⁴, ce qui contribue encore à inscrire les pouvoirs contractuels de sanction dans une perspective de conciliation avec la force obligatoire. Une telle démarche conciliatrice pourrait, d'ailleurs, être étendue à une large majorité de pouvoirs contractuels. En effet, la souplesse⁵ introduite par le biais des pouvoirs permettant de préciser la qualité ou la quantité de l'objet de la prestation du débiteur, ou encore, par le pouvoir de se substituer un tiers, n'est-elle pas de nature à favoriser la survie du contrat, et donc, à préserver la force obligatoire⁶ ?

indépendante et autonome de ces intérêts est la solution la mieux indiquée et la plus juste » (KELSEN, art. préc., p. 48). Pour une réception de cette analyse purement positiviste du fondement de la force obligatoire en droit privé : v. not. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl. Paris, 1965, n° 113 et s., et n° 196 et s., v. également du même auteur : « *La force obligatoire du contrat* », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987 ; Adde, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 28, p. 33, pour qui : « la force obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à cette promesse ».

¹ Pour une telle référence à propos des sanctions prononcées par les parties au contrat, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 86, p. 82.

² Pour une mise en évidence de ces fonctions, v. : *Ibid.*, n° 86 et s., p. 82 et s.

³ Rapp., à propos de la clause résolutoire : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 108 et s., p. 117 et s., qui qualifie la clause résolutoire de : « peine privée contractuelle », qui dispose d'une double fonction : d'une part, une fonction comminatoire qui incite le débiteur à s'exécuter, et d'autre part, une fonction sanctionnatrice.

⁴ v. : F. OSMAN, « *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* », Defrénois 1993, art. n° 35433, p. 65 et s., spéc. n° 2, où l'auteur rapproche la mise en œuvre de la clause résolutoire et l'exécution du contrat.

⁵ v. au sujet de l'idée de souplesse introduite dans le contrat par les droits potestatifs contractuels : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 347 et s.

⁶ Rapp. : P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, op. cit.*, n° 263, spéc., p. 364, où l'auteur constate que la possibilité conférée à l'une des parties de déterminer unilatéralement le prix garantit « une plus grande souplesse au sein des relations contractuelles de longue durée » ce qui « tend à sauvegarder la pérennité du contrat ». Pérennité que l'auteur relie à l'efficacité économique et qu'il considère comme l'une des trois finalités qui doivent être assignées à la réorientation du principe de force obligatoire pour que ce dernier puisse accueillir l'unilatéralisme.

Néanmoins, pour les détracteurs de l'unilatéralisme, la conciliation ainsi opérée suppose nécessairement d'abandonner le fondement moral de la force obligatoire au profit d'une vision désincarnée du rapport contractuel bâtie sur l'efficacité économique. En sus d'être « un allié inutile », l'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels serait ainsi « un allié dangereux »¹.

Toutefois, il convient, ici, d'observer que la faiblesse des analyses doctrinales classiquement développées à propos des pouvoirs contractuels tient au fait que celles-ci sont figées autour d'une alternative formulée dans le plus pur style manichéen². Soit, on se montre attaché au fondement moral de la force obligatoire, et, dans une telle situation, on ne saurait que se montrer hostile vis-à-vis d'un contractant qui reviendrait sur sa parole pour modifier le contrat. Soit, on se montre favorable aux pouvoirs contractuels, auquel cas on se retrouve immédiatement affilié au courant de l'analyse économique du droit.

Les analyses modernes ont cependant pu mettre en évidence qu'une troisième voie était concevable. Le temps des rapports exclusivement conflictuels entre le droit et l'économie semble révolu³. En effet, il convient de « se départir d'une prise de position dogmatique en forme de "tout ou rien" »⁴ qui consisterait à asseoir la supériorité de la morale sur l'efficacité économique ou inversement⁵. Tant la morale que l'efficacité économique sont appelées à jouer un rôle en droit. Le respect dû à la parole donnée ne doit pas conduire à ignorer les considérations économiques visant à promouvoir l'utilité du contrat. Ainsi, l'influence combinée de ces deux facteurs invite à redéfinir le fondement de la force obligatoire du contrat autour du « juste » et de « l'utile »⁶. La force obligatoire doit prendre en considération

¹ v. en ce sens : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 93-94.

² Pour une formulation de cette alternative à propos du débat sur la résolution unilatérale, v. : Ch. JAMIN, « *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., n° 6, p. 76.

³ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 95, spéc., p. 90.

⁴ v. : C. PÉRÈS, « *Rapport introductif* », in *L'efficacité économique en droit*, ss. la dir. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, Economica, 2010, coll. Études Juridiques, vol. 33, p. 1 et s., spéc., n° 3, où l'auteure retient que l'on peut « raisonnablement se départir d'une prise de position dogmatique en forme de "tout ou rien", qui consisterait soit à louer sans réserve les vertus juridiques de l'efficacité économique, soit, au contraire, à rejeter en bloc les apports d'une utilisation nuancée de l'approche économique par le droit ». Adde, M.-A. FRISON-ROCHE, « *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit* », LPA, 2005, p. 15 et s., où l'auteure, qui se montre favorable aux outils que peut fournir l'analyse économique du droit (sur les vertus conférées par l'analyse économique du droit que sont : l'explication, l'aide à la réforme, la simplification et l'incitation, v. n° 22 et s.), fait notamment remarquer que les juristes ne s'offusquent pas de l'analyse morale du droit qui prétend à une universalité bien plus large que celle prônée par l'analyse économique (n° 18 et s.)

⁵ v. en ce sens : M.-A. FRISON-ROCHE, « *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit* », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, ss. la dir. G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, 2005, coll. Droit et Économie, p. 19 et s., spéc., p. 21-22, où l'auteure énonce : « Le seul risque à considérer serait que l'une des acceptions prétende recouvrir de sa supériorité l'autre toute entière, l'étouffer et régner seule ». L'auteure critique alors les conceptions purement économiques du droit qui rabaissent ce dernier au rang d'un simple « instrument de puissance » pouvant nuire au faible. Mais elle critique également les partisans d'une conception purement morale du droit qui refusent que l'on mesure son efficacité économique. L'auteure considère que cette dernière conception présente le danger de « rendre le droit aveugle »

⁶ Pour une explication du fondement de la force obligatoire non purement positiviste, puisant ses racines dans la notion socio-économique « d'utilité » et dans la notion morale de « justice », notions découlant toutes deux du droit objectif qui dépasse le simple droit positif, v. : J. GHESTIN « *L'utile et le juste dans les contrats* », APD, 1981, t. 26, p. 35 et s., du même auteur : « *La notion de contrat* », D. 1990, p. 147 et s., spéc. I, B, 1 ; « *Le contrat en tant qu'échange économique* », in *Revue d'économie industrielle*, 2000, p. 81 et s., spéc., n° 14 et s., p. 90 et s. ;

l'individu, l'être, mais également l'utile, le résultat chiffré. En somme le contrat se présenterait comme l'association « des chiffres et des êtres »¹...

Dans une telle perspective, l'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels semblerait en mesure d'être concilié avec le principe de force obligatoire². Le pouvoir conféré à l'une des parties, ou aux deux parties, de se délier du contrat, de suspendre l'exécution, de modifier l'objet des obligations, ou encore, de modifier les effets non-obligationnels du contrat – effet réel et effet assujettissant –, serait légitimé par le fondement économique de la force obligatoire. Pour autant, l'exercice des pouvoirs contractuels ne doit pas heurter le fondement moral de la force obligatoire au risque de rompre « l'alliance »³ nouvellement établie. Autrement dit, l'admission des pouvoirs contractuels ne doit pas faire abdiquer la morale. Le fondement moral de la force obligatoire impose alors de tenir compte de l'individu qui constitue le sujet d'imputation passif des effets du pouvoir, c'est-à-dire de tenir compte de ses intérêts. Toutefois, cet argument moral, s'il est plus aisément perceptible, ne semble pas être le seul qui doive permettre d'expliquer la nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant.

190. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant.- Si le fondement moral de la force obligatoire invite le titulaire du pouvoir à l'exercer en tenant compte de l'intérêt de son cocontractant, cette nécessité, qui peut paraître évidente pour certains, peut sembler étrangère à d'autres. Ainsi, M. MARTIN DE LA MOUTTE affirmait-il à propos de l'acte unilatéral de retrait ou de résiliation d'un contrat à exécution successive que « [l']intérêt contradictoire n'est jamais pris en considération dans l'acte »⁴. S'il est vrai que l'exercice d'un pouvoir contractuel conduit à exprimer l'intérêt de son auteur, pour autant, dénier toute place à l'intérêt du sujet d'imputation passif peut sembler excessif. S'il semble également impossible de suggérer que l'exercice des pouvoirs contractuels se réalise dans l'intérêt commun des parties puisque l'unilatéralisme contractuel se présente comme le « temple » de l'opposition des intérêts de chacune des parties⁵, il apparaît néanmoins indispensable de tenir compte de l'intérêt du sujet

v. encore, pour un encadrement du principe de l'autonomie de la volonté justifié par les principes de justice et d'utilité sociale : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 29, p. 35 ;

¹ Rappr. : D. MAZEAUD, « *Le droit des obligations et l'efficacité économique* », in *L'efficacité économique en droit*, ss. la dir. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, Economica, 2010, coll. Études Juridiques, vol. 33, p. 67 et s., spéc., n° 5, p. 69 : « Le droit ne doit pas se réduire à la recherche de l'utile, il doit aussi poursuivre le juste ; le droit des obligations doit non seulement conjuguer le verbe avoir, mais aussi le verbe être ; le droit des obligations, ce sont des chiffres, ce sont des êtres, des chiffres et des êtres en somme... ».

² Comp. : P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, op. cit.*, n° 190 et s., p. 277 et s., où l'auteur considère que le principe de force obligatoire redéfini autour de l'utile et du juste, mais aussi des impératifs « d'efficacité contractuelle », de sécurité juridique et de liberté contractuelle, doit permettre d'accueillir l'unilatéralisme.

³ Le terme a pu être employé à propos des Principes du droit européen du contrat par : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 263 et s., spéc., p. 265. L'auteur constate que : « la philosophie des Principes du droit européen du contrat n'est pas de substituer l'efficacité à la moralité, mais bien plutôt de conclure entre elles une nouvelle alliance ».

⁴ v. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 34, p. 44.

⁵ Ce constat repose sur l'observation de ce que le titulaire d'un pouvoir contractuel va exercer celui-ci pour faire valoir son intérêt alors que la préservation de l'intérêt du cocontractant commanderait de ne pas exercer ce pouvoir ou de l'exercer autrement. Par exemple, lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel de résolution, de résiliation ou de rétractation décide de le mettre en œuvre pour exprimer son intérêt, celui-ci s'oppose bien souvent à l'intérêt

d'imputation passif. L'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels doit ainsi venir exprimer l'intérêt de son titulaire, tout en tenant compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif.

Cette nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant trouve également une justification de type technique qui s'avère être liée à la finalité même du principe de force obligatoire et, plus précisément, à celle de son corollaire que constitue l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Pour le comprendre, il convient, au préalable, de constater que le principe de force obligatoire, via son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale du contrat, a pour finalité protéger les intérêts de chacune des parties au contrat.

L'exigence d'une modification négociée devait, en effet, permettre à chaque partie de défendre son intérêt. De même, l'interdiction faite à une partie de se délier seule, notamment en cas d'inexécution de la part de son cocontractant, associée à la nécessité de s'adresser au juge pour demander la résolution du contrat en cas d'inexécution, permettaient de tenir compte de l'intérêt de chacune des parties.

Le phénomène de pouvoir contractuel, en conférant, alors, à l'une des parties la possibilité de modifier seule le contrat, a pour effet de priver le cocontractant qui subit l'exercice du pouvoir des mécanismes sus-évoqués liés à la force obligatoire et à son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale, qui permettaient, antérieurement, de protéger son intérêt.

Or, l'intérêt du cocontractant qui subit les effets du pouvoir ne doit pas être ignoré. À défaut, ce serait la structure même du contrat qui serait bafouée. En effet, il a pu être constaté que la structure du contrat-commutation, tout comme celle du contrat qui organise les rapports internes entre les membres d'un groupement de droit privé¹, reposait sur la conciliation d'intérêts distincts². De même, le contrat-coopération repose sur la conciliation d'intérêts complémentaires mais distincts³. Dès lors, autoriser l'une des parties à modifier le contrat en ignorant l'intérêt du cocontractant reviendrait à nier la structure même du contrat qui met en présence, au minimum, deux intérêts distincts. Si les pouvoirs contractuels permettent à l'une des parties de faire prévaloir son intérêt sur celui de son cocontractant, ils ne doivent donc pas, pour autant, être exercés en faisant totalement abstraction des intérêts de ce dernier. Au-delà de l'argument moral, c'est ainsi un argument lié à la structure même du contrat, autrement dit un argument de type purement technique, qui impose au titulaire d'un pouvoir contractuel, à l'occasion de son exercice, de tenir compte de l'intérêt du cocontractant ou des cocontractants⁴.

du cocontractant qui désirerait poursuivre le contrat. De même, en cas de fixation unilatérale du prix, les intérêts du titulaire du pouvoir et du cocontractant sont généralement en opposition. Le premier souhaitant fixer le prix le plus élevé possible alors que ce dernier aurait préféré que le pouvoir fut exercé d'une autre façon afin d'obtenir un prix plus faible.

¹ Il a pu être mis en évidence que le contrat organisant les rapports entre les membres d'un groupement pluripersonnel pouvait également présenter les traits d'un contrat-commutation lorsque les parties décident d'échanger les droits et obligations nés de l'acte constitutif.

² À propos de la structure du contrat-commutation, v. : *supra*, n° 26, p. 51 et s. Et à propos de la structure du contrat organisant les rapports internes entre les membres d'un groupement de droit privé, v. : *supra*, n° 69 et s., p. 89 s.

³ À ce sujet, v. : *supra*, n° 88, p. 107 s.

⁴ Le contrat étant un rapport intersubjectif, il est possible d'énoncer, certes de manière très prosaïque, que si le contrat c'est moi, c'est aussi nécessairement l'autre. La structure même du contrat commande ainsi la prise en compte de l'intérêt du cocontractant.

Par conséquent, la conciliation du phénomène de pouvoir contractuel et du principe de force obligatoire ne pourra être réalisée que si le premier tient compte de la finalité qui était assignée au second via le principe de l'irrévocabilité unilatérale. Autrement dit, la disparition de la protection garantie par le principe d'irrévocabilité unilatérale ne sera véritablement compensée que si l'unilatéralisme lié aux pouvoirs contractuels est entouré de mécanismes permettant de tenir compte de l'intérêt du cocontractant.

191. Conclusion du Chapitre III.- L'étude des modalités de réalisation des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence que ceux-ci permettent de modifier les effets du contrat via l'édition d'un acte juridique unilatéral. Rattacher le support de l'expression des pouvoirs contractuels à la notion d'acte juridique unilatéral est, en effet, apparu pertinent dans la mesure où les traits caractéristiques classiques de l'acte juridique unilatéral ont pu être identifiés à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

En premier lieu, la production d'un effet de droit, qui est généralement analysée comme une modification de l'ordonnement juridique, a pu être identifiée dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. L'ordonnement juridique étant notamment composé de situations juridiques contractuelles, la modification des effets produits par celles-ci suite à l'exercice d'un pouvoir contractuel se présentant, ainsi, comme étant à l'origine d'un nouvel effet de droit.

En second lieu, il a pu être constaté que ces effets de droit résultent d'une manifestation de volonté prenant appui sur le droit objectif, ce qui a permis de mettre en lumière les éléments caractéristiques invariables qui composent la source d'un acte juridique. À cela, il a pu être ajouté que les modalités susceptibles d'affecter la source d'un acte juridique pouvaient se retrouver dans le cadre de l'exercice des pouvoirs contractuels. L'acte juridique édicté pouvant alors être, soit, un acte juridique unilatéral simple, soit, un acte juridique unilatéral conjonctif.

L'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral a, de la sorte, permis de mettre en évidence que le support de l'exercice des pouvoirs contractuels correspond bien, sur le plan technique, à un acte juridique unilatéral.

Aussi, compte tenu de son insertion dans un contexte contractuel, cet acte juridique unilatéral présente-t-il trois traits caractéristiques spécifiques. Il s'agit, en premier lieu, d'un acte détachable, c'est-à-dire d'un acte qui dispose de conditions de validité distinctes de celles du contrat dans lequel il s'insère. En second lieu, il s'agit d'un acte irrévocable dans la mesure où une fois ses effets produits, celui-ci s'intègre à la norme contractuelle et se retrouve soumis à la force obligatoire du contrat et à son corollaire, à savoir, l'irrévocabilité unilatérale. En troisième et dernier lieu, il s'agit d'un acte réceptice, c'est-à-dire d'un acte qui ne produit ses effets qu'une fois arrivé à destination et connu de son destinataire. En outre, la qualification d'acte juridique unilatéral a pu être mise à l'épreuve en la confrontant à la notion de décision. Seulement, l'imprécision de cette dernière, qui regroupe aussi bien des actes juridiques que de simples actes matériels, a conduit à lui préférer la qualification d'acte juridique unilatéral.

Toutefois deux obstacles ont pu alors se dresser sur la voie de l'identification d'un acte juridique unilatéral.

Dans un premier temps, reconnaître qu'un acte juridique unilatéral puisse constituer le support des pouvoirs contractuels de sanction a pu sembler entrer en contradiction avec l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». La mise en lumière du véritable sens de cet adage, dont l'objet n'est pas de consacrer le monopole de la justice étatique, mais d'exiger que la justice privée soit articulée à la justice étatique, a permis d'opérer une conciliation entre les pouvoirs contractuels de sanction et ledit adage. Une partie est donc autorisée à dire le droit, c'est-à-dire à prendre un acte juridique unilatéral destiné à sanctionner son cocontractant, dès lors qu'est ménagée la possibilité de saisir le juge étatique afin que celui-ci puisse contrôler la décision adoptée.

Dans un second temps, admettre qu'une partie puisse, au moyen d'un acte unilatéral, modifier le contrat, a pu sembler entrer en contradiction avec le principe de force obligatoire et son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Une telle opposition était liée à une conception exclusivement morale du fondement de la force obligatoire. La mise en évidence de ce que le fondement de la force obligatoire combine aujourd'hui des nécessités tirées à la fois de l'efficacité économique et de la morale a permis de réaliser une conciliation entre les pouvoirs contractuels et le principe de force obligatoire.

Aussi, il a pu être montré que cette conciliation suppose que le titulaire du pouvoir contractuel tienne compte de l'intérêt de son cocontractant lorsqu'il exerce son pouvoir et édicte un acte juridique unilatéral modifiant les effets du contrat.

Cette nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant apparaît justifiée, d'une part, en raison de la place réservée à la morale au sein du nouveau fondement de la force obligatoire. Il ne saurait, en effet, être question de totalement sacrifier le juste à l'utile, autrement dit, de sacrifier totalement la protection des intérêts du cocontractant, au profit de l'efficacité économique.

La nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant trouve également une justification de type technique. Cette justification est liée au contournement, par les pouvoirs contractuels, du dispositif de protection que constituait l'irrévocabilité unilatérale dont la finalité était de garantir la protection des intérêts du cocontractant. En effet, à l'occasion d'une modification des effets du contrat décidée unilatéralement, le cocontractant ne peut pas défendre ses intérêts en refusant le principe de la modification ou en négociant ses termes : il est tenu de la subir. De même, il ne peut s'opposer à ce qu'une partie puisse unilatéralement se délier en faisant usage d'un pouvoir de résiliation ou de résolution du contrat.

Dans une telle perspective, autoriser le titulaire du pouvoir à modifier arbitrairement le contrat, c'est-à-dire l'autoriser à modifier les effets du contrat en faisant fi de l'intérêt de son cocontractant, reviendrait à nier la structure même du contrat qui repose sur un équilibre établi entre, au minimum, deux intérêts distincts. Dès lors, l'union de la logique du pouvoir et de celle du contrat suppose le déploiement d'un mécanisme qui impose au titulaire d'un pouvoir contractuel de tenir compte de l'intérêt de son cocontractant.

192. Conclusion du Titre I.- L'identification des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel a permis de mettre en évidence que celui-ci transcende les différentes catégories de contrats dégagées par la doctrine. En effet, des manifestations du phénomène de pouvoir

contractuel ont pu être recensées, à la fois, dans le contrat-commutation, dans le contrat qui organise les relations entre les membres d'un groupement de droit privé, mais également dans le contrat-coopération.

À la diversité de leur domaine s'ajoute la variété de leur objet. Si tous les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets du contrat, tous, en réalité, n'ont pas pour objet de modifier les mêmes effets du contrat. Ainsi, certains ont-ils pour objet de modifier les effets obligationnels du contrat, alors que d'autres ont pour objet de modifier les effets non-obligationnels du contrat. Cependant, une observation a pu être formulée, tout au long de l'étude de l'objet des pouvoirs contractuels, au sujet de la portée des effets de la modification : celle-ci affecte tant la situation juridique du titulaire du pouvoir que celle de son cocontractant, ce qui constitue un point commun à tous les pouvoirs contractuels. Ces éléments devront alors guider l'opération de qualification des pouvoirs contractuels puisqu'il s'agira d'identifier une prérogative qui permet à son titulaire d'imposer une modification des effets du contrat qui affecte, tant sa situation juridique personnelle, que celle de son cocontractant, c'est-à-dire une prérogative qui permet d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui.

Aussi, au-delà de la diversité de leur domaine et de la variété de leur objet, il a pu être montré que le support de l'expression des pouvoirs contractuels pouvait être appréhendé sur un mode unitaire. En effet, il a pu être observé que la modification du contrat reposait sur l'édition, par le titulaire du pouvoir, d'un acte juridique unilatéral¹, présentant des traits caractéristiques particuliers. Cet acte étant détachable, irrévocable et réceptice.

Toutefois, reconnaître qu'une partie puisse, au moyen d'un acte unilatéral, produire des effets de droit modifiant le contrat, a pu sembler entrer en contradiction avec le corollaire du principe de force obligatoire, à savoir, l'irrévocabilité unilatérale du contrat. Or, il a pu être constaté que la conciliation du principe de force obligatoire avec le phénomène de pouvoir contractuel suppose que la modification du contrat soit réalisée en tenant compte de l'intérêt du cocontractant sujet d'imputation passif.

Cet élément devra donc également guider l'opération de qualification des pouvoirs contractuels puisqu'il invite à identifier une prérogative dont l'exercice n'est pas abandonné au libre arbitre de son titulaire, mais qui impose à ce dernier de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de sa mise en œuvre.

¹ L'identification d'un acte juridique unilatéral fournira un précieux support permettant d'expliquer sur « quoi » le juge s'appuie à l'occasion du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels.

Titre II

La qualification des pouvoirs contractuels.

193. **Déterminer la nature des pouvoirs contractuels.**- Si l'opération de qualification constitue l'une des tâches quotidiennement assignées au juriste¹, celle-ci n'en demeure pas moins capitale. D'un point de vue étymologique, le verbe « qualifier » tire son origine du latin « *qualificare* » qui signifie : « dire lequel parmi plusieurs »². En ce sens, « qualifier » évoque l'idée d'un choix. Or, ce choix présente la particularité de ne pas être un choix arbitraire, subjectif, mais d'être un choix raisonné, objectif, fondé sur une opération intellectuelle consistant à identifier, au sein d'un phénomène, les traits caractéristiques propres à une catégorie juridique préexistante³. Aussi, la confrontation de l'ordre juridique au phénomène étudié⁴ aura-t-elle pour résultat l'application audit « phénomène concret d'un *terme* représentant son équivalent juridique »⁵. Ainsi, le rattachement de l'élément objet de l'opération de qualification à une catégorie juridique préexistante autorise-t-il à lui donner un nom⁶, et permettra, par conséquent, de déterminer sa nature⁷.

Entreprendre de qualifier les pouvoirs contractuels, qui se manifestent, concrètement, sous la forme de prérogatives juridiques⁸ conférant la possibilité à une partie, via l'édiction d'un

¹ D'après la formule célèbre de : H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1955, 2^{ème} éd., n° 298, p. 255 : « [...] le travail quotidien du juriste consiste à déterminer la catégorie générale applicable à un cas concret : c'est qualifier le cas concret ».

² Favorables à cette définition : J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1949, 2^{ème} éd., p. 453 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969, p. 15.

³ Rappr. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Qualification, sens 1 : « Opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement ».

⁴ Rappr. : H. CROZE, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, thèse Lyon III, 1981, p. 25, où l'auteur énonce que qualifier : « c'est confronter le fait à l'ordre juridique ».

⁵ v. en ce sens : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préf. P. ROUBIER, Sirey 1948, Rééd. Dalloz, avant-propos M.-A. FRISON-ROCHE, 2002, n° 22, spéc., p. 24, où l'auteur énonce : « La traduction juridique du fait social s'opère, en effet, au moyen d'une "qualification", c'est-à-dire par l'application au phénomène concret d'un *terme* représentant son équivalent juridique ». (L'auteur souligne).

⁶ À propos de l'idée de « donner un nom aux choses », v. : O. CAYLA, « *La qualification, ou la vérité du droit* », in *Droits, revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 3-16.

⁷ v. : H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936, p. 397, où l'auteur définissait la qualification comme la « détermination de la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans l'une des catégories juridiques existantes ».

⁸ Certains pourraient objecter qu'utiliser le terme « prérogative » équivaut déjà à se prononcer sur une qualification. Si l'objection paraît fondée, il convient toutefois d'en relativiser la portée. En effet, ici la notion de « prérogative » est employé dans son acception neutre où celle-ci se présente comme « un terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait ». (v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Prérrogative, sens n° 3). De plus, il doit être concédé que toute étude a besoin d'un point de départ arrêté plus ou moins arbitrairement. Ici, le point de

acte juridique unilatéral, de modifier les effets d'un contrat définitivement formé, invite, alors, à identifier au sein desdits pouvoirs les traits caractéristiques qu'ils partageraient avec l'une des catégories préexistantes de prérogatives juridiques que sont les droits subjectifs, les droits potestatifs, les pouvoirs, les libertés, ou encore, les facultés. De plus, il convient d'ajouter que l'opération de qualification permet, suite à la détermination de la nature du phénomène, de lui appliquer un régime juridique adéquat. À ce titre, il convient de rappeler que le régime qui, par la suite, sera en jeu, est celui du contrôle des pouvoirs contractuels. Or, un tel contrôle ne se montrera véritablement adapté que s'il épouse parfaitement les contours des pouvoirs contractuels.

Dans une telle optique, identifier la catégorie juridique à laquelle peuvent être rattachés les pouvoirs contractuels, c'est-à-dire mener à bien l'opération qui consiste à déterminer la nature des pouvoirs contractuels afin de leur attribuer « un nom parmi tant d'autres »¹, apparaît primordiale.

194. Tentative d'approche unitaire.- Primordiale, l'opération de qualification des pouvoirs contractuels se présente néanmoins comme une tâche délicate. En effet, il n'existe pas de consensus doctrinal au sujet de la qualification du phénomène de pouvoir contractuel. Si certains auteurs voient dans les pouvoirs contractuels des « droits subjectifs particuliers »², d'autres préfèrent recourir à la qualification de « pouvoirs »³ ou encore de « droits-

départ consiste à qualifier les pouvoirs contractuels de prérogatives juridiques, c'est-à-dire encore très simplement, de droits.

¹ v. : P. FRÉCHETTE, « *La qualification des contrats : aspects théoriques* », in *Les Cahiers de droit*, 2010, n° 1, vol. 51, p. 117 et s., spéc., p. 119.

² v. en ce sens : Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », in *Débat : Obligation de motivation et droit des contrats*, RDC 2004, p. 579 et s., spéc. n° 3, p. 581 où l'auteur remarque que : « dans de nombreuses occurrences, chaque contractant est doté du droit de compléter ou de modifier le contrat, et même d'en prononcer l'extinction ». Puis l'auteur s'interroge sur la nature de ces prérogatives, spéc. n° 6, p. 586 : il considère alors que ces prérogatives doivent répondre à une obligation de motivation et que celle-ci est « une négation du droit subjectif ». L'auteur conclut alors ses développements en distinguant deux types de prérogatives permettant d'influer sur le contrat : « les pouvoirs stricto sensu » et « les droits subjectifs soumis à une logique de pouvoir ». Adde, C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : étude comparative*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008, n° 19, p. 10, où l'auteure fait référence à la notion de droit subjectif pour décrire le support des mécanismes de justice privée offerts aux parties.

³ v. en ce sens : M. MEKKI, « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* » in RDC, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1051 et s., qui constate au sujet des clauses contractuelles : « Les clauses apparaissent fréquemment comme un moyen privilégié d'octroyer un *pouvoir* unilatéral à l'une des parties » (Nous soulignons) ; L. AYNÈS, « *Mauvaise foi et prérogative contractuelle* » in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 687 et s., n° 10 : « Ces prérogatives, [...] sont des *pouvoirs* attachés à la qualité de contractant » (Nous soulignons) ; Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », in *Les prérogatives contractuelles* colloque préc., p. 681 et s., n° 2 : « En revanche, sont des prérogatives contractuelles les clauses d'agrément, les clauses de dédit, les clauses résolutoires, les clauses allégeant les obligations et les clauses de responsabilité proprement dites, aussi bien les clauses de non-responsabilité que les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation. À travers elles, les parties déterminent leurs propres *pouvoirs contractuels* » (Nous soulignons) ; D. MAZEAUD, « *b. La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat* », in RDC, 01 avril 2010 n° 2, p. 561, comm. Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n° 275, où au sujet de la clause d'agrément l'auteur constate : « Or, à l'évidence, une telle clause entre bien dans la catégorie des prérogatives contractuelles, à savoir les *pouvoirs* contractuellement octroyés à un contractant [...] » (Nous soulignons) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 440, spéc. p. 458 : « [...] les prérogatives contractuelles, c'est-à-dire les '*pouvoirs* d'essence unilatérale' accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi [...] » (Nous soulignons) : la même définition est retenue par :

potestatifs »¹. D'autres encore font appel à une combinaison de notions : droits potestatifs ayant la nature de pouvoirs², droits subjectifs-potestatifs³, ou encore, droits potestatifs se rapprochant de facultés⁴. Pour sa part, la jurisprudence fait référence à des « prérogatives contractuelles »⁵.

L'objectif consistera alors ici à démontrer, qu'en dépit de l'hétérogénéité des qualifications proposées, le phénomène de pouvoir contractuel peut être appréhendé sur un mode unitaire, et cela, quelle que soit la nature du rapport contractuel dans lequel il s'inscrit⁶. Aussi, la possibilité offerte à l'une des parties d'imposer une modification des effets du contrat au moyen de l'édiction d'un acte juridique unilatéral traduit-elle une situation de domination

H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 2008, 12^{ème} éd., n° 164, spéc. p. 176.

¹ v. en ce sens : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 3, p. 748-749, qui reprend la définition des droits potestatifs dégagée par I. NAJJAR ; F. CHÉNEDÉ, « *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 709 et s., n° 8 et s., où l'auteur distingue, d'une part, les « droits défensifs » qui sont « les prérogatives qui permettent à une partie de se dire libérer, ou, à tout le moins, de voir son engagement limité : c'est la clause de réduction de prescription, la clause de non-recours, ou encore, bien sûr, la clause limitative de responsabilité » et d'autre part, les « droits potestatifs » soit qui permettent de « s'opposer à la création d'une situation juridique », tel que le pouvoir d'agrément, soit qui « autorisent le *potentior* à modifier les termes d'un contrat en cours ou à déterminer le contenu d'un contrat à venir » ; O. DESHAYES, « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles colloque préc.*, p. 726 et s., n° 3 : « Elle commande une certaine définition des prérogatives contractuelles, invitant à y voir des prérogatives unilatérales, des *droits potestatifs* » (Nous soulignons) ; Y.-M. LAITHIER, « *b. La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat* », in RDC, 01 avril 2010 n° 2, p. 561, comm. Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Bull. civ. III*, n° 275, qui au sujet de la clause d'agrément retient : « Certes, puisqu'elle confère un 'droit potestatif', on pourrait la ranger parmi les '*droits légalement convenus entre les parties*', mais cette formule désigne seulement, dans l'esprit de ses promoteurs, le '*cœur du contrat*' » (L'auteur souligne) ;

² v. en ce sens : L. AYNÈS, « *b. bonne foi* » comm. Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ. IV*, n° 188, in RDC, 01 octobre 2007 n° 4, p. 1107, où l'auteur retient, au sujet des prérogatives contractuelles : « Ce sont des *pouvoirs* d'essence unilatérale, qui permettent à l'une des parties de modifier la situation de l'autre par l'exercice unilatéral de sa volonté, où l'on reconnaît la définition du *droit potestatif* [...] » (Nous soulignons) ; S. PRIGENT, « *Le dualisme dans l'obligation* », in RTD Civ. 2008, p. 401 et s. : « Il peut également se greffer sur le rapport de créance et de dette des *droits potestatifs*. Ceux-ci peuvent être définis comme des *pouvoirs* [...] » (Nous soulignons) ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Préf. L. AYNÈS, Postface F. TERRÉ, LGDJ, 2012, n° 390, p. 223 : « «La clause de pouvoir» se définit comme une stipulation source de prérogatives ayant la nature de *droits potestatifs* ou, plus simplement, de «*pouvoirs*» » (Nous soulignons).

³ v. en ce sens : C. POMART-NOMDEDEO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », in RTD Civ 2010 p. 209 et s., note de bas de page n° 59 : « Les *droits potestatifs* s'analysent en des *droits subjectifs* qui impliquent certes un *pouvoir*, mais ce dernier est précisé dans sa finalité : il doit être exercé sur une situation juridique qu'il transforme et dans l'intérêt du *potentior* ». (Nous soulignons) ; A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, op. cit.*, où l'auteure qualifie successivement le droit de résoudre unilatéralement le contrat de droit subjectif (n° 424 et s., p. 261 et s.) et de droit potestatif (n° 465 et s., p. 282 et s.).

⁴ v. en ce sens : D. HOUTCIEFF, « *Chronique de droit commun des contrats n° 1* », LPA, 06 février 2008 n° 27, p. 6, n° V : « La prérogative, que le juge peut paralyser ne se définit par ailleurs pas aisément. La notion recouvre des catégories souvent mal définies, telles que celles des '*droits potestatifs*' ou autres '*facultés*'. (Nous soulignons).

⁵ v. : Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ. IV*, n° 188, et Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Bull. civ. III*, n° 275.

⁶ *Contra*, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, où l'auteure retient (n° 177 et s., p. 145 et s.) que les prérogatives permettant à l'une des parties de sanctionner son cocontractant doivent être qualifiées de pouvoirs dans le cadre des contrats à l'origine « d'une collectivité » (l'auteur fait alors référence au pouvoir de l'employeur, au pouvoir du promoteur d'un réseau de distribution et au pouvoir de sanction permettant l'exclusion d'un membre d'un groupement de droit privé), et de droits subjectifs (n° 165 et s., p. 138 et s.) dans les contrats-échange « égalitaires » ou « inégalitaires », c'est-à-dire les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur).

contractuelle qui évoque l'idée d'un rapport de puissance, de *potestas*. Cette observation invite alors, de manière intuitive, à rapprocher le phénomène de pouvoir contractuel de la notion de droit potestatif en raison notamment de l'élément de domination qu'ils véhiculent à travers la notion de « sujétion ». Il conviendra alors d'éprouver cette intuition en démontrant plus précisément pourquoi les pouvoirs contractuels doivent être qualifiés de droits potestatifs (Chapitre I). Si la qualification de droit potestatif permettra de décrire adéquatement la situation de supériorité de l'un des contractants sur l'autre, celle-ci se révélera cependant, à elle seule, insusceptible de restituer l'ensemble des nuances propres au phénomène de pouvoir contractuel. Il s'agira alors d'observer que les pouvoirs contractuels sont, en raison même de leur inclusion dans un contexte contractuel, des droits potestatifs d'un type particulier : des droits potestatifs finalisés (Chapitre II).

Chapitre I

Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs.

195. **Une qualification nécessaire mais insuffisante.**- Le phénomène de pouvoir contractuel qui permet à l'une des parties d'imposer à son cocontractant ou à ses cocontractants une modification de la situation contractuelle évoque indéniablement l'idée d'une prérogative, d'un droit, qui « emprunte les traits de la puissance »¹. Au plan terminologique, les termes « pouvoir », « puissance », et « potestatif » disposent d'une origine latine commune en ce qu'ils sont issus des formes à radical en « *pot-* : *potest-* » qui ont donné le verbe « *possum, potes, posse, potui* » – pouvoir –, le nom « *potestas* » – la puissance –, et l'adjectif « *potestativus* » – potestatif –. Aussi, loin de se limiter à un simple rapprochement terminologique, les pouvoirs contractuels et les droits potestatifs semblent-ils susceptibles de faire l'objet d'un rapprochement au plan notionnel, c'est-à-dire au plan de la technique juridique. L'objectif premier consistera alors à démontrer pourquoi la qualification de droit potestatif s'impose, c'est-à-dire pourquoi cette qualification apparaît comme étant nécessaire. Toutefois, la qualification de droit potestatif va, dans un second temps, se révéler trop fruste en ce qu'elle ne permet pas de traduire, au plan technique, la nécessité de prendre en compte l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire l'intérêt du cocontractant. Bien que nécessaire, la qualification de droit potestatif va ainsi apparaître, à elle seule, insuffisante pour décrire l'ensemble du phénomène de pouvoir contractuel.

Par conséquent, après avoir envisagé, dans un premier temps, la nécessaire qualification de droit potestatif (Section I), il conviendra de voir, dans un second temps, l'insuffisance de la seule qualification de droit potestatif (Section II).

SECTION I : LA NÉCESSAIRE QUALIFICATION DE DROIT POTESTATIF.

196. **Justification de la qualification de droit potestatif.**- Rattacher le phénomène de pouvoir contractuel à la catégorie des droits potestatifs peut se justifier à la fois de manière négative et de manière positive. L'approche positive consiste à identifier dans les pouvoirs contractuels les traits caractéristiques propres à une catégorie préexistante de prérogatives juridiques pour conclure à une assimilation, sinon à un rapprochement. L'approche négative consiste, pour sa part, à écarter une qualification en raison de la mise en évidence d'une inadéquation entre les traits caractéristiques des pouvoirs contractuels et les traits caractéristiques propres à une catégorie préexistante de prérogatives juridiques. Parmi les catégories préexistantes de prérogatives juridiques, il est possible de compter, alors, les droits

¹ v. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 2, p. 747.

subjectifs, les droits potestatifs, les pouvoirs, les libertés, ou encore, les facultés. Si l'on met de côté, pour l'instant, l'étude des rapports¹ du phénomène de pouvoir contractuel avec les notions de droit subjectif et de pouvoir *stricto sensu*², il semble possible de constater que deux qualifications peuvent, d'emblée, apparaître comme inadéquates.

197. Rejet de la qualification de liberté.- La première qualification qui doit, semble-t-il, être immédiatement écartée est celle de « liberté ». Si certains auteurs ont pu identifier dans le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée la mise en œuvre d'une liberté³, un tel rapprochement, qui semble approprié pour décrire la source dudit pouvoir de résiliation⁴, ne saurait cependant être correct au plan notionnel. En effet, il semble s'inférer des diverses analyses doctrinales que la notion de liberté s'organise autour de trois traits caractéristiques.

Tout d'abord, les libertés apparaissent comme des prérogatives inconditionnées⁵, c'est-à-dire non-finalisées, ne tendant pas vers la réalisation d'un but précis, mais offrant, au contraire, une multitude de possibilités⁶ à l'occasion de leur mise en œuvre. À l'opposé, l'exercice des pouvoirs contractuels est soumis à des conditions prédéterminées de manière objective⁷. En guise d'illustration, il est possible de faire référence au pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et au pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire qui ne permettent que de mettre fin au contrat qu'en présence d'un répondant à un certain degré de gravité⁸. Dans le même ordre d'idées, il est possible de faire allusion au pouvoir

¹ À propos des rapports entre les notions de pouvoir contractuel, de droit potestatif, de droit subjectif et de pouvoir, v. : *infra*, n° 196 et s., p. 219 et s.

² La notion de pouvoir sera ici entendue dans son acception de prérogative finalisée « confiée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 20, p. 21). En effet, la doctrine n'a pas toujours distingué les droits subjectifs et les pouvoirs, faisant de ces derniers des éléments constitutifs des premiers. (v. par ex. : G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 122, où l'auteur définit le droit subjectif comme un « pouvoir égoïste »).

³ v. par ex. : J. MESTRE et B. FAGES, « *Effets de la tacite reconduction* », *RTD. civ.* 2006, p. 114 et s., où les auteurs évoquent : « la liberté de résiliation unilatérale ».

⁴ Si le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée prend sa source dans la prohibition des engagements perpétuels qui se présente comme l'une des conséquences de la liberté individuelle, cela ne signifie pas, pour autant, que ce pouvoir ait la nature d'une liberté. Il convient ainsi de distinguer la source d'une prérogative et sa nature.

⁵ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 20, p. 147.

⁶ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 20, spéc., p. 150 où l'auteur retient que : « la liberté se produit sous des aspects infiniment variés » et que la liberté ne tend pas « vers un but défini ; elle représente une série de possibilités en tous sens, même de possibilités directement contraires les unes aux autres » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2000, 5^{ème} éd., n° 961, p. 359 : « la liberté est une prérogative qui n'est ni définie ni causée, car elle comporte une variété de solutions quasi illimitée » ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1996, 3^{ème} éd., coll. Précis, n° 256, p. 237, où l'auteur énonce que : « la liberté se montre rebelle à un cadre précis ordonnant son existence et sa destinée ». *Adde*, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., rééd. 2006, Préf. D. DEROUSSIN, n° 118, spéc., p. 162, où l'auteur constate que la liberté se présente sous la forme : « d'un droit générique, ample et flou [...] ».

⁷ À propos de l'objectivation des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire de leur soumission au mécanisme de la finalisation, v. : *infra*, n° 273 et s., p. 304 et s.

⁸ Dans le cadre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, ce degré de gravité est défini par la loi. Celle-ci exigeant une « inexécution suffisamment grave » (v. : le nouvel art. 1224 du C. Civ.). En matière de clause résolutoire, ce sont les parties qui auront prédéfini de manière objective et préalablement la gravité des manquements justifiant la mise en œuvre du pouvoir de résolution qui en est issu.

issu d'une clause de dédit¹ ou de réméré qui ne permettent d'anéantir le contrat qu'au moyen du versement d'une certaine somme d'argent.

Ensuite, il est traditionnellement affirmé que les libertés sont, sous réserve des conditions définies par la loi, accordées de manière égalitaire, c'est-à-dire uniforme, à tous les sujets de droit². Au contraire, la jouissance des pouvoirs contractuels fait l'objet, hormis quelques cas particuliers³, d'une répartition inégalitaire. En effet, que l'on songe aux droits de rétractation confiés aux consommateurs, au pouvoir de retrait ou de repentir confié à l'auteur d'une œuvre de l'esprit, aux pouvoirs d'agrément, ou encore du pouvoir disciplinaire : tous ces pouvoirs contractuels et bien d'autres encore sont confiés exclusivement à l'une des parties. En outre, que signifierait, par exemple, un droit de fixation unilatérale du prix confié aux deux parties ? Cela n'aurait aucun sens, si ce n'est d'exiger un accord des parties et donc, de revenir à un mécanisme de type consensuel excluant toute idée de supériorité, de pouvoir.

Enfin, il est communément admis que les libertés trouvent leur place au seuil des situations juridiques, c'est-à-dire au stade de la formation desdites situations, et n'en sont pas la résultante⁴. À rebours, les pouvoirs contractuels n'existent qu'au stade d'un contrat définitivement formé et ne voient leur jouissance conférée par la loi, la jurisprudence, la volonté commune des parties, ou les usages, qu'en raison de l'existence d'une situation contractuelle. Par conséquent, au regard de ces différents arguments, l'application de la qualification de « liberté » aux pouvoirs contractuels paraît devoir être exclue.

198. Rejet de la qualification de faculté.- La seconde qualification qui peut, semble-t-il, dès à présent, être écartée est la qualification de faculté. En effet, au-delà de l'hétérogénéité des définitions doctrinales qui conduit à présenter la notion de faculté comme une « notion obscure et plus ou moins mythifiée »⁵ – ce qui laisse planer un doute sur son existence et sa véritable signification –, aucune des différentes acceptions proposées ne semble être à même de décrire adéquatement le phénomène de pouvoir contractuel.

¹ L'exemple s'entend, ici, d'un dédit à titre onéreux et non d'un dédit à titre gratuit.

² v. en ce sens : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd., n° 189 et s., p. 135 et s. : « Lorsqu'il y a seulement liberté et non droit subjectif, celle-ci est attribuée d'une façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient. Lorsqu'il y a droit subjectif, la répartition est inégalitaire [...] » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit, op. cit.*, p. 358, où les auteurs énoncent que la liberté est reconnue à l'individu en dehors de toute condition sous réserve de certaines restrictions posées par la loi.

³ Certains pouvoirs contractuels, certes peu nombreux, font l'objet d'une jouissance bilatérale : il s'agit par exemple, du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, de l'exception d'inexécution, du pouvoir de se remplacer, ou encore du pouvoir de résiliation présent dans les contrats à durée indéterminée.

⁴ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, n° 20, spéc., p. 148-149, où l'auteur énonce : « la liberté nous place dans la période de formation des situations juridiques [...] », et plus loin, « la liberté est une prérogative qui concerne la construction même de la situation juridique ; elle apparaît au seuil de l'édifice, et en quelque sorte dans le vestibule qui nous conduit au centre de la construction » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 959, p. 358 : « La liberté précède la droit subjectif ; elle est au seuil de la situation juridique à laquelle elle donne accès ».

⁵ Pour l'emploi de cette expression, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, op. cit.*, n° 48, bis, p. 47.

Si, dans certains articles, le Code civil emploie le terme « faculté » afin de désigner les ressources matérielles à la disposition d'un individu¹ ou ses capacités intellectuelles², c'est-à-dire des éléments de type factuel³, certains auteurs, tout d'abord, ont pu approfondir cette voie pour envisager les « facultés » comme de simples possibilités de fait, de simples pouvoirs de fait. Il ne s'agirait pas de prérogatives juridiques dans la mesure où celles-ci ne procéderaient pas de l'assujettissement d'un tiers⁴ et ne seraient pas assorties d'une action en justice⁵. Ainsi conçues, les facultés se présenteraient comme de simples possibilités de fait attachées à la capacité juridique⁶ se traduisant par l'accomplissement d'actes matériels. Envisagée sous l'angle d'une telle acception, la notion de faculté ne saurait être retenue puisqu'il a pu être démontré que les pouvoirs contractuels correspondaient à de véritables prérogatives juridiques permettant l'édiction d'un acte juridique unilatéral⁷.

Pour d'autres auteurs, ensuite, les facultés se présenteraient comme de véritables prérogatives juridiques ayant la particularité de ne pas être soumises à la prescription extinctive, et cela, dans la mesure où elles seraient attachées à une situation juridique permanente à laquelle celles-ci emprunteraient ce caractère en vertu de leur nature accessoire⁸. Ainsi comprise, la notion de faculté renverrait, d'une part, aux facultés dites « d'acquisition »⁹, c'est-à-dire à la possibilité d'acquérir de nouveaux droits qui apparaît comme une faculté inhérente à la personne, et d'autre part, aux droits dits « facultatifs », c'est-à-dire aux droits que leurs titulaires

¹ v. en ce sens : l'art. 214 al. 1^{er} du C. civ. qui dispose : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs *facultés* respectives ».

² v. par ex. les articles 17-3 al. 3 et 21-11 du C. civ. qui traitent de l'altération des facultés mentales ou corporelles du mineur.

³ Certains auteurs ont également vu dans la notion de faculté « un état dégradé du droit » permettant d'expliquer certaines situations particulières telle que celle dans laquelle un vendeur d'immeuble, après l'avoir vendu à un premier acquéreur, le vend à un second et fait transcrire la vente consentie à ce dernier avant celle conclue avec le premier. Le vendeur aurait ainsi conservé la « faculté » de transmettre son bien. Pour une critique de cette analyse, v. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 21, spéc., p. 160, où l'auteur fait référence à l'inopposabilité de la première vente en cas de non-publication du titre, ce qui ne nécessite pas d'avoir recours à la notion de faculté.

⁴ v. en ce sens, R. Th. TROPLONG, *Droit civil expliqué, De la prescription*, t. I, Paris, HINGRAY, 1835, n° 112, spéc., p. 163, où l'auteur retient que les facultés : « se traduisent en pur fait ; elles se manifestent pas un simple acte, qui ne repose pas sur l'assujettissement antérieur d'un tiers ».

⁵ *Ibid.*, où l'auteur énonce, n° 112, spéc., p. 164 : « C'est pour exprimer cette pensée que les docteurs ont dit laconiquement que la faculté est de fait et non de droit, *facti non juris*, c'est-à-dire qu'elle ne suppose pas un droit ni une action propre et particulière qui préexistent ». (L'auteur souligne).

⁶ *Ibid.*, n° 112, spéc., p. 159 : « [...] dans l'ordre civil, l'homme a reçu de la nature ou de la loi des facultés qui sont pour lui autant de moyens pour parvenir à sa fin comme homme, comme citoyen, comme propriétaire [...] ce sont là autant de facultés commune à tous les hommes, et constituant leur capacité civile [...] ».

⁷ Sur ce point, v. : *supra*, n° 149 s., p. 166 s.

⁸ v. en ce sens : H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, Paris, Sirey, 1930, p. 67 : « les facultés sont les pouvoirs juridiques de l'homme accessoires à une situation juridique permanente, à un droit complexe imprescriptible, à qui elles empruntent ce caractère de permanence et d'imprescriptibilité [...] ». Comp. : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, t. XXVIII, Librairie du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1905, 3^{ème} éd., n° 163, p. 134, où les auteurs développent l'idée selon laquelle les facultés seraient imprescriptibles car elles seraient fondées sur « un titre qui se renouvelle chaque jour ».

⁹ v. : H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, op. cit., où l'auteur traite des « facultés d'acquisition » (p. 136 et s.) qui se présenteraient comme un droit « égal pour tous », « inhérent à la personne » et susceptible de subir des limitations (p. 167).

seraient libres de mettre en œuvre¹. Critiquée, en raison de ce que l'imprescriptibilité ne serait pas le propre des facultés² et ne pourrait, dès lors, constituer un critère susceptible de fonder une catégorie autonome³, cette acception de la notion de faculté ne permettrait pas non-plus de décrire convenablement les pouvoirs contractuels. En effet, dans la mesure où les pouvoirs contractuels se présentent comme des éléments accessoires⁴ d'une situation contractuelle qui fait naître des droits soumis à la prescription extinctive, ceux-ci devraient, par voie de conséquence, être également soumis à la prescription extinctive⁵.

Enfin, il a pu être proposé d'analyser les facultés comme des possibilités légales d'option en vue de la création d'une situation juridique⁶. Considérées sous l'angle de cette acception, les facultés seraient, d'une part, des prérogatives conditionnées, c'est-à-dire des prérogatives dont les conditions d'exercice sont fixées par le droit objectif⁷. Autrement dit, celles-ci confèreraient à leurs titulaires une alternative entre des possibles prédéterminés⁸. D'autre part, les facultés seraient, à l'instar des libertés⁹, des prérogatives seulement présentes

¹ *Ibid*, où l'auteur distingue : les droits qui doivent être exercés par leurs titulaires sous peine de sanction, tels que les droits-fonctions (p. 183 et s., l'auteur prend l'exemple notamment de l'ancienne puissance paternelle), les droits dont la liberté d'exercice est limitée dans le temps (p. 186), et les droits facultatifs dont l'exercice est indéfiniment libre, c'est-à-dire les droits dont le non-usage ne fait pas perdre la jouissance.

² v. pour une première critique : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, spéc., p. 162, où l'auteur bâtit sa critique sur le constat terminologique que l'option offerte à l'héritier doit être qualifiée de « faculté ». Cette faculté étant prescriptible, l'auteur en déduit que l'imprescriptibilité ne saurait être le critère catégoriel des « facultés ». Pour une critique de l'analyse de ROUBIER, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, n° 62, bis, p. 59-60, où l'auteur constate que ROUBIER affirme sans aucunement le démontrer que les droits d'option doivent être qualifiés de facultés.

³ v. pour une telle critique : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, n° 63 et s., p. 60 et s., où l'auteur fait observer que désigner sous le terme de « faculté » l'aptitude à acquérir un droit n'apportait rien à l'analyse juridique (n° 66, p. 61-62), et que l'imprescriptibilité ne permet pas de caractériser, à elle seule, la notion de faculté, dans la mesure où celle-ci se retrouve dans les « droits primordiaux de l'individu » tels que les libertés et la capacité juridique, ou encore, dans le droit de propriété. L'auteur conclut alors (n° 68, p. 64) que la notion de faculté « n'est pas une prérogative autonome, car chaque fois que l'on parle des facultés on est en présence soit d'une liberté soit d'un droit de propriété ». *Adde*, pour une analyse proche : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, *op. cit.*, n° 162, p. 134, où les auteurs énoncent que les facultés imprescriptibles sont « celles qui dérivent de la liberté naturelle, celles qui sont l'exercice du droit de propriété, celles enfin que la loi attribue à tous indépendamment de toute convention ».

⁴ Rapp. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 5 et s., p. 751 et s., où l'auteur retient que la *potestas* peut se manifester dans le contrat via l'introduction de droits potestatifs qu'elle qualifie « d'adjoints ». On retrouve ici cette idée d'accessoire.

⁵ Pour une analyse plus détaillée de la question de la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de la prescription extinctive, v. : *infra*, n° 358 et s., p. 396 et s.

⁶ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, spéc., p. 163. Pour une critique de cette analyse, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, n° 62 bis, p. 59-60, où l'auteur énonce, d'une part, que l'assimilation réalisée par ROUBIER entre les facultés et les possibilités d'option ne s'appuie sur aucune preuve et, d'autre part, que son analyse repose essentiellement sur une critique de l'analyse de Lecompte, c'est-à-dire sur une négation du caractère imprescriptible des facultés – caractéristique communément admise –, ce qui, au final, « force à la fois la nature des facultés et celle du droit d'option ».

⁷ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, n° 21, spéc., p. 165. Outre la prédétermination objective des buts possibles, la loi peut imposer des conditions de délai et de capacité.

⁸ *Ibid*, *loc. cit.*, où l'auteur énonce que : « la loi n'ouvr[e], par la faculté, qu'une option limitée entre quelques partis déterminés [...] ».

⁹ *Ibid*, où l'auteur précise toutefois que les facultés ne « confèrent certainement pas aux particuliers, une dose aussi grande de liberté » (p. 165) et, plus loin, « tandis-que la liberté est une prérogative à grand rayonnement, qui peut

dans le domaine de la formation des situations juridiques, ce qui impliquerait qu'elles aient une source exclusivement légale¹. Toutefois, cette troisième et dernière acception n'apparaît pas non plus à même de décrire le phénomène de pouvoir contractuel. S'il est exact que les pouvoirs contractuels sont des prérogatives dont les conditions d'exercice sont objectivement prédéterminées², en revanche, ils n'offrent pas d'alternative entre différents buts possibles. Les pouvoirs contractuels ne permettent d'accomplir qu'un seul objectif en lien avec leur nature. Il peut s'agir de provoquer l'anéantissement du lien d'obligation, sa suspension, ou encore, à titre d'exemple, de permettre la définition de la qualité ou de la quotité de l'objet de la prestation. En outre, ils ne prennent pas place au seuil d'une situation juridique, mais bien à l'intérieur d'une situation contractuelle déjà formée.

199. Bilan des observations préliminaires.- Il ressort des observations préliminaires que ni la notion de liberté, qui se présente comme une sphère d'autonomie individuelle définie par le droit objectif – prérogatives inconditionnées attribuées de manière égalitaire aux sujets de droit au seuil des situations juridiques –, ni les différentes acceptions de la notion³ de faculté – pouvoirs de fait, prérogatives imprescriptibles, possibilités d'option –, ne sont à même de décrire convenablement le phénomène de pouvoir contractuel, c'est-à-dire le rapport de puissance, de supériorité, qui permet à l'une des parties de modifier une situation juridique contractuelle en cours d'existence.

Si ces deux qualifications peuvent d'ores et déjà être exclues, la démarche de type négatif qui consiste à écarter les qualifications inadéquates ne doit pas, pour autant, être immédiatement abandonnée. La difficulté va cependant monter d'un ton à l'occasion de l'étude des rapports qu'entretiennent les pouvoirs contractuels avec la notion de condition potestative. En effet, le mécanisme des conditions potestatives a pendant longtemps été envisagé comme le seul procédé appartenant à la technique contractuelle susceptible de servir de vecteur aux manifestations de la puissance d'une partie sur une autre. Il s'agira alors de démontrer que les pouvoirs contractuels ne peuvent pas être assimilés à des conditions potestatives, c'est-à-dire d'expliquer, de justifier, le rejet de la qualification de condition potestative (§ 1). Puis, délaissant la démarche négative, il conviendra d'adopter une démarche positive qui permettra d'identifier les traits caractéristiques des droits potestatifs dans les pouvoirs contractuels (§ 2). Les distinctions réalisées et le rapprochement par la suite opéré entre les traits caractéristiques des pouvoirs contractuels et des droits potestatifs permettront de démontrer que la qualification de droit potestatif est nécessaire.

aboutir à une grande variété de solutions, et dont on ne peut guère prévoir à l'avance le but et la direction [...], la faculté, elle, ne comporte qu'une option conditionnée et restreinte entre des alternatives connues à l'avance ».

¹ *Ibid*, n° 21, spéc., p. 163, où l'auteur retient que les facultés d'option de source contractuelle : « ne tend[ent] pas à la création d'une situation juridique nouvelle : elle[s] tend[ent] seulement à régler le mécanisme de droits antérieurement acquis et les conditions de leur exercice ».

² À propos de la finalisation des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 272 et s., p. 303 et s.

³ Si tant est que cette notion puisse exister de manière autonome...

§ 1 - LE REJET DE LA QUALIFICATION DE CONDITION POTESTATIVE.

200. **Notion de condition potestative.**- Héritée du droit romain, la notion de condition potestative désignait, dans la classification originelle des conditions-modalités, un type particulier de modalité faisant dépendre l'existence de l'obligation d'un événement dont la réalisation était abandonnée au pouvoir du créancier ou du débiteur – par ex. : *si in Capitolum ascenderis*, si vous remontez au Capitole –. À ses côtés, il était possible de trouver les conditions mixtes – dépendant à la fois d'une cause extérieure aléatoire et de la volonté de l'une des parties, par exemple, le mariage de l'une des parties qui repose ainsi partiellement sur l'aléa de trouver une personne qui accepte d'être épousée – et les conditions casuelles – dépendant exclusivement d'un événement soumis au jeu du hasard –¹. En revanche, les conditions subordonnant la naissance de l'obligation à la seule manifestation de volonté du débiteur, qualifiées alors de conditions « *si voluero* » – si je le veux, si tel est mon bon plaisir –, et à notre époque, de conditions purement potestatives, n'entraient pas dans la classification traditionnelle et étaient sanctionnées par la nullité de l'engagement².

Si cette classification fut reprise par l'Ancien droit, elle fut également quelque peu modifiée. Ainsi, POTHIER identifiait-il toujours les conditions casuelles comme dépendant du hasard, mais l'auteur considérait que la condition potestative dépendait d'un événement dont la réalisation était au pouvoir du seul créancier, et que la condition mixte dépendait du concours de la volonté du créancier et de celle d'un tiers³. La réduction alors opérée du domaine des conditions mixtes entraînait, de manière corrélative, une extension de la catégorie des conditions potestatives intégrant alors en son sein les événements extérieurs aléatoires dont la réalisation dépend partiellement de la volonté de l'une des parties. La condition « *si voluero* » restait, quant à elle, prohibée et ne pouvait, ce faisant, intégrer la typologie des conditions admises⁴.

Les rédacteurs du Code civil adoptèrent, pour leur part, une classification s'inspirant à la fois du droit romain et de l'Ancien droit. Si la condition casuelle demeure, de manière intemporelle, celle qui dépend exclusivement du jeu du hasard⁵, l'influence de POTHIER se fit sentir à propos de la définition des conditions mixtes qui sont celles qui dépendent « tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers »⁶, et celle du droit romain joua sur définition des conditions potestatives alors conçues comme celles qui font

¹ À propos de la classification des conditions-modalités à l'époque romaine, v. : P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 4^{ème} éd. revue et augmentée, 1906, p. 471 ; A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 1976, 4^{ème} éd., p. 205-206.

² v. not. à propos des conditions « *si voluero* » : C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, Paris, COTILLON, 1866, p. 120. L'auteur cite ULPIEN (Dig., L. 47, De verb. Oblig., XLV, 4) : « *Stipulation non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione* ». Puis, PAUL (eod. loc., L. 46, § 3) : « *Illam autem stipulationem : si volueris, dari ? inutilem esse constat* ».

³ v. : R. J. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Nouvelle édition, Traité des obligations*, t. I., Paris, THOMINE et FORTIC, 1821, n° 201, spéc., p. 171.

⁴ *Ibid*, n° 205, p. 174-175 : « Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposeroit l'avoir contractée [...] ». (La tournure ancienne a ici été conservée).

⁵ v. : l'ancien art. 1169 du C. civ. : « la condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur ».

⁶ v. : l'ancien art. 1171 du C. civ.

dépendre « l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher »¹ – par exemple, si je déménage à Paris –. Le caractère étroit de la définition des conditions mixtes contribua ainsi à élargir la catégorie des conditions potestatives qui intégrèrent alors les conditions mixtes du droit romain, c'est-à-dire les événements extérieurs éventuels dont la réalisation dépend partiellement de la volonté de l'une des parties² – si je vends ma voiture, si je me marie, ce qui suppose de trouver, respectivement, quelqu'un qui accepte de se porter acquéreur ou d'être épousé et dépend donc pour partie du hasard –.

Dans une optique de rationalisation de la catégorie des conditions potestatives, les auteurs, dès le début du XX^{ème} siècle³, prirent le soin de distinguer d'une part, les conditions simplement potestatives qui reposent un fait extérieur dont la réalisation est partiellement ou totalement sous la dépendance de la de la volonté de l'une des parties – c'est-à-dire une catégorie regroupant les conditions potestatives classiques et les anciennes conditions mixtes du droit romain qui portent toutes deux *in facto a voluntate pendante* –, et d'autre part, les conditions purement potestatives qui font dépendre l'existence de l'obligation d'une simple manifestation de volonté – c'est-à-dire les conditions *si voluero*, reposant *in ipse et mera voluntate* –. Cette distinction était alors, pour la doctrine classique, de nature à fournir un critère⁴ permettant l'application de l'ancien article 1174 du Code civil. Seules les obligations contractées sous une condition suspensive purement potestative de la part du débiteur devaient être sanctionnées par la nullité. Suspendu au bon vouloir du débiteur, l'engagement n'aurait pas de réalité. L'absence manifeste d'un consentement faisant obstacle à la formation du lien de droit.

¹ v. : l'ancien art. 1170 du C. civ.

² Pour une telle observation du rétrécissement de la catégorie des conditions mixtes, v. not. : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. Lille, 1977, n° 75 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 117.

³ v. not. : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd. 1931, p. 159 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Paris, Sirey, 1938, 3^{ème} éd., n° 112, p. 90 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Paris, LGDJ, 1923, 9^{ème} éd., n° 1269, spéc., p. 430.

⁴ Certains auteurs ont toutefois pu attirer l'attention sur l'insuffisance des critères traditionnels de distinction entre les conditions simplement potestatives et purement potestatives. Il a ainsi pu être observé que certaines conditions portant sur des faits dont la réalisation est abandonnée au pouvoir du débiteur, telle que la condition « si je vends ma maison » qui correspond, dans la classification traditionnelle, à une condition simplement potestative dans la mesure où la vente ne dépend pas de la seule volonté de l'obligé, pouvaient, selon l'angle sous laquelle on les examine, apparaître comme des conditions purement potestatives. En effet, s'il est, dans l'exemple cité, bien évident que la *réalisation* de l'événement « vente » ne dépend pas de la seule volonté de l'obligé, en revanche, la *défaillance* de l'événement, c'est-à-dire l'abstention de réaliser les démarches pour vendre, dépend de la seule volonté de l'obligé. Dans l'hypothèse où cet événement est érigée en condition suspensive, il permet alors au débiteur d'éluider son obligation à la manière d'un engagement conclu sous condition purement potestative. Il est donc nécessaire de tenir compte à la fois de la défaillance et de la réalisation de l'événement, mais aussi, de l'effet suspensif ou résolutoire de la condition. À ce sujet, v. : J. GHESTIN, « *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil* », in *Études dédiées à Alex WEILL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 et s., spéc., n° 8, p. 248 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 125 et s. *Adde.* : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. préc., n° 88, p. 133, où l'auteur énonce que : « seront donc [purement] potestatives d'une part la condition suspensive qui porte sur un événement dont la défaillance est à la discrétion du débiteur, d'autre part, la condition résolutoire qui porte sur un événement dont l'accomplissement dépend de ce seul débiteur ».

Si les textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant notamment réforme du droit des contrats ont abandonné la typologie traditionnelle – condition casuelle, condition potestative, condition mixte – en raison de son absence de portée pratique¹, il est en revanche fait allusion à la notion de condition potestative à travers le rappel, par le nouvel art. 1304-2 du Code civil, de la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur².

201. Pouvoirs contractuels et condition potestative : un rapprochement classique mais trompeur.- La notion de condition potestative, en ce qu'elle traduit la soumission d'un rapport de droit à la volonté de l'une des parties, a été longtemps considérée, par la jurisprudence et la majorité des auteurs, comme le seul instrument issu de la technique contractuelle susceptible de servir de vecteur aux rapports de pouvoir dans le contrat. Dès lors, le pli fut pris d'analyser, en doctrine comme en jurisprudence, toute forme de potestativité dans les rapports contractuels au moyen de la notion de condition potestative. Ainsi, était-il, et est-il, encore courant d'assimiler les pouvoirs contractuels à des conditions potestatives (A). Si un tel rapprochement a pu avoir lieu à une époque où la notion de droit potestatif n'avait pas encore été reçue en droit interne, ou encore, dans la période contemporaine, être l'œuvre d'une jurisprudence ou d'auteurs attachés aux analyses traditionnelles, celui-ci n'en demeure pas moins trompeur. En effet, les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels semblent correspondre à deux techniques différentes. Il conviendra donc d'opposer ces deux techniques en mettant en avant leurs traits caractéristiques divergents, ce qui permettra, alors, de fournir une explication, une justification à la nécessité d'une distinction entre pouvoirs contractuels et conditions potestatives (B).

A. L'assimilation courante des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives.

202. Raisons et manifestations de l'assimilation.- Dans la mesure où la notion de condition potestative constituait le support technique traditionnellement réservé aux manifestations unilatérales de volonté dans le contrat, l'assimilation, en jurisprudence comme en doctrine, des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives semblait tout à fait naturel. Toutefois, il sera possible d'observer que ce rapprochement a pu être réalisé au prix de certaines déformations de la notion de condition et des mécanismes de contrôle de la potestativité, ce qui

¹ Cet argument est brandi dans le rapport au Président de la République mais n'est pas pour autant explicite. L'explication tient en ce que la typologie des conditions originalement mise en place par le Code civil par les articles 1169, 1170 et 1171 qui devait permettre d'identifier les conditions purement potestatives prohibées par l'article 1174, est apparue trop rigide pour la jurisprudence qui s'en est départie. En effet, dans une optique pragmatique de sanctionner les rapports arbitraires de puissance d'une partie sur l'autre, la jurisprudence a pu s'affranchir de la définition traditionnelle de « condition purement potestative » – notamment en soumettant au contrôle de la potestativité des conditions portant *in facto a voluntate pendante* et non pas exclusivement des conditions *si voluero* – et étendre le domaine de la prohibition de l'ancien article 1174 du C. civ. L'objectif étant de traquer d'une manière la plus large possible la « potestativité arbitraire ». (v. : *infra*, n° 203 et s., p. 228 et s.)

² v. : le nouvel art. 1304-2 du C. civ. : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ». Il convient d'observer que l'article ne procède pas à une distinction entre les conditions suspensives ou résolutoires.

peut ainsi faire naître quelques doutes quant à l'opportunité d'un tel rapprochement au plan technique. Par conséquent, il conviendra d'identifier les raisons plus profondes qui, au-delà des simples considérations techniques, ont pu conduire à une telle assimilation. Aussi, après avoir essayé d'identifier les raisons de l'assimilation (1), il sera possible de mettre en évidence des exemples de cette assimilation, c'est-à-dire des manifestations de l'assimilation (2).

1. *Les raisons de l'assimilation.*

203. **Le contrôle de potestativité en matière contractuelle.**- Au-delà des considérations purement techniques, l'appréhension du phénomène de pouvoir contractuel au moyen du mécanisme des conditions potestatives peut trouver une explication qui tient en ce que la jurisprudence a pu percevoir dans ce mécanisme et, surtout, dans l'ancien article 1174 du Code civil portant prohibition des conditions purement potestatives au bénéfice du débiteur, un formidable instrument de moralisation de l'unilatéralisme contractuel. Il a ainsi pu être mis en évidence que la jurisprudence avait pour objectif, via la traque des conditions purement potestatives, de sanctionner l'arbitraire¹, c'est-à-dire la soumission d'une partie à un rapport de pouvoir abandonné au libre arbitre de son titulaire. Ce n'était donc pas tant l'existence d'un rapport de pouvoir dans le contrat qui était sanctionné, mais le caractère discrétionnaire de ce pouvoir, c'est-à-dire la possibilité de prendre une décision purement subjective non-contrebalancée par des éléments objectifs. En somme, la traque concernait la potestativité arbitraire.

204. **Les déformations réalisées.**- Toutefois, pour parvenir à contrôler la potestativité arbitraire, la jurisprudence n'a pas hésité à déformer la notion de condition et à étendre la prohibition originellement édictée par l'article 1174 du Code civil en dehors de son domaine initial. En effet, selon l'analyse doctrinale classique, le domaine de la nullité édictée par l'ancien article 1174 du Code civil se limitait aux obligations contractées sous une condition suspensive purement potestative de la part du débiteur, et cela, dans la mesure où soumettre l'existence d'un engagement à une manifestation de volonté de celui qui s'oblige, c'est-à-dire à une condition *si voluero*, trahit un défaut de consentement à l'obligation. Or, le défaut de consentement étant de nature à faire obstacle à la formation du lien de droit, celui-ci « détruit l'idée même d'obligation » et se doit, donc, d'être sanctionné².

¹ L'arbitraire serait ainsi le guide des solutions jurisprudentielles. Pour une mise en évidence de ce phénomène, v. : J. GHESTIN, « *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative* », D. 1973, Chron. p. 293 et s. *Adde*, du même auteur, « *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil* », art. préc., n° 12 et s., p. 250 et s. L'arbitraire serait-il alors le critère permettant d'identifier la catégorie des conditions purement potestatives, v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 143 : « La notion de condition potestative est unitaire et se définit par rapport à l'arbitraire ». *Adde*, pour l'emploi du critère de l'arbitraire : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 292, spéc., p. 245.

² Cette expression appartient à : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 1995, 5^{ème} éd., n° 1105. *Adde*, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1222, spéc., p. 1207 : « un engagement dont l'efficacité est subordonnée à la volonté de celui qui s'oblige n'est pas, en réalité, un engagement. Celui qui s'oblige... s'il le veut ou s'il le juge à propos n'a pas contracté sérieusement » ; J. GHESTIN, « *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative* », art. préc., n° 13, p. 293, où l'auteur retient que ce qui « justifie la nullité c'est que l'obligation subordonnée à une condition purement

Cependant, mue par le souci pragmatique de faire respecter la morale dans le contrat en bannissant les rapports de pouvoir arbitraires, la jurisprudence a pu s'affranchir peu à peu des différents verrous techniques posés par la loi et les analyses doctrinales.

Ainsi, d'une part, le domaine matériel de l'ancien article 1174 du Code civil, aujourd'hui devenu l'article 1304-2 du même Code, a pu être élargi par la jurisprudence qui a procédé à une « dilution »¹ de la notion de condition. En effet, la jurisprudence s'est mise à rechercher les traces d'une potestativité arbitraire, c'est-à-dire la présence de conditions purement potestatives, dans certaines clauses qui, telles que les clauses permettant à l'une des parties de fixer le prix², ne peuvent pas être analysées comme de véritables « conditions », et ce, dans la mesure où elles se rapportent à un élément essentiel du contrat, à savoir, ici, l'objet de l'obligation d'une partie, et non à une modalité qui permettrait au contrat d'exister en dépit de son absence.

En ce qui concerne, d'autre part, le domaine temporel de l'ancien article 1174 du Code civil, celui-ci a été étendu à la phase d'exécution du contrat. Si, en stricte orthodoxie juridique, ce texte concerne seulement la phase de formation d'une obligation dans la mesure où il vise à sanctionner le défaut de consentement de celui qui s'engage, la prohibition des conditions purement potestative qu'il édicte a pu conduire la jurisprudence à contrôler les clauses qui, telles que les clauses de résiliation³ ou certaines clauses relatives à la détermination du prix⁴, sont mises en œuvre durant la phase d'exécution du contrat.

205. Constat.- Originellement conçu pour sanctionner, lors de la phase de formation, l'absence d'engagement d'un débiteur qui se serait obligé sous une condition suspensive purement potestative, la prohibition des conditions purement potestatives s'est ainsi muée en un outil destiné à sanctionner tous les rapports de pouvoir arbitraires dans le contrat⁵. Toutefois,

potestative est un néant juridique ». Il en déduit alors que la sanction adoptée à l'obligation ainsi contractée devrait être l'inexistence : « au sens propre du terme elle est inexistante ».

¹ Pour cette expression, v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 74 et s.

² v. par ex. dans le cadre d'un contrat de vente : Cass. com. 15 juin 1982, *Bull. civ.* IV, n° 229, où la Cour rejette le pourvoi dans la mesure où elle retient que n'est pas purement potestative la condition selon laquelle le prix des actions cédées devait être évalué en fonction du chiffre d'affaire et de certains loyers perçus par la société dès lors que l'activité et l'intérêt de celle-ci sont distincts de celle des cessionnaires débiteurs. Dans un contrat de fourniture : Cass. com. 26 février 1991, n° 89-12808, où la Cour retient le caractère potestatif d'une clause permettant à un fournisseur de fixer unilatéralement le prix sans aucune référence à des éléments extérieurs, ce qui entraîne la nullité de toutes les dispositions du contrat relatives à ces produits.

³ v. par ex. : Cass. soc. 9 novembre 1961, *Bull. civ.* IV, n° 923, où la clause prévoyant la résiliation anticipée du contrat à durée déterminée d'un agent commercial avec paiement forfaitaire de trois mois de traitement en cas de dissolution de la société n'a pas été considérée comme potestative. En outre, celle-ci a bien été mise en œuvre concomitamment à la dissolution anticipée de la société qui était justifiée par sa situation financière ; Cass. com. 28 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 405, où la Cour confirme un arrêt d'appel ayant retenu qu'une clause prévoyant la résiliation de plein droit d'un contrat devait être qualifiée de purement potestative dans la mesure où aucun contrôle, aucune vérification n'était réservée au cocontractant (du concessionnaire) et que c'était par une appréciation subjective et unilatérale que ce dernier avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir les engagements par lui initialement pris.

⁴ v. par ex. : Trib. civ. Valence, 12 décembre 1929, *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 372, où une clause qui, en permettant au bailleur de fixer à son gré le montant du loyer à l'expiration de la sixième ou de la neuvième année, rendait illusoire son engagement de laisser au preneur la disposition des lieux pendant douze ans, a pu être annulée pour potestativité.

⁵ Peu important alors que ce pouvoir ne puisse pas être analysé comme étant issu d'une clause conditionnelle – clause de prix –, qu'il prenne place à l'occasion de la formation ou de l'exécution du contrat – clause de résiliation

le besoin de « forcer » le mécanisme des conditions potestatives pour l'étendre à des situations qu'il n'était initialement pas censé régir, semble sonner comme un aveu de faiblesse de cette technique¹. L'impression qui domine, alors, est celle de la volonté d'appréhender au moyen d'un seul procédé technique, celui des conditions potestatives, un phénomène, à savoir, celui de la potestativité arbitraire, qui semble, en réalité, ne pas pouvoir être réduit à cette seule technique.

Si le mécanisme des conditions potestatives peut être amené à décrire certaines manifestations de la potestativité en matière contractuelle, en revanche, l'analyse systématique des manifestations de la potestativité en termes de conditions potestatives apparaît excessive. Aussi, cette assimilation systématique a-t-elle conduit à dissimuler la présence de pouvoirs contractuels, comme peut en témoigner un certain nombre d'illustrations.

2. *Les manifestations de l'assimilation.*

206. **Clauses de dédit.**- Quelques exemples permettent d'illustrer la tendance à l'assimilation, en doctrine comme en jurisprudence, des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives. Une première illustration de ce rapprochement est fournie par les clauses de dédit. En effet, la stipulation d'une telle clause dans un contrat de vente a pu conduire la doctrine à analyser le contrat conclu comme un contrat conditionnel. Pour certains auteurs, la vente serait conclue sous la condition suspensive du non-exercice du dédit², alors que pour d'autres le contrat serait conclu sous la condition résolutoire d'exercice du dédit dans le délai prévu³. Bien que conférant à l'une ou aux deux parties la possibilité de se délier unilatéralement de son engagement, la qualification de condition purement potestative était écartée par les analystes dans la mesure où la nécessité de verser une somme d'argent à l'occasion de l'exercice du dédit était de nature à écarter tout risque d'arbitraire⁴. Si une telle justification peut offrir le flanc à la critique à l'heure où le l'exercice du dédit ne s'accompagne plus nécessairement du paiement d'une somme d'argent⁵, c'est semble-t-il, plus largement, l'analyse même du dédit en termes

–, qu'il soit au bénéfice du débiteur ou du créancier – clause stipulant une obligation de non-concurrence –, qu'il permette de suspendre ou de résoudre – clause résolutoire – le lien d'obligation, ou encore, qu'il soit présent dans un contrat unilatéral ou synallagmatique.

¹ On perçoit alors ici que l'appréhension de l'unilatéralisme contractuel sous l'angle du mécanisme des conditions potestatives était moins justifié par des considérations techniques que morales. Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 144 : « L'article 1174 est un outil utilisé par les juges pour garantir la moralité contractuelle », c'est-à-dire, pour « assurer l'équilibre contractuel et l'égalité entre les parties ». Toutefois, ce n'est pas tant l'inégalité qui semble être sanctionnée mais l'inégalité trop criante, outrancière, excessive.

² v. en ce sens : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, *op. cit.*, n° 1068, p. 636, où l'auteur parle de « condition suspensive négative » c'est-à-dire que la vente « est formée sous la condition qu'aucune des parties n'usera, dans le délai fixé, de la faculté de dédit qui leur est conférée ; jusque-là les droits de mutation ne seront pas exigibles ; les risques incomberont au vendeur demeuré propriétaire » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1932, p. 432, qui envisagent la vente avec arrhes comme un faculté de dédit, et préfèrent la qualification de condition suspensive à la qualification de condition résolutoire ; B. BOCCARA, « *De la notion de promesse unilatérale* », JCP G. 1970, I, 2357 bis, n° 6.

³ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 112, p. 83.

⁴ v. par ex. en ce sens : L. BOYER, *La clause de dédit*, art. préc., n° 6, p. 42 et s.

⁵ v. sur ce point : *supra*, n° 54, p. 75.

de condition potestative qui paraît inadaptée. En effet, le dédit permet à une partie de revenir sur son consentement. Il porte donc sur un élément essentiel du contrat, une condition de formation. Or, un élément de formation du contrat ne saurait être érigé en événement conditionnel.

207. Pouvoirs de rétractation offerts aux consommateurs.- Le deuxième exemple d'assimilation concerne les droits de rétractation dont la jouissance est conférée aux consommateurs¹. Certains auteurs ont, en effet, pu percevoir dans le mécanisme de la rétractation, c'est-à-dire dans la possibilité offerte au consommateur de revenir sur son consentement, l'existence d'un contrat conclu, soit sous une condition suspensive potestative, soit, sous une condition résolutoire potestative². Cependant cette analyse se heurte aux mêmes arguments techniques que ceux qui ont pu être évoqués en matière de dédit. Le consentement est un élément essentiel du contrat qui ne peut être érigé en condition-modalité.

208. Vente à réméré.- L'analyse doctrinale de la faculté de rachat conférée au vendeur dans le cadre de la vente à réméré fournit un troisième exemple d'assimilation. Les auteurs, tant classiques que modernes, y voyant généralement une vente conclue sous condition résolutoire³ potestative⁴. Toutefois, à l'instar des deux autres types de droits de repentir précités que sont le droit de se dédire et les droits de rétractation conférés aux consommateurs, le réméré autorise une partie, à savoir, le vendeur, à revenir sur son consentement. Pour les mêmes raisons tenant au caractère accessoire des conditions-modalités, la qualification de condition résolutoire potestative ne saurait être retenue.

209. Droits de résiliation unilatérale.- Une quatrième illustration de ce phénomène d'assimilation est apportée par l'analyse des droits de résiliation unilatérale. Si quelques décisions tendent à mettre en lumière les doutes des juges à propos de l'application de la qualification de condition potestative aux droits de résiliation unilatérale⁵, certains auteurs ont

¹ Pour des illustrations, v. : *supra*, n° 56 s., p. 77 s.

² v. en ce sens : L. BERNARDEAU, « *Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble* », JCP, 2000, I, p. 218 et s., n° 23-24, où l'auteur a pu proposer d'analyser la faculté de rétractation comme une condition résolutoire purement potestative lors de l'étude d'un arrêt de la CJCE du 22 avr. 1999 : *Travel Vac c/ Manuel José Sanchis*, aff. C-423/97, Rec. CJCE, I, p. 2195. *Adde*, M.-C. BOUTARD-LABARDE, JCP, 1999, I, *chron.* p.187, *spéc.* n° 3 et s.

³ v. en ce sens : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 495 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, *op. cit.*, n° 1153-1154, p. 683 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, réimpression de l'éd. de 1937, p. 426 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, Sirey, 1989, 2^{ème} éd., par P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, n° 76, p. 70.

⁴ v. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 2, Paris, LAROSE et FORCEL, 1883, n° 902, p. 650-651 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1223, *spéc.*, p. 1208, note n° 1 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2007, 3^{ème} éd., n° 86 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 108, p. 81 ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 164, p. 151.

⁵ v. par ex. : Cass. soc. 28 octobre 1963, *Bull. civ.* IV, n° 739, où la Cour, dans le rappel des faits, évoque une « clause de résiliation de plein droit », puis à l'occasion du contrôle de la potestativité fait mention d'une « condition sérieuse », et enfin, conclut que « la clause ne constituait pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties » ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *préc.*, où la Cour évoque l'appréciation

pu soutenir que l'acte de rupture d'un contrat à durée indéterminée résultait d'une condition résolutoire fondée sur l'accord des parties exprimé au moment de la conclusion du contrat¹. Il a cependant pu être reproché à cette analyse de faire « bon ménage »² de l'effet rétroactif attaché à la condition résolutoire alors que les droits de résiliation unilatérale n'anéantissent les effets du contrat que pour l'avenir.

Toutefois, la portée d'une telle critique semble partiellement remise en cause dans la mesure où la loi tempère, aujourd'hui, la rétroactivité des conditions résolutoires³, et admet, par conséquent, qu'une condition résolutoire puisse produire ses effets uniquement pour l'avenir. La critique de l'analyse des droits de résiliation unilatérale en termes de condition résolutoire potestative réside, semble-t-il, plutôt dans la difficulté d'identifier l'événement qui serait érigé en condition résolutoire et sur lequel la volonté pourrait influencer pour ainsi permettre à la condition de produire ses effets. En effet, si, dans le cadre de l'exercice de certains droits de résiliation unilatérale, la volonté doit prendre appui sur la réalisation d'un événement servant de motif efficient justifiant la rupture⁴, celle-ci ne saurait, pour autant, porter sur la réalisation dudit événement comme il en va en matière de condition potestative⁵.

210. Point d'étape.- Bien que courante, l'assimilation systématique des manifestations de l'unilatéralisme contractuel au mécanisme des conditions potestatives paraît contestable dans la mesure où celle-ci semble davantage reposer sur des considérations morales que sur des considérations purement techniques. En effet, la doctrine et la jurisprudence, qui voyaient, de manière traditionnelle, dans le mécanisme des conditions potestatives, le seul support technique susceptible d'appréhender les manifestations de l'unilatéralisme dans le contrat, n'ont pas hésité à faire subir des déformations à la fois à la notion de condition et au domaine de la prohibition édictée par l'ancien article 1174 du Code civil, et cela, dans la perspective de moraliser l'ensemble des rapports de pouvoir dans le contrat en les soumettant à un contrôle destiné à débusquer l'arbitraire, la potestativité arbitraire, c'est-à-dire les rapports de pouvoir dans lesquels une partie est à la merci de son cocontractant. Or, la nécessité de s'affranchir des

souveraine par les juges du fond du caractère potestatif d'une *clause* de rupture sans indemnité... et non d'une condition résolutoire. Le flou régnant sur les qualifications tend à démontrer que les juges ne s'appesantissent pas sur l'identification d'un mécanisme conditionnel et traquent, d'une manière pragmatique, les stipulations qui permettent à l'une des parties de tenir le cocontractant à sa merci.

¹ v. en ce sens : N.-M. SAGUES, *La rupture unilatérale des contrats*, th. Paris, 1937, p. 311.

² v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 165.

³ Si l'alinéa premier du nouvel art. 1304-7 du C. civ. réitère le principe selon lequel l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation – sans toutefois remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration –, l'alinéa second dispose que la rétroactivité peut être écartée, d'une part, si la convention des parties en a décidé ainsi, et d'autre part, si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.

⁴ L'exemple peut être fourni par le pouvoir de résiliation unilatérale dont jouit le mandant dans le cadre du mandat d'intérêt commun. La révocation du mandataire ne pouvant avoir lieu qu'en cas de faute du mandataire ou pour un « juste motif » tel que la nécessité de réorganiser l'entreprise pour l'adapter à la concurrence (à propos de l'objectivation des motifs efficaces de rupture, v. : *infra*, n° 307, p. 335 et s). En l'absence de tels motifs justificatifs, l'exercice du pouvoir de résiliation sera considéré comme fautif et obligera le mandant à indemniser le mandataire si celui-ci démontre l'existence d'un préjudice.

⁵ À propos de la différence relative au rôle assigné à la volonté en matière de condition potestative et de pouvoir contractuel, v. : *infra*, n° 213 et s., p. 236 et s.

données techniques traditionnelles tend à démontrer l'inaptitude du mécanisme des conditions potestatives à saisir l'ensemble des manifestations de l'unilatéralisme contractuel.

Aussi, le recours systématique à la technique des conditions potestatives pour analyser l'ensemble des manifestations de la potestativité dans le contrat a conduit à masquer la présence de véritables pouvoirs contractuels. Peuvent en témoigner, par exemple, les analyses classiques des droits de résiliation ou de rétractation conférés par la loi, ou encore les analyses des droits issus des clauses de dédit ou de réméré, qui ont pu être identifiés comme étant des conditions potestatives alors qu'ils n'en présentent pas les traits caractéristiques traditionnels. Partant, pouvoirs contractuels et conditions potestatives semblent correspondre à deux techniques différentes qu'il convient de bien distinguer.

B. La nécessité d'une distinction entre les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives.

211. **Critères de distinction.**- Si la confusion règne depuis longtemps dans la théorie contractuelle entre le phénomène de pouvoir contractuel et la notion de condition potestative¹, celle-ci semble entretenue par la proximité de deux éléments caractéristiques de ces mécanismes.

D'une part, au plan matériel, le rapprochement entre pouvoirs contractuels et conditions potestatives apparaît fondé sur la destination de leurs effets. Ces deux mécanismes ayant pour objet d'influer sur les effets du contrat. Si le mécanisme des conditions est traditionnellement présenté comme influant sur l'existence d'une obligation, c'est-à-dire sur la création ou la disparition d'une obligation², il a pu être mis en évidence que ce mécanisme pouvait affecter, plus largement, tous les effets qui peuvent être produits par un contrat ou une convention, qu'il s'agisse de l'effet constitutif d'obligation ou de droit réel³, de l'effet extinctif⁴, ou encore, de

¹ v. en ce sens : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 17, p. 763 où l'auteur attire l'attention sur cette confusion à propos du problème relatif à l'identification de la nature de la sanction à appliquer en cas d'abus commis dans l'exercice d'un droit potestatif contractuel : « Il semblerait que le flou entretenu dans la théorie contractuelle entre les notions de droit potestatif et de condition potestative ait quelque peu obscurci les termes du débat [...] ».

² v. not. en ce sens : C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, op. cit., p. 50, in fine, où l'auteur indique : « il n'y a condition qu'autant que [...] la formation d'un rapport de droit, ou son extinction, est suspendue par un événement futur et incertain » (Nous soulignons) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1221, p.1205, qui évoquent, au sujet de la condition suspensive, qu'elle affecte « l'avènement de l'obligation », et au sujet de la condition résolutoire qu'elle permet la « disparition d'une obligation » (Nous soulignons) ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, op. cit., n° 438-439, p. 338-339, qui précisent, au sujet de la condition suspensive, qu'elle influe sur la « naissance de l'obligation », et au sujet de la condition résolutoire qu'elle influe sur la « résolution du contrat » (Nous soulignons). *Adde*, les nouveaux articles 1304 à 1304-7 du Code civil qui traitent de l'obligation conditionnelle.

³ À propos de l'idée selon laquelle le mécanisme des conditions peut affecter la jouissance des différents droits issus du contrat, v. : E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, GERMER-BAILLIÈRE, Paris, 1874, p. 817, où, au sujet de l'ancien article 1168 du Code civil, l'auteur retenait que : « Les mots d'une obligation doivent être remplacés par ceux d'un droit, car la condition peut affecter tout aussi bien le droit réel, né d'un contrat, que le droit personnel ». (L'auteur souligne) ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., coll. Thémis, 2000, n° 132, p. 258.

⁴ v. not. en ce sens : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 84 et s., p. 59 et s.,

l'effet translatif¹. Autrement dit, le mécanisme des conditions est susceptible d'affecter tant les effets obligationnels que non-obligationnels du contrat. De manière comparable, il a pu être observé que les pouvoirs contractuels avaient également pour objet de modifier les différents effets du contrat², qu'il s'agisse des effets obligationnels, en provoquant l'anéantissement ou la suspension du lien d'obligation, ou des effets non-obligationnels, parmi lesquels on compte notamment l'effet translatif de propriété.

D'autre part, au plan moral ou volontaire, le rapprochement entre les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels tend à prendre appui sur ce que, dans les deux mécanismes, la volonté est appelée à jouer un rôle et entretient un lien avec la modification des effets du contrat.

Toutefois, proximité n'est pas identité. En effet, si l'on envisage de pousser plus avant l'analyse des traits caractéristiques matériels et volontaires qui, originellement, permettaient de proposer un rapprochement, il semblerait que ceux-ci soient, en réalité, susceptibles de servir de support à la différenciation des pouvoirs contractuels et des conditions potestatives. Autrement dit, les éléments matériels et volontaires de ces deux mécanismes ne sont pas identiques et fournissent, ce faisant, d'utiles des critères de distinction. Au plan matériel il sera possible de constater des différences concernant la nature des éléments contractuels susceptibles d'être affectés par ces deux mécanismes. La distinction tenant, ainsi, en premier lieu, au domaine matériel des mécanismes (1). Puis il sera possible de mettre en évidence, entre ces deux mécanismes, des différences liées à la manifestation de volonté. La distinction tenant alors, en second lieu, au rôle attribué à la volonté (2).

1. Une distinction tenant au domaine matériel des mécanismes.

212. Divergences quant à la possibilité d'affecter un élément essentiel du contrat.- Si le domaine matériel des conditions potestatives paraît plus réduit que celui des pouvoirs contractuels, cette différence de domaine semble pouvoir être expliquée par un trait caractéristique propre au mécanisme des conditions-modalités, à savoir leur caractère

Adde, Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 1973, *Bull. civ.* III, n° 238, où il s'agit de la renonciation conventionnelle sous condition suspensive à un droit d'exploitation ; Cass. crim. 16 janvier 1979, *Bull. crim.*, n° 27, où une transaction a pu être conclue sous condition suspensive du prononcé d'une ordonnance de non-lieu.

¹ Une partie de la doctrine ancienne expliquait que si un transfert de propriété était conclu sous condition, le vendeur et l'acquéreur étaient titulaires d'un droit de propriété affecté d'une condition opposée. Si la vente était conclue sous condition suspensive, le vendeur était titulaire d'un droit de propriété sous condition résolutoire, et l'acheteur d'un droit de propriété sous condition suspensive (en ce sens : BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, p. 137, qui parle de « propriété résoluble sous condition » et précise que : « [...] quand un propriétaire a aliéné sa chose sous une condition suspensive, il n'en demeure plus propriétaire que sous condition résolutoire [...] » ; *Adde*, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, op. cit., n° 1025). La doctrine récente conteste cette analyse et considère que c'est le *transfert* du droit qui est affecté par la condition. Ce mécanisme étant étendu à tous les transferts de droits, réels comme personnels. (v. en ce sens : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 95 et s., p. 64-65 ; *Adde*, G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 283, p. 266 : « [...] cette idée ne peut pas être retenue parce qu'elle fait de la condition une modalité du droit de propriété alors qu'elle n'est qu'une modalité de l'obligation »).

² Pour une étude détaillée, v. : *supra*, le Chapitre II consacré à l'objet des pouvoirs contractuels, n° 100, et s., p. 120 et s..

accessoire. Le caractère accessoire des conditions a pu être dégagé par la doctrine du XX^{ème} siècle¹ qui, faisant observer que les conditions ne sont que des modalités d'aménagement d'un rapport juridique, a pu en déduire qu'un élément essentiel du contrat, c'est-à-dire une condition de formation comme le consentement ou l'objet, ne saurait être érigée en événement conditionnel. C'est en raison de ce caractère non-essentiel² que la doctrine enseigne encore aujourd'hui que l'événement conditionnel doit être choisi parmi des éléments extérieurs au rapport de droit affecté³.

Ce faisant, il paraît donc impossible d'appliquer une analyse en termes de conditions, et plus précisément, de conditions potestatives, aux mécanismes unilatéraux qui permettent à une partie d'influer sur un élément essentiel du contrat, c'est-à-dire sur un élément de formation du contrat. De la sorte, les analyses classiques du réméré, du dédit, ou encore des droits de rétractation offerts aux consommateurs, en termes de conditions potestatives, doivent être abandonnées dans la mesure où ces différents mécanismes unilatéraux permettent à une partie de provoquer la caducité des effets du contrat en revenant sur son consentement⁴. Or, le consentement est une condition de formation du contrat qui ne saurait être érigée en événement conditionnel. Le rejet de l'analyse en termes conditionnels peut également concerner les clauses de prix. Aussi, il convient de rappeler que la qualification de conditions potestatives semble s'inférer des décisions de justice qui ont pu instaurer un contrôle de la potestativité des clauses de prix sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil⁵. Or, une telle analyse doit également être abandonnée dans la mesure où il est difficile de concevoir la quotité de l'objet de l'obligation comme une condition, c'est-à-dire comme un événement extérieur au rapport d'obligation⁶. Dans la même logique, et à titre d'illustration complémentaire, le mécanisme

¹ v. not. : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, Sirey, 1938, 3^{ème} éd. n° 109 p. 88, et t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 1939, 3^{ème} éd., n° 738, p. 462-463 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, LGDJ, 1954, 2^{ème} éd., par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 1024 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, et Ph. JESTAZ, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, op. cit., n° 70, p. 63.

² Au sujet du caractère non-essentiel des conditions modalités, v. not. : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009, n° 42, p. 34, où l'auteur, à la différence de la doctrine qui tient pour synonymes les termes : « accessoire », « accidentel » et « adventice », distingue, d'une part, le caractère « accessoire-non essentiel » des conditions en ce qu'elles ne conditionnent pas l'existence du contrat (l'auteur ayant au préalable démontré que les conditions ne portaient que sur les effets produits par le contrat – c'est-à-dire essentiellement les obligations – et non sur le lien contractuel lui-même. v. : n° 20 à 37) et d'autre part, le caractère « accessoire-accidentel » (adventice) en ce que les conditions ne sont pas liées indissolublement à la structure de l'acte. L'auteur précise alors que c'est en raison de leur caractère non-essentiel que conditions ne peuvent pas porter sur les éléments de formation du contrat. *Adde*, à propos de l'observation selon laquelle les conditions n'affectent pas les éléments de formation du contrat mais seulement ses effets, v. not. : O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Préf., J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 326, p. 119-120.

³ À propos de l'extranéité de de l'événement conditionnel par rapport aux éléments constitutifs du contrat, v. not. : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., loc. cit. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., loc. cit.

⁴ v. : *supra*, n° 112, p. 129 s.

⁵ Au sujet de cette jurisprudence, v. : *supra*, n° 204, p. 228 s.

⁶ v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 76, où l'auteur énonce à propos des clauses de prix : « Il n'en demeure pas moins que l'événement incertain affecte bien le contenu de l'obligation principale et non seulement son efficacité, et qu'il est du coup difficile d'y voir une condition ». Rapp. : M.-A. FRISON-ROCHE, « *L'indétermination du prix* », RTD. civ. 1992, p. 269 et s., spéc., n° 31, où l'auteur retient : « [...] d'une façon générale, l'appréciation de la potestativité s'opère au regard d'une condition et non d'un élément essentiel du contrat. Or, il est contestable que le montant ne soit qu'une modalité du prix ».

unilatéral qu'est le remplacement ne saurait faire l'objet d'une analyse en termes conditionnels dans la mesure où celui-ci concerne pareillement l'objet de l'obligation et, plus précisément, sa qualité.

Ces différentes illustrations permettent donc de rendre compte du décalage qui existe entre le champ d'application matériel du mécanisme des conditions potestatives et des pouvoirs contractuels. Si les deux mécanismes sont susceptibles d'affecter les effets du contrat, en revanche seul le mécanisme des pouvoirs contractuels est à même d'affecter des éléments essentiels du contrat tels que le consentement ou l'objet. Le domaine matériel des pouvoirs contractuels se présente alors comme étant plus large que celui des conditions¹ – que celles-ci soient d'ailleurs potestatives ou non –, ce qui constitue un premier critère de distinction entre ces mécanismes. Un second critère de distinction situé, pour sa part, sur le plan volontaire peut également être constaté.

2. Une distinction tenant au rôle attribué à la volonté.

213. **Des rapports différents avec la production des effets de droit.** - La volonté ne semble pas entretenir les mêmes rapports avec la production des effets de droit dans le cadre du mécanisme des conditions potestatives et dans celui des pouvoirs contractuels.

Selon l'analyse doctrinale traditionnelle, les conditions potestatives, et plus précisément, les conditions simplement potestatives, qui sont les seules dont la validité est reconnue par l'ordre juridique, subordonnent l'existence d'une obligation à la réalisation d'un événement dont l'accomplissement ou la défaillance dépend de la volonté de leur bénéficiaire². La condition simplement potestative porte ainsi *in facto a voluntate pendante*. Par exemple, si je vends ma maison, si je pars m'installer à Paris³. À ce propos, certains auteurs ont très

¹ Au sujet des divergences matérielles entre les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels, il est vrai qu'il n'a pas été ici fait référence à la jurisprudence qui refusait d'appliquer la qualification de condition aux clauses octroyant à l'une des parties un droit de résiliation unilatérale aux motifs que ces clauses ne portaient pas atteinte à l'existence, à l'efficacité, de l'obligation mais seulement à sa durée (v. : Cass. civ. 2 mai 1900, D. 1900, 1, p. 392 ; S. 1901, 1, p. 217, note A. WAHL ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 janvier 1974, *Bull. civ.* III, n° 22, p. 18). Ainsi, au plan matériel, la qualification de condition supposerait-elle, pour cette jurisprudence, d'identifier un mécanisme permettant d'influer sur l'existence d'une obligation. Dès lors qu'il s'agirait d'affecter seulement la durée en mettant fin au contrat pour l'avenir, il ne pourrait pas s'agir d'un mécanisme conditionnel puisque le lien de droit reste formé et continue d'exister pour la période écoulée avant la rupture. Il convient cependant d'observer qu'une telle analyse repose sur l'effet rétroactif des conditions résolutoires qui affecte l'existence même de l'obligation en provoquant sa disparition totale pour la période temporelle écoulée. Or, une telle distinction entre existence et durée ne semble plus permettre, à l'heure actuelle, de différencier les conditions résolutoires et les pouvoirs de résiliation dans la mesure où le nouvel art. 1304-7 al. 2 du C. civ. prévoit que les conditions résolutoires peuvent produire leurs effets de manière prospective, et donc affecter seulement la durée d'une obligation et non pas son existence pour le passé. L'inaptitude de cette distinction à décrire le droit positif a alors poussé à la mettre de côté.
² v. not. en ce sens : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, *op. cit.*, n° 314, spéc., p. 308 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, *op. cit.*, p. 66 ;

³ Cette analyse doctrinale puise ses racines de l'ancien article 1170 du Code civil qui faisait référence à l'accomplissement d'un événement et non à une pure volition. Bien qu'aujourd'hui les dispositions du Code civil ne consacrent plus un article spécial aux conditions simplement potestatives, et cela, dans la mesure où l'ancienne présentation des différentes conditions sous la forme d'une typologie été abandonnée, la référence à l'accomplissement d'un événement est explicitement exigée par le nouvel article 1304 du Code civil qui propose une définition générale de l'obligation conditionnelle.

justement pu faire observer que, dans le cadre des conditions simplement potestatives « la volonté n'agit pas directement sur l'obligation ; elle n'agit sur l'obligation qu'en portant sur le fait ou événement auquel cette obligation est subordonnée »¹. Cette observation doit être combinée à l'analyse classique du mécanisme des conditions qui présente ce dernier comme produisant ses effets de plein droit, c'est-à-dire de manière automatique². Le rapport qui s'établit entre la volonté et la production des effets de droit se présente alors comme étant de type indirect. En effet, si la volonté porte directement sur la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition, comme, par exemple, vendre sa maison, s'installer à Paris, c'est ensuite le mécanisme des conditions qui prend le relai en produisant de manière automatique ses effets sur l'obligation affectée.

En comparaison, la volonté se voit conférer une place tout à fait différente dans le cadre des pouvoirs contractuels. La volonté s'y présente comme un élément permettant à un type particulier de droits, les pouvoirs contractuels, de produire leurs effets, c'est-à-dire d'imposer une modification de la situation juridique contractuelle. Ainsi liée à l'exercice des pouvoirs contractuels, la volonté entretient un rapport direct avec la production des effets de droit. Le rôle de la volonté n'est donc pas, ici, comme en matière de conditions potestatives, d'influer sur la survenance d'un événement dont la réalisation ou la défaillance permettra de modifier les effets d'un contrat. S'il convient de bien préciser que, dans le cadre de l'exercice des pouvoirs contractuels, la volonté doit parfois s'appuyer sur la réalisation d'un événement objectif servant de cause-efficiente à l'acte unilatéral de modification du contrat, comme, par exemple, une inexécution suffisamment grave en matière de résolution unilatérale ou d'exception d'inexécution, il ne s'agit cependant pas pour la volonté d'influer sur la réalisation ou la

¹ v. : Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, vol. 1, Paris, ROUSSEAU, 1936, 2^{ème} éd. avec la collaboration de G. LAGARDE, n° 789.

² v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1228, p. 1214. Toutefois, certains auteurs ont pu développer des analyses destinées à remettre en cause l'effet automatique des conditions. v. par ex. : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 605 et s., où l'auteur, propose de faire dépendre les effets du mécanisme des conditions d'une manifestation de volonté. Pour ce faire, l'auteur s'appuie sur la reconnaissance d'un droit potestatif d'option (n° 609) dont la jouissance, c'est-à-dire l'existence, est affectée par le mécanisme des conditions (n° 606 et spéc. note n° 404). La défaillance de la condition suspensive ou l'accomplissement de la condition résolutoire donnerait ainsi naissance à un droit potestatif permettant à son titulaire de choisir respectivement, entre la caducité du contrat ou la production de ses effets, ou la résolution du contrat ou sa continuation. Mais le raisonnement ici mené par l'auteur ne doit pas tromper : l'effet du mécanisme des conditions demeure automatique. Dès lors que l'événement érigé en condition vient à se réaliser ou défaillir, celui-ci affecte automatiquement la jouissance (l'existence) du droit potestatif d'option. Le caractère non-automatique tient seulement à l'exercice dudit droit potestatif qui ne produira ses effets qu'en cas de manifestation de volonté de son titulaire. Il semble donc impossible de remettre en cause l'effet automatique du mécanisme des conditions sans procéder à une dénaturation de cette technique.

Aussi, ce trait caractéristique du mécanisme des conditions ne semble-t-il pas avoir été remis en cause à l'occasion de la réforme du droit des contrats. En effet, aucun des articles consacrés à la notion de condition n'exige l'intervention de la volonté pour que la condition puisse produire ses effets. Le nouvel art. 1304-6 al. 1^{er} du C. civ. relatif à la condition suspensive dispose que : « l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive ». L'emploi des termes « à compter de » tend ainsi à mettre en avant l'automatisme du mécanisme. Le nouvel art. 1304-7 al. 1^{er} du C. civ. dispose que : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation [...] ». Ici encore, aucune référence à la volonté n'est faite. De plus, le nouvel art. 1304-4 du C. civ. prohibe toute renonciation aux effets d'une condition accomplie, ce qui signifie que la partie dans l'intérêt de laquelle la condition a été stipulée n'est pas bénéficiaire d'un droit aux effets de la condition auquel elle serait à même de renoncer. Une fois l'événement érigé en condition défailli ou accompli, la condition produit ses effets de manière automatique. Elle ne constitue pas un droit dont les effets dépendraient d'une manifestation de volonté.

défaillance de cet événement défini objectivement. Comme pour tout droit, la volonté joue donc, en matière de pouvoirs contractuels, le rôle d'instrument permettant leur mise en œuvre¹. La présence d'une manifestation de volonté matérialise, alors, l'exercice des pouvoirs contractuels et permet à ceux-ci de produire leurs effets, à savoir, modifier une situation contractuelle.

Par conséquent, il semble possible de conclure que le rôle attribué à la volonté peut servir de second critère de distinction entre les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels. Dans le cadre des conditions potestatives, la volonté n'entretient qu'un rapport indirect avec la production des effets de droit. En effet, la volonté permet seulement d'influer sur un événement dont la réalisation ou la défaillance conduira la condition à produire, par la suite, ses effets. À l'opposé, dans le cadre des pouvoirs contractuels, la volonté se présente comme l'élément permettant d'activer la production de leurs effets de droit. Ainsi, en tant qu'instrument permettant l'exercice des pouvoirs contractuels, la volonté entretient-elle un rapport direct avec la modification de la situation contractuelle, c'est-à-dire la production des effets de droit.

214. **Point d'étape.-** Deux critères semblent permettre de distinguer les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels. Le premier critère tient au domaine matériel de ces deux mécanismes. Alors que les conditions potestatives sont seulement susceptibles d'affecter les effets du contrat et ne peuvent porter sur des éléments essentiels, tels que le consentement et l'objet, les pouvoirs contractuels, pour leur part, peuvent affecter les effets du contrat mais également porter sur des éléments essentiels du contrat. Dès lors, il en résulte que la qualification de condition potestative doit être exclue chaque fois que l'on se retrouve confronté à un mécanisme unilatéral portant sur des éléments essentiels du contrat. Le second critère de distinction tient au rôle attribué à la volonté dans ces deux mécanismes. Dans les conditions potestatives, la volonté permet seulement d'influer sur un événement dont la réalisation ou la défaillance conduira la condition à produire ses effets. La volonté n'entretient alors qu'un rapport indirect avec les effets de droit produits par la condition. À l'opposé, dans le cadre des pouvoirs contractuels, la volonté se présente comme étant liée à leur exercice. Ainsi, en tant qu'instrument permettant la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la volonté entretient-elle un rapport direct avec la modification de la situation contractuelle, c'est-à-dire la production des effets de droit.

215. **Bilan du § 1.-** Au terme de cette première étape du processus de qualification des pouvoirs contractuels, il semble possible d'affirmer que les pouvoirs contractuels et les

¹ Rappr. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 10, p. 756, où l'auteure, comparant les droits potestatifs adjoints conférés par le contrat avec les conditions potestatives, retient : « Lorsqu'une condition est stipulée, il y a incertitude quant à l'avènement d'un événement. Mais la survenance de cet événement rend les effets de la condition automatiques. Lorsqu'un droit potestatif est accordé à l'un des contractants, il n'y a aucun élément d'incertitude tenant à l'événement lui-même. L'incertitude tient à la volonté même de son titulaire de s'en prévaloir : dans un premier temps, un droit est accordé par le contrat ; mais son effet est soumis, dans un second temps, à une déclaration de volonté ».

conditions potestatives constituent deux mécanismes distincts¹. En conséquence, cela signifie que la qualification de condition potestative ne peut pas être appliquée aux pouvoirs contractuels.

Une telle affirmation peut, *a priori*, paraître choquante au regard des analyses doctrinales et jurisprudentielles classiques qui envisageaient l'ensemble des manifestations de la potestativité en matière contractuelle au moyen du mécanisme des conditions potestatives. Cependant, il a pu être observé que cette manière de raisonner était liée, dans les premiers temps, à l'absence d'autres instruments susceptibles de traduire l'existence de rapports de pouvoir dans le contrat, puis, que celle-ci fut, par la suite, dictée par des impératifs plus moraux que techniques. En effet, la jurisprudence avait pu voir dans la prohibition des conditions purement potestatives édictée par l'ancien article 1174 du Code civil un formidable instrument de moralisation de la potestativité en matière contractuelle. Toutefois, la nécessité de procéder à des déformations de la notion de condition et du domaine de la prohibition des conditions purement potestatives tendait à mettre en avant les limites techniques d'une telle qualification et à masquer, sous cette qualification, la présence de pouvoirs contractuels tels que le pouvoir de issu d'une clause de réméré, le pouvoir de se dédire, les pouvoirs de rétractation conférés aux consommateurs ou encore les pouvoirs de résiliation.

Aussi, dans l'optique de mettre fin à la traditionnelle assimilation des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives, une démarche négative a pu être entreprise dont l'objectif consistait à identifier les traits caractéristiques divergents de ces deux mécanismes. Ainsi, il a été mis en évidence que les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives constituent deux mécanismes distincts, d'une part, en ce qu'ils ne disposent pas du même domaine matériel, et d'autre part, en ce que la volonté se voit conférer un rôle différent dans chacun d'eux. Sans aller jusqu'à nier l'existence théorique de la notion de condition potestative², la démarche entreprise permet, via les critères dégagés, d'affranchir les pouvoirs contractuels, ou plus exactement, certaines manifestations des pouvoirs contractuels, de la qualification de condition potestative dont ils pouvaient classiquement être affublés. En rendant ainsi leur autonomie aux pouvoirs contractuels et en faisant notamment observer que la volonté est l'instrument de leur exercice, on éloigne, alors, les pouvoirs contractuels de la catégorie des conditions pour les rapprocher de la catégorie générique des droits. Mais pour autant, de quel type de droit peut-il s'agir ? À ce propos, il semblerait que la qualification de droit potestatif soit la plus adaptée.

¹ Distincts, les mécanismes des pouvoirs contractuels et des conditions – que celles-ci soient d'ailleurs potestatives ou non – peuvent néanmoins être combinés. En effet, les conditions ayant notamment pour objet d'affecter la jouissance des droits et obligations nés du contrat, celles-ci sont également susceptibles d'affecter la jouissance des droits adjoints que sont les pouvoirs contractuels. Ainsi, un contrat peut conférer un pouvoir contractuel à l'une des parties tout en faisant dépendre sa jouissance d'une condition suspensive ou résolutoire, casuelle ou potestative. À propos du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 339 et s., p. 379 et s.

² Pour une remise en cause de l'existence même de la notion de condition potestative, v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 158.

§ 2 - L'IDENTIFICATION DES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DES DROITS POTESTATIFS DANS LES POUVOIRS CONTRACTUELS.

216. **Identification trait pour trait.**- D'origine étrangère, la notion de droit potestatif puise ses racines dans les droits allemand, italien et suisse, où celle-ci est désignée par les termes de « *Kann-Rechte* », « *Rechte des rechtlichen Könnens* », ou « *Gestaltungsrechte* »¹, de « *diritto potestativo* »² et de « droit formateur »³. S'il est possible de retrouver, en droit interne, la trace du droit potestatif dans quelques études datant du début des années trente⁴ et de la fin des années quarante⁵, cette notion a pu réellement⁶ émerger dans les années soixante sous la plume d'auteurs qui furent confrontés à des droits dont les traits caractéristiques ne permettaient pas de les rattacher aux catégories doctrinales traditionnelles. Les droits en question conférant à leurs titulaires la possibilité d'acquiescer un autre droit, ou encore, de modifier une situation juridique, ceux-ci ne pouvaient pas être véritablement assimilés, d'une part, à des droits personnels en ce qu'ils ne permettent pas d'exiger d'une personne l'accomplissement d'une prestation, ni d'autre part, à des droits réels en ce qu'ils n'accordent pas un pouvoir immédiat sur une chose.

Ainsi, dans les années soixante, la notion de droit potestatif fut-elle notamment⁷ sollicitée par M. COMPARATO dans le cadre d'une étude de l'obligation en droit privé⁸, et ce, pour expliquer la nature du droit qui peut être conféré à l'une des parties de modifier ou de supprimer, par une manifestation unilatérale de volonté, le rapport de créance et de dette⁹. Elle fut également employée par M. CÉLICE pour expliquer la nature du droit de se prévaloir des réserves stipulées dans une convention¹⁰. Sans oublier M. NAJJAR qui y fit appel afin d'expliquer

¹ À propos des auteurs allemands qui avaient relevé l'existence de droits tendant à la modification d'autres droits, v. par ex. : A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, BÖLHAU, 1878 ; L. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, bedingung und anfangstermin*, Marburg, ELWERT, 1889, p. 600 ; E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. 2, Leipzig, DUNCKER et HUMBLOT, 1898, p. 32 et s. ; A. von TUHR und G. THIEL, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Leipzig, DUNCKER et HUMBLOT, 1910, p. 177 ; E. SECKEL, *Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954.

² v. not. : G. MESSINA, *Nuovo digesto italiano*, vol. 3, Torino, UTET, 1938, V° *Diritti potestativi*, p. 872 et s. ; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile : le azioni, il processo di cognizione*, Naples, JOVENE, 1923, p. 40 et s.

³ v. : L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, Genève, Impr. Du journal de Genève, 1947.

⁴ v. : H. VIZIOZ, *Études de procédure, I. Observations sur l'étude de la procédure civile*, Paris, DE BOCCARD, 1931, p. 97, où l'auteur fait allusion à la notion de droit potestatif lorsqu'il rappelle la conception l'action en justice développée par CHIOVENDA pour ensuite critiquer celle-ci.

⁵ v. : L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, op. cit.*, p. 61 et s. ; et du même auteur : « *Les promesses synallagmatiques de vente : contribution à la théorie des avant-contrats* », RTD. civ. 1949, p. 1 et s., spéc., n° 27-28, p. 26-28.

⁶ S'il n'a pas été fait mention des années cinquante, la notion de droit potestatif a toutefois pu être citée dans quelques études réalisées au cours de cette période, v. not. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. Ch. ATIAS, Dalloz 1952, rééd. 2007 (où l'auteur y fait une timide allusion en note de bas de page n° 3, p. 171) ; J. DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. MAURY, Paris, Dalloz, 1952, p. 248 et s.

⁷ La notion de droit potestatif a également pu être évoquée pendant cette période par : G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « *L'évolution récente de la notion de droit subjectif* », RTD. civ. 1966, p. 216 et s., spéc., p. 225-226.

⁸ v. : F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964.

⁹ *Ibid.*, p. 127

¹⁰ v. : B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, texte remanié de thèse Paris, 1965, qui définit le droit potestatif comme « la faculté de mettre autrui dans l' 'inefficacité de vouloir' » (n°

la nature des droits d'option¹, dans le cadre d'une étude qui, encore aujourd'hui, est considérée, en raison des éclairages qu'elle apporte, comme ayant véritablement introduit la notion de droit potestatif dans la doctrine interne. L'auteur, s'inspirant des travaux de la doctrine allemande et italienne, y définit alors les droits potestatifs comme : « des pouvoirs² par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »³.

Bien qu'elle n'ait pas été reconnue par le législateur⁴ ni par la jurisprudence, la notion de droit potestatif a néanmoins rencontré un franc succès doctrinal. En témoignent les nombreuses références qui y sont faites pour décrire la nature, notamment, du droit conféré au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente⁵, du droit de préemption⁶, du droit issu d'une clause résolutoire⁷, ou encore du droit de réméré⁸.

En raison de l'originalité de leurs traits caractéristiques, les droits potestatifs constitueraient ainsi une catégorie autonome⁹. Au plan matériel, cette originalité résiderait essentiellement en ce que les droits potestatifs ne confèrent aucune prérogative immédiate sur un objet ou une personne¹⁰, mais permettent d'influer sur une situation juridique. En cela, ils influeraient sur l'existence – c'est-à-dire la jouissance, la titularité – des droits et obligations qui découlent de cette situation juridique. N'entretenant donc pas un rapport direct, ou

209) puis la réserve dans le contrat comme la « création synallagmatique de droits potestatifs qui assurent à leur bénéficiaire la maîtrise de la durée de l'acte » (n° 412).

¹ v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 98 et s., p. 100 et s. Toutefois, l'auteur fait observer que la qualification de droit potestatif ne fournit qu'une explication partielle de la nature des droits d'option. Ces derniers seraient des droits potestatifs d'un genre particulier dans la mesure où, d'une part, ils offriraient une alternative entre des possibles prédéterminés de manière objective (n° 107 et s., p. 110 et s.), et d'autre part, ils s'exerceraient dans le cadre d'une situation juridique en cours de mutation, ce qui implique que le titulaire de l'option soit tenu de prendre parti (n° 109 et s., p. 111 et s.).

² Il convient toutefois d'observer, qu'à l'heure actuelle, définir les droits potestatifs en se référant à la notion de « pouvoir » peut paraître maladroit. En effet, les « pouvoirs » constituent une catégorie autonome de prérogatives juridiques qui, en ce qu'elles permettent de produire des effets de droit dans la sphère d'autrui, sont finalisées, c'est-à-dire voient leurs conditions d'exercice objectivées. L'objectivation de leurs conditions d'exercice permettant ainsi de tenir compte de l'intérêt d'autrui – c'est-à-dire des sujets qui subissent les effets résultant de l'exercice du pouvoir –. Cette exigence se retrouve sous la formule selon laquelle les pouvoirs s'exercent « dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de leur titulaire » (à propos de la notion de pouvoir, v. : *infra*, n° 249, p. 278 et s.). Dès lors, faire référence à l'idée de pouvoir dans la définition des droits potestatifs renvoie à l'idée d'hétéronomie propre aux pouvoirs – à la possibilité de produire et d'imposer des effets de droit dans la sphère juridique d'autrui –, qui se traduit, dans le cadre des études consacrées aux droits potestatifs, par la notion de « sujétion ». La référence à l'idée de pouvoir revient donc à faire de la sujétion une caractéristique essentielle des droits potestatifs.

³ v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99, p. 102.

⁴ À ce titre, il convient notamment d'observer que la notion de droit potestatif n'apparaît aucunement dans les nouveaux articles du Code civil issus de la réforme du droit des contrats.

⁵ v. : F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1983, où l'auteure considère que le bénéficiaire de la promesse dispose d'un droit à la conclusion du contrat de vente (n° 154, p. 121).

⁶ v. : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, p. 461 et s.

⁷ v. : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 162 et s., p. 176 et s.

⁸ v. : A. BORIES, *Le réméré*, th. Montpellier 2004, n° 725 et s., p. 409 et s.

⁹ v. : en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 31.

¹⁰ v. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis, p. 102 : « Les droits potestatifs ne donnent aucun pouvoir *immédiat* sur un objet ou une personne [...] ». (L'auteur souligne).

immédiat, avec une personne ou une chose, certains auteurs, alors, ont été conduits à les qualifier de « droits-moyens »¹. Au plan moral, l'originalité des droits potestatifs tiendrait en ce que leur mise en œuvre dépend d'une manifestation unilatérale de volonté de la part de leur titulaire.

Il semblerait que chacun des traits caractéristiques qui font l'originalité des droits potestatifs puissent être identifiés chez les pouvoirs contractuels. Pour autant, avant de conclure à la nécessité d'appliquer la qualification de droits potestatifs aux pouvoirs contractuels, une entreprise de rapprochement « trait pour trait » doit être menée. L'objectif de cette opération consistera donc à identifier les traits caractéristiques de type matériel (A) et volontaire (B) des droits potestatifs dans les pouvoirs contractuels.

A. L'identification des traits caractéristiques de type matériel.

217. **Un rapprochement organisé autour de deux caractéristiques matérielles.**- Au plan matériel, deux traits caractéristiques qui font la particularité des droits potestatifs peuvent être observés dans les pouvoirs contractuels. Aussi, ces deux traits caractéristiques sont tirés d'une analyse détaillée de la définition de droits potestatifs qui sont généralement présentés comme des pouvoirs conférant à leurs titulaires la possibilité d'influer sur des situations juridiques. Le premier critère de rapprochement tiendrait alors à l'objet des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels. Ces deux types de droits auraient, en effet, pour objet la modification d'une situation juridique (1). Le second critère de rapprochement serait fondé sur l'idée de « pouvoir » qui apparaît dans la définition traditionnelle des droits potestatifs. Il convient de préciser que la référence à la notion de pouvoir traduit l'idée d'empiètement d'un sujet de droit sur la sphère juridique d'autrui, c'est-à-dire la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui. Cette description de la portée des effets des droits potestatifs est, dans le cadre des travaux consacrés à ce type de droits, classiquement résumée au moyen d'une référence à la notion de « sujétion ». Or, il semble possible d'observer, dans les droits potestatifs comme dans les pouvoirs contractuels, l'existence d'une situation de sujétion (2).

1. La modification d'une situation juridique.

218. **Une première caractéristique propre aux droits potestatifs observable dans les pouvoirs contractuels.**- L'autonomie de la catégorie des droits potestatifs reposerait en partie sur la spécificité de leur objet, à savoir la modification d'une situation juridique. S'il s'agit d'une caractéristique propre aux droits potestatifs (a), celle-ci est également observable dans les pouvoirs contractuels (b).

¹ *Ibid, loc. cit.*, où l'auteur fait observer que c'est « en raison de l'absence de cette exigibilité immédiate que les droits potestatifs sont appelés 'droits secondaires' ou 'droits moyens' (*diritti-mezzi*) ».

a. *Une caractéristique propre aux droits potestatifs.*

219. **La singularité de l'objet des droits potestatifs.**- Les définitions retenues en doctrine à propos des droits potestatifs mettent traditionnellement l'accent sur la singularité de leur objet. En effet, les droits potestatifs sont habituellement présentés comme des pouvoirs permettant d'influer sur des situations juridiques, ce qui permet de les distinguer, en premier lieu, des droits réels qui portent sur une chose, et en second lieu, des droits personnels qui portent sur l'accomplissement d'une prestation. Une telle définition des droits potestatifs trahit l'influence de la doctrine allemande qui propose de définir les « *Gestaltungsrechts* »¹ ou « droits de conception » comme des pouvoirs permettant de façonner un rapport juridique au moyen d'une activité unilatérale². Cependant, définir l'objet des droits potestatifs comme un rapport juridique, ou plutôt, « une situation juridique » a pu soulever deux types de difficultés.

220. **Deux difficultés rencontrées.**- Il a pu être objecté, d'une part, que la modification d'une situation juridique ne serait pas le propre des droits potestatifs dans la mesure où toute l'autonomie du droit privé repose sur la mise en œuvre de prérogatives juridiques qui permettent d'influer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles³. En effet, il est possible d'observer que l'exercice d'un droit de créance, c'est-à-dire l'exercice du droit d'exiger et de recevoir, et l'accomplissement de la prestation par le débiteur, éteignent le rapport d'obligation. De même, la transmission d'un droit réel, par exemple, à travers l'accomplissement d'un acte de disposition comme la transmission de la pleine propriété ou la donation de l'usufruit d'un bien, conduit à modifier la situation juridique des deux parties à l'acte. Une telle objection n'est pourtant pas dirimante. En effet, il a pu être mis en évidence que la modification d'une situation juridique préexistante ne constitue, en réalité, qu'une conséquence découlant de l'exercice d'un droit personnel ou d'un droit réel, alors que celle-ci s'avère être l'objet premier des droits potestatifs⁴.

D'autre part, il a pu être observé que certains droits potestatifs pouvaient exister sans pour autant avoir d'objet *ab initio*, c'est-à-dire sans que la situation juridique sur laquelle ils sont censés porter n'ait encore vu le jour. Tel est le cas des droits potestatifs de préemption ou

¹ Cette terminologie est notamment employée par : E. SECKEL, *Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts*, op. cit.

² Pour une définition des *Gestaltungsrechte*, v. not. : Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung : Geschichte und Dogmatik*, Tübingen, MOHR SIEBECK, vol. 4 de HEIDELBERGER Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 2011, p. 1 : « *Das private Gestaltungsrecht ist zu definieren als das subjektive Privatrecht dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft* ». (Le droit privé de conception doit être défini comme le droit privé subjectif dont le contenu a le pouvoir de façonner les relations juridiques concrètes par acte unilatéral).

³ Un tel argument a pu être soulevé par : F. MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, VAHLEN, 1935, p. 87 et s. (cité par : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 102, p. 106).

⁴ À propos d'une telle observation, v. not. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 36 ; A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., n° 467, p. 283.

de retrait¹ qui peuvent être accordés par la loi² et qui sont donc susceptibles d'exister sans pour autant avoir d'objet tant que le propriétaire de la chose ne modifie pas sa situation juridique en prenant la décision de vendre ou en concluant un contrat de vente³. Tel serait également le cas du droit d'agir en justice, présenté comme un droit potestatif⁴, dont l'objet, la formation du lien d'instance, apparaîtrait concomitamment à son exercice⁵. Si certains auteurs considèrent qu'antérieurement à l'apparition de la situation juridique constituant leur objet, les droits potestatifs n'existent que sous la forme d'une simple expectative⁶, d'autres sont allés jusqu'à affirmer que les droits potestatifs sont dénués d'objet⁷. Toutefois, la difficulté de concevoir l'existence de droits sans objet invitent à envisager une autre solution. Le recours à la notion d'objet futur permettrait de retenir avec d'autres que « l'objet existe dès la naissance du droit formateur sous la forme d'une situation juridique future »⁸, mais incertaine.

Une fois les deux difficultés susmentionnées dépassées, rien n'empêche donc plus de concevoir que les droits potestatifs puissent avoir pour objet premier une situation juridique, que celle-ci soit, d'ailleurs, présente ou future, fut-elle incertaine. Il convient d'ajouter, qu'au

¹ Une partie de la doctrine propose de distinguer les droits de préemption et de retrait selon un critère temporel. La préemption trouverait sa place dans la période *ante rem venditam*. Elle créerait ainsi à la charge du vendeur une obligation de notifier en priorité son intention d'aliéner au bénéficiaire du droit de préemption (v. : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente, op. cit.*, n° 497 ; Rappr. P. LOUIS-LUCAS, « *Les droits de préemption du Code de l'urbanisme* », LPA, février 1994, n° 22, p. 16 et s., où l'auteur parle de « déclarations d'intention d'aliéner »), qui, une fois cette offre transmise se verrait conférer la jouissance d'un droit potestatif d'option (v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, op. cit.*, n° 147, spéc. p. 156). Le retrait trouverait sa place *post rem venditam*. Il est analysé comme un droit permettant à son titulaire de se substituer à l'acquéreur originel dans les droits et obligations qu'il tenait d'un contrat (v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, op. cit.*, n° 148, p. 157 ; ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 101, spéc. p. 95 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 72, p. 59). Toutefois, cette distinction doctrinale n'a pas véritablement connu de succès en pratique. De plus, certains auteurs ont pu remettre en cause cette distinction doctrinale traditionnelle en se fondant sur l'identité des effets des deux mécanismes : le droit de préemption permettant, tout comme le droit de retrait, une substitution du bénéficiaire dans le contrat de vente (v. : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption, op. cit.*, n° 252 et s.).

² v. par ex. : le droit de préemption conféré au locataire d'un bail d'habitation en cas de congé pour vendre donné par le bailleur (art. 15-II de loi n° 89-462 du 6 juillet 1989), le droit de préemption conféré aux autres indivisaires en cas de cession de tout ou partie de ses droits indivis par l'un des coindivisaires (art. 815-14 al. 2 du C. civ.), ou encore les droits de préemption reconnus aux personnes morales de droit public telles que les commune (art. L. 211-1 du C. de l'urbanisme) ou les SAFER (art. L. 143-1 C. rur.).

³ v. à ce propos : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption, op. cit.*, p. 467, où l'auteure énonce à propos du droit de préemption que : « Ce droit a pour objet un autre droit : celui que l'acquéreur a retiré du contrat initial. Il en résulte qu'à défaut de contrat préexistant, le droit de préemption est sans objet ».

⁴ Pour une telle qualification, v. : L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, op. cit.*, p. 54 et s. ; F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », RTD. civ. 1982, p. 705 et s., spéc., n° 49, p. 738 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, op. cit.*, n° 124 et s., p. 129 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 222, p. 133. Adde, dans la doctrine italienne, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile : le azioni, il processo di cognizione, op. cit.*, p. 40 et s.

⁵ v. en ce sens : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, n° 510, p. 463, où l'auteure retient : « l'objet du droit [potestatif] peut n'apparaître qu'au moment de sa mise en œuvre. Ainsi, le droit d'agir en justice se concrétise dans l'exercice de l'action. À défaut de celle-ci, il est dénué de contenu tangible ».

⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁷ v. : G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, « *L'évolution récente de la notion de droit subjectif* », art. préc., p. 225, où l'auteur retient que la possibilité d'agir sur une situation juridique n'est : « qu'un élément constitutif de la notion même de droit potestatif et ne saurait être considéré comme son objet ».

⁸ v. : L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse, op. cit.*, p. 74. Solution reprise et citée par : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 35.

sein de la catégorie¹ des droits potestatifs qui attribuent à leurs titulaires la possibilité d'influer sur une situation juridique, MESSINA proposait de distinguer trois sous-catégories². L'auteur, classant les droits potestatifs selon leur objet, identifiait, d'abord, les « droits potestatifs constitutifs », tels que le droit d'obtenir une servitude de passage, la mitoyenneté d'un mur, le droit d'accepter une succession ou une offre de contrat, ensuite, les « droits potestatifs modificatifs », tels le droit de choisir dans les obligations alternatives et facultatives, le droit de demander la réduction des hypothèques, et enfin, les « droits potestatifs extinctifs », comme le droit de demander le partage de la chose indivise.

Si les droits potestatifs se singularisent par leur objet qui est une situation juridique, ce trait caractéristique particulier se retrouve également dans les pouvoirs contractuels.

b. *Une caractéristique observable dans les pouvoirs contractuels.*

221. **Rapprochement avec l'objet des pouvoirs contractuels.**- Au cours de cette étude, il a pu être mis en évidence que les pouvoirs contractuels pouvaient avoir pour objet l'ensemble des éléments constitutifs d'un contrat définitivement formé et en cours d'exécution³, qu'il s'agisse des effets obligationnels ou non obligationnels, mais également les éléments unis par le lien d'obligation, qu'il s'agisse de l'objet de l'obligation ou encore de l'identité des parties.

Ces différents éléments appartiennent à ce qui a pu être identifié comme étant une situation juridique individuelle d'un type particulier, à savoir, une situation contractuelle⁴. Ainsi, à l'instar des droits potestatifs, les pouvoirs contractuels ont pour objet une situation juridique et, plus précisément, certains éléments composant une situation contractuelle. De plus, ladite situation contractuelle étant formée et en cours d'exécution, celle-ci se présente alors comme une situation juridique préexistante, et cela, conformément à la définition classique des droits potestatifs. De la sorte, les pouvoirs contractuels portent, à l'image de certains droits potestatifs, sur des éléments d'une situation juridique présente, c'est à dire préexistante.

En outre, il s'avère possible d'identifier au sein des pouvoirs contractuels deux des différentes sous-catégories de droits potestatifs dégagées par MESSINA. En effet, il existe, d'une part, des pouvoirs contractuels « extinctifs », c'est-à-dire des pouvoirs contractuels ayant pour objet d'anéantir le rapport d'obligation issu du contrat, comme les pouvoirs de résolution, de

¹ Pour MESSINA, les droits potestatifs qui attribuent à leur titulaire la possibilité de modifier, par leur seule activité, une situation juridique préexistante constitueraient une catégorie particulière de droits potestatifs à côté des « droits négatifs » qui suspendent ou mettent obstacle à d'autres droits subjectifs – à l'image des actes d'opposition à mariage – et des « facultés acquisitives » qui ont pour objet l'acquisition d'un droit subjectif – tels que les droits de préférence –. (v. : G. MESSINA, *Nuovo digesto italiano*, *op. cit.*, cité par : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 116, p. 119-120).

² *Ibid.*

³ Pour une analyse détaillée, v. : *supra*, n° 100 et s., p. 120 et s., le Chapitre II consacré à l'objet des pouvoirs contractuels.

⁴ v. not. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, où l'auteur, après avoir défini les situations juridiques comme : « des situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes vis-à-vis des autres, sur la base de règles juridiques [...] » (p. 2), et observé que « la situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs [...] » (p. 52), retient : « [...] une telle situation, issue du contrat bilatéral, est particulièrement caractéristique de cet entrecroisement de droits et de devoirs [...] » (p. 53).

résiliation et de révocation¹. D'autre part, l'existence de pouvoirs contractuels que l'on peut qualifier de « modificatifs »² a pu être constatée via la mise en évidence de prérogatives unilatérales permettant d'influer sur certains éléments de la situation contractuelle, qu'il s'agisse de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation ou l'objet de la prestation, sa quotité, sa qualité, ou encore, de l'identité des parties au contrat.

En revanche, il ne semble pas exister, à proprement parler, de pouvoirs contractuels que l'on puisse qualifier de « constitutifs » au sens où MESSINA entendait cette catégorie. Pour l'auteur, cette catégorie comprenait des droits potestatifs qui, tels que le droit d'acquérir la mitoyenneté, le droit d'accepter une succession, ou encore, le droit d'accepter une offre contractuelle, autorisent la création de nouveaux droits et obligations via la constitution d'une situation juridique totalement nouvelle. Si les parties doivent, semble-t-il, disposer de la possibilité de stipuler des clauses de pouvoir conférant l'une d'entre elles le pouvoir de créer de nouveaux droits et obligations, il convient néanmoins d'observer que les pouvoirs qui en seraient issus produiraient leurs effets dans le cadre d'une situation juridique préexistante et n'entraîneraient pas la création d'une situation juridique totalement nouvelle. Dès lors, ces pouvoirs contractuels correspondraient davantage à la catégorie des droits potestatifs modificatifs que des droits potestatifs constitutifs.

222. **Point d'étape.**- Au terme de ces observations, il apparaît donc possible d'affirmer que les droits potestatifs et les pouvoirs contractuels partagent le même objet, à savoir, la modification d'une situation juridique. Plus précisément, les pouvoirs contractuels apparaissent comme des droits potestatifs particuliers en ce qu'ils ont pour objet des éléments appartenant à un type spécifique de situation juridique : une situation contractuelle. Cette particularité, qui tient en ce que les pouvoirs contractuels ont pour objet une situation contractuelle déjà formée et en cours d'exécution, peut conduire, certes de manière plus anecdotique, à consacrer une terminologie spécifique auxdits pouvoirs contractuels. Si les droits potestatifs sont qualifiés de « droits formateurs », les pouvoirs contractuels, en ce qu'ils ne visent pas à la création *ex-nihilo* d'une nouvelle situation juridique³, mais à réformer⁴, à transformer une situation préexistante, semblent plutôt se présenter comme des droits contractuels « réformateurs ».

¹ À propos de ces pouvoirs ayant pour objet l'anéantissement du rapport d'obligation, v. : *supra*, n° 111 et s., p. 129 et s.

² L'emploi du terme « modificatif » peut ici sembler maladroit dans la mesure où l'ensemble des pouvoirs contractuels peuvent être qualifiés de « modificatifs » dès lors que l'on donne à cet adjectif le sens de « transformation ». L'exercice de tous les pouvoirs contractuels ayant pour effet de transformer la situation contractuelle.

³ La création d'une situation juridique totalement nouvelle – c'est-à-dire d'une situation juridique qui n'existait pas antérieurement – est l'objet, par exemple, du droit potestatif issu d'une promesse unilatérale de vente qui permet de former une situation contractuelle qui n'existait pas auparavant.

⁴ Le verbe « réformer » tire son origine du verbe latin : *reformato*, -as, -are, -avi, -atum. Le GAFFIOT fait mention de trois acceptions pour ce verbe. La première et la plus ancienne désigne l'action de « rendre à sa forme première, refaire ». La seconde désigne l'action de « rétablir, restaurer ». Enfin la troisième et plus récente se réfère à l'action de « réformer, améliorer, corriger ». (v. : F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, édition KOMAROV, 2016, sous la dir. de G. GRÉCO, V° *reformato*, p. 1138). Le verbe « réformer » ne doit donc pas être entendu ici dans son acception première désignant l'action de rétablir une chose dans sa forme originelle ou primitive, mais dans son acception la plus moderne qui désigne l'action de transformer, d'améliorer, de corriger, quelque chose.

Toutefois, avant d'être autorisé à conclure que les pouvoirs contractuels sont des droits potestatifs d'un genre particulier, certains éléments propres aux droits potestatifs doivent encore être identifiés dans les pouvoirs contractuels. L'un d'eux est l'existence d'une situation de sujétion.

2. L'existence d'une situation de sujétion.

223. Une seconde caractéristique propre aux droits potestatifs observable dans les pouvoirs contractuels.- Dans l'optique d'affirmer l'autonomie des droits potestatifs, les défenseurs de cette catégorie ont pu s'appuyer sur une seconde caractéristique matérielle originale de ces droits : l'établissement d'une situation de sujétion¹. S'il s'agit d'une caractéristique propre aux droits potestatifs (a), celle-ci est également observable dans les pouvoirs contractuels (b).

a. Une caractéristique propre aux droits potestatifs.

224. Définition de la sujétion.- La situation dite « de sujétion » repose sur l'existence d'un lien de droit d'un type particulier entre le titulaire du droit potestatif – sujet actif ou *potentior* – et le sujet ou les sujets de droit appelés à en subir les effets – sujet(s) passif(s) – dénommé : « lien de sujétion ». Ledit « lien de sujétion » a pu être défini comme étant « le lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autres personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir »². Aussi, deux éléments qui composent cette définition et qui font la spécificité de la sujétion peuvent être distingués.

225. Production d'effets de droit dans la sphère d'autrui.- Le premier élément de la sujétion est mis évidence via l'image d'un « d'empiètement » sur la sphère juridique d'autrui. La sujétion montre alors que l'un des traits originaux des droits potestatifs réside dans la possibilité offerte à leurs titulaires de produire des effets de droit qui dépassent leur simple sphère d'autonomie personnelle. La composante « pouvoir », généralement évoquée au sein des définitions consacrées à ces droits, irrigue ainsi les droits potestatifs qui sont donc « hétéronomie »³ en ce qu'ils permettent de produire des effets de droit dans la sphère juridique d'autrui, c'est-à-dire d'influer sur la jouissance des droits et obligations dont les sujets « passifs » peuvent être titulaires.

Si cela signifie que les droits potestatifs ont pour objet une situation juridique qui intéresse, outre le titulaire du droit potestatif, un ou plusieurs autres sujets de droit dits

¹ À propos de la sujétion, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis et s., p. 102 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 38 et s. ;

² Pour cette définition, v. : F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », art. préc., n° 48.

³ Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 39, où l'auteur observe que la : « La potestativité apparaît comme une dérogation accordée par la loi ou la convention au devoir universel imposant à chacun de ne pas troubler autrui dans l'exercice de ses droits ».

« passifs »¹, il doit également en être déduit que tous les sujets intéressés par la situation juridique, tant « actifs » que « passifs » sont appelés à subir les effets résultant de l'exercice desdits droits. Dès lors, et à titre d'illustration², un acte de renonciation unilatérale à des droits réels ne saurait être le résultat de l'exercice d'un droit potestatif en ce que celui-ci modifie seulement la situation juridique de son auteur. En revanche, l'acte d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur résulte de l'exercice d'un droit potestatif dans la mesure où, d'une part, la jouissance du droit réel du propriétaire initial va être modifiée et, d'autre part, un droit réel nouveau va apparaître dans le patrimoine du titulaire du droit potestatif.

226. **Inviolabilité.**- Le second élément de la sujétion mis en évidence par cette définition réside dans l'efficacité du lien de droit qu'elle établit. En effet, il convient de relever, dans la définition, que le sujet passif doit « subir » les effets résultant de l'exercice des droits potestatifs et qu'il ne saurait être tenu de « la moindre tâche à accomplir ». L'efficacité des droits potestatifs est donc affirmée en ce que le sujet passif ne peut s'opposer à la production de leurs effets. Cette efficacité est d'autant plus renforcée que la production des effets de droit est présentée comme totalement indépendante de la volonté du sujet qui est appelé à les subir³ : ils lui sont imposés. En effet, le sujet « passif » n'ayant « aucune tâche à accomplir », cela signifie, d'une part, que l'accomplissement d'aucune « tâche juridique » n'est attendu de sa part. Ainsi, la production des effets de droit ne dépend-elle pas de l'accomplissement d'un acte juridique par le sujet « passif ». De même, le sujet « passif » n'a pas à participer à l'exercice du droit potestatif en tant que partie à l'acte juridique réalisé par le titulaire dudit droit. D'autre part, cela signifie que le sujet « passif » n'est aucunement tenu de l'accomplissement d'une « tâche matérielle », c'est-à-dire qu'aucun acte matériel d'exécution n'est attendu de la part du sujet « passif », à la différence de ce qui existe en matière d'obligation⁴. Par conséquent, si le droit potestatif est correctement exercé par son titulaire, le sujet « passif » ne dispose d'aucun moyen pour faire obstacle à la réalisation de ses effets.

¹ v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 39, où l'auteur observe que : « La situation juridique sur laquelle porte le droit doit donc nécessairement impliquer une ou plusieurs personne(s) autre(s) que le sujet actif ».

² Ces illustrations sont empruntées à S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 39.

³ v. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis, spéc., p. 103 : « [...] l'exercice du droit potestatif ne dépend que de la volonté de son titulaire et son efficacité est indépendante de la volonté de celui qui doit le subir ». (L'auteur souligne).

⁴ L'absence de prestation à réaliser permet d'écarter l'analyse qui fait de la sujétion une simple obligation de ne pas faire. À ce propos, M. NAJJAR avait-il pu faire observer (I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 101, p. 104 et s.) que les obligations qui comportent une prestation consistant en un acte passif – c'est-à-dire les obligations de ne pas faire – impliquent : « non pas simplement une abstention ou une attitude négative, mais une véritable action, une diligence nécessaire au maintien d'un 'état passif de tolérance' ». (L'auteur souligne). Or, pour l'auteur : « Tout cela ne se rencontre pas dans la 'sujétion' ». Ainsi, l'auteur pointe-t-il du doigt que, dans le cadre des droits potestatifs, le sujet « passif » n'a aucune prestation à accomplir, c'est à dire qu'il n'a aucune activité, même négative, à réaliser. Le sujet « passif » n'ayant pas de prestation à réaliser, l'analyse de la sujétion en termes obligationnels doit donc être rejetée. Rapp. : F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », art. préc., n° 48 : « Il n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire » ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 510, p. 463, où l'auteure met en évidence que : « le droit potestatif produit des effets sur la situation juridique de certains individus sans créer à leur charge une obligation quelconque ».

Il est alors affirmé que les droits potestatifs, en raison du lien de sujétion qu'ils établissent, présentent la caractéristique d'être « inviolables »¹. Le sujet « passif » ne saurait, dès lors, faire obstacle à l'accomplissement des effets des droits potestatifs ni par un acte juridique, ni par un acte matériel. Aussi, cette « inviolabilité » permettrait de distinguer les droits potestatifs des droits personnels et réels qui sont, pour leur part, susceptibles de subir des atteintes² matérielles. En effet, l'exercice d'un droit personnel permet à son titulaire de réclamer au débiteur l'accomplissement d'une prestation et de se l'approprier. L'exercice du droit personnel doit donc trouver une traduction au plan matériel, celle-ci résidant dans l'accomplissement d'une prestation. Toutefois, le débiteur peut faire obstacle à la traduction, sur le plan matériel, des effets du droit personnel par un acte – matériel – d'inexécution : on parle alors de violation de l'obligation. De même, l'exercice d'un droit réel, par exemple l'accomplissement d'un acte juridique sur la propriété d'un immeuble, tel qu'un démembrement de propriété en vue d'en transférer l'usufruit, peut voir sa réalisation matérielle perturbée par la présence d'un occupant sans titre.

Il a pu être observé que l'efficacité du lien de sujétion, c'est-à-dire son « inviolabilité », tiendrait au caractère purement juridique et immatériel de son objet³. Conférant une emprise sur une situation juridique, c'est-à-dire sur la jouissance des droits et obligations que celle-ci confère, les droits potestatifs, ou plutôt les effets qu'ils produisent, n'ont pas à trouver de concrétisation au plan matériel⁴. Dès lors, il n'apparaît pas matériellement possible d'en entraver les effets⁵. Tout au plus, le sujet « passif » pourrait-il tenter d'agir en amont pour empêcher le titulaire du droit potestatif de manifester sa volonté⁶. Cependant, une fois la

¹ À propos de l'inviolabilité des droits potestatifs, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis, spéc., p. 103 où l'auteur fait observer que : « si le titulaire du droit potestatif peut exercer son droit en face d'une autre personne, cette dernière ne peut même pas se soustraire à l'efficacité de son activité », et plus loin : « l'inviolabilité est du principe et de la nature même du droit potestatif ». (L'auteur souligne). Adde, S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 44 et s.

² v. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis, spéc., p. 103, où l'auteur fait observer qu'à la différence des droits potestatifs : « les droits réels ou de créance sont susceptibles soit d'inexécution (d'un contrat générateur d'obligations) soit de violation (planter sur le terrain qui appartient à autrui) ». (L'auteur souligne).

³ v. en ce sens : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., n° 474, spéc., p. 289.

⁴ Il s'agirait ainsi d'une différence essentielle entre les droits potestatifs dont l'objet est simplement d'affecter la jouissance des droits et obligations issus d'une situation juridique – c'est-à-dire que les droits potestatifs limitent leurs effets à un changement dans la sphère juridique – et les droits réels et personnels qui confèrent un pouvoir immédiat sur une chose ou une personne et dont l'usage (c'est-à-dire l'accomplissement d'actes matériels de jouissance, tels que l'édification d'une construction ou la réalisation de plantations) ou l'exercice (c'est-à-dire la réalisation d'actes juridiques, tels que la vente d'un bien, la demande de paiement d'une créance) trouve nécessairement une expression au plan matériel. Cette distinction quant à la possibilité de commander un changement dans la situation matérielle permet d'expliquer pourquoi les droits potestatifs sont qualifiés de « droits-moyens » ou de « droits-médiats ». En effet, les droits potestatifs ne permettent pas d'agir directement sur la situation matérielle : ils ne permettent que d'influer sur la jouissance des droits réels et personnels issus d'une situation juridique. Or, seule la mise en œuvre des droits réels et personnels permet d'obtenir un changement dans la situation matérielle.

⁵ Rapp. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99 bis, p. 103, où l'auteur fait observer que : « [...] dans le droit potestatif toute violation du droit ou toute inexécution sont purement et simplement inconcevables ». (L'auteur souligne).

⁶ v. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 101, spéc., p. 105 : « Ce que l'adversaire du titulaire du droit potestatif peut faire, matériellement, contre ce dernier, c'est l'empêcher d'agir pour faire la déclaration de volonté par laquelle il exerce son droit potestatif.

déclaration de volonté accomplie, rien ne permettrait matériellement de s'opposer à la production des effets de droit, c'est-à-dire ici à la modification de la situation juridique.

Cette situation de sujétion a notamment pu être observée à propos de la préemption où le vendeur ne peut échapper à la substitution du contractant originel par le titulaire du droit potestatif¹, ou encore, au sujet du droit d'obtenir la mitoyenneté d'un mur dans la mesure où le voisin, propriétaire originel du mur, ne peut s'opposer à la modification de sa situation juridique². L'existence d'une situation de sujétion semble également désormais acquise en matière de promesse unilatérale. Si la jurisprudence traditionnelle reconnaissait la possibilité au promettant de violer sa promesse en se rétractant³, ce qui faisait obstacle à la formation du contrat et était simplement sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts, le nouvel article 1124 alinéa 2 du Code civil met fin à cette jurisprudence très critiquée en disposant que : « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Dans la mesure où le promettant ne peut violer son engagement, sa situation n'est donc pas celle d'un débiteur d'obligation⁴. Le promettant est dans une situation d'attente de la décision du bénéficiaire⁵, c'est-à-dire dans une situation caractéristique d'un état passif de sujétion. Cette modification du droit positif doit alors conduire à conclure, comme l'avaient déjà fait certains, que le bénéficiaire de la promesse est bien titulaire d'un droit potestatif d'option⁶.

L'existence d'une situation de sujétion, qui se présente comme un trait caractéristique des droits potestatifs fondé sur la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui et l'inviolabilité de ces derniers, semble appelée à se retrouver dans les pouvoirs contractuels.

Mais dans ce cas l'empêchement provoqué par l'adversaire donne naissance à une responsabilité délictuelle et, en même temps, à l'obligation de supprimer l'empêchement [...]. *La violation des droits potestatifs est moins la violation de ces droits que celle du droit du titulaire à exprimer librement sa volonté* ». (L'auteur souligne).

¹ v. à ce propos : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., p. 462, où l'auteure estime que le droit de préemption doit être qualifié de droit potestatif plutôt que de droit formateur, car cette première expression évoque : « l'idée d'un droit puissant, souverain, imposant à ceux qui le subissent une situation de sujétion ».

² v. pour cet exemple : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 45.

³ v. : Req. 26 novembre 1935, D. P. 1936, I, p. 37 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, *Bull. civ.* III, n° 174, p. 115 ; D. 1994, p. 504, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; *Ibid*, somm. p. 230, obs. O. TOURNAFOND ; JCP G. 1995, II, n° 22366, note D. MAZEAUD. La jurisprudence retenait initialement que la promesse unilatérale rendait le promettant débiteur obligation de faire. Délaissant, par la suite, son raisonnement en termes d'obligation de faire au profit d'une analyse se fondant la rencontre des volontés, la jurisprudence estimait que : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». (v. : Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 77 ; D. 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD ; *ibid*, p. 1460, note D. MAINGUY ; Defrénois 2011, p. 1023, obs. L. AYNÈS ; et Cass. com. 13 septembre 2011, n° 10-19526 ; D. 2012, p. 211, obs. note A. GAUDEMET ; RTD. civ. 2011, p. 758, obs. B. FAGES).

⁴ Les analyses en termes obligationnels des promesses doivent donc être abandonnées. Le promettant ne saurait être débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire à laquelle il pourrait faire obstacle par un acte matériel d'inexécution.

⁵ v. not. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 20, spéc. p. 22 ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, Sirey, 1988, n° 231.

⁶ v. not. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 20, spéc. p. 22 ; F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, op. cit., 1983, n° 144 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, op. cit., n° 254 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 136, spéc. p. 132 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 239.

b. *Une caractéristique observable dans les pouvoirs contractuels.*

227. Empiètement sur la sphère du cocontractant.- La première composante d'une situation de sujétion, à savoir, la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui, peut, semble-t-il, être observée chez les pouvoirs contractuels. Pour cela, il doit au préalable être rappelé que le contrat se présente comme un lien établi, au plan patrimonial, entre un minimum de deux sphères juridiques. La situation contractuelle met donc directement en présence les intérêts patrimoniaux du titulaire du pouvoir et les intérêts patrimoniaux d'autrui, c'est-à-dire les intérêts du cocontractant ou des cocontractants.

Cette précision faite, il paraît possible de mettre en évidence qu'à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel, les effets produits dépassent la simple sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir, qualifié de sujet d'imputation actif, pour affecter également la sphère patrimoniale du ou des cocontractant(s), qualifiés de sujets d'imputation passifs¹. En effet, si l'on prend l'exemple des pouvoirs de résolution, de résiliation et de rétractation qui produisent un anéantissement du lien d'obligation², il doit être constaté que leurs effets privent chacune des parties de la jouissance des droits de créance et des obligations dont elles pouvaient être titulaires en vertu du contrat.

Si l'on s'intéresse au mécanisme de l'exception d'inexécution, il ressort également que l'*excipiens*, ici sujet actif ou *potentior*, modifie sa situation patrimoniale en se soustrayant à l'élément de contrainte – *Haftung* – de l'obligation, ainsi que la situation patrimoniale de son cocontractant en privant temporairement ce dernier du droit d'exiger qui compose, pour partie, son droit subjectif de créance³.

L'empiètement sur la sphère patrimoniale d'autrui peut également être illustré via une référence aux pouvoirs qui permettent d'influer sur l'objet des droits et des obligations des parties au contrat. Ainsi, les pouvoirs qui permettent de préciser la quotité ou la qualité de l'objet de l'obligation, tels que le pouvoir de détermination unilatérale du prix, ou encore, le pouvoir conféré au franchiseur qui lui permet d'actualiser le savoir-faire transmis au franchisé, affectent-ils, à la fois, le droit subjectif de créance et l'obligation en précisant leur contenu.

Il est encore possible d'ajouter à cette liste d'illustrations, les effets produits par une résolution majoritaire décidant de l'affectation du bénéfice⁴. En effet, en cas de résolution arrêtant une distribution du bénéfice réalisé, l'acte unilatéral, alors adopté par une partie simple ou plurielle représentant une majorité, va venir affecter la jouissance du droit subjectif de créance dont est titulaire chacun des associés en précisant leur objet conformément à la clé de répartition contractuelle. En cas de décision de mise en réserve, l'acte unilatéral produit une modification de la condition juridique des biens, les bénéfices étant alors affectés à l'activité de l'entreprise, qui se répercute sur les droits de tous les associés en venant préciser leurs conditions de

¹ Un tel effet qui dépasse la sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir a également pu être mis en évidence à l'occasion de l'étude de la portée de effets de l'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Sur ce point, v. : *supra*, n° 158, p. 174 et s.

² Au sujet des effets de ces pouvoirs, v. : *supra*, n° 113 et s., p. 131 et s.

³ Pour une analyse plus détaillée de l'objet de l'exception d'inexécution, v. : *supra*, n° 120, p. 136 et s.

⁴ Pour une analyse plus détaillée et l'application de la qualification de pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 78 et s., p. 98 et s.

jouissance. La propriété collective des bénéficiaires, prise en tant que pluralité de droits de propriété en concours sur un même bien, étant ainsi affectée à une activité particulière.

Bien que non-exhaustifs, les exemples présentés permettent bien d'illustrer que les pouvoirs contractuels, à l'image des droits potestatifs, produisent des effets de droit qui dépassent la simple sphère patrimoniale de leur titulaire pour affecter la jouissance des droits et obligations dont autrui peut être titulaire.

228. Inviolabilité des effets des pouvoirs contractuels.- Le second élément qui compose le lien de sujétion, à savoir l'inviolabilité, c'est-à-dire l'impossibilité pour le sujet d'imputation passif de se soustraire ou de s'opposer à la modification de la situation juridique qui lui est ainsi imposée, semble également pouvoir être observé chez les pouvoirs contractuels. Quelques illustrations, non exhaustives, seront alors ici sollicitées afin de mettre en évidence l'inviolabilité des effets qui sont imposés par les pouvoirs contractuels.

Tout d'abord, il peut être fait référence au pouvoir d'anéantir le contrat de vente conféré par une clause de réméré. En effet, comme a pu l'observer M. NAJJAR, l'acheteur n'est pas dans la situation d'un débiteur dans la mesure où il ne doit plus rien au créancier¹. Cela signifie que l'acheteur n'a plus aucune obligation à exécuter à laquelle il pourrait faire matériellement obstacle par un acte d'inexécution. De plus, la jurisprudence reconnaît classiquement que l'anéantissement de la vente dépend seulement d'une manifestation de volonté de la part du vendeur². L'auteur en déduit alors que l'acheteur est soumis aux effets du réméré : « il ne peut se soustraire aux effets de la prérogative qu'il a consentie, en pleine connaissance de cause, au vendeur »³.

Ensuite, il peut être fait référence aux effets produits par le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier. La partie qui se voit notifier la résolution apparaît comme étant placée dans une situation de sujétion, dans la mesure où elle ne dispose, elle-même, d'aucun moyen juridique ou matériel lui permettant de s'opposer directement⁴ aux effets de la résolution. Seul le juge est habilité à contrôler et à anéantir, si besoin est, les effets de la résolution en ordonnant l'exécution du contrat⁵. Certains pourraient cependant objecter que la partie qui subit la résolution est à même de s'opposer à sa réalisation matérielle et cela en refusant d'effectuer les restitutions qui en découlent. Toutefois, cela reviendrait ici à confondre, d'une part, la possibilité de s'opposer aux effets du pouvoir de résolution, c'est-à-dire la possibilité de s'opposer à la modification de la situation contractuelle, et, d'autre part, la possibilité de refuser d'exécuter les obligations de restitution qui ne sont que des conséquences

¹ v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 151, spéc., p. 164.

² À propos de la jurisprudence qui subordonne l'anéantissement de la vente à une notification réalisée par l'acheteur dans le délai convenu : Cass. req. 5 février 1856, S. 1856, 1, p. 671 ; Cass. req. 15 janvier 1873, S. 1873, 1, p. 134 ; Cass. civ. 23 février 1949, S. 1949, 1, p. 164.

³ v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., loc. cit.

⁴ Pour une telle observation concernant l'absence de moyens permettant de s'opposer directement aux effets des droits potestatifs contractuels, v. : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., n° 475, p. 289

⁵ v. en ce sens le nouvel art. 1228 du C. civ. qui dispose : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». (Nous soulignons).

de la modification de la situation contractuelle. Si la partie qui se voit notifier la résolution ne peut s'opposer à la modification de la situation contractuelle, c'est-à-dire à l'anéantissement du rapport d'obligation et à la création, le cas échéant, d'obligations de restitution, elle peut, en revanche, refuser d'exécuter les obligations de restitution¹. Il s'agit donc de bien distinguer ce qui ressort du rapport de sujétion, à savoir, la modification de la situation contractuelle, et ce qui ressort d'un rapport d'obligation classique, à savoir, les restitutions.

Enfin, il est possible d'évoquer le pouvoir de détermination unilatérale du prix dans l'optique de mettre en évidence que l'élément de sujétion est présent dans les pouvoirs contractuels. En effet, le cocontractant sujet d'imputation passif est tenu de subir l'empiètement sur sphère juridique, c'est-à-dire la détermination de la quotité de l'objet de la prestation qu'il doit, sans être titulaire d'aucun pouvoir lui permettant de s'y opposer, notamment en discutant le prix². De plus, à l'image de ce qui se passe en matière de résolution unilatérale, la partie qui subit les effets du pouvoir de fixation unilatérale du prix ne dispose d'aucun moyen lui permettant directement de s'y soustraire. Le sujet d'imputation passif est tenu de s'adresser au juge qui est le seul habilité à faire échec aux effets du pouvoir contractuel³.

229. **Bilan.-** Au terme de cette première étape de l'analyse comparée des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels, il est possible d'affirmer que ces deux types de prérogatives présentent des caractéristiques matérielles identiques.

En effet, il a pu être mis en évidence, d'une part, que les droits potestatifs, tout comme les pouvoirs contractuels, ont pour objet la modification d'une situation juridique. Aussi, la spécificité de la situation juridique affectée par les pouvoirs contractuels conduit à présenter ces derniers comme une sous-catégorie particulière de droits potestatifs. Dans la mesure où les pouvoirs contractuels ont pour objet la modification d'une situation contractuelle préexistante, ces derniers font œuvre de création à partir d'un substrat préexistant qu'ils réforment – acte de *creatio ex materia* et non *creatio ex nihilo* –, ce qui peut conduire à les qualifier de « droits-réformateurs », et ainsi, à les opposer aux « droits potestatifs formateurs ou constitutifs » dont

¹ v. en ce sens : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., n° 475, p. 289 : « Une fois la dénonciation opérée, le débiteur défaillant ne peut ainsi plus se soustraire à la volonté de son cocontractant, et la seule possibilité qui s'offrirait à lui serait de tenter d'entraver la réalisation matérielle de la résolution, par exemple en refusant d'exécuter les restitutions qui en découlent ».

² Rappr. à ce propos : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 13, p. 41, où l'auteur fait observer : « L'essentiel [...] est que l'une seulement des parties soit investie du pouvoir de déterminer le prix : le contrat ne peut pas confier à l'une et à l'autre le pouvoir de fixation, car il n'y aurait plus détermination unilatérale puisque chaque contractant pourrait opposer sa décision à l'autre [...] ». (L'auteur souligne).

³ v. en ce sens le nouvel art. 1164 al. 2 du C. civ. qui dispose : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». Le juge peut donc allouer des dommages-intérêts qui viendront compenser outre le préjudice subi, le prix excessif, ce qui correspond à une forme de réfaction judiciaire du contrat. Il pourra également résoudre le contrat si l'abus commis dans l'exercice du pouvoir s'avère être suffisamment grave. Bien que les règles relatives à la résolution du contrat aient été bâties pour l'inexécution des obligations, il sembleraient qu'elles doivent être transposées aux fautes commises dans l'exercice des pouvoirs contractuels.

l'objet est la création d'une situation juridique totalement nouvelle, c'est-à-dire qui ne préexistait pas¹.

D'autre part, il a également pu être observé que les pouvoirs contractuels, à l'image des droits potestatifs, établissent une situation de sujétion entre leurs titulaires et les destinataires de leurs effets. En effet, les deux éléments qui composent une situation de sujétion ont pu être identifiés chez les pouvoirs contractuels. Premièrement, il a pu être mis en évidence que les pouvoirs contractuels, comme les droits potestatifs, produisent des effets de droit dans la sphère juridique d'autrui. Plus précisément, les effets produits par les pouvoirs contractuels dépassent la simple sphère patrimoniale de leur titulaire pour affecter la jouissance des droits et obligations dont le cocontractant ou les cocontractants peuvent être titulaires en vertu du contrat. Deuxièmement, il a pu être montré que les effets produits par les pouvoirs contractuels sont, à l'instar de ceux produits par les droits potestatifs, inviolables. Cela signifie que le sujet d'imputation passif ne dispose d'aucun moyen matériel ou juridique lui permettant directement de faire obstacle aux effets de droit qui lui sont imposés, c'est-à-dire à la modification de la situation juridique. Si le sujet d'imputation passif peut s'adresser au juge dans le cadre d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, ce moyen ne lui permet qu'indirectement de s'opposer à la production des effets de droit dans la mesure où c'est bien la décision du juge qui viendra paralyser lesdits effets de droit.

Par conséquent, il semble bien possible d'établir un rapprochement entre les droits potestatifs et les pouvoirs contractuels sur le plan matériel. Le rapprochement entre les pouvoirs contractuels et les droits potestatifs pourrait, d'ailleurs, être total, s'il était possible d'identifier, dans les pouvoirs contractuels, le trait caractéristique de type volontaire des droits potestatifs.

B. L'identification du trait caractéristique de type volontaire.

230. **Un rôle identique conféré à la volonté.**- Poursuivie au plan volontaire, l'entreprise de rapprochement des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels permet, semble-t-il, de mettre en évidence que ces deux types de prérogatives confèrent un rôle identique à la volonté de leurs titulaires. En effet, il conviendra d'observer que si les droits potestatifs sont mis en œuvre par une manifestation unilatérale de volonté (1), les pouvoirs contractuels sont également mis en œuvre par une manifestation unilatérale de volonté (2).

1. La mise en œuvre des droits potestatifs par une manifestation unilatérale de volonté.

231. **Objet de la manifestation unilatérale de volonté.**- Dans la définition classique des droits potestatifs dégagée par M. NAJJAR, ceux-ci sont présentés comme des pouvoirs permettant d'influer sur des situation juridiques « au moyen d'une activité propre unilatérale »². Cette dernière précision fait ainsi clairement ressortir que les droits potestatifs sont mis en

¹ À titre d'exemples, il est possible de citer : le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur, le droit d'établir des servitudes, ou encore, le droit conféré par une promesse unilatérale de conclure le contrat définitif.

² v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99, p. 102.

œuvre par le biais d'une manifestation unilatérale de volonté émanant de leurs titulaires. À ce propos, il a pu être énoncé que les droits potestatifs « attei[gnent] leur[s] but[s] par la seule activité de leur[s] titulaire[s] et non par suite de l'action de ce[s] titulaire[s] sur la volonté d'une autre personne »¹. En cela, les droits potestatifs s'éloignent encore de la notion d'obligation où le créancier, en exerçant son droit d'exiger, souhaite influencer sur la volonté du débiteur afin que celui-ci mette en œuvre un acte matériel d'exécution². Dans la mesure où la réalisation des droits potestatifs n'est aucunement soumise à volonté d'un tiers, ces derniers sont très efficaces. Ainsi, les droits potestatifs dépendent seulement d'une manifestation unilatérale de volonté de leur titulaire qui a pour objet leur mise en œuvre, c'est-à-dire qui se rapporte à leur usage.

Cependant, l'emploi du terme « usage » peut se révéler imprécis. En effet, le terme « usage » désigne, d'une manière générale, « tout mode d'utilisation d'un droit »³. Aussi, le titulaire d'un droit peut, via une manifestation de volonté⁴, en faire « usage » de deux façons⁵. D'une part, l'usage d'un droit peut se référer à son exercice. Dans ce cas, la manifestation de volonté est dirigée vers la production d'effets de droit et prend la forme d'un acte juridique. D'autre part, l'usage d'un droit peut faire référence à l'accomplissement d'un acte que rend possible sa jouissance, au sens de titularité, et plus précisément, à l'accomplissement d'un acte matériel, c'est-à-dire un acte où la volonté n'est pas tournée vers la production d'effets de droit, vers la modification d'une situation juridique. Par exemple, planter sur son fonds ou y édifier une construction.

232. Forme de la manifestation unilatérale de volonté.- Ces deux types d'usage, auxquels correspondent deux formes d'actes, acte juridique et acte matériel, se retrouvent-ils, pour autant, en matière de droits potestatifs ? Pour répondre à cette question, il convient de se tourner vers les analyses des auteurs qui se sont intéressés à la forme que revêt la manifestation de volonté dans le cadre de l'usage d'un droit potestatif. Ces derniers ont ainsi pu observer que l'activité

¹ v. en ce sens : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 511, p. 464, la phrase est au singulier dans l'ouvrage de l'auteur.

² Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 42, où l'auteur retient : « Là réside encore une différence entre sujétion et obligation puisque, dans un rapport obligatoire, c'est le sujet passif, le débiteur, qui, en exécutant l'obligation qui est à sa charge, va modifier la situation juridique ».

³ v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 237, où l'auteur retient : « Or, par usage d'un droit, nous entendons, de manière beaucoup plus large, tout mode d'utilisation du droit, par actes matériels aussi bien que par actes juridiques [...] ».

⁴ *Ibid.*, p. 93, où l'auteur fait observer que : « cette mise en œuvre des droits, par des actes matériels ou juridiques, a pour instrument nécessaire la volonté ».

⁵ *Ibid.*, p. 237, où l'auteur oppose l'exercice d'un droit, qui se traduit par l'accomplissement d'actes juridiques, à la jouissance, qui permet notamment l'accomplissement d'actes matériels. Ainsi, l'auteur énonce-t-il : « Au sens technique en effet, l'expression 'exercice d'un droit', s'entend, par opposition à 'jouissance d'un droit' (ou fait d'avoir le droit, d'en être titulaire et, par conséquent, de pouvoir en recueillir le bénéfice, l'émolument, la jouissance, *Genuss*), de l'accomplissement des actes, spécialement des actes juridiques – judiciaires ou extra-judiciaires – de mise en œuvre ou en mouvement des droits ».

unilatérale du titulaire du droit potestatif pouvait prendre la forme d'un acte juridique, d'une instance judiciaire¹, ou encore, d'un acte matériel².

Au regard de la distinction précitée entre les différents modes d'usage d'un droit, l'édiction d'un acte juridique unilatéral doit être rattachée à l'exercice d'un droit potestatif. De même, l'ouverture d'une instance judiciaire dépend-elle de la réalisation d'un acte juridique³ unilatéral découlant de l'exercice du droit potestatif d'agir en justice⁴.

En revanche, l'observation selon laquelle l'usage d'un droit potestatif pourrait prendre la forme d'un acte matériel peut sembler douteuse. En effet, il a pu être constaté que les droits potestatifs ont un objet purement juridique et immatériel, à savoir, une situation juridique⁵. En ce qu'ils permettent d'influer sur une situation juridique, c'est-à-dire sur la jouissance des droits et obligations que celle-ci confère, les droits potestatifs limitent leurs effets au domaine purement juridique et ne trouvent pas de concrétisation au plan matériel⁶. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la mise en œuvre des droits potestatifs peut se traduire par l'accomplissement d'un acte matériel semble tout à fait inappropriée pour ce type de droits.

Les auteurs qui défendent l'idée selon laquelle les droits potestatifs peuvent être mis en œuvre par un acte matériel s'appuient sur des exemples⁷ tels que les servitudes de passage, ou encore, l'ancienne rédaction de l'alinéa premier de l'article 371-4 du Code civil qui conférait aux parents le droit de s'opposer, pour motifs graves, aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents⁸. Toutefois, la référence à de telles illustrations semble dénoter une confusion entre ce qui ressort, d'une part, de la mise en œuvre du droit potestatif et ce qui découle, d'autre part, de la mise en œuvre du droit issu de la situation juridique modifiée. En effet, dans le premier exemple, il convient de bien distinguer, d'une part, l'acquisition de la servitude de passage par la mise en œuvre d'un droit potestatif⁹, c'est-à-dire la modification de la situation juridique, et, d'autre part, la mise en œuvre du droit qui est issu de la situation juridique modifiée par le biais d'un acte matériel de jouissance. Ici, traverser le fonds servant. Dans le second exemple, il convient également de distinguer, d'une part, la modification de la

¹ Ces deux premières formes que peut revêtir l'activité unilatérale du titulaire d'un droit potestatif ont pu être identifiées par : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99, p. 102. L'auteur fait également référence au recours administratif. Mais ce dernier n'a pas été cité dans notre étude qui s'intéresse seulement au droit privé.

² v. en ce sens : F. HAGE-CHAHINE, « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », art. préc., n° 49.

³ À propos de l'idée selon laquelle la mise en œuvre, ou plus précisément, l'exercice du droit d'agir se traduit par l'accomplissement d'un acte juridique particulier : la demande en justice, v. not. : S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2006, 28^{ème} éd., coll. Précis, n° 94, p. 135.

⁴ À propos de la qualification de droit potestatif appliquée au droit d'agir en justice, v. : *supra*, n° 220, spéc., p. 246.

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 218 et s., p. 244 et s.

⁶ Cet argument a notamment été sollicité pour expliquer l'inviolabilité des droits potestatifs. Sur ce point, v. : *supra*, n° 226, p. 250 et s.

⁷ Les exemples par la suite exposés sont notamment cités par : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 57.

⁸ L'ancien alinéa premier de l'art. 371-4 du C. Civ. disposait ainsi que : « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales ». Derrière la possibilité accordée aux parents de faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, les auteurs identifiaient la présence d'un droit potestatif.

⁹ L'art 686 al. 1^{er} du C. Civ. conférerait ainsi aux propriétaires un droit potestatif leur permettant d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, des servitudes.

situation juridique de l'enfant qui se voit privé de la jouissance de l'un de ses droits suite à l'exercice du droit potestatif des parents, et, d'autre part, l'usage dudit droit de l'enfant qui peut se traduire matériellement par la visite des grands-parents. Il convient donc d'observer, dans les deux illustrations présentées, que ce n'est pas la mise en œuvre du droit potestatif qui prend la forme d'un acte matériel.

L'analyse ici développée fait par conséquent ressortir que la mise en œuvre d'un droit potestatif ne peut jamais prendre la forme d'un acte matériel de jouissance. Dans le cadre des droits potestatifs, la manifestation unilatérale de volonté a pour objet leur mise en œuvre et, plus précisément, leur exercice. La manifestation de volonté du titulaire d'un droit potestatif étant toujours tournée vers la modification d'une situation juridique, c'est-à-dire vers la production d'effets de droit, celle-ci prendra toujours la forme d'un acte juridique.

2. La mise en œuvre des pouvoirs contractuels par une manifestation unilatérale de volonté.

233. **Mise en œuvre via l'édition d'un acte unilatéral.**- Présenter les pouvoirs contractuels comme des droits particuliers qui permettent, via une manifestation unilatérale de volonté, de modifier un contrat, fait clairement ressortir que leur mise en œuvre dépend de la seule volonté de leur titulaire. Tout comme leur dénomination de « pouvoir » l'indique, les pouvoirs contractuels instaurent un rapport de domination dans le contrat en ce qu'ils permettent à la volonté de l'une des parties de prévaloir sur la volonté du cocontractant ou des cocontractants « sujet[s] passif[s] » en imposant une modification du contrat.

D'ailleurs, il a pu être mis en évidence que, dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la manifestation de volonté de leur titulaire prend la forme d'un acte juridique unilatéral¹. Il est alors possible de constater que la volonté se voit assigner un rôle identique chez les pouvoirs contractuels et les droits potestatifs. La manifestation unilatérale de volonté se rapporte à leur exercice et prend la forme d'un acte juridique unilatéral². Rien ne semble donc s'opposer, au plan volontaire, au rapprochement des pouvoirs contractuels et des droits potestatifs. Un tel rapprochement est d'autant plus opportun que la notion de droit potestatif, à travers l'idée de potestativité, de *potestas*, de puissance, traduit exactement la supériorité conférée à la volonté du titulaire d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire cet aspect de domination qui permet d'imposer un changement dans la situation contractuelle.

234. **Pouvoir contractuel, potestativité et arbitraire.**- Il convient, pour autant, de ne pas se méprendre sur le sens à conférer à la notion de potestativité lorsque l'on s'attache à décrire la supériorité conférée à la volonté du titulaire d'un pouvoir contractuel. S'il existe une certaine ambiguïté autour de la notion de « potestativité », celle-ci est entretenue par le fait que ladite notion dispose de deux acceptions. L'une objective et l'autre subjective.

¹ Au sujet des modalités de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 165, p. 182.

² Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 43, où l'auteur fait observer à propos des droits potestatifs présents dans un contexte contractuel et de la forme que revêt leur mise en œuvre : « Dans le domaine contractuel, c'est un acte juridique unilatéral qui va modifier la situation juridique ».

Prise dans son acception objective, la potestativité se contente de dépeindre, sans aucun jugement de valeur, la situation de domination d'un sujet de droit sur un autre ou plusieurs autres. Dans cette perspective, il s'agit de faire référence à un mécanisme qui confère à la volonté d'un sujet de droit, en vertu d'un lien de sujétion reconnu par le droit objectif, une certaine¹ supériorité lui permettant d'imposer la modification d'une situation juridique qui met en jeu aussi bien ses intérêts que ceux d'autrui². Aussi, est-ce cette acception objective qui a pu être sollicitée dans le cadre de l'analyse tendant à mettre en évidence les traits communs des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels.

Considérée dans son acception subjective, la potestativité se présente comme un jugement de valeur émis au sujet d'une situation de domination prenant place dans le cadre d'un rapport juridique³. Ainsi dotée d'une dimension moralisatrice, la notion de potestativité apparaît comme un outil destiné à mettre en évidence, non pas le principe même d'un déséquilibre au sein d'un rapport de pouvoir, ce qui serait incongru étant donné que le déséquilibre est consubstantiel à la notion de pouvoir, mais l'existence d'un déséquilibre excessif. Il ressort, d'ailleurs, de l'observation du mouvement jurisprudentiel qui a procédé à la traque de la potestativité dans le contrat⁴, que le déséquilibre excessif est caractérisé lorsque l'une des parties est placée « à la merci de son cocontractant », c'est-à-dire lorsque le sujet « passif » est soumis à l'arbitraire⁵ du *potentior*. Entendue de manière subjective, la potestativité permet alors de rendre compte notamment⁶ des conditions d'exercice d'un pouvoir qui sont abandonnées à l'arbitraire, c'est-à-dire au libre arbitre, à la volonté toute subjective de son titulaire.

Il convient, ce faisant, de constater que si le droit positif reconnaît l'existence de rapports de pouvoir dans le contrat, c'est-à-dire la potestativité dans sa dimension objective, il prohibe

¹ Comme il le sera mis en évidence dans les développements ci-après, la supériorité d'un sujet de droit sur un autre ne peut être que relative – ce que traduit l'idée d'une « certaine supériorité » – et non absolue dans la mesure où le droit positif prohibe les rapports de pouvoir au sein desquels un sujet de droit est soumis à l'arbitraire d'un autre.

² Une telle définition de la potestativité « objective » permet de faire référence aussi bien aux droits potestatifs qu'aux conditions potestatives. En effet, ces dernières confèrent à leur bénéficiaires la possibilité d'influer sur l'existence d'un rapport d'obligation sans que le créancier ou le débiteur de cette obligation ne puisse s'y opposer. De plus, un rapport d'obligation, en tant que rapport intersubjectif, relie deux centres d'intérêts : celui du créancier et celui du débiteur.

³ Si, en raison du cadre contractuel de notre étude, il est ici uniquement fait référence à la potestativité prenant place dans le cadre d'un rapport juridique, c'est-à-dire à la « potestativité juridique », il convient toutefois de signaler que la notion de potestativité a pu également être sollicitée dans le domaine factuel afin de décrire, lors de la phase précontractuelle, la supériorité économique ou technique de l'une des parties sur l'autre. Aussi, cette supériorité qui résulte de circonstances de fait est-elle alors de nature à conférer à son bénéficiaire la possibilité d'influer sur le contenu contractuel en introduisant des clauses qui lui sont particulièrement favorables. La potestativité factuelle pourrait ainsi être à l'origine de la potestativité juridique dans l'hypothèse où elle se traduit par la stipulation de clauses de pouvoir dans le contrat. À propos de ces différents points sur la potestativité factuelle, v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 195 et s.

⁴ À propos du mouvement jurisprudentiel qui a procédé à la traque de l'arbitraire contractuel sur le fondement de l'ancien art. 1174 du C. civ., v. : *supra*, n° 203 et s., p. 228 et s.

⁵ Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 189, où l'auteur constate que : « la jurisprudence a fait de l'arbitraire un instrument de contrôle au service du juge pour combattre les *excès contractuels* ». (Nous soulignons).

⁶ Considérée dans son acception subjective, la potestativité permet également rendre compte de l'arbitraire présent dans les conditions qualifiées de purement potestatives.

cependant le subjectivisme outrancier¹ dans l'exercice du pouvoir, l'arbitraire, c'est-à-dire la potestativité dans son acception subjective.

Il doit également être relevé que là où l'acception objective de la potestativité fait référence aux composantes traditionnelles des droits potestatifs, à savoir, leur objet – la modification d'une situation juridique –, la sujétion – la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui et l'inviolabilité desdits effets –, tout en insistant particulièrement sur la place dévolue à la volonté du *potentior*, c'est-à-dire sur sa supériorité par rapport à celle du ou des sujet(s) passif(s) et son rôle de mise en œuvre des droits potestatifs, l'acception subjective de la potestativité vient, quant à elle, mettre en évidence un aspect occulté par la définition classique des droits potestatifs, à savoir, leurs conditions de mise en œuvre.

235. Limites de la notion de droit potestatif.- Il a pu être signalé que la structure du droit potestatif ne postule nullement que leur mise en œuvre soit sans entrave², c'est-à-dire sans limites, insusceptible d'abus. Toutefois aucun élément de la définition des droits potestatifs ne s'attache à définir leurs conditions d'exercice et, par conséquent, les limites que peuvent rencontrer leurs titulaires à l'occasion de la mise en œuvre desdits droits³. La notion de droit potestatif présente ainsi la faiblesse structurelle de ne pas fournir une définition objective de leurs conditions d'exercice qui permettrait de faire obstacle à une mise en œuvre dictée par la volonté toute subjective de leurs titulaires, c'est-à-dire qui permettrait de s'opposer à un exercice arbitraire. Le silence gardé par la définition des droits potestatifs au sujet de leurs conditions de mise en œuvre signifie donc, qu'en l'absence de précisions en sens contraire⁴, les

¹ Si la référence au « subjectivisme outrancier dans l'exercice du pouvoir » signifie que le droit positif prohibe l'existence de pouvoirs dont les conditions d'exercice seraient abandonnées au libre arbitre de leurs titulaires, il ne doit pas pour autant en être déduit que le droit positif dénie toute place à l'appréciation subjective du titulaire dans l'exercice du pouvoir. Au sujet des différents degrés d'objectivation des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels laissant plus ou moins de place au subjectivisme de leurs titulaires, v. : *infra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

² v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 48.

³ v. en ce sens la définition donnée par M. NAJJAR (I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 98 et s., p. 100 et s.), qui, à l'heure actuelle reste la définition communément admise des droits potestatifs. L'auteur définit ainsi les droits potestatifs comme : « des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale ». Aucune allusion précise n'est faite quant aux conditions d'exercice des droits potestatifs, c'est-à-dire aux limites dans lesquelles ils s'exercent. Hormis la référence faite à « l'activité propre unilatérale », c'est-à-dire la volonté unilatérale, on ne saurait dire si les conditions d'exercice des droits potestatifs sont abandonnées au libre arbitre de leurs titulaires ou si celles-ci sont partiellement ou totalement prédéfinies par le droit objectif, c'est-à-dire s'il s'agit de prérogatives finalisées.

Une telle incertitude notionnelle permet alors d'expliquer que certains auteurs, confrontés à des droits potestatifs dont les conditions d'exercice sont abandonnées au libre arbitre de leur titulaire proposent de qualifier les droits potestatifs de droits subjectifs, alors que d'autres, confrontés à des droits potestatifs dont les conditions d'exercice sont objectivement encadrées et dotées d'une finalité prédéterminée, rattachent les droits potestatifs à la catégorie des prérogatives finalisées, c'est-à-dire des pouvoirs.

⁴ Ces précisions en sens contraire ne viennent donc pas de la notion de droit potestatif mais de dispositions légales, jurisprudentielles ou encore conventionnelles. Ainsi, en va-t-il, par exemple, des conditions d'exercice du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier qui subit un encadrement objectif de source légale de ses conditions de mise en œuvre : ce dernier ne pouvant être mis en œuvre qu'en cas d'inexécution suffisamment grave – cause-efficiente – et uniquement pour mettre un terme au contrat – cause finale, but –.

prérogatives afférentes à la mise en œuvre des droits potestatifs peuvent être abandonnées au libre arbitre, autrement dit à l'arbitraire, de leurs titulaires¹.

Or, le phénomène de pouvoir contractuel s'oppose, en raison de sa nature même, à un exercice arbitraire, c'est-à-dire à une mise en œuvre par laquelle le *potentior* exprimerait à sa guise son intérêt sans tenir compte de l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire, ici, sans tenir compte de l'intérêt du cocontractant ou des cocontractants². L'allusion faite à la « nature même » du phénomène de « pouvoir contractuel » signifie que la nécessité de tenir compte de l'intérêt d'autrui est susceptible de trouver une justification qui tient à la fois à la notion de « pouvoir » et au contexte dans lequel il s'exerce, à savoir, « le contrat ».

Il convient ainsi d'observer, d'une part, que les auteurs qui se sont intéressés à la notion de « pouvoir » ont pu montrer que ce type de prérogative ne pouvait être exercé par leurs titulaires dans leur seul intérêt personnel³. En effet, dans le cadre d'un système juridique fondé sur l'égalité des sujets de droit⁴, c'est-à-dire dans un système juridique basé sur le postulat selon lequel aucun intérêt privé n'est, par principe, admis à prévaloir sur un autre, la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui⁵ au moyen d'un pouvoir n'apparaît justifiée que si son titulaire l'exerce en tenant compte de l'intérêt du sujet d'imputation « passif »⁶.

Il convient également d'observer, d'autre part, que l'exercice d'un pouvoir dans un contexte contractuel implique de tenir compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, les analyses qui furent dédiées à la recherche d'une conciliation entre le phénomène de pouvoir contractuel et le principe de force obligatoire⁷ ont permis de mettre en évidence que ce dernier, à travers son corolaire qu'est l'irrévocabilité unilatérale du contrat, avait pour objectif de protéger le consensualisme. Toute modification ultérieure du contrat devant s'opérer du consentement mutuel des parties. Via cette exigence d'une modification négociée, le consensualisme vient aménager un mécanisme dont la finalité est de permettre à chacune des

¹ À ce propos, il est possible d'observer que certains auteurs ont pu qualifier de « droits potestatifs » les droits d'option issus des promesses unilatérales de vente (v. not. en ce sens : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 20, spéc. p. 22 ; F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, op. cit., 1983, n° 144 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, op. cit., n° 254 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 136, spéc. p. 132 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 239). Or, le bénéficiaire du droit potestatif d'option est libre de lever l'option ou non, il bénéficie d'une alternative entre différents possibles qu'il est libre de choisir : les raisons de son choix sont abandonnées à son libre arbitre, son exercice est donc arbitraire.

² Rapp. : Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », art. préc., n° 7, p. 893, où l'auteur retient que le pouvoir dans le contrat « n'est acceptable que s'il n'est pas discrétionnaire ». Discrétionnaire étant synonyme d'abandonné aux considérations subjectives de son titulaire et donc synonyme d'arbitraire.

³ v. not. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 23, p. 190.

⁴ Cette égalité entre sujets de droit est proclamée par la première partie de l'art. 1^{er} de la DDHC qui dispose : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

⁵ La production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui constitue une dérogation au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, ce principe autorise seulement les sujets de droit à modifier leur sphère d'autonomie personnelle.

⁶ v. en ce sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 68 : « les pouvoirs, parce qu'ils interfèrent dans le domaine d'exclusivité d'un sujet de droit autre que leur titulaire, ne peuvent en revanche être exercés par celui-ci dans son intérêt personnel, car notre système juridique fondé sur l'égalité des personnes ne saurait admettre qu'un sujet puisse faire prévaloir son intérêt personnel au détriment de celui d'un autre ».

⁷ v. sur ce point : *supra*, n° 189 et s., p. 206 et s.

parties de défendre son intérêt. Or, le phénomène de pouvoir contractuel permet, par principe, de passer outre cette phase de négociation et d'accord qui garantissait originellement la protection de l'intérêt de chacun des contractants. Dès lors, la conciliation du principe de force obligatoire et du phénomène de pouvoir contractuel ne peut se concevoir que si ce dernier se montre à même de respecter la finalité assignée à la force obligatoire, ou plus exactement, à son corollaire, l'irrévocabilité unilatérale qui est de garantir la protection de l'intérêt des parties. L'atteinte à la force obligatoire et, plus spécifiquement, à l'irrévocabilité unilatérale, au consensualisme, doit alors être compensée par un redéploiement des mécanismes destinés à assurer la protection de l'intérêt des contractants et, en particulier, de l'intérêt du sujet ou des sujets qui sont appelés à subir passivement les effets des pouvoirs contractuels.

L'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire l'hypothèse d'une mise en œuvre dictée par les considérations purement subjectives du *potentior* qui ferait ainsi valoir son seul intérêt en faisant fi de l'intérêt du cocontractant, apparaît alors condamné tant par la notion de pouvoir qu'en raison du contexte dans lequel il s'exerce, c'est-à-dire, le contrat. Cela signifie donc que le redéploiement des mécanismes de contrôle doit nécessairement se traduire par un encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels. La définition objective des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels, qu'il s'agisse des motifs efficients, des moyens, ou du but¹ qui doivent guider leur mise en œuvre, tend alors à se présenter comme un mécanisme qui doit permettre de prévenir les risques d'arbitraire en limitant la part accordée au subjectivisme du *potentior*.

Or, comme constaté, la notion de droit potestatif ne fournit aucun moyen permettant d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires en ce qu'elle ne définit aucunement leurs conditions d'exercice. Présentant ainsi la faiblesse structurelle de ne procurer aucun moyen à même de faire obstacle à un exercice arbitraire, c'est-à-dire à une mise en œuvre faisant fi de l'intérêt du cocontractant, la notion de droit potestatif se révèle donc être, à elle seule, insusceptible de décrire l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel.

236. Bilan du § II.- L'analyse comparée des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence l'identité de leurs traits caractéristiques tant matériels que volontaires.

En effet, au plan matériel, il a pu être observé, en premier lieu, que les pouvoirs contractuels, tout comme les droits potestatifs, ont pour objet la modification d'une situation juridique. Plus particulièrement, les pouvoirs contractuels ont pour objet la modification d'une situation contractuelle en cours d'exécution. Aussi, en raison de la spécificité de leur objet, les pouvoirs contractuels semblent-ils se présenter comme une sous-catégorie de droits potestatifs. Dans la mesure où leur exercice n'a pas pour objet la formation *ex-nihilo* d'une nouvelle situation juridique, mais a pour objet de transformer, ou plutôt, de réformer une situation juridique préexistante, il a pu être proposé de qualifier ces droits potestatifs de droits

¹ Par exemple, l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dépend, d'une part, de motifs efficients objectivés – c'est-à-dire de la réalisation d'un antécédent défini de manière objective – dans la mesure où son titulaire ne peut l'exercer qu'en cas d'inexécution contractuelle suffisamment grave, et d'autre part, d'un but prédéfini de manière objective dans la mesure où il ne peut être exercé que pour mettre fin au contrat.

contractuels « réformateurs ». Cette catégorie regroupe alors en son sein, si l'on se réfère aux catégories dégagées par MESSINA, des « droits potestatifs modificatifs » et des « droits potestatifs extinctifs » présentant la particularité d'avoir pour objet des éléments appartenant à une situation juridique contractuelle.

Toujours au plan matériel, il a pu être observé, en second lieu, qu'à l'instar des droits potestatifs, les pouvoirs contractuels établissent une situation de sujétion. Décrite dans le cadre des analyses consacrées aux droits potestatifs, la situation de sujétion se caractérise par la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui et l'impossibilité pour le sujet « passif » de s'y soustraire. Or, il a pu être montré, d'une part, qu'à l'occasion de leur exercice, les effets produits par les pouvoirs contractuels dépassent la simple sphère patrimoniale de leur titulaire pour affecter la jouissance des droits et obligations dont le cocontractant ou les cocontractants peuvent être titulaires en vertu du contrat. Il a également pu être montré, d'autre part, que les effets produits par les pouvoirs contractuels sont inviolables dans la mesure où le sujet d'imputation passif ne dispose d'aucun moyen matériel ou juridique lui permettant directement de faire obstacle aux effets de droit, c'est-à-dire à la modification de la situation juridique. Celle-ci lui est imposée.

Au plan volontaire, il a pu être constaté que les droits potestatifs et les pouvoirs contractuels confèrent un rôle identique à la volonté de leurs titulaires. Ce constat s'est appuyé sur l'observation de l'objet et de la forme de la manifestation unilatérale de volonté. Dans le cadre des droits potestatifs, il a pu être montré que la manifestation unilatérale de volonté du titulaire se rapportait nécessairement à leur exercice. Toujours tournée vers la modification d'une situation juridique, c'est-à-dire vers la production d'effets de droit, la manifestation unilatérale de volonté du titulaire d'un droit potestatif prend alors invariablement la forme d'un acte juridique. De manière tout à fait identique, il a pu être observé que la manifestation de volonté du titulaire d'un pouvoir contractuel a pour objet la modification d'une situation juridique contractuelle, c'est-à-dire que ladite volonté est tournée vers la production d'effets de droit, et que celle-ci prend la forme d'un acte juridique unilatéral.

Par conséquent, au terme de cette analyse comparée des traits caractéristiques de droits potestatifs et des pouvoirs contractuels, il semble bel et bien que l'on soit autorisé à conclure que les pouvoirs contractuels appartiennent à la catégorie des droits potestatifs. De la sorte, il apparaît donc bel et bien possible de parler de « droits potestatifs contractuels ».

Toutefois, cette entreprise de rapprochement ayant été réalisée à partir des traits caractéristiques classiques des droits potestatifs, celle-ci peut laisser un goût d'inachevé. En effet, la définition classique des droits potestatifs ne fait à aucun moment allusion à leurs conditions d'exercice. Ce faisant, la notion de droit potestatif ne fournit aucun moyen permettant d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires.

Dès lors, celle-ci se révèle être dans l'incapacité de prévenir un exercice arbitraire, c'est-à-dire une mise en œuvre dictée par les considérations purement subjectives du *potentior* qui ferait ainsi valoir son seul intérêt en faisant fi de l'intérêt du cocontractant. Or, l'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels apparaît condamné tant par la notion de pouvoir qui ne conçoit d'intrusion dans la sphère d'autrui que si celle-ci tient compte de l'intérêt du sujet « passif », qu'en raison du contexte dans lequel lesdits pouvoirs sont appelés à être mis en

œuvre, à savoir, le contrat. En effet, l'unilatéralisme porte atteinte à la force obligatoire et plus précisément à l'un de ses corollaires, l'irrévocabilité unilatérale, dont la fonction est d'assurer la protection de l'intérêt des parties en garantissant la stabilité et la prévisibilité du rapport contractuel.

Cette atteinte doit alors être compensée par un redéploiement des mécanismes destinés à assurer la protection de l'intérêt des contractants, et plus particulièrement de l'intérêt du sujet « passif ». Ainsi, dans l'optique de faire obstacle à un exercice arbitraire, c'est-à-dire une mise en œuvre faisant fi de l'intérêt du ou des cocontractant(s), les pouvoirs contractuels doivent voir leurs conditions d'exercice encadrées. Bien que susceptible de décrire une grande partie du phénomène de pouvoir contractuel, la notion de droit potestatif présente alors la faiblesse de ne pas permettre, à elle seule, d'appréhender l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel en fournissant l'encadrement nécessaire.

237. Bilan de la Section I.- L'opération de qualification ici entreprise semble avoir mis en évidence la nécessité de rattacher les pouvoirs contractuels à la catégorie des droits potestatifs. Aussi, la nécessité de recourir à telle qualification a-t-elle pu être justifiée tant d'une manière négative que d'une manière positive.

Ainsi, en premier lieu, dans la perspective de mettre fin à la traditionnelle assimilation des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives, une démarche négative a pu être entreprise dont l'objectif consistait à identifier les traits caractéristiques divergents de ces deux mécanismes. Cette démarche analytique a permis de montrer que les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives constituent deux mécanismes distincts en raisons de leurs dissemblances tant au plan matériel que volontaire. Au plan matériel, il fut possible d'observer que si les deux mécanismes sont susceptibles d'affecter les effets du contrat, en revanche seul le mécanisme des pouvoirs contractuels est à même d'affecter des éléments essentiels du contrat tels que le consentement ou l'objet. Le domaine des pouvoirs contractuels se révélant, en conséquence, être plus large que celui du mécanisme des conditions. Au plan volontaire, il a pu être constaté que, dans le cadre des conditions potestatives, la volonté entretient un rapport indirect avec la production des effets de droit. En effet, la volonté permet seulement d'influer sur un événement dont la réalisation ou la défaillance amènera la condition à produire, par la suite, ses effets. À l'opposé, dans le cadre des pouvoirs contractuels, la volonté se présente comme l'élément permettant d'activer la production de leurs effets de droit. Ainsi, en tant qu'instrument permettant l'exercice des pouvoirs contractuels, la volonté entretient un rapport direct avec la modification de la situation contractuelle, c'est-à-dire la production des effets de droit.

En second lieu, une démarche analytique positive fut empruntée. L'objectif consistait alors à identifier dans les pouvoirs contractuels les traits caractéristiques propres à une catégorie préexistante de prérogatives juridiques, et cela, dans l'optique de conclure à une assimilation, sinon à un rapprochement. Cette analyse a permis de mettre au jour l'existence d'un rapport étroit entre les pouvoirs contractuels et la notion de droit potestatif. En effet, au plan matériel, il a pu être observé que les pouvoirs contractuels, à l'instar des droits potestatifs, ont pour objet une situation juridique. De plus, toujours à l'image des droits potestatifs, les pouvoirs

contractuels établissent une situation de sujétion caractérisée par la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui et l'impossibilité pour le sujet « passif » de s'y soustraire. Poursuivie au plan volontaire, l'analyse a permis de mettre en évidence que les droits potestatifs et les pouvoirs contractuels confèrent un rôle identique à la volonté de leurs titulaires. En effet, dans le cadre des deux prérogatives, la manifestation de volonté du titulaire a pour objet la mise en œuvre, c'est-à-dire l'exercice, desdites prérogatives et prend la forme d'un acte juridique unilatéral.

Ainsi, est-ce l'identification, dans les pouvoirs contractuels, de l'ensemble des traits caractéristiques classiques appartenant aux droits potestatifs qui tend à expliquer la nécessité d'un rattachement des pouvoirs contractuels à la catégorie des droits potestatifs. Il apparaît de la sorte possible de parler de droits potestatifs contractuels. Nécessaire, la qualification de droit potestatif présente cependant une limite. En effet, la définition classique des droits potestatifs présente la faiblesse de ne fournir aucun moyen permettant d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires dans la mesure où elle ne fait aucunement référence à leurs conditions d'exercice. Or, il a pu être montré que le phénomène de pouvoir contractuel s'oppose, en raison de sa nature même, à un exercice arbitraire, c'est-à-dire à une mise en œuvre dans laquelle le *potentior* exprimerait à sa guise son intérêt sans tenir compte de l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire, ici, de l'intérêt du cocontractant ou des cocontractants. En ce qu'elle présente ainsi la faiblesse structurelle de ne procurer aucun moyen à même de faire obstacle à un exercice arbitraire, c'est-à-dire à une mise en œuvre faisant fi de l'intérêt du cocontractant, la notion de droit potestatif ne permet donc pas de décrire, à elle seule, l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel. Bien que nécessaire, la seule qualification de droit potestatif se révèle, par conséquent, être ici insuffisante.

SECTION II : L'INSUFFISANCE DE LA SEULE QUALIFICATION DE DROIT POTESTATIF.

238. Dépasser les faiblesses de la seule qualification de droit potestatif.- La première partie de l'entreprise visant à déterminer la nature des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence que la seule qualification de droit potestatif ne permettait pas d'appréhender l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel. Cette première faiblesse de type structurel procède de la définition des droits potestatifs qui, en ne faisant aucunement référence à leurs conditions d'exercice, ne fournit aucun élément susceptible d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires, et donc, ne procure aucun moyen à même de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire¹, c'est-à-dire à une mise en œuvre faisant fi de l'intérêt du cocontractant.

Il semble également possible d'identifier une seconde faiblesse intrinsèque à la notion de droit potestatif. Bien qu'elle soit appelée par certains auteurs à constituer une notion autonome², la notion de droit potestatif semble cependant avoir des difficultés à s'affranchir

¹ À propos de cette observation, v. : *supra*, n° 235, p. 260 et s.

² v. not. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 31.

des notions de droit subjectif ou de pouvoir¹. En effet, il est possible d'observer, dans les analyses doctrinales, que les références à la notion de droit potestatif s'accompagnent généralement d'une référence à la notion de droit subjectif² ou de pouvoir³. La difficulté qu'il y a à départir les droits potestatifs de tout rapport avec les deux grandes catégories de prérogatives que sont les droits subjectifs et les pouvoirs, est alors de nature, d'une part, à contredire l'autonomie des droits potestatifs et, d'autre part, à entretenir une certaine ambiguïté notionnelle autour desdits droits potestatifs. Faut-il rattacher les droits potestatifs à la catégorie des droits subjectifs ? des pouvoirs ? L'incertitude relative à la qualification des droits potestatifs est patente⁴. Elle constitue la faiblesse congénitale de cette notion. Or, l'incertitude est l'ennemie de toute entreprise de qualification.

Toutefois, cette seconde faiblesse pourrait se révéler être un atout, ou plus exactement, il semblerait possible de tirer avantage de cette seconde faiblesse dans l'optique de corriger la première. En effet, le rapprochement de la notion de droit subjectif ou de pouvoir pourrait fournir à la notion de droit potestatif un complément notionnel lui permettant de décrire adéquatement l'ensemble du phénomène de pouvoir contractuel. Plus précisément, il s'agit ici d'identifier laquelle des notions de droit subjectif ou de pouvoir présente, au plan de l'exercice, des traits caractéristiques communs avec les pouvoirs contractuels et s'avère être en mesure de pallier les faiblesses de la notion de droit potestatif en procurant un encadrement objectif des conditions d'exercice qui permet de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire.

¹ La notion de pouvoir ne doit pas être ici entendue au sens de prérogative permettant l'engagement de biens, mais comme désignant une catégorie particulière de prérogatives juridiques opposée aux droits subjectifs. Le pouvoir se présentant alors comme une prérogative finalisée « confiée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 20, p. 21) et dont l'exercice produit des effets de droit dans la sphère juridique d'autrui. À propos de différentes acceptations de la notion de pouvoir, v. : *infra*, n° 249, p. 278 et s.).

² v. par ex. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 103 et s., p. 107 et s., où l'auteur affirme, dans le cadre de son analyse dédiée à la nature du droit d'option, que ce dernier est un droit potestatif, puis que le droit potestatif appartient à la catégorie des droits subjectifs. L'auteur en déduit alors que le droit d'option, en tant que droit potestatif, est un droit subjectif d'une nature particulière ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 30, où l'auteur énonce que : « le droit potestatif est un droit subjectif caractérisé par un lien spécifique, le lien de sujétion » ; C. POMART-NOMDEDEO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », in RTD Civ 2010 p. 209 et s., note de bas de page n° 59, où l'auteure affirme notamment que : « Les droits potestatifs s'analysent en des droits subjectifs [...] ». (Nous soulignons)

³ v. en ce sens : L. AYNÈS, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, RDC, 1^{er} octobre 2007 n° 4, p. 1107, où l'auteur retient, au sujet des prérogatives contractuelles : « Ce sont des *pouvoirs* d'essence unilatérale, qui permettent à l'une des parties de modifier la situation de l'autre par l'exercice unilatéral de sa volonté, où l'on reconnaît la définition du *droit potestatif* [...] » (Nous soulignons) ; S. PRIGENT, « *Le dualisme dans l'obligation* », in RTD Civ. 2008, p. 401 et s. : « Il peut également se greffer sur le rapport de créance et de dette des *droits potestatifs*. Ceux-ci peuvent être définis comme des *pouvoirs* [...] » (Nous soulignons) ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 390, p. 223 : « “La clause de pouvoir” se définit comme une stipulation source de prérogatives ayant la nature de *droits potestatifs* ou, plus simplement, de “*pouvoirs*” » (Nous soulignons).

⁴ Rappr. à propos de l'incertitude notionnelle qui entoure les droits potestatifs contractuels : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 4, p. 749-750. L'auteure met en évidence l'alternative suivante : soit admettre l'infléchissement du droit potestatif vers la notion de droit subjectif pour insister sur la puissance conférée à la volonté du titulaire et sur l'idée d'une mise en œuvre qui se ferait « dans l'intérêt exclusif » de celui qui le détient, « sans qu'aucun autre critère ne vienne en contre l'exercice » ; soit admettre l'infléchissement du droit potestatif vers la notion de pouvoir pour insister sur la nécessité de « prendre en compte » l'intérêt du cocontractant.

L'étude se donne par conséquent pour objectif de déterminer laquelle des notions de droit subjectif ou de pouvoir est la plus à même de saisir le phénomène de pouvoir contractuel et, plus particulièrement, l'exercice desdits pouvoirs contractuels. Une telle étude permettra de compléter la qualification de droit potestatif et de préciser, par la même occasion, si les droits potestatifs contractuels ont la nature de droits subjectifs ou de pouvoirs. Pour y parvenir, il convient alors de procéder à une analyse comparée, d'une part, des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels, puis d'autre part, des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs et des pouvoirs contractuels. Cette analyse comparée va conduire, en premier lieu, au rejet de la qualification de droit subjectif (§ 1), et en second lieu, à l'adoption de la qualification de pouvoir (§ 2).

§ 1 - LE REJET DE LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF.

239. **Esquisse de la notion de droit subjectif.**- De prime abord, l'appréhension de la notion de droit subjectif peut sembler délicate en raison de multiplicité de définitions qui lui sont consacrées. Toutefois, derrière l'hétérogénéité de façade des différentes analyses semble se cacher un concept unitaire. Autrement dit, l'hétérogénéité des conceptions doctrinales apparaît être le fruit d'analyses faisant état de vérités partielles ou de divergences plus terminologiques que fondamentales¹.

En premier lieu, la question de la définition du droit subjectif a été longtemps dominée par des analyses mettant en évidence certains éléments du droit subjectif sans pour autant parvenir à saisir le concept dans son essence. Des « vérités partielles » ont, en ce sens, pu originellement être énoncées tant par les auteurs proposant une approche subjective de la notion que ceux proposant une approche objective.

L'approche subjective entend faire de la volonté l'élément essentiel du droit subjectif. Dans la lignée de SAVIGNY², WINDSCHEID définit-il alors le droit subjectif comme un « pouvoir de volonté »³. Selon cette conception, la volonté apparaît, dans les limites du pouvoir conféré par le droit objectif, comme étant souveraine, c'est-à-dire que le droit objectif reconnaît et encadre une zone d'autonomie pour l'individu⁴. Si cette conception rend bien compte de l'idée selon laquelle le droit subjectif est une prérogative dont l'exercice est abandonné à la volonté de son titulaire, il a toutefois pu être reproché à cette conception assimilant droit et volonté de ne pas être à même d'expliquer qu'un individu dépourvu de volonté – tel qu'un incapable majeur – puisse être titulaire de droits subjectifs. Il a également été reproché à cette théorie de

¹ À propos de telles observations, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 22, p. 34.

² v. : F. C. v. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Ch. GUÉNOUX, Paris, FIRMIN DIDOT, 1855, t. I, § IV, p. 7 où l'auteur énonce : « Le droit [...] nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous ».

³ v. : B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, par Th. KIPP, Frankfurt, RÜTTEN & LOENING, 1900, t. I, 8^{ème} éd., § 27, p. 99. (cité par : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 57).

⁴ Pour un exposé de la conception de WINDSCHEID, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 56 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, coll. Thémis Droit, p. 153-154.

confondre le droit et les modalités de son exercice. La volonté étant seulement requise pour la mise en œuvre du droit, celle-ci ne permet pas de caractériser son existence¹.

L'approche objective défendue par IHERING invite, pour sa part, à rechercher l'élément essentiel du droit subjectif dans son objet, l'auteur définissant alors le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé². Plus précisément, pour l'auteur, deux éléments constituent le principe d'un droit. D'un côté, un élément « *substantiel* dans lequel réside le but pratique du droit qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit »³. Pour IHERING, le droit existant pour l'utilité de l'homme, celui-ci a toujours pour contenu un bien, de nature morale ou économique, qui objectivement représente une valeur, et subjectivement, pour son titulaire, un intérêt⁴. De l'autre, un élément « *formel*, qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir : la *protection* du droit, l'*action en justice* »⁵. Au-delà des critiques formulées à l'encontre de ce dernier élément qui, pour certains auteurs, ne serait pas un élément constitutif du droit subjectif – un élément à son origine –, mais seulement une conséquence attachée à l'existence d'un droit⁶, il a pu être reproché à cette analyse, qui décrit uniquement le *but* – ou l'objet – et le *moyen* de protection du droit, de renoncer à définir ce qu'est le droit subjectif en lui-même. Il fut ainsi constaté que si « l'intérêt est *préjuridique* (il est la matière [l'objet] ou le but du droit) ; la protection est *postjuridique* (supposant le droit) : le droit, qui se situe entre les deux, est passé sous silence »⁷.

Par la suite, certains auteurs ont proposé de résoudre le problème de la définition du droit subjectif à partir d'une combinaison des éléments présents dans les deux théories précédentes, à savoir, la volonté, l'intérêt, et parfois également, la protection⁸. Toutefois, le droit subjectif ne se confondant pas avec son objet – l'intérêt –, son instrument de mise en œuvre – la volonté –, ou son moyen de protection – l'action en justice –, il semblerait que ces conceptions « mixtes » encourrent le même reproche que les deux conceptions précédentes. Elles énoncent des vérités partielles en décrivant certains éléments du droit subjectif sans pour autant en saisir l'essence⁹.

¹ Pour une analyse critique détaillée de la conception de WINDSCHEID, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 59 et s. Adde, sur ce point, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, p. 154.

² v. : R. V. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. par O. DE MEULENAERE, Paris, CHEVALIER-MARESCQ, 2^{ème} éd., t. IV, 1880, p. 326 : « *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés* ». (L'auteur souligne).

³ v. : R. V. IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, op. cit.*, t. IV, p. 325-326. (L'auteur souligne).

⁴ *Ibid*, p. 327, où l'auteur y présente la valeur comme la mesure objective de l'utilité d'un bien et l'intérêt comme la mesure subjective de l'utilité d'un bien. L'exemple célèbre est celui d'une place de concert pour un sourd. Si ce bien a une valeur en ce qu'il procure objectivement une certaine utilité à l'homme évaluable en argent, ce même bien n'a aucune utilité pour un sourd qui n'y trouve, subjectivement, aucun intérêt.

⁵ *Ibid*, p. 326.

⁶ v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 69.

⁷ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 71.

⁸ v. en ce sens : G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen rechte*, Freiburg, MOHR SIEBECK, 1892, p. 42, pour qui le droit subjectif est : « le bien ou l'intérêt protégé par une puissance de volonté appartenant à l'homme ou plutôt par un pouvoir de volonté appartenant à l'homme ». (Pour la traduction de cette définition, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 73) ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, t. I, 1906, n° 48, spéc., p. 105 : « Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ».

⁹ Pour une critique détaillée des conceptions mixtes, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 72 et s.

Enfin, souhaitant dépasser les limites des conceptions fondées sur l'intérêt et la volonté, des auteurs tels que DABIN et ROUBIER ont pris l'initiative de reprendre par la base le problème de la définition du droit subjectif et ont proposé des analyses novatrices. Bien qu'elles paraissent *a priori* très différentes, ces approches novatrices, qui semblent saisir l'essence du droit subjectif, font référence aux deux mêmes éléments, ce qui tend à démontrer que leurs différences ne sont pas fondamentales et se situent essentiellement sur le plan de la terminologie employée.

DABIN entreprit ainsi de redéfinir le droit subjectif autour d'un mot composé. Selon lui, le droit subjectif serait, « appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise ». À la base du droit subjectif, l'auteur place l'idée d'appartenance qui consiste en un lien unissant le sujet à une valeur d'ordre patrimonial – un bien matériel ou immatériel – ou extrapatrimonial – une valeur inhérente à la personne, physique ou morale, du sujet –¹. Aussi, l'appartenance a-t-elle pour corollaire la maîtrise qui se présente comme un pouvoir sur la chose, et plus précisément, « un pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit »². Ce pouvoir de maîtrise, qui traduit l'autonomie du sujet dans la disposition de la valeur qui lui appartient³, se matérialise alors par un ensemble de prérogatives conférant à son titulaire la possibilité de déterminer le principe de son action, c'est-à-dire de choisir d'agir ou de s'abstenir d'agir, et les modalités de son action⁴. Si, dans l'analyse de DABIN, la volonté ne se présente pas comme un élément constitutif du droit subjectif, l'auteur précise néanmoins que la volonté est l'instrument permettant la mise en œuvre des droits par le biais d'acte matériels ou juridiques⁵. La manifestation de volonté permet ainsi de caractériser un exercice actuel du pouvoir maîtrise.

Quant à l'analyse développée par le doyen ROUBIER, si le point de départ est opposé par rapport aux autres théories, la conception du droit subjectif qui en découle ne semble guère éloignée de la précédente⁶. Ainsi, l'auteur propose d'identifier le droit subjectif non pas à partir d'une analyse de ses éléments constitutifs, mais à partir d'une étude comparative des conséquences induites par la constitution de différentes « situations juridiques ». Le point de départ de l'étude se situe alors dans la notion de « situation juridique » que l'auteur développe dans la perspective de rendre compte de ce que les sujets de droit sont non seulement titulaires de droits, mais également tenus à des devoirs⁷. Aussi, le droit subjectif se rencontre-t-il dans le cadre des situations juridiques dites « subjectives » qui, s'opposant aux situations juridiques

¹ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 83.

² v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 89.

³ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 90 : « la disposition est *libre*, maîtresse de ses décisions et de ses choix, ou, sinon, comment serait-elle maîtrise ? En ce sens, d'ailleurs dérivé, le droit subjectif se confond avec la liberté : il est autonomie du sujet dans la disposition de la chose qui lui appartient [...] ». (L'auteur souligne).

⁴ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, 91 : « la libre disposition [...] permet au sujet non seulement d'*agir*, mais de *choisir* : entre l'action et l'abstention pure, ainsi qu'entre les diverses formes de l'action, jusqu'à la disposition de la chose ou du droit inclusivement ». (L'auteur souligne).

⁵ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 93.

⁶ Pour un tel constat, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n° 22, spéc., p. 35.

⁷ v. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 52 : « La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs ».

dites « objectives », ont pour objet de créer principalement des droits plutôt que des devoirs¹. L'auteur précisant ensuite que les situations juridiques subjectives sont celles « desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires »², on retrouve dès lors ici l'idée de prérogatives attachées à un droit. Or, l'idée de prérogative, c'est-à-dire d'avantage, supposant nécessairement un objet qui en constitue le support, et ce, puisqu'il n'est possible de tirer avantage que de quelque chose, on retrouve également au sein de la notion de situation juridique subjective l'idée d'un lien entre le sujet et l'objet de son droit.

Bien qu'il fit l'objet de critiques, notamment dans le cadre des théories positivistes³, le concept de droit subjectif apparaît, aujourd'hui, communément admis et semble manifester une certaine unité. En effet, en dépit de leur apparente variabilité, les différentes conceptions proposées tendent à rendre compte de deux éléments caractéristiques du droit subjectif. D'un côté, l'existence d'un *lien* entre une personne et un bien, c'est-à-dire le lien unissant le sujet et l'objet de son droit, à savoir, l'intérêt juridiquement protégé, et de l'autre, un *ensemble de prérogatives* découlant de l'existence de ce lien et afférentes à la mise en œuvre du droit⁴. Aussi, il a pu être observé qu'une telle dichotomie entre, d'une part, le lien unissant le sujet et l'objet de son droit et, d'autre part, les prérogatives afférentes à la mise en œuvre du droit, se rapportait à deux aspects du droit subjectif, l'un statique, l'autre dynamique, et pouvait être rapprochée de la distinction classique entre jouissance et exercice d'un droit⁵.

Si la jouissance, entendue comme un rapport de titularité entre une personne et un avantage, correspond effectivement à l'approche statique du droit subjectif qui rend compte du lien unissant, selon un rapport d'exclusivité⁶, le sujet et l'objet de son droit, en revanche, le point de vue dynamique ne peut, quant à lui, être rapproché de la notion d'exercice qu'en incluant une référence à la volonté. En effet, lorsque l'on envisage l'exercice d'un droit, il ne s'agit pas de simplement se référer aux prérogatives afférentes à la mise en œuvre d'un droit, mais de se référer à une manifestation de volonté venant se combiner aux prérogatives reconnues⁷ au titulaire du droit subjectif dans la perspective d'une mise en œuvre de ce dernier.

¹ À propos de cette distinction entre « situations juridiques objectives » et « situations juridiques subjectives », v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 53-54.

² v. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 73.

³ Pour une analyse détaillée des théories positivistes, négatrices de la notion de droit subjectif (DUGUIT, KELSEN), et leur réfutation, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 25 et s., p. 37 et s. *Adde*, au sujet de ces conceptions positivistes, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 188-189.

⁴ Il convient donc ici d'observer que la volonté ne fait pas partie des éléments constitutifs du droit subjectif. En revanche, la volonté est appelée à jouer un rôle dans la mise en œuvre des droits subjectifs.

⁵ Pour une telle observation, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 23, p. 36.

⁶ Observé du point de vue des tiers, le lien unissant le sujet et l'objet de son droit se présente comme un rapport d'exclusivité, c'est-à-dire une relation d'appropriation exclusive, « un domaine réservé au titulaire » exclusif de toute immixtion d'autrui. À propos de la condition d'altérité qui constitue une condition d'existence du droit subjectif dans la mesure où un rapport d'appropriation exclusive ne peut se concevoir sans la présence d'autrui, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 93 et s.

⁷ v. sur ce point : J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 91, où l'auteur fait observer que les modalités de la faculté de libre disposition, c'est-à-dire les prérogatives afférentes à la mise en œuvre du droit, varient selon la nature de la chose objet du droit subjectif. Ainsi l'auteur énonce-t-il : « Tandis que les choses matérielles se prêtent à la disposition la plus totale, parce qu'elles sont à la fois extérieures au sujet et entièrement subordonnées à l'homme, les biens dans lesquels la personne humaine est engagée soit activement, soit passivement, ne sont susceptibles

240. **Droit subjectif et pouvoir contractuel.**- Dans le cadre de l'étude ayant pour objectif de déterminer si la notion de droit subjectif est à même de saisir le phénomène de pouvoir contractuel et, plus particulièrement, l'exercice des pouvoirs contractuels, il conviendra assurément de ne pas s'étendre outre mesure sur ce qui tient à la jouissance du droit subjectif¹.

Il s'agira ainsi de se concentrer sur l'analyse des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs afin de vérifier si ces derniers s'avèrent être en mesure, d'une part, de décrire l'exercice des pouvoirs contractuels et, d'autre part, de pallier les faiblesses de la notion de droit potestatif en procurant aux pouvoirs contractuels un encadrement objectif de leurs conditions d'exercice, et ce, dans la perspective de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire². Jusqu'ici seulement esquissés, les traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs devront être exposés plus précisément. Il sera donc nécessaire, dans un premier temps, de procéder à l'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs (A). Une fois identifiés, il conviendra, dans un second temps, de les comparer aux traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs contractuels. Il sera alors possible de constater que les nombreuses différences entre les traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs contractuels et des droits subjectifs rendent impossible l'assimilation des pouvoirs contractuels à des droits subjectifs (B).

A. L'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs.

241. **Deux traits caractéristiques.**- Lorsqu'il s'agit d'identifier les éléments qui caractérisent l'exercice d'un type particulier de droit, il semble tout à fait naturel de s'intéresser au résultat de l'exercice de ce droit, c'est-à-dire à la portée des effets produits, et à ses conditions de mise en œuvre. Deux traits semblent alors caractériser l'exercice d'un droit subjectif. D'une part, la production d'effets de droit dans la seule sphère juridique de leur titulaire (1), et d'autre part, la libre détermination des conditions d'exercice (2).

1. La production d'effets de droit dans la sphère juridique de leur titulaire.

242. **Portée des effets et autonomie.**- Si, au plan de la jouissance, le droit subjectif établit un lien d'appartenance exclusive entre le sujet et l'objet de son droit, c'est-à-dire se présente

que d'une disponibilité relative ». L'auteur précisant, par la suite, que les conditions de la maîtrise – de la libre disposition – sont déterminées par le droit objectif (p. 105).

¹ Toutefois, certaines digressions sur la jouissance – le lien d'appartenance – seront parfois nécessaires, notamment lorsque les traits qui caractérisent la jouissance sont susceptibles de se répercuter sur les conditions d'exercice. Ainsi, il s'agira, par la suite, de montrer qu'il existe un lien entre l'appartenance exclusive et la portée des effets résultant de la mise en œuvre d'un droit subjectif. Sur ce point, v. : *infra*, n° 242, p. 270.

² L'arbitraire, c'est-à-dire le subjectivisme outrancier dans l'exercice d'un droit est, en effet, tempéré par l'objectivation de ses conditions d'exercice (l'objectivisme combattant le subjectivisme).

comme un domaine réservé¹, exclusif de toute immixtion d'autrui², il convient d'observer que ce rapport d'exclusivité, au sens d'exclusion d'autrui ou encore d'absence de rapport avec autrui, se prolonge au plan de l'exercice³. En effet, le lien d'appartenance exclusive se doublant d'un ensemble de prérogatives conférant au sujet une maîtrise⁴ qui porte uniquement sur la chose qui lui appartient, et non sur la chose d'autrui, la mise en œuvre desdites prérogatives se traduit nécessairement par la production d'effets dans le seul domaine des droits subjectifs du titulaire⁵. Les effets produits à l'occasion de la mise en œuvre⁶ d'un droit subjectif paraissent ainsi dotés d'une portée limitée à la sphère juridique de leur titulaire.

Aussi, en ce qu'il permet à son titulaire d'aménager sa seule situation juridique, de se doter de sa propre « loi », et non d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui, le droit subjectif apparaît comme étant autonomie⁷. Plus précisément, le droit subjectif se rapproche alors ici de l'idée d'autonomie considérée sous l'angle de son résultat. En effet, l'autonomie se présentant comme l'aptitude dont dispose une personne à se doter de sa propre « loi », il convient d'observer que le résultat de l'action réalisée de manière autonome se rapporte au sujet, et à lui seul. Le résultat est, en ce sens, « subjectif ».

Le droit subjectif apparaît donc « subjectif »⁸ dans la portée de ses effets puisque tous les effets résultant de sa mise en œuvre se rapportent à son seul titulaire. De surcroît, l'aspect « subjectif » du droit subjectif, semble également observable au niveau de ses conditions de mise en œuvre.

2. La libre détermination des conditions d'exercice.

¹ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 95.

² v. en ce sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 23, p. 26, où l'auteur, après avoir observé que « l'exclusivité (c'est-à-dire l'exclusion des autres) dont profite son titulaire dans un secteur déterminé [...] est la marque caractéristique du droit subjectif », en déduit « que l'activité des tiers ne peut en aucune façon porter atteinte à la situation du sujet, la notion même de droit subjectif étant par définition exclusive d'une telle possibilité ».

³ v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 95 : « Par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui [...] ».

⁴ v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 87, où l'auteur, à propos des rapports entre appartenance et maîtrise, retient : « Le droit subjectif, qui débute par l'appartenance, s'achève dans une maîtrise, d'ailleurs inséparable de l'appartenance : ainsi du moins dans l'ordre logique, car, chronologiquement, la maîtrise est contemporaine de l'appartenance ».

⁵ Les effets produits par la mise en œuvre d'un droit subjectif ne peuvent atteindre les tiers, tout comme les tiers dans la mise en œuvre de leurs propres droits subjectifs ne peuvent atteindre autrui. Rapp. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 23, spéc., p. 37, où l'auteur retient, à propos de la théorie de l'acte juridique : « le concept de droit subjectif implique ainsi l'adoption des deux propositions suivantes : la volonté du sujet est un élément nécessaire de l'acte pour que celui-ci produise effet dans le domaine réservé de ses droits subjectifs ; et ce domaine ne peut être atteint par les effets d'un acte juridique créé par d'autres ».

⁶ Le terme de mise en œuvre désigne ici, d'une manière large, tout mode d'utilisation du droit, par le biais d'actes matériels ou d'actes juridiques.

⁷ Pour une telle référence à la notion d'autonomie, v. not. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 216, spéc., p. 139, où l'auteur indique que le droit subjectif est autonomie car il permet à son titulaire de décider pour lui-même.

⁸ Le terme « subjectif » devant être ici entendu au sens de : « ce qui se rapporte au sujet ».

243. **Prérogatives afférentes à l'exercice du droit et subjectivité, autonomie.**- Des études consacrées au droit subjectif, ressort généralement l'idée de liberté¹. Si le lien d'appartenance exclusive confère un espace de liberté à son titulaire, cette liberté reconnue au titulaire se traduit, au plan de la mise en œuvre du droit, par la faculté conférée au titulaire de déterminer seul les conditions de son action dans la mesure où ce dernier, en tant que seul point d'imputation des effets, se présente comme le seul juge de son intérêt. Cela signifie qu'il est loisible au titulaire d'un droit subjectif, d'une part, de déterminer le principe de son action, c'est-à-dire de choisir de mettre en œuvre son droit ou non, c'est-à-dire encore, d'agir, ou de s'abstenir d'agir² et, d'autre part, de déterminer les modalités de son action, c'est-à-dire de choisir entre différents possibles. Le droit subjectif n'étant pas finalisé, il offre ainsi à son titulaire une alternative entre différents possibles non prédéterminés, dans la limite, bien entendu, de la réalité matérielle, ce qui est synonyme de liberté. Le droit subjectif se présentant comme un lien unissant un sujet à une valeur, cette valeur représentant pour le titulaire un intérêt, ce dernier peut librement décider de tirer parti de cet intérêt, de cette valeur, pour lui-même ou pour d'autres³.

Ainsi, les prérogatives afférentes au droit subjectif, qui assurent sa maîtrise en permettant de le mettre en œuvre, sont-elles abandonnées au libre arbitre de leur titulaire⁴. L'idée de libre arbitre, d'arbitraire, traduit alors toute la subjectivité, le subjectivisme, du titulaire dans la mise en œuvre de son droit. Ce faisant, l'idée de libre arbitre met en évidence l'aspect « subjectif » du droit subjectif au niveau de ses conditions de mise en œuvre. Cette possibilité conférée au titulaire de déterminer librement les conditions de son action, de choisir, d'agir librement, rejoint, à nouveau, l'idée d'autonomie. La notion d'autonomie étant envisagée cette fois-ci, non sous l'angle de son résultat, mais de ses conditions. La liberté dans la mise en œuvre du droit subjectif assurant l'autonomie de son titulaire.

Prosaïquement résumée, cette idée signifie que le titulaire d'un droit subjectif est autorisé à faire ce qu'il veut de son droit, sauf ce qui est interdit. Il est libre de déterminer les

¹ Pour des références à l'idée de liberté, v. not. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 90 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1990, 3^{ème} éd., n° 189 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n° 23, p. 36.

² v. not. en ce sens : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, p. 154-155.

³ Si le droit subjectif est généralement présenté comme ayant pour but de donner satisfaction à des intérêts personnels (v. not. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 192), il convient de préciser que le titulaire d'un droit subjectif peut tirer un intérêt personnel, une satisfaction personnelle, de la mise en œuvre de son droit au service de l'intérêt d'autrui (sur ce point, v. : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 90, où l'auteur montre que la maîtrise-disposition : « n'est point rivée au service de l'intérêt propre de son titulaire : rien n'empêche qu'elle soit mise au service d'autres individus particuliers ou du public en général, soit au moyen de la fondation ou de la donation. On aurait donc tort de voir, dans le droit subjectif, une canonisation de l'égoïsme. Il lui est au contraire loisible de rayonner, de se dépenser généreusement au profit d'autrui »).

⁴ v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 89-90, où l'auteur fait observer que la « maîtrise » confère au titulaire du droit une prérogative qu'il nomme « libre disposition ». Cette prérogative permet au titulaire de déterminer librement l'usage qu'il entend faire de son droit : « le droit de libre disposition emporte, pour le propriétaire, liberté de faire de la chose, en principe, ce qu'il veut, d'accomplir tous les actes matériels d'utilisation et d'exploitation dont elle est susceptible [...]. Il pourra également, s'il le désire, ne tirer de la chose aucun parti, la laisser intacte ou inerte. Il pourra enfin agir sur sa substance matérielle, la modifier, la transformer, la détruire ou, encore, par voie de disposition juridique, aliéner son droit même sur la chose, en tout ou en partie, à titre onéreux ou à titre gratuit ». *Adde*, pour une référence à l'idée selon laquelle les droits subjectifs sont des prérogatives abandonnées au libre arbitre de leur titulaire : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 239, p. 154.

conditions d'exercice de son droit sous réserve, d'une part, du contrôle résiduel de l'abus de droit et, d'autre part, de ne pas contrevenir aux dispositions d'ordre public.

244. **Point d'étape.-** L'exercice d'un droit subjectif se caractérise par son aspect « subjectif ». Le terme « subjectif » devant être ici entendu au sens de « ce qui se rapporte au sujet ». Si, au départ, l'aspect subjectif se manifeste au plan de la jouissance dans la mesure où le droit subjectif se présente comme un lien qui rapporte au sujet une valeur, cet aspect subjectif se prolonge, par la suite, au plan de la mise en œuvre du droit. En effet, la jouissance du droit subjectif s'accompagnant d'un ensemble de prérogatives qui confèrent au sujet une maîtrise qui porte uniquement sur la chose qui lui appartient, et non sur la chose d'autrui, la mise en œuvre desdites prérogatives se traduit nécessairement par la production d'effets dans le seul domaine des droits subjectifs du titulaire. Au plan de l'exercice, le droit subjectif est donc « subjectif » quant à la portée des effets produits dans la mesure où ceux-ci se rapportent tous, et de manière exclusive, au titulaire du droit. Cet aspect « subjectif » transparait également au niveau des conditions de mise en œuvre du droit subjectif. Les prérogatives afférentes au droit subjectif, qui assurent sa maîtrise en permettant de le mettre en œuvre, étant abandonnées au libre arbitre de leur titulaire, ce dernier se retrouve, par conséquent, à même de déterminer librement, c'est-à-dire de manière toute subjective, ou encore, arbitrairement, le principe et les modalités de son action.

Toutefois, ces traits qui caractérisent l'exercice d'un droit subjectif – subjectivité dans la portée des effets, subjectivité dans la détermination des conditions de mise en œuvre – ne semblent pas présents dans le cadre des pouvoirs contractuels.

B. L'impossible assimilation des pouvoirs contractuels à des droits subjectifs.

245. **Des différences inconciliables.-** L'analyse comparée des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels permet de mettre en évidence les profondes différences qui séparent leurs modes de mise en œuvre. Ces différences profondes, inconciliables et, par conséquent, de nature à faire obstacle à toute assimilation des pouvoirs contractuels à des droits subjectifs, semblent se présenter au nombre de deux. Il s'avère, ici, possible de constater une première différence sur le plan de la portée des effets (1), et une seconde sur le plan de la détermination des conditions d'exercice (2).

1. Une différence sur le plan de la portée des effets.

246. **Autonomie contre hétéronomie.-** L'analyse comparée du résultat de l'exercice des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels permet de faire ressortir une partie des différences qui opposent ces deux types de prérogatives. Cette opposition relative à la portée des effets produits semble, d'ailleurs, s'articuler autour des notions d'autonomie et d'hétéronomie.

Le droit subjectif est empreint de l'idée d'autonomie dans la mesure le résultat de l'action réalisée de manière autonome se rapporte au titulaire du droit subjectif, et à lui seul¹.

À l'opposé, les pouvoirs contractuels apparaissent porteurs de l'idée d'hétéronomie² en ce qu'ils permettent à leur titulaire d'empiéter³ sur la sphère juridique d'autrui. En effet, à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel, les effets produits dépassent la simple sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir, sujet d'imputation actif, pour affecter également la sphère patrimoniale du cocontractant ou des cocontractants, qualifiés de sujet(s) d'imputation passif(s).

Que l'on songe, en ce sens, et en guise de première illustration, aux pouvoirs contractuels qui ont pour objet la modification du lien d'obligation, c'est-à-dire aux pouvoirs qui permettent l'anéantissement du lien d'obligation, ou encore, sa suspension. Il est possible de constater que ces pouvoirs influent sur la jouissance des droits et obligations dont chacune des parties peut être titulaire en vertu du contrat, c'est-à-dire que leurs effets dépassent la simple sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir⁴.

De même, en va-t-il, ensuite, des pouvoirs contractuels qui ont pour objet de préciser la qualité ou la quotité de l'objet de la prestation. En effet, ces pouvoirs influent sur la jouissance du droit subjectif du créancier et de l'obligation du débiteur en en précisant le contenu, ce qui signifie que leurs effets dépassent la sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir.

Enfin, il est également possible de faire allusion aux pouvoirs contractuels qui permettent de modifier les effets de type non-obligationnels du contrat. À ce titre, si l'on se réfère, par exemple, au pouvoir issu d'une clause de variation insérée dans un contrat de travail permettant à l'employeur de modifier les horaires ou le lieu de travail⁵, force est de constater que les effets ne s'arrêtent pas au titulaire du pouvoir, mais sont dirigés vers le salarié qui subit une modification de la contrainte comportementale pesant sur lui dans le cadre de l'accomplissement de sa prestation de travail.

Bien que non exhaustives, ces illustrations permettent de mettre en évidence la différence qui existe entre les droits subjectifs et les pouvoirs contractuels sur le plan de la portée de leurs effets. L'autonomie qui est la marque des droits subjectifs s'oppose à l'hétéronomie des pouvoirs contractuels, ce qui constitue un premier obstacle technique à

¹ À propos de la portée des effets du droit subjectif et de l'idée d'autonomie, v. : *supra*, n° 242, p. 272 et s.

² L'hétéronomie (terme emprunté à E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1785) est le fait qu'un être vive selon des règles qui sont imposées au sujet de l'extérieur.

³ Il convient d'observer que la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui a déjà pu être mise en évidence, d'une part, à l'occasion de l'analyse de la portée des effets de l'acte unilatéral support de l'unilatéralisme contractuel (v. : *supra*, n° 158, p. 174 et s.), mais aussi, d'autre part, dans le cadre de l'analyse visant à déterminer si les pouvoirs contractuels peuvent être qualifiés de droits potestatifs (v. : *supra*, n° 227, p. 252 et s.)

⁴ Dans le cadre d'un contrat unilatéral, les pouvoirs qui anéantissent le lien d'obligation viennent priver le créancier de son droit de créance et le débiteur de son obligation. Dans le cadre d'un contrat synallagmatique, chacune des parties se retrouve privée de son droit de créance et de son obligation. Ainsi, les effets produits dépassent-ils la seule sphère juridique du titulaire du pouvoir.

En ce qui concerne les pouvoirs qui permettent de provoquer une suspension du contrat, si l'on s'intéresse, par exemple, ici, au mécanisme de l'exception d'inexécution, il est possible de constater que l'*excipiens* – sujet actif ou *potentior* – modifie sa situation patrimoniale en se soustrayant à l'élément de contrainte de l'obligation – *Haftung* –, ainsi que la situation patrimoniale de son cocontractant en privant temporairement ce dernier du droit d'exiger qui compose, pour partie, son droit subjectif de créance.

⁵ À propos des clauses de variation d'horaire et de mobilité géographique, v. : *supra*, n° 137 et s., p. 154 et s.

l'assimilation des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels. Aussi, une seconde différence de nature à faire obstacle à un rapprochement de ces deux notions doit pouvoir être décelée, semble-t-il, sur le plan de la détermination des conditions d'exercice.

2. Une différence sur le plan de la détermination des conditions d'exercice.

247. **Subjectivisme contre objectivisme.**- L'analyse des conditions de mise en œuvre du droit subjectif a permis de montrer que les prérogatives afférentes à la mise en œuvre dudit droit étaient abandonnées au libre arbitre de leur titulaire¹. L'idée de libre arbitre, d'arbitraire, étant alors de nature à traduire toute la subjectivité, le subjectivisme, du titulaire dans la mise en œuvre de son droit. Cela signifie que le titulaire d'un droit subjectif, en tant que seul juge de son intérêt, se présente comme le seul maître dans la détermination des conditions de mise en œuvre de son droit². Il lui est ainsi loisible de déterminer, d'une part, le principe de son action, c'est-à-dire de choisir de mettre en œuvre son droit ou non – d'agir, ou de s'abstenir d'agir – et, d'autre part, de déterminer les modalités de son action.

Cependant, si ce subjectivisme absolu, cet arbitraire, s'avère compréhensible dans la sphère d'exclusivité conférée par le droit subjectif où le titulaire peut y définir librement les conditions de mise en œuvre dudit droit susceptibles de servir, d'exprimer, son intérêt, celui-ci ne l'est plus dans le cadre d'un rapport contractuel. En effet, admettre la jouissance d'un pouvoir contractuel dont la mise en œuvre pourrait être dictée par les considérations purement subjectives du *potentior* lui permettant ainsi d'exprimer son seul intérêt, sans avoir à tenir compte de l'intérêt du cocontractant, heurte la structure du contrat.

Le contrat reposant sur un équilibre entre les intérêts des parties, permettre alors à l'une ou l'autre des parties, voire à chacune des deux, de modifier le rapport contractuel en l'aménageant ou en y mettant fin à sa convenance, c'est-à-dire arbitrairement, peut avoir pour conséquence de priver le cocontractant qui subit l'exercice du pouvoir de l'intérêt que pouvait lui procurer la conclusion de celui-ci³. Dans la mesure où le contrat se présente comme un rapport intersubjectif, c'est-à-dire comme lien mettant en rapport deux sujets de droit porteurs d'intérêts distincts, il apparaît impossible d'autoriser une partie à modifier à sa guise le contrat en faisant fi de l'intérêt du cocontractant sous peine de consacrer l'existence d'un seul intérêt dans le contrat et de nier ainsi sa structure même. En effet, le contrat ce sont, certes, les intérêts du titulaire du pouvoir, mais ce sont également les intérêts du cocontractant. D'une manière plus prosaïque : le contrat c'est moi, mais c'est aussi l'autre ! Dès lors, la jouissance de pouvoirs

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 243, p. 273 et s.

² Rapp. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 61, p. 68 : « Les droits subjectifs sont exercés librement par leur titulaire, seul juge de son intérêt ».

³ À titre d'illustration, il est possible de faire référence à l'exercice arbitraire du pouvoir de fixation du prix dans l'hypothèse des contrats-cadre. En effet, le prix d'un contrat d'application fixé de manière abusive, c'est-à-dire de manière arbitraire, sans tenir compte de l'intérêt du cocontractant, est de nature à priver le contrat de son intérêt pour le cocontractant. À travers le contrôle de l'abus et la préservation de l'intérêt du cocontractant, on retrouve ici une fonction anciennement dévolue à la cause objective : le contrôle de l'existence d'une cause-contrepartie à l'occasion de la formation du contrat d'application.

dont les conditions de mise en œuvre sont abandonnées au libre arbitre de leur titulaire ne saurait être admise, sous peine d'aboutir à la création d'un déséquilibre contractuel structurel excessif¹.

En outre, il convient d'observer que l'arbitraire, le subjectivisme absolu, s'oppose à toute forme de prévisibilité. Or, le contrat est généralement présenté comme un moyen permettant aux parties d'appréhender le futur, c'est-à-dire comme un acte de prévision². Aussi, la prévisibilité, en rendant le futur contractuel déterminable, participe-t-elle à la protection des intérêts des parties en leur permettant de faire œuvre d'anticipation. Cependant, cet élément de protection se retrouve contrarié par la présence d'un pouvoir contractuel dont la mise en œuvre serait abandonnée à l'arbitraire de son titulaire. Ce type de pouvoir, en permettant à leurs titulaires de modifier à leur guise le contrat, rend le futur contractuel imprévisible, et ainsi, fait fi de l'intérêt du sujet d'imputation passif qui se retrouve dans l'impossibilité d'anticiper le futur du contrat.

L'arbitraire, c'est-à-dire le subjectivisme absolu, s'avère donc être incompatible avec la structure du contrat. En effet, la conciliation de l'unilatéralisme contractuel avec la structure du contrat suppose que le titulaire d'un pouvoir contractuel tienne compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de l'exercice de son pouvoir, ce qui implique, par voie de conséquence, l'exclusion de toute forme d'arbitraire.

Étranger à la notion de pouvoir³, le subjectivisme absolu, c'est-à-dire l'arbitraire, qui caractérise la mise en œuvre d'un droit subjectif se révèle, de la sorte, être inconciliable avec la notion de pouvoir contractuel. Pour autant, cela ne signifie pas que le titulaire d'un pouvoir contractuel ne puisse pas bénéficier d'une certaine marge de manœuvre dans le cadre de l'exercice de son pouvoir. Une certaine part de subjectivisme est donc concevable dans la mesure où ce qui heurte la structure du contrat, c'est le subjectivisme absolu, total, c'est-à-dire encore l'arbitraire, le caractère discrétionnaire d'un pouvoir contractuel.

Toute la question est alors de savoir comment faire obstacle à un excès de subjectivisme dans la mise œuvre d'un pouvoir contractuel ? Le subjectivisme s'opposant à l'objectivisme, la solution réside dans l'objectivation des conditions d'exercice, c'est-à-dire dans la définition objective des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. En effet, la définition objective d'au moins une partie des conditions d'exercice du pouvoir contractuel constitue un rempart contre le subjectivisme outrancier, l'arbitraire, de son titulaire. Ce dernier se retrouve alors tenu de respecter l'encadrement objectif des conditions d'exercice posé par la loi, le contrat, ou encore la jurisprudence. Cela signifie que le titulaire doit se conformer au but assigné de manière objective au pouvoir, c'est-à-dire à sa cause finale, mais qu'il doit aussi, parfois,

¹ Sur le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 339 et s., p. 379 et s.

² v. en ce sens : M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} éd., p. 201 : « Le contrat représente ainsi l'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »

³ L'incompatibilité de l'arbitraire avec la notion même de pouvoir constitue une conséquence technique liée à un choix de politique juridique : le principe d'égalité entre les sujets de droit (art. 1^{er} de la DDHC). Ce principe signifie que notre système juridique repose sur le postulat selon lequel aucun intérêt privé n'est, par principe, admis à prévaloir sur un autre. Dès lors, tout empiètement sur la sphère juridique d'autrui n'apparaît concevable que si le pouvoir est exercé en tenant compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif. Contraint de tenir compte de l'intérêt d'autrui, le titulaire du pouvoir ne saurait donc en faire un exercice arbitraire. En cela, l'arbitraire et la notion de pouvoir apparaissent incompatibles.

subordonner la mise en œuvre de son pouvoir à la réalisation d'un événement défini de manière objective¹ – cet événement constitue alors un motif-efficient, une cause-efficient, justifiant l'exercice du pouvoir –, voire, également, à employer des moyens définis de manière objective².

L'encadrement objectif des conditions d'exercice doit ainsi permettre de faire reculer l'arbitraire du titulaire en délimitant les hypothèses de mise en œuvre du pouvoir contractuel. En outre la délimitation objective des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels doit permettre de tenir compte de l'intérêt d'autrui et de procurer une certaine sécurité juridique en assurant une part de prévisibilité dans la mise en œuvre dudit pouvoir.

Par conséquent, il ressort de cette analyse que les droits subjectifs et les pouvoirs contractuels ne peuvent faire l'objet d'un rapprochement sur le plan de la détermination de leurs conditions d'exercice. En effet, les prérogatives afférentes à la mise en œuvre des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels n'apparaissent pas identiques. Là où les prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif sont abandonnées au libre arbitre de leur titulaire, c'est-à-dire sont marquées par le subjectivisme, les prérogatives afférentes à l'exercice des pouvoirs contractuels doivent présenter un degré minimum d'objectivation afin de tenir compte de l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire de l'intérêt du cocontractant ou des cocontractants.

Très prosaïquement résumée, cette idée signifie que si le titulaire d'un droit subjectif est autorisé à faire ce qu'il veut de son droit, sauf ce qui est interdit, à l'opposé, le titulaire d'un pouvoir contractuel ne peut agir que conformément à l'encadrement objectif qui doit régir ses conditions de mise en œuvre. Toute mise en œuvre non conforme à ces conditions est interdite, et, donc, seule une mise en œuvre conforme à ces conditions est autorisée.

248. **Bilan.-** L'analyse comparée des traits qui caractérisent l'exercice des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence deux différences qui s'opposent à un rapprochement de ces notions.

Une première différence a pu être relevée sur le plan du résultat de l'exercice, c'est-à-dire relativement à la portée des effets produits. Alors que le droit subjectif est empreint de l'idée d'autonomie dans la mesure le résultat de l'action réalisée de manière autonome se rapporte au titulaire du droit subjectif, et à lui seul, à l'opposé, les pouvoirs contractuels sont porteurs de l'idée d'hétéronomie en ce qu'ils permettent à leur titulaire de produire des effets dans la sphère juridique d'autrui et, plus précisément, dans la sphère du cocontractant.

Une seconde différence ayant trait aux conditions d'exercice, et plus précisément, à la détermination de ces dernières, a également pu être constatée. Tandis que la détermination des conditions d'exercice d'un droit subjectif est abandonnée au libre arbitre, à l'arbitraire, c'est-à-dire au subjectivisme le plus absolu, le plus total, de son titulaire, la détermination des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel échappe, en partie, au subjectivisme de ce dernier. En effet, il a pu être observé que la conciliation du pouvoir avec la structure du contrat suppose que le titulaire d'un pouvoir contractuel tienne compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de l'exercice de son pouvoir, ce qui s'oppose à toute forme de mise en œuvre décidée

¹ En guise d'illustration, il est possible de citer l'inexécution d'une gravité suffisante qui constitue l'événement, l'antécédent, la cause-efficient, justifiant l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale.

² À propos des modalités d'objectivation des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

de manière arbitraire. Afin de faire obstacle à l'arbitraire, au subjectivisme absolu, il apparaît donc nécessaire d'encadrer les conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire d'introduire une dose d'objectivisme en procédant à une définition objective d'au moins une partie de leurs conditions d'exercice. De la sorte, la différence entre les conditions de mise en œuvre des droits subjectifs et des pouvoirs contractuels vient s'articuler autour d'une opposition entre subjectivisme et objectivisme.

Il ressort, par conséquent, de cette analyse comparative que la notion de droit subjectif ne peut être rapprochée de celle de pouvoir contractuel dans la mesure où celle-ci ne permet pas de décrire l'exercice de ces derniers. Au surplus, la notion de droit subjectif ne s'avère ne pas être en mesure de pallier les faiblesses de la seule qualification de droit potestatif en procurant un encadrement objectif des conditions d'exercice que cette dernière notion est insusceptible de fournir. Si les pouvoirs contractuels n'appartiennent pas à la catégorie des droits subjectifs et ne peuvent donc pas être qualifiés de « droits subjectifs potestatifs », il convient alors de se tourner vers une autre qualification.

§ 2 - L'ADOPTION DE LA QUALIFICATION DE POUVOIR.

249. **Esquisse de la notion de pouvoir.**- D'origine jurisprudentielle et doctrinale, la notion de pouvoir n'est pas immédiatement saisissable en raison de l'hétérogénéité des définitions qui ont pu lui être consacrées.

L'hétérogénéité des définitions proposées résulte, pour partie, de ce que la notion de pouvoir est dotée d'une double acception¹. En doctrine, la notion de pouvoir est, en effet, appréhendée, soit, comme un type particulier de prérogative juridique définie par opposition aux droits subjectifs – pouvoir-prérogative –, soit, comme une aptitude définie par opposition à la capacité – pouvoir-aptitude –.

Aussi, la doctrine a-t-elle pu accentuer le pluralisme des définitions de la notion de pouvoir en se divisant sur le sujet de la définition du pouvoir-aptitude. Deux conceptions du pouvoir-aptitude, opposant chacune pouvoir et capacité selon un critère différent et se rapportant chacune à une conception particulière du pouvoir-prérogative, ont ainsi pu voir le jour.

Selon une première conception², il convient d'opposer la capacité qui relève du statut juridique de la personne, et le pouvoir qui relève du statut juridique des biens³. Là où la capacité⁴ serait « l'aptitude à faire des actes juridiques valables », le pouvoir se présenterait comme

¹ Cette double acception, ou ce caractère amphibologique, de la notion de pouvoir a notamment pu être mis en évidence par : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ, 1982, n° 170 et s. ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 64, p. 48.

² Bien que présenté en premier, ce courant de pensée est chronologiquement apparu en second.

³ Pour une telle conception de la capacité et du pouvoir, v. not. : R. HOUIN, « *Les incapacités* », RTD. civ. 1948, p. 383 et s., spéc., p. 389 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, vol. 2, Paris, Sirey, 1976, 3^{ème} éd., n° 504 ; Ph. MALAURIE, *Droit civil, Cours*, Paris, Les cours de droit, 1978-1979, p. 63, et p. 266-267 (cité par : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 66, p. 49).

⁴ Il est alors ici fait allusion seulement à la capacité d'exercice, et non à la capacité de jouissance.

« l'aptitude à engager des biens par ses actes »¹. Cependant, cette conception, qui résout le problème de l'articulation entre capacité et pouvoir selon le critère de la nature du statut juridique considéré – celui de la personne, celui des biens –, a pu être critiquée. En effet, il a pu être observé que la distinction issue de ce critère n'était pas étanche, c'est-à-dire que les deux termes qui en résultent – capacité et pouvoir – pouvaient être amenés à se recouper². L'hypothèse du recouplement se présente alors chaque fois qu'une personne capable désire conclure un acte juridique engageant ses biens. Dans cette situation, le sujet de droit userait à la fois de sa capacité, en concluant l'acte, et de son pouvoir, en engageant ses biens³. Hormis le fait que cette conception réduit la notion de pouvoir au seul domaine patrimonial, en ce qu'elle permet de désigner la possibilité d'engager des biens, celle-ci malmène l'autonomie de la notion de pouvoir-aptitude en raison des recouplements avec la notion de capacité auxquels elle peut conduire⁴.

En outre, il convient d'observer que dans le cadre de cette conception où la notion de pouvoir se présente comme l'aptitude à exercer des prérogatives se rapportant à des biens, lesdites prérogatives afférentes aux biens sont également analysées comme étant des pouvoirs⁵. Ainsi, le rattachement systématique de la notion de pouvoir aux biens se répercute-t-il sur l'analyse du pouvoir-prérogative. De plus, il doit être souligné que conférer la qualification de pouvoir à des prérogatives relatives à des biens qui, lorsqu'elles sont exercées, provoquent l'engagement des biens considérés, revient à réduire la notion de pouvoir au pouvoir de maîtrise dont dispose le titulaire d'un droit subjectif portant sur un bien. L'autonomie de la notion de pouvoir-prérogative est alors niée par cette analyse dans la mesure où celle-ci apparaît comme étant simplement l'une des composantes d'un droit subjectif.

Or, cette analyse qui nie l'autonomie de la notion de pouvoir et la réduit au rang de simple composante du droit subjectif ne saurait être retenue dans la mesure où celle-ci conduit à priver la notion de pouvoir de toute valeur opératoire⁶. En effet, cette conception ne permet pas de rendre compte de la nature particulière de la prérogative dont peut-être titulaire un représentant⁷, ni même d'expliquer l'existence d'un contrôle judiciaire spécifique à la notion

¹ v. : Ph. MALAURIE, *Droit civil, Cours*, Paris, Les cours de droit, 1978-1979, *loc. cit.* Rapp. : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, vol. 2, *op. cit.*, n° 504 : « la capacité et l'incapacité tiennent à la personne de celui qu'elles intéressent, tandis que les pouvoirs dépendent des biens à propos desquels cette personne est amenée à agir ».

² v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 71, p. 51.

³ *Ibid*, *loc. cit.*

⁴ Que dire, en effet, d'une personne capable qui entend engager l'un de ses biens par un acte juridique ? Use-t-elle de sa capacité ou de son pouvoir ? (v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 71, p. 51).

⁵ Pour une mise en évidence de ce glissement du pouvoir-aptitude, au pouvoir-prérogative, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 60, p. 67.

⁶ À propos de cette observation, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 60, spéc., p. 68.

⁷ L'analyse doctrinale moderne du mécanisme de la représentation a permis de mettre en évidence que celui-ci se présentait comme un procédé par lequel le titulaire d'un droit subjectif est dessaisi – conventionnellement ou par effet de la loi – de la possibilité d'exercer les prérogatives attachées à son droit subjectif. Si le représenté reste titulaire du droit (il lui reste la jouissance, ou selon la terminologie employée par DABIN, « l'appartenance », ou encore, selon M. STORCK, « le titre ») ce qui permet de faire de lui le point d'imputation des effets résultant de l'exercice du droit subjectif, le représentant recueille, quant à lui, un « droit dérivé », un « démembrement » du droit subjectif originaire : les prérogatives afférentes à sa mise en œuvre. Aussi, le pouvoir délégué au représentant apparaît-il comme le support technique – le vecteur – du transfert des prérogatives afférentes à l'exercice du droit

de pouvoir, à savoir, le contrôle du dépassement et du détournement de pouvoir, distincts du recours pour abus de droit développé pour saisir l'exercice des droits subjectifs¹.

Dès lors, il convient de se tourner vers une seconde conception qui confère un sens spécifique à la notion de pouvoir-aptitude, mais également au pouvoir-prérogative. Cette seconde conception, portée par un courant doctrinal classique, s'appuie sur le critère de l'objet de l'aptitude afin de résoudre le problème de l'articulation entre capacité et pouvoir. Là où la capacité se conçoit comme l'aptitude à exercer ses propres droits, le pouvoir s'analyse comme l'aptitude à exercer les droits d'autrui². Si cette distinction basée sur la nature des prérogatives en jeu permet de rendre aux notions de capacité et de pouvoir leur autonomie³, tout en reconnaissant à chacune une égale vocation à s'appliquer à tous les actes juridiques, que ceux-ci aient ou non des conséquences patrimoniales, celle-ci présente également l'avantage de prolonger dans l'ordre des aptitudes la dichotomie qui existe au plan des prérogatives juridiques entre les droits subjectifs et les pouvoirs⁴.

Cependant, il doit être observé que la définition qui fait du pouvoir « l'aptitude à exercer les droits d'autrui » peut paraître aujourd'hui dépassée dans la mesure où celle-ci, étant issue d'une réflexion sur le mécanisme de la représentation, ne permet de rendre compte que de l'aptitude à mettre en œuvre un type particulier de pouvoir-prérogative, à savoir, les pouvoirs de représentation.

Si, en droit privé, la notion de pouvoir, au sens de prérogative, fut systématisée, à l'origine, essentiellement à partir d'une analyse du pouvoir de représentation⁵ ce qui a alors pu

subjectif. En ce sens, le pouvoir s'analyse nécessairement comme une prérogative juridique autonome, distincte du droit subjectif dont il permet l'exercice. (Pour une mise en évidence du transfert des attributs attachés à un droit subjectif par le biais du mécanisme de la représentation, v. not. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 137 et s., p. 102 et s. ; pour la résolution de la fiction juridique traditionnellement attachée au mécanisme de la représentation au moyen d'une dissociation des notions de droit subjectif, de pouvoir, et d'une distinction entre les notions de jouissance et d'exercice, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 62, p. 69-70).

¹ À propos de cette observation, v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 170, p. 128.

² v. not. en ce sens : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Paris, Sirey, 1938, 3^{ème} éd., n° 305, p. 202 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., Paris, Dalloz, 1947, 11^{ème} éd. entièrement refondue et mise à jour par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, n° 84. Adde, H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936, V° « Pouvoir », où ce terme est défini comme : « l'aptitude légale ou conventionnelle à exercer tout ou partie des droits d'une autre personne et à agir pour son compte ».

³ Le cloisonnement opéré évite en effet toute forme de recoupement entre les notions de capacité et de pouvoir : soit un sujet de droit met en œuvre ses droits subjectifs et il sera alors question de capacité, soit il met en œuvre les droits subjectifs d'autrui et il sera alors question de pouvoir (au sens d'aptitude).

⁴ Il s'agit donc ici de soutenir la thèse de la dissociation des droits subjectifs et des pouvoirs, c'est-à-dire la théorie qui envisage les rapports entre droits subjectifs et pouvoirs sur un mode d'opposition.

⁵ Il semble en effet possible de constater que les auteurs de droit privé qui ont originellement essayé de proposer une approche systématique de la notion de pouvoir, c'est-à-dire, encore, de la notion de « droit-fonction », ont pu essentiellement extraire leur conception abstraite et systématique de la notion de pouvoir à partir d'une observation des pouvoirs de représentation. La tendance à l'assimilation des pouvoirs-prérogatives aux pouvoirs de représentation s'expliquant par le caractère largement répandu, en droit privé, de ce dernier type de pouvoir que l'on rencontre aussi bien en matière d'incapacités – en tant que remède aux incapacités d'exercice –, que de le cadre des contrats spéciaux – à travers la figure du mandat –. (Pour une mise en évidence de l'absorption de la notion de pouvoir par la théorie de la représentation, v. not. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 5 et s., p. 10 et s.).

favoriser le développement des conceptions faisant du pouvoir, par opposition au droit subjectif, une prérogative qui s'exerce dans l'intérêt d'autrui¹, c'est-à-dire une prérogative qui postule, dans le cadre de son exercice, l'abnégation des intérêts de son titulaire², il a pu être mis en évidence que la catégorie des pouvoirs-prérogatives ne se limitait pas aux pouvoirs de représentation, mais que celle-ci comprenait toutes les prérogatives qui « s'exercent dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de leur titulaire »³.

L'avantage de cette conception moderne du pouvoir-prérogative réside ainsi en ce qu'elle ne réserve plus la qualification de pouvoir aux seules prérogatives dont la mise en œuvre implique l'abnégation totale des intérêts de leurs titulaires, c'est-à-dire aux prérogatives dirigées exclusivement vers le service de l'intérêt d'autrui. En effet, construite autour de la locution adverbiale « au moins » et de l'adverbe « partiellement », cette conception subordonne la qualification de pouvoir à l'identification d'une prérogative qui impose à son titulaire d'en faire usage en considération d'intérêts qui ne sont pas exclusivement les siens propres – intérêts au moins en partie distincts du sien –, ce qui signifie que la qualification de pouvoir repose à minima sur l'identification d'une prérogative dont la mise en œuvre implique la prise en compte de l'intérêt d'autrui. Une telle conception permet alors d'étendre la qualification de pouvoir aux prérogatives qui autorisent leurs titulaires à exprimer leur intérêt tout en respectant l'intérêt

Ainsi, par exemple, ROUBIER, afin de défendre son analyse selon laquelle « le titulaire d'un pouvoir ne peut user de ce pouvoir que dans l'intérêt de la personne pour le compte de qui il agit » (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 2, p. 19), s'appuie-t-il sur l'observation des pouvoirs qui sont conférés à des représentants, ou encore, aux organes de ce que l'auteur appelle un « groupement commun » (n° 23, p. 190). Aussi, convient-il de souligner que l'analyse doctrinale moderne a permis de mettre en évidence que les dirigeants sociaux, c'est-à-dire les organes d'un groupement de droit privé, tirent leurs pouvoirs d'une délégation de pouvoir consentie par les associés, et donc d'un contrat de mandat dont le contenu est encadré par l'ordre public. Les dirigeants pouvant, dès lors, être qualifiés de mandataires. (v. en ce sens : Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 42 et s., p. 143 et s.).

Toutefois, il doit être précisé si la plupart des auteurs ont pu se référer à des pouvoirs de représentation pour appuyer leurs analyses, ils ne s'y sont pas exclusivement limités. DABIN, par exemple, à l'occasion de son exposé des « droits-fonction », c'est-à-dire des droits altruistes institués pour le service d'autrui, fait-il allusion aux pouvoirs conférés aux organes d'une personne morale, mais également aux puissances familiales (v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 221-222). Essentielle, la référence à des pouvoirs de représentation n'est-elle donc pas, pour autant, chez tous les auteurs, exclusive. Adde, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., n° 310, p. 420-421, pour une référence aux puissances familiales au sein de la catégorie des « droits à esprit altruiste ».

¹ v. pour une telle conception du pouvoir : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 221, où l'auteur identifie les « droits-fonction », c'est-à-dire les pouvoirs, comme : « les droits à fin altruiste, institués non pour le service de leur titulaire, personne physique ou personne morale, mais pour le service d'autrui ». (L'auteur souligne) ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 2, spéc., p. 19 : « la différence entre le droit et le pouvoir consiste essentiellement en ceci, que le titulaire d'un droit subjectif use de son droit comme d'une propriété, pour ses intérêts individuels ; au contraire le titulaire d'un pouvoir ne peut user de ce pouvoir que dans l'intérêt de la personne pour le compte de ce qui agit » ; G. RIPERT, « *Abus ou relativité des droits* », Rev. crit. lég. jur., 1929, p. 33 et s., spéc., n° 4, p. 57 : « Le pouvoir est donné non dans l'intérêt de celui qui l'exerce, mais dans l'intérêt public... Le droit est donné dans un intérêt égoïste, on ne le détourne pas de son but en s'en servant dans cet intérêt » ; H. CAPITANT, « *Sur l'abus des droits* », RTD. civ. 1928, p. 365 et s., spéc., p. 372 où l'auteur distingue les droits subjectifs qui ont tous un caractère égoïste et les prérogatives qui doivent être exercées dans l'intérêt d'un tiers ».

² On reconnaît bien notamment ici la figure du pouvoir de représentation dans la mesure où le représentant est tenu seulement d'exprimer l'intérêt du représenté. Le représentant n'ayant aucunement vocation à exprimer son propre intérêt au cours du mandat.

³ Pour une telle conception renouvelée du pouvoir, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 85, spéc., p. 60, où l'on trouve l'une des premières occurrences de la célèbre définition du pouvoir comme une prérogative qui doit être exercée « dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire ».

d'autrui. Il convient d'ajouter que cette conception moderne permet également de saisir les pouvoirs qui, *a fortiori*, « au plus », s'exercent dans un intérêt totalement distinct de celui de leur titulaire, c'est-à-dire, par exemple, les pouvoirs de représentation, qui s'exercent dans l'intérêt du représenté¹, ou encore les pouvoirs relatifs à l'autorité parentale, qui s'exercent dans l'intérêt de l'enfant².

Ainsi, en élargissant la catégorie des pouvoirs aux prérogatives qui réservent une place à l'expression de l'intérêt de leur titulaire, cette conception moderne induit-elle un changement dans la logique traditionnelle du pouvoir. Désormais, la notion de pouvoir ne désigne plus exclusivement les prérogatives destinées à assurer l'expression ou le service de l'intérêt d'autrui, celle-ci permet également de saisir les prérogatives qui confèrent à leurs titulaires la possibilité d'exprimer leur intérêt – versant positif – dans le respect de l'intérêt d'autrui – versant négatif –, c'est-à-dire tout en tenant compte, en composant, avec l'intérêt du sujet ou des sujet(s) d'imputation passif(s).

Une telle conception du pouvoir-prérogative invite alors à amender la définition classique du pouvoir-aptitude et à concevoir ce dernier comme l'aptitude à être titulaire d'un pouvoir et à agir valablement dans un intérêt au moins en partie distinct du sien³. Aussi, afin d'éviter toute confusion entre le pouvoir-aptitude et le pouvoir-prérogative liée à la polysémie du terme « pouvoir », il sera fait appel à la notion de « compétence »⁴ pour désigner le pouvoir-aptitude.

Au terme de cette esquisse de la notion de pouvoir, il conviendra de retenir la conception moderne du pouvoir-prérogative, c'est-à-dire la conception faisant du pouvoir une prérogative qui s'exerce dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de son titulaire, et cela, pour deux raisons. Dans la mesure où cette conception ne repose pas sur des critères dégagés à partir de l'analyse d'une catégorie particulière de pouvoir, celle-ci présente l'avantage, d'une part, de fournir des critères susceptibles de saisir toute forme de pouvoir et, d'autre part, de prévenir l'introduction de biais dans l'étude qui serait liée à l'usage de critères restrictifs et désuets. Ces différents avantages liés à l'utilisation de la conception moderne du pouvoir-prérogative

¹ v. not. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 23, spéc., p. 191 : « Celui qui n'agit qu'au [...] nom d'autrui, ne peut pas, sans contradiction, mettre ses intérêts personnels au-dessus de ses devoirs vis-à-vis [...] de la personne, au nom et pour le compte de qui il agit » ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 176 et s., p. 132 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 62, p. 69, où l'auteur explique que si le représentant est tenu de mettre en œuvre son pouvoir exclusivement dans l'intérêt du représenté, c'est parce qu'il met en œuvre les prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif appartenant au représenté et que ce dernier est le seul sujet d'imputation des effets de l'acte.

² v. par ex. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 226-227, où l'auteur énonçait à propos de la puissance paternelle : « Si le père a le droit de garder l'enfant, de lui donner ordre et conseil, de le surveiller, de le punir, d'administrer son patrimoine, de consentir à son mariage, de l'émanciper..., ce n'est pas dans son intérêt égoïste, mais immédiatement dans l'intérêt de l'enfant : ses droits sur la personne et sur les biens de l'enfant sont des droits au service de l'enfant ».

³ Cette définition est empruntée pour partie à : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 75, p. 53, où l'auteur définit le pouvoir-aptitude comme : « [l']aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien [...] ».

⁴ Au sujet de l'emploi de la notion de compétence pour désigner l'aptitude à exercer un pouvoir, v. not. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 174 et s.

permettent, par conséquent, d'initier d'une manière qui se veut la plus objective possible l'analyse comparée des notions de pouvoir et de pouvoir contractuel.

250. Pouvoir-prérogative et pouvoir contractuel.- Dans le cadre de l'étude ayant pour objectif de déterminer si la notion de pouvoir est à même de saisir le phénomène de pouvoir contractuel et, plus particulièrement, l'exercice des pouvoirs contractuels, il conviendra nécessairement de se concentrer sur l'analyse des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs afin de vérifier si ces derniers s'avèrent être en mesure, d'une part, de décrire l'exercice des pouvoirs contractuels et, d'autre part, de pallier les faiblesses de la notion de droit potestatif en proposant un procédé technique à même de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire¹, à savoir, un encadrement objectif des conditions d'exercice².

Jusqu'ici seulement esquissés, les traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs devront être exposés plus précisément. Par conséquent, il sera nécessaire, dans un premier temps, de procéder à l'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs (§ I). Puis, une fois identifiés, il conviendra, dans un second temps, de les comparer aux traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs contractuels. Il sera alors possible de constater des similitudes entre les traits caractéristiques propres à l'exercice de ces deux types de prérogatives qui militent, sur le plan notionnel, en faveur d'un rattachement des pouvoirs contractuels à la catégorie des pouvoirs, ou, autrement dit, qui plaident en faveur de l'assimilation des pouvoirs contractuels à des pouvoirs (§ II).

A. L'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs.

251. Deux traits caractéristiques.- Il est possible d'observer que les auteurs qui ont conféré à la notion de pouvoir son autonomie en la définissant par opposition aux droits subjectifs ont bâti ladite opposition entre pouvoir et droit subjectif autour de deux traits qui caractérisent l'exercice de ces prérogatives. Plus précisément, cette opposition semble s'articuler, d'une part, autour de la portée des effets produits par la mise en œuvre de ces prérogatives et, d'autre part, autour de la place dévolue à la volonté des titulaires de chacune de ces prérogatives dans la détermination de leurs conditions d'exercice³.

Ainsi, en premier lieu, là où la jouissance d'un droit subjectif confère des prérogatives dont la mise en œuvre se traduit par la production d'effets dans la seule sphère juridique de leur titulaire, l'exercice des prérogatives conférées par la jouissance d'un pouvoir se caractérise par la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui (1).

¹ Une mise en œuvre arbitraire correspond à une mise en œuvre dictée par les considérations purement subjectives de son titulaire qui fait ainsi fi de l'intérêt du cocontractant.

² Il a, en effet, pu être mis en évidence que l'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire le subjectivisme absolu dans leur mise en œuvre, se présente comme l'ennemi de la structure contractuelle en ce qu'il conduit à la méconnaissance de l'intérêt du cocontractant (v. : *supra*, n° 190, p. 209 et s.). Le subjectivisme du titulaire du pouvoir se doit ainsi d'être contrebalancé par une certaine dose d'objectivisme dont la présence permet de prendre en compte l'intérêt du cocontractant.

³ Rappr. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 68, pour une présentation de l'opposition entre droit subjectif et pouvoir fondée sur la référence cumulative à la portée des effets produits par leur mise en œuvre et à la place dévolue à la volonté du titulaire.

Il en découle, en second lieu, que là où les prérogatives afférentes au droit subjectif sont abandonnées au libre arbitre, c'est-à-dire au subjectivisme absolu, de leur titulaire, dans la mesure où ce dernier, en tant que seul sujet d'imputation des effets produits, se présente comme le seul juge de son intérêt, les prérogatives afférentes au pouvoir, parce qu'elles permettent d'interférer dans la sphère juridique d'un autre sujet de droit, réservent une place limitée au subjectivisme de leur titulaire qui doit agir en considération de l'intérêt du sujet d'imputation passif et, au minimum, le respecter. C'est pourquoi, dans la perspective de contraindre le titulaire du pouvoir à prendre en compte l'intérêt du sujet d'imputation passif, les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir échappent, pour partie, à ses considérations subjectives et font l'objet d'une prédétermination objective (2).

1. *La production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui.*

252. **Portée des effets et hétéronomie.**- Il est possible de constater, chez les auteurs qui reconnaissent l'autonomie de la notion de pouvoir, l'existence d'un consensus au sujet de la portée des effets produits par ces prérogatives à l'occasion de leur mise en œuvre. En effet, les différentes analyses de ces auteurs rendent compte, d'une manière ou d'une autre, de l'idée selon laquelle la mise en œuvre d'un pouvoir se caractérise par l'empiètement sur la sphère juridique d'autrui¹. En cela, le pouvoir se distingue du droit subjectif dont la mise en œuvre se traduit par la production d'effets dans la seule sphère juridique de son titulaire². L'opposition entre les droits subjectifs et les pouvoirs, sur le plan de la portée des effets qu'ils produisent, est alors élégamment résumée dans la formule selon laquelle le droit subjectif est autonomie alors que le pouvoir est hétéronomie³.

Si les auteurs s'accordent sur le point selon lequel les pouvoirs sont des prérogatives qui produisent des effets dans la sphère juridique d'autrui, ils semblent néanmoins se diviser sur la question de la production d'effets dans la sphère juridique du titulaire. Certains refusent la qualification de pouvoir aux prérogatives qui permettent à leur titulaire de se lier tout en ayant le devoir de tenir compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif⁴. Cependant, une telle

¹ Pour une formulation expresse de cette idée d'empiètement sur la sphère juridique d'autrui ou d'engagement d'autrui, v. : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 23, p. 190 : « c'est parce qu'il doit y avoir empiètement sur la sphère juridique d'autrui que des pouvoirs sont nécessaires » ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 177, spéc., p. 134, où les analyses de l'auteur le conduisent à retenir que : « Le pouvoir se caractérise donc [...] non seulement par un intérêt altruiste, mais aussi par l'engagement d'autrui » ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 218, p. 140, où l'auteur, dans une perspective normativiste, retient que : « le titulaire du pouvoir est investi du droit d'édicter une norme, que la décision qu'il sera susceptible de prendre aura une valeur contraignante pour son destinataire. En d'autres termes, le pouvoir permet à son titulaire de modifier l'ordonnancement juridique, d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui » ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 68 : « le pouvoir est [...] hétéronomie, car celui qui l'exerce empiète sur la sphère juridique d'autrui ». Cette idée n'apparaît de manière expresse, mais semble sous-jacente dans les analyses de DABIN (v. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 221 et s.).

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 242, p. 272 et s.

³ Cette idée doit sa paternité à : H. KELSEN, « *La théorie juridique de la convention* », Arch. philo. du droit, 1940, p. 33 et s. Elle fut reprise par : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 216, spéc., p. 139, puis par : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 68.

⁴ v. en ce sens : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 179, p. 135, où l'auteur retient que : « [...] pour qu'une prérogative soit considérée comme une forme de pouvoirs [...],

conception qui exclut que la mise en œuvre d'un pouvoir puisse produire des effets dans la sphère juridique de son titulaire¹, semble être le fruit d'une analyse réductrice de la notion de pouvoir, essentiellement bâtie à partir du pouvoir de représentation². En effet, dans le cadre de la représentation parfaite, seul le représenté s'avère être le point d'imputation des effets de l'acte réalisé par le représentant.

Cette conception ne semble toutefois pas être partagée par les tenants de la conception moderne du pouvoir. Il est intéressant d'observer que la conception moderne du pouvoir développée par M. GAILLARD connaît, dans la thèse de l'auteur, l'une de ses premières applications concrètes à l'occasion de l'étude de la nature du droit dont dispose la majorité dans le cadre des groupements de droit privé³. Si l'auteur conclut que le droit de la majorité doit être qualifié de pouvoir⁴, le plus intéressant tient, ici, en ce que les effets produits par ce pouvoir lient les membres de la majorité et de la minorité⁵. Les tenants de la conception moderne du pouvoir admettent, par conséquent, que les effets produits à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir puissent s'imputer non seulement sur autrui, c'est-à-dire sur le sujet ou les sujets d'imputation passif(s), mais également sur le titulaire du pouvoir, ou sujet d'imputation actif⁶.

D'ailleurs, c'est en raison de la production d'effets de droit, non exclusivement dans la sphère juridique du titulaire du pouvoir, mais dans la sphère juridique d'autrui que naît la

deux éléments doivent être cumulativement réunis : la prérogative doit être exercée dans l'intérêt d'un tiers, et c'est ce tiers qui doit être engagé par les effets de droit créés [...]. En revanche, si c'est l'attributaire de la prérogative qui se lie par son action en ayant seulement le devoir de tenir compte de la situation juridique d'un tiers [...], on est en présence d'un « droit fonctionnel », d'une forme atténuée de pouvoir soumise au régime juridique des droits sans avoir un caractère exclusivement égoïste ». L'auteur cite alors à titre d'exemples, les droits de garde, de surveillance, d'éducation, de correction des enfants dont sont titulaires les parents.

¹ Une telle conception prône, ce que l'on pourrait appeler, une « hétéronomie totale ». Les effets produits étant alors totalement étrangers, extérieurs, à la personne du titulaire du pouvoir.

² À ce propos, il convient d'observer que M. STORCK définit les pouvoirs – au sens de prérogative – comme : « des moyens qui permettent à la personne qui en est attributaire de passer un acte pour le compte d'autrui » (M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 181). Aussi, une telle conception fait-elle immédiatement référence aux pouvoirs de représentation. Toutefois, une telle conception du pouvoir est compréhensible. Celle-ci prenant place dans le cadre d'un essai sur le mécanisme de la représentation, il est alors tout à fait naturel que l'auteur ait développé une conception du pouvoir à même de rendre compte du pouvoir de représentation.

³ v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 85, spéc., p. 60.

⁴ Afin de parvenir à cette conclusion, l'auteur amende la conception classique du pouvoir, construite essentiellement à partir du pouvoir de représentation, et qui réserve la qualification de pouvoir aux seules prérogatives confiées dans un intérêt totalement distinct de celui de son titulaire. L'apport majeur de la thèse de M. GAILLARD à la théorie du pouvoir est d'avoir démontré qu'une prérogative juridique peut être qualifiée de pouvoir même si celle-ci permet l'expression de l'intérêt de son titulaire, dès lors qu'elle est finalisée, c'est-à-dire dès lors que ses conditions de mise en œuvre ne sont plus libres, mais encadrées, et conduisent son titulaire à agir en considération de l'intérêt d'autrui. L'auteur conclut alors au sujet du pouvoir dont dispose la majorité (v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 85, spéc., p. 60) : « Il est parfaitement compréhensible qu'une prérogative fasse la part de l'intérêt de son titulaire, au même titre que de l'intérêt d'autrui. N'étant plus libre, elle n'en est pas moins un pouvoir. Pour cette seule raison, le droit de la majorité, incontestablement tenue de respecter l'intérêt de tous les actionnaires, peut être qualifié de pouvoir ».

⁵ À ce propos, il a pu être mis en évidence (v. : *supra*, n° 164, p. 181 et s.) que le support de la résolution majoritaire d'assemblée s'analysait en un acte unilatéral simple ou conjonctif (selon le caractère singulier ou pluriel des sujets de droit à l'origine de son édicton, c'est à dire composant la majorité) à effet simple ou collectif (selon le caractère singulier ou pluriel des sujets de droit subissant ses effets, c'est-à-dire composant la minorité).

⁶ v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 24, spéc., p. 706, où l'auteur retient que les pouvoirs : « permettent l'accomplissement d'actes juridiques qui produiront leurs effets, au moins en partie, sur la personne ou le patrimoine d'autrui ».

nécessité de tenir compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif. Cette prise en compte étant alors assurée par la prédétermination objective des conditions d'exercice du pouvoir.

2. La prédétermination objective des conditions d'exercice.

253. Fondement et modalités de l'encadrement objectif des conditions d'exercice (prérogatives finalisées).- Les pouvoirs, ou droits-fonction, sont classiquement présentés comme des prérogatives dotées d'une « finalité altruiste »¹. Aussi, l'idée selon laquelle les prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir sont empreintes d'objectivisme, c'est-à-dire l'idée selon laquelle les conditions d'exercice du pouvoir sont encadrées, prédéterminées, par le droit objectif, repose-t-elle toute entière sur ces deux éléments : l'altruisme et la finalisation. En effet, la prédétermination objective des conditions d'exercice du pouvoir apparaît, d'une part, fondée sur l'altruisme (a), et d'autre part, assurée par le mécanisme de finalisation (b).

a. La prédétermination objective des conditions d'exercice fondée sur l'altruisme.

254. Rapport de nécessité entre altruisme et pouvoir.- De manière tout à fait prosaïque, l'altruisme se définit comme « le souci désintéressé du bien d'autrui »², et s'entend ainsi d'actes réalisés « au-delà de la poursuite des intérêts individuels »³. Comme il a été observé, l'altruisme se définit autour de la notion d'intérêt et se présente comme étant le vecteur des idées d'attention portée à l'intérêt de l'autre et de dépassement de l'intérêt personnel⁴.

Si les auteurs établissent traditionnellement un lien entre les notions de pouvoir et d'altruisme, une première question peut se poser au sujet de l'existence même de ce lien. Plus précisément, il s'agit de se demander pourquoi existe-t-il un rapport de nécessité entre les notions d'altruisme et de pouvoir ? Une telle question se présente alors comme une invitation à rechercher une cause-efficiente, c'est-à-dire un « parce-que », à même de justifier le caractère consubstantiel des notions de pouvoir et d'altruisme. Afin de fournir une justification convaincante, il semble nécessaire de faire appel, non pas à un seul facteur explicatif, mais à la combinaison de deux facteurs explicatifs.

Ce serait alors, d'une part, parce que les pouvoirs produisent des effets dans la sphère juridique d'autrui et, d'autre part, parce que notre système juridique repose sur le principe d'égalité entre les sujets de droit⁵ que les pouvoirs seraient empreints d'altruisme. En effet, dans le cadre d'un système juridique bâti sur le principe d'égalité entre les sujets de droit, c'est-à-dire dans un système juridique reposant sur le postulat selon lequel aucun intérêt privé n'est,

¹ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 23, spéc., p. 192 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 221 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., n° 310, p. 420.

² v. : *Grand dictionnaire encyclopédique LAROUSSE*, V° altruisme.

³ Pour une telle définition, v. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, th. Paris II, 2014, n° 91, spéc., p. 88, et les références citées par l'auteur pour appuyer son analyse.

⁴ Sur ces différents points, v. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, op. cit., loc. cit.

⁵ Le mécanisme du pouvoir qui est hétéronomie – en ce qu'il permet d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui – déroge au principe de l'autonomie de la volonté qui découle lui-même du principe d'égalité entre les sujets de droit sur lequel repose notre système juridique (art. 1^{er} DDHC).

par principe, admis à prévaloir sur un autre, la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui au moyen d'un pouvoir n'apparaît justifiée que si son titulaire l'exerce en tenant compte de l'intérêt du sujet d'imputation « passif »¹. Ceci tend donc à signifier que le titulaire du pouvoir est tenu de faire preuve d'altruisme.

255. Intensité de l'altruisme dans le pouvoir.- S'il existe ainsi un rapport de nécessité entre les notions de pouvoir et d'altruisme, une seconde question qui vient alors à se poser est celle du degré d'intensité de l'altruisme dans le pouvoir.

Il est possible d'observer que la conception classique qui envisage le pouvoir comme une prérogative exclusivement tournée vers le service de l'intérêt d'autrui et qui, ce faisant, postule, dans le cadre de sa mise en œuvre, l'abnégation des intérêts de son titulaire², repose sur un altruisme total, porté à son paroxysme. Cette conception technique du pouvoir reflète, sur le plan de la morale, une conception pure, exaltée, romantique, de l'altruisme, où celui-ci implique, de la part de celui qui souhaite réaliser un acte altruiste, le désintéressement le plus absolu. Envisagé sous cet angle, l'altruisme s'avère être incompatible avec la considération de l'intérêt personnel³, et suppose alors la négation de soi, c'est-à-dire le sacrifice de ses intérêts personnels au profit d'autrui.

Si l'on peut trouver trace d'une telle conception pure de l'altruisme, synonyme de sacrifice, dans la morale professée par l'Aquinate⁴, il convient d'observer que cette conception de l'altruisme repose, elle-même, sur une conception holiste de la société, où le sacrifice des intérêts individuels au profit du bien commun⁵ est érigé en vertu⁶.

Cependant, une telle conception de l'altruisme apparaît inadaptée, ou du moins excessive, dans le cadre des sociétés modernes bâties sur l'individualisme libéral, où le désintéressement porté par l'altruisme n'est pas synonyme de sacrifice, mais se conçoit comme

¹ La conciliation du phénomène de pouvoir avec le principe d'égalité qui postule qu'aucun intérêt privé n'est, par principe, admis à prévaloir sur un autre, exige le déploiement d'un mécanisme qui tienne compte de la finalité de ce principe, à savoir : garantir un égal respect aux intérêts de chacun des sujets de droit. Cela signifie que l'exercice du pouvoir doit se faire dans le respect de l'intérêt du sujet d'imputation actif comme de celui du sujet d'imputation passif. L'intérêt du sujet d'imputation passif doit-il, dès lors, être respecté à l'occasion de l'exercice du pouvoir.

² Pour une telle conception du pouvoir, v. : n° 249, spéc., p. 282.

³ Pour une conception absolue, pure, du désintéressement, v. par ex. : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2000, note n° 105, p. 69, où l'auteur retient : « L'altruisme induit une idée de générosité et de désintéressement. Il s'écarte à ce titre de l'idée de respect d'autrui qui peut fort bien se développer en présence d'une recherche d'intérêt personnel et de profit ».

⁴ Pour une analyse de l'altruisme dans la tradition Thomiste, v. : J. LECLERCQ, « *Le devoir d'altruisme* », in *Revue néo-scholastique de philosophie*, 27^{ème} année, Deuxième série, n°5, 1925, p. 29-60, spéc., n° 4, p. 40 et s.

⁵ v. par ex. : *Somme théologique*, Ia, IIae, : « comme l'individu est une partie de la multitude, tout homme, en lui-même et avec ce qu'il possède, appartient à la multitude; de même que toute partie, en ce qu'elle est, appartient au tout. C'est pourquoi la nature elle-même nuit à une partie pour sauver le tout » ; *Somme théologique*, IIa, IIae, q. 58, art. 5 : « Il est manifeste, en effet, que tous ceux qui vivent dans une société sont avec elle dans le même rapport que des parties avec un tout. Or la partie, en tant que telle, est quelque chose du tout; d'où il résulte que n'importe quel bien de la partie doit être subordonné au bien du tout ».

⁶ La vertu de sacrifice exigée de l'individu au profit du bien commun pouvant aller jusqu'au sacrifice ultime, v. : *Somme théologique*, I^a, P., q. 60, art. 5 : « Nous voyons en effet que naturellement la partie s'expose pour la conservation du tout : la main s'expose aux coups, sans délibération, pour préserver le corps. Et comme la raison imite la nature, nous retrouvons cette même inclination dans le cas des vertus politiques : le citoyen vertueux s'expose à la mort pour le salut de tout l'État ».

la modération de l'amour de soi, sans toutefois conduire à sa négation¹. En effet, reposant sur la modération, « l'empire sur soi »², la conception moderne de l'altruisme ne suppose pas que l'auteur de l'acte altruiste s'efface dans la perspective d'une communion fusionnelle avec autrui³, c'est-à-dire qu'elle n'implique pas une négation de ses intérêts personnels au profit de ce que Saint Thomas appelait « le bien commun ». Dans le cadre de cette conception moderne⁴, où l'altruisme n'est pas synonyme de désintéressement pur, de sacrifice, un acte peut être qualifié d'altruiste dès lors qu'il est simplement réalisé en tenant compte de l'intérêt d'autrui⁵, c'est-à-dire lorsque l'accomplissement de l'acte est marqué par l'attention, la considération, le respect porté à l'intérêt d'autrui, sans pour autant impliquer le désintéressement absolu de son auteur. Ainsi, l'altruisme moderne prend-il place entre les deux extrêmes que sont, d'un côté, l'égoïsme, qui se présente comme l'attachement excessif porté à ses intérêts propres au mépris des intérêts des autres⁶, et de l'autre, l'altruisme classique, c'est-à-dire l'altruisme pur, qui confine à l'oubli de soi, au sacrifice de ses intérêts personnels.

Ici, il doit être observé que l'on retrouve une telle conception morale de l'altruisme dans l'analyse technique moderne du pouvoir développée par M. GAILLARD. En effet, cette conception qui fait du pouvoir une prérogative qui s'exerce « dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de son titulaire », ne réserve plus la qualification de pouvoir aux seules

¹ v. : A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Trad. par Mme S. de GROUCHY, marquise de CONDORCET, t. I, Paris, BARROIS, 1830, p. 33, où l'auteur considère, qu'afin de voir régner l'harmonie des sentiments entre les hommes, il faut : « sentir beaucoup pour les autres et peu pour nous-mêmes, réduire le plus possible l'amour de soi [...] ». Si l'auteur invite à tempérer l'amour de soi, il n'exige pas pour autant son sacrifice au profit de l'intérêt d'autrui. En effet, si l'auteur (p. 150-151) concède qu'il est « [...] vrai que chacun de nous se préfère à tous les autres dans le fond de son cœur, [ce que] personne n'ose avouer hautement, et montrer au regard des hommes qu'il agit d'après cette préférence [...] », il nous invite cependant, à l'occasion de nos actions, à « modérer la présomption de notre amour propre, et [à] le réduire à ce que les autres peuvent approuver ». Ainsi qu'a pu le mettre en évidence Mme HAROCHE (C. HAROCHE, « *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème} siècle* », in J. CHEVALIER, C. HAROCHE, D. COCHART-COSTE et al., *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 11 et s., spéc., p. 20), la compassion de SMITH s'accompagne d'un tempérament mesuré. Il s'agit : « [d'] une forme de sympathie qui connaît un juste équilibre entre amour de soi, sensibilité à soi et sensibilité à autrui ; qui se traduit par un comportement, une disposition d'esprit plus réservé : de la prudence, de la circonspection, de la modération qui exige un certain empire sur soi-même ».

² Pour une référence à cette vertu, v. : A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, *op. cit.*, p. 33.

³ v. en ce sens : C. HAROCHE, *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème} siècle*, art. préc., p. 24, où l'auteure affirme, dans le cadre d'une « éthique de délimitation de soi », c'est-à-dire de compassion, d'altruisme : « Il faut savoir modérer l'amour de soi sans toutefois le nier, l'accompagner ainsi d'amour pour autrui. Sans pour autant s'obliger à l'effacement de soi en une communion fusionnelle ».

⁴ La conception moderne de l'altruisme peut être qualifiée de réaliste ou de cynique, c'est selon...

⁵ v. en ce sens : M. MEHANA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, *op. cit.*, n° 96 et s., où l'auteure, afin de démontrer qu'il suffit que l'acte soit réalisé en tenant compte de l'intérêt d'autrui pour être qualifié d'altruiste, s'appuie sur la conception modeste du don développée par A. CAILLÉ (v. A. CAILLÉ, « *Don, intérêt et désintéressement* », *Rev. europ. des sc. sociales* 1994, tome XXXII, n° 99, pp. 253 s, spéc., p. 275 et s. Dans cet article, est notamment développée l'idée selon laquelle le don ne suppose pas un désintéressement total de la part du donateur, c'est-à-dire que le don ne repose pas sur un altruisme pur. En effet, si le don repose sur un sacrifice économique, ce que l'auteur désigne sous le terme « d'intérêt à », il n'est pas pour autant réalisé de manière totalement désintéressée par le donateur qui est guidé, toujours selon l'auteur, par un « intérêt pour », c'est-à-dire ce que l'on peut identifier comme un plaisir, une satisfaction morale, c'est-à-dire, encore, un intérêt extrapatrimonial.) pour ensuite conclure (n° 100, p. 94) que : « La simple prise en compte de l'intérêt du cocontractant, comportant un désintéressement sans nécessaire sacrifice de son intérêt personnel, est donc suffisante à caractériser générosité et altruisme constitutifs de la fraternité ».

⁶ v. : *Grand dictionnaire encyclopédique LAROUSSE*, V° égoïsme.

prérogatives dont la mise en œuvre implique l'abnégation totale des intérêts de leurs titulaires, c'est-à-dire le sacrifice de leurs intérêts au profit de l'intérêt d'autrui.

En cela, la qualification de pouvoir peut-être étendue au-delà des prérogatives tournées exclusivement vers le service, vers l'expression, de l'intérêt d'autrui¹. Autrement dit, la qualification de pouvoir peut-être étendue au-delà des seules prérogatives marquées par un altruisme pur, classique, comme le sont les pouvoirs de représentation, qui s'exercent dans le seul intérêt du représenté en vue d'exprimer son intérêt, ou encore, les pouvoirs relatifs à l'autorité parentale, qui s'exercent dans le seul intérêt de l'enfant en vue d'exprimer son intérêt. Dotée d'une grande plasticité², cette conception autorise ainsi à qualifier de pouvoir les prérogatives empreintes d'un altruisme modéré, c'est-à-dire d'une vision moderne de l'altruisme, où le titulaire du pouvoir peut exprimer son intérêt tout en respectant l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire en respectant l'intérêt du sujet d'imputation passif.

Si la conception moderne du pouvoir présente, par conséquent, l'avantage d'être à même de saisir les différentes nuances de l'altruisme, allant d'un altruisme classique, pur, où le désintéressement du titulaire du pouvoir est synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels, à un altruisme moderne où le désintéressement du titulaire du pouvoir n'est pas synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels, encore convient-il d'identifier le moyen, c'est-à-dire le mécanisme appartenant à la technique juridique, qui permet de garantir cet altruisme.

b. *La prédétermination objective des conditions d'exercice assurée par le mécanisme de finalisation.*

256. Le lien entre pouvoir, altruisme et finalisation.- Si le pouvoir se présente comme une « prérogative altruiste », la question qui se pose nécessairement, par la suite, est celle invitant à identifier la nature du procédé technique qui permet au pouvoir d'être le vecteur de l'altruisme.

La réponse à cette interrogation doit, semble-t-il, devoir être recherchée du côté du mécanisme de finalisation. En effet, il a déjà pu être observé que les différents auteurs qui se sont intéressés à la notion de pouvoir ou de « droit-fonction », mettent en corrélation les idées de finalité et d'altruisme³. Cette observation constitue ainsi un point de départ intéressant en ce qu'elle permet de mettre en évidence l'existence d'un lien, d'un rapport de nécessité, entre les notions de finalité – de finalisation – et d'altruisme. Toutefois, à elle seule, cette observation

¹ v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 85, spéc., p. 60, où l'auteur affirme : « C'est pourtant se faire une conception bien restrictive du pouvoir que de penser qu'il implique l'abnégation totale des intérêts de son titulaire. En effet, dès lors qu'il ne poursuit plus son intérêt exclusif, mais qu'il doit composer avec l'intérêt d'autrui, le titulaire d'une prérogative juridique n'est plus libre d'en disposer à sa guise ». L'auteur retient alors qu'il « suffit qu'elle doive s'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire » pour que la prérogative soit « orientée vers un but », c'est-à-dire finalisée, et qu'elle puisse ainsi être qualifiée de pouvoir.

² À propos des avantages liés à la plasticité de cette conception du pouvoir construite autour de la locution adverbiale « au moins » et de l'adverbe « partiellement », v. : *supra*, n° 249, spéc., p. 283.

³ v. en ce sens : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, n° 23, spéc., p. 192 ; J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 221 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, op. cit.*, n° 310, p. 420.

reste une observation, ce qui signifie qu'elle ne fournit aucune explication, aucune justification, quant à l'existence dudit rapport entre altruisme et finalisation. Afin de fournir une justification à l'idée selon laquelle la finalisation serait le vecteur de l'altruisme, il conviendra, d'abord, d'approfondir l'analyse de la notion même de finalisation (i), puis, de délimiter le domaine du mécanisme de finalisation (ii). Une fois la notion de finalisation et son domaine précisés, il sera alors enfin possible d'expliquer comment le mécanisme de finalisation fonctionne, c'est-à-dire ce qui permet au mécanisme de finalisation d'être le vecteur de l'altruisme (iii).

i. La notion de finalisation.

257. Notion classique de finalisation.- De manière prosaïque, le terme de finalisation évoque l'opération consistant à assigner une fin, c'est-à-dire un objectif¹, un but, une cause finale, à une action ou à une chose. La finalisation se présente ainsi comme un procédé qui consiste à définir de manière objective le but que doit respecter l'action accomplie par une personne qui agit, soit, seule, soit, dans le cadre de la mise en œuvre d'une chose. L'objet du mécanisme de finalisation réside donc dans la prédétermination objective des conditions de l'action d'une personne.

Transposée en droit, la notion de finalisation désigne alors, dans une approche classique, un mécanisme dont l'objet consiste à assigner un but, c'est-à-dire une cause finale, à une prérogative juridique. Le pouvoir, traditionnellement analysé comme une prérogative finalisée², se présente alors, selon cette conception classique de la finalisation, comme une prérogative orientée vers la réalisation d'un but³, c'est-à-dire comme une prérogative dont les conditions de mise en œuvre sont prédéterminées de manière objective, subordonnées à la réalisation d'un but objectivement défini. Le pouvoir ne pouvant, de ce fait, être exercé que conformément au but qui lui est assigné. Il doit, en outre, être précisé que l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir puise sa source dans le droit objectif, c'est-à-dire dans la norme attributive du pouvoir⁴, dont la nature peut-être légale, jurisprudentielle ou encore conventionnelle.

258. Affinement de la conception classique.- Il convient cependant d'observer que la conception classique, qui résume le mécanisme de finalisation à une définition objective du but que doit poursuivre le titulaire du pouvoir, peut sembler réductrice. En effet, si la finalisation se présente comme un mécanisme d'encadrement des conditions de l'action du titulaire du pouvoir, il est alors tout à fait concevable que la norme attributive du pouvoir puisse ne pas se limiter à la définition du seul but que doit poursuivre son titulaire. La norme attributive du pouvoir peut également s'attacher à définir de manière objective les moyens que le titulaire du

¹ v. : *Grand dictionnaire encyclopédique LAROUSSE*, V° Finalisation.

² Pour une analyse célèbre du pouvoir comme une prérogative finalisée, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 235, p. 150.

³ v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 235, p. 150. L'auteur évoque notamment l'idée selon laquelle le but assigné au pouvoir peut-être fixé sous la forme d'un standard, tel que l'intérêt de l'enfant, l'intérêt social.

⁴ v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 235, p. 150.

pouvoir doit employer, ou encore, la cause-efficiente de son action, c'est-à-dire le motif efficient, le « parce que », justifiant son action¹. Ainsi conçu, le mécanisme de finalisation d'un droit peut être dégagé des réflexes causalistes classiques, réduits à la seule cause finale, pour être étendu à la cause-efficiente, mais aussi aux moyens².

Par conséquent, si le mécanisme de finalisation entretient un rapport originel, en raison de son étymologie, avec l'idée de cause finale, c'est-à-dire de but, dont on ne saurait le priver sous peine de dénaturer son sens, il ne saurait, pour autant, s'y résumer. Destiné à orienter l'action du titulaire d'un droit, le mécanisme de finalisation fournit un encadrement objectif aux prérogatives afférentes à la mise en œuvre d'un droit, qui se traduit toujours par l'assignation d'un but à l'action du titulaire dudit droit, mais qui peut également s'étendre à la cause-efficiente de son action ainsi qu'aux moyens à employer. Une fois les contours du mécanisme de finalisation cernés, encore convient-il de préciser l'étendue du domaine assigné à ce mécanisme.

ii. Le domaine du mécanisme de finalisation.

259. **La question de l'étendue du mécanisme de finalisation.**- L'observation de la jurisprudence rendue en matière d'abus de droit a conduit la doctrine à s'interroger à propos du domaine qu'il convient d'attribuer au mécanisme de finalisation. Pour certains auteurs, la finalisation s'applique à tous les droits, alors que, pour d'autres, ce mécanisme doit être réservé à une seule catégorie de prérogatives juridiques, à savoir, les pouvoirs.

260. **La finalisation appliquée à tous les droits : la conception téléologique des droits.**- L'idée selon laquelle toutes les prérogatives juridiques seraient finalisées trouve un écho dans la conception téléologique des droits développée par JOSSERAND³. Après avoir procédé, dans la première partie de son œuvre majeure, à l'analyse, en droit interne, des applications que font les tribunaux de la notion d'abus⁴, puis après avoir observé, dans une seconde partie, les applications de l'abus en droit comparé et mis en évidence l'existence de législations finalistes,

¹ Afin d'illustrer l'étendue possible du mécanisme de finalisation, il est possible de faire appel à un exemple lié aux pouvoirs de représentation. Il suffit d'imaginer l'hypothèse d'un mandataire chargé de la mission d'acquérir un cheval blanc pour une somme de 10 000€. L'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir du mandataire correspond, ici, à une cause-efficiente, des moyens et à une cause finale. En effet, lorsque celui-ci devra rendre compte de la mise en œuvre de son pouvoir au mandant, il lui indiquera que c'est *parce qu'*il a bien trouvé un cheval blanc (cause-efficiente de son action), qu'il a utilisé les *moyens* mis à sa disposition (la somme de 10 000€), dans le *but* d'en acquérir la propriété (cause finale de son action).

² Il est possible d'observer que le contrôle des moyens employés, qui prend la forme d'un contrôle de proportionnalité, entretient un rapport avec la notion de cause. En effet, lorsqu'il s'agit pour le juge de procéder à un contrôle de la proportionnalité des moyens employés par le titulaire du pouvoir, il s'agit pour lui de vérifier l'existence d'un rapport d'adéquation – apprécié de manière plus ou moins étroite – entre les moyens employés, la cause-efficiente – c'est-à-dire le « parce que » justifiant l'action du titulaire – et la cause finale – c'est-à-dire le but poursuivi par le titulaire du pouvoir –.

³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., rééd. 2006, Préf. D. DE ROUSSIN.

⁴ L'auteur étudie les manifestations de l'abus notamment dans le cadre du droit de propriété, du droit d'agir en justice, ou encore en matière de puissances familiales.

l'auteur propose, dans une troisième partie, un « essai de systématisation de l'abus des droits en fonction de leur esprit »¹.

Constatant que les tribunaux cherchent l'élément constitutif de l'abus dans les mobiles qui ont dicté l'action de l'agent², l'auteur dresse alors une typologie des critères de l'abus qui comprend ainsi, l'intention de nuire et ses dérivés, la faute dans l'exécution, le défaut d'intérêt légitime, et enfin, le détournement du droit de sa fonction sociale, c'est-à-dire la mise en œuvre du droit en méconnaissance de son « esprit », de sa fonction³. Observant que le dernier critère de l'abus, à savoir, le détournement du droit de sa fonction sociale, c'est à dire le non-respect de son « esprit », englobait tous les autres⁴ et permettait de saisir l'intégralité du phénomène de l'abus⁵, l'auteur en induit alors que tous les droits sont dotés d'une finalité sociale, c'est-à-dire que tous les droits sont des droits-fonction, des droits finalisés⁶. À partir de cette induction qui l'a conduit à conclure que tous les droits sont finalisés, l'auteur en déduit alors que la mise en œuvre de tous les droits doit, donc, respecter cette finalité. Autrement dit, tous les mobiles ayant dicté leur mise en œuvre doivent être contrôlés et répondre au critère du motif légitime⁷.

261. La finalisation appliquée à tous les droits : conséquence de la notion de droit mixte.- L'incontestable succès moral de la théorie de JOSSERAND lié à son aptitude à tempérer l'absolutisme des droits subjectifs a pu conduire certains auteurs à rejeter l'existence d'une dissociation aussi tranchée, aussi nette, entre les droits-subjectifs et les pouvoirs et à affirmer l'existence d'une troisième catégorie de droits, qualifiés de « droits-mixtes », en raison de leur caractère à la fois subjectif et finalisé.

ROUAST fut le premier à énoncer clairement l'existence des droits-mixtes⁸. Après avoir nettement distingué, d'un côté, les prérogatives individuelles, et de l'autre, les fonctions sociales, l'auteur, affichant sa défiance envers les distinctions trop absolues⁹, affirme qu'entre

¹ *Ibid*, n° 229 et s., p. 311 et s.

² *Ibid*, n° 266, p. 365.

³ À propos de cette typologie, v. : *Ibid*, n° 267 et s., p. 366 et s.

⁴ *Ibid*, n° 293, spéc., p. 396.

⁵ *Ibid*, n° 291, p. 394, où l'auteur affirme : « c'est seulement avec le quatrième et dernier [critère, celui du détournement du droit de sa fonction sociale, de son esprit] que nous arrivons à la vérité intégrale et que nous possédons enfin un instrument adéquat au phénomène juridique qu'il s'agit de fixer, un instrument à sa mesure [...] ».

⁶ *Ibid*, n° 292, p. 394, où l'auteur énonce : « Toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir », et plus loin : « il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs doit être orienté et tendre vers ce but ; chacun d'eux a sa mission propre à remplir, ce qui revient à dire que chacun d'eux doit se réaliser conformément à l'esprit de l'institution ; en réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonction ». v. également, n° 305, spéc., p. 415, où le raisonnement par induction mené par l'auteur est caractérisé par la référence au « parce que » : « c'est parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut devenir abusif : esprit des droits, relativité des droits abus des droits, autant de notions connexes et inséparables, autant de faces, de manifestations d'une même vérité, le caractère social des prérogatives juridiques ».

⁷ *Ibid*, n° 296 et s., p. 400 et s., où l'auteur retient : « l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précepte visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon, nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons ».

⁸ v. : A. ROUAST, « *Les droits discrétionnaires et les droit contrôlés* », RTD civ. 1944, p. 1 et s., et spéc., n° 11, p. 7-8.

⁹ *Ibid*, n° 11.

ces deux catégories de droits, il existerait une place pour les droits mixtes, ces droits étant dotés d'un caractère « à la fois subjectif et fonctionnel »¹. ROUAST ne se réfère cependant dans son article qu'à un seul droit-mixte : le droit de propriété². L'idée étant qu'en poursuivant son intérêt propre – partie individuelle du droit de propriété – le propriétaire sert également l'intérêt général – partie fonctionnelle du droit de propriété³ –. L'auteur s'inscrit alors dans une filiation idéologique avec JOSSERAND, reprenant sa thèse de la finalité sociale des droits, en conférant au droit de propriété, via la qualification de droit-mixte, une coloration sociale, une fonction sociale.

Il doit être souligné que la conception de droit-mixte dispose d'une vocation extensive, c'est-à-dire englobante. En effet, il a pu être observé⁴ que si le droit de propriété constitue un exemple de droit-mixte, tous les droits pourraient, en réalité, prétendre à cette qualification dans la mesure où leur attribution et leur mise en œuvre sert, à la fois, l'intérêt d'un sujet de droit et l'intérêt de la société en lui permettant d'atteindre l'idéal collectif que le Droit objectif s'est donné⁵. Ainsi, tous les droits seraient partiellement finalisés, résultat d'un mélange de droit subjectif et de pouvoir. Conçue, à l'origine, comme une nuance permettant de tempérer la rigueur de la distinction des droits subjectifs et des pouvoirs, la notion de droit mixte recouvre, dépasse et étouffe, en réalité, le principe même de la distinction droits subjectifs et pouvoirs en faisant de tous les droits des droits finalisés⁶.

262. Réfutation des conceptions téléologiques des droits.- Les analyses juridiques ayant pour objet premier, ou pour conséquence nécessaire, d'assigner à tous les droits une finalité, telles que, respectivement, la conception téléologique des droits et la notion de droit mixte, doivent être rejetées pour plusieurs raisons.

D'abord, il a pu être observé⁷ que ces analyses, qui font de tous les droits des droits finalisés, reposent sur une confusion entre le but médiat du Droit objectif, c'est-à-dire, l'idéal de société qu'il souhaite achever en attribuant certains types de droits aux individus, et le but immédiat des droits, c'est-à-dire le but objectivement assigné au droit qui dicte impérativement l'action de son titulaire. La preuve du caractère non-finalisé de tous les droits est alors fournie par les droits subjectifs dont les conditions de mises en œuvre ne sont pas orientées vers la réalisation d'un objectif précis, puisque celles-ci sont abandonnées au libre arbitre de leurs titulaires : ces derniers étant alors libres de déterminer subjectivement les conditions de leur usage. Ainsi, les droits subjectifs n'ont-ils pas de finalité immédiate. Dès lors, la théorie de la finalité sociale des droits, c'est-à-dire la théorie selon laquelle tous les droits seraient finalisés, repose-t-elle sur un fondement contestable dans la mesure où elle est intégralement bâtie sur

¹ *Ibid*, n° 11.

² *Ibid*, n° 11, l'auteur y voit le « plus remarquable des droits mixtes ».

³ *Ibid*, n° 11, l'auteur affirme en effet que c'est en reconnaissant la propriété comme un droit individuel « qu'on lui fait produire son rendement maximum pour le plus grand bien du corps social ».

⁴ v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 37, p. 33.

⁵ Cet idéal collectif ressort d'un choix de politique juridique.

⁶ À propos de cette observation, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 37, p. 33, où l'auteur constate au sujet des droits mixtes : « la nuance a étouffé le principe ».

⁷ Pour une telle observation critique, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 33, p. 29 et s.

une confusion entre le but du Droit et le but des droits¹. Le glissement de la finalité du Droit à la finalité des droits amenant alors à confondre le but de la règle de droit et son contenu², c'est-à-dire la finalité de la règle reconnaissant un droit et l'étendue³ du droit alors reconnu.

Ensuite, l'inutilité des analyses qui considèrent que tous les droits sont finalisés a pu être constatée. Originellement développées pour permettre de perfectionner le mécanisme de contrôle des droits subjectifs, ces analyses n'ont pas trouvé d'écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui a bâti tout son système de contrôle des droits subjectifs autour du critère

¹ Ce glissement entre la finalité du Droit et la finalité des droits est perceptible chez JOSSERAND (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, op. cit.*, n° 292, p. 394-395) lorsque l'auteur, après avoir observé que toutes les prérogatives et tous les pouvoirs juridiques sont destinés à remplir une mission, affirme : « Cette réflexion est exacte, non seulement pour les prérogatives à caractère altruiste, telles que les puissances familiales ou les pouvoirs des administrateurs, mais aussi, et en dépit des apparences, pour les facultés les plus égoïstes telles que le droit de propriété foncière ou le droit, pour le créancier, de poursuivre son débiteur et d'exiger, par les moyens légaux, le paiement de son dû ; si la société reconnaît de telles prérogatives au propriétaire et au créancier, ce n'est pas, en fin de compte, pour leur être agréable, mais bien pour assurer sa propre conservation ». Le référence à la finalité poursuivie par « la société » dans la reconnaissance des différentes prérogatives juridiques (ici, selon l'auteur : « assurer sa propre conservation ») met en évidence la finalité que poursuit le Droit objectif. Ainsi, la pensée de l'auteur est-elle dirigée vers la finalité médiate des prérogatives juridiques (le but lointain que poursuit le législateur en les accordant aux sujets de droit, l'idéal de société qu'il entend achever) et non vers la finalité immédiate des prérogatives juridiques.

² v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 33, spéc., p. 30, note n° 33 : « En d'autres termes, la conception finaliste des droits confond le but et le contenu de la règle de droit, l'ordre des fins et des moyens ».

³ v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 220, où l'auteur conclut, à propos de l'idée de finalisation appliquée aux droits subjectifs : « [...] il vaut mieux, en définitive, renoncer à l'idée de fonction sociale : le droit ne devient pas fonction sociale, soit en tout soit en partie, du fait qu'il serait limité ou conditionné dans l'intérêt social. Ce tempérament ne change ni la nature ni la fonction du droit, lequel demeure, pour le reste, au service de son titulaire exclusivement. L'étendue du droit sera moins large, voilà tout ».

de l'intention de nuire¹ et de ses équipollents, la faute lourde, l'erreur grossière², ou encore, la légèreté blâmable³, sans pour autant se référer à l'idée de finalité sociale ou de fonction sociale.

Enfin, il a pu être relevé que les analyses qui considèrent que tous les droits sont finalisés ont pour conséquence de priver le critère de la finalisation de sa valeur opératoire, et qu'elles conduisent à brouiller la distinction des droits subjectifs et des pouvoirs.

La réfutation de ces analyses permet alors de conclure que tous les droits ne sont pas finalisés. Seules les prérogatives juridiques soumises à un régime de contrôle qui dépasse le simple contrôle résiduel de l'intention de nuire et de ses équipollents, c'est-à-dire le régime de contrôle de l'abus de droit développé pour les droits subjectifs, et qui a pour objet de vérifier si chacune des conditions de l'action du titulaire respecte la finalité immédiate assignée à la mise en œuvre de la prérogative, peuvent être qualifiées de pouvoirs.

263. Le mécanisme de finalisation limité aux seuls pouvoirs.- M. GAILLARD a pu montrer qu'un seul mobile, l'intention de nuire, est contrôlé quelle que soit la nature du droit exercé⁴. Afin de soutenir la thèse de la dissociation des droits subjectifs et des pouvoirs, l'auteur prend appui sur les logiques de contrôle distinctes de ces deux types de droits. Résumée, sa pensée se présente de la manière suivante. Là où les conditions de mise en œuvre des droits subjectifs sont abandonnées au libre arbitre de leur titulaire et soumises au contrôle résiduel de l'intention de nuire et de ses équipollents – ce qui correspond à la théorie de l'abus de droit –, les conditions

¹ La jurisprudence a pu avoir recours au critère du défaut d'utilité personnelle, devenu par la suite un instrument de preuve de l'intention de nuire (à propos de l'utilisation du critère du défaut d'utilité personnelle, v. not. : Cass. crim. 19 décembre 1817, S. 1818, 1, p. 70.; Cass. 8 juin 1857, S. 1858, I, p. 305 : « On doit prévenir et réprimer toute entreprise faite par haine et par malice et sans utilité pour celui qui se la permet » ; Cass. req. 3 août 1915, affaire CLÉMENT-BAYARD, où la Cour énonce notamment qu'il ressort de l'arrêt attaqué : « que le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de COQUEREL aucune utilité et n'avait été érigé que dans l'unique but de nuire à CLÉMENT-BAYARD »). En effet, à l'origine, le critère de l'absence d'utilité personnelle était loin d'assouplir le critère de l'intention de nuire dans la mesure où il était cumulativement exigé avec ce dernier (il suffit, pour cela, d'observer dans la formulation des décisions citées, la référence à la conjonction de coordination « et »). Ce n'est que sous l'influence de la doctrine dominante (v. not. : R. SALEILLES, « *De l'abus de droit, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil* », Bull. Soc. Études Législ., 1905, p. 325 et s., spéc., p. 349 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, 4^{ème} éd., rééd. 2014, n° 97, p. 171) et dans une période bien plus récente, que certaines juridictions du fond indiquèrent qu'elles déduisaient l'intention de nuire du défaut d'utilité personnelle (v. not. : C.A. Pau, 15 février 1973, RTD civ. 1974, p. 152, obs. DURRY, où la Cour retient qu'il y a abus lorsque l'exercice d'un droit : « apparaît tout à la fois inutile pour [celui qui l'exerce] et préjudiciable [à autrui], cette conjonction révélant l'intention de nuire ». Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu rejeter des pourvois formés contre des arrêts de Cour d'appel condamnant l'abus sans pour autant caractériser l'intention de nuire du titulaire du droit, dès lors que ce dernier exerçait son droit sans raison valable, ou encore sans explication ni justification. L'impossibilité de fournir une justification à l'exercice d'un droit mettant alors en évidence un défaut d'utilité personnelle, preuve de l'exercice abusif. (v. : Cass. civ. 3^{ème}, 17 janvier 1978, Bull. civ. III, n° 41, p. 33 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1978, Bull. civ. III, n° 128, p. 101).

² Le critère de la faute lourde ou de l'erreur grossière a notamment pu être invoqué comme équivalent de l'intention de nuire dans le cadre du contrôle de l'exercice du droit d'agir ou de se défendre en justice, v. en ce sens : Cass. civ. 2^{ème}, 11 janvier 1973, Bull. civ. II, n° 17, p. 12.

³ Le critère de la légèreté blâmable fut notamment employé pour contrôler l'exercice du droit de licencier dont était titulaire l'employeur (v. en ce sens une affaire rendue sous l'empire du droit antérieur à 1973 : Cass. soc. 3 mai 1979, Bull. civ. V, n° 378) avant que la loi du 13 juillet 1973 n'en fasse un véritable pouvoir, c'est-à-dire un droit dont les conditions de mise en œuvre font l'objet d'une prédétermination objective : son exercice devant répondre à l'exigence d'une « cause réelle et sérieuse ». Aussi, l'exercice du pouvoir de licencier doit-il être dicté par l'intérêt de l'entreprise (v. déjà en ce sens : Cass. soc. 5 décembre 1946, Dr. Soc., 1947, p. 120).

⁴ v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 31, p. 28.

de mise en œuvre du pouvoir sont encadrées, ce qui permet d'orienter l'action du titulaire du pouvoir en le poussant à agir en considération d'un intérêt au moins en partie distinct du sien, et ce faisant, tout manquement à cette finalité doit être sanctionné¹.

Pour l'auteur, il s'agit alors de réserver le qualificatif de prérogative finalisée aux seuls pouvoirs, c'est-à-dire à la catégorie particulière de droits dont les conditions de mise en œuvre font l'objet d'un encadrement objectif permettant de contraindre leur titulaire à agir en considération d'un intérêt au moins en partie distinct du sien. Ces droits particuliers sont alors soumis à un régime de contrôle qui leur est propre et qui a pour objet de vérifier si chacune des conditions de l'action du titulaire respecte la finalité assignée au pouvoir². Ce régime de contrôle se montrant bien plus restrictif que celui de l'abus de droit, propre aux droits subjectifs, qui ne se présente pas comme un contrôle de toutes les conditions de mise en œuvre du droit, mais comme un simple contrôle résiduel de l'intention de nuire et de ses équipollents.

Les analyses de M. GAILLARD, qui mettent en évidence que la finalisation constitue un trait caractéristique propre à tous les pouvoirs³ et aux seuls pouvoirs, présentent, de la sorte,

¹ *Ibid*, n° 32, p. 28-29.

² M. GAILLARD met en évidence que les juridictions judiciaires ont pu développer des instruments de contrôle de l'exercice du pouvoir en droit privé à l'image de ceux forgés par le droit administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. En premier lieu, l'auteur insiste longuement sur le contrôle du détournement de pouvoir qu'il présente comme le « pivot » (v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 145, p. 96) du contrôle de l'exercice du pouvoir. Ce type de contrôle est alors qualifié de subjectif en ce qu'il vise à vérifier si le mobile déterminant de l'agent correspond au but objectivement fixé par la norme attributive du pouvoir (v. : n° 147 et s., p. 97 et s.). L'auteur reconnaît toutefois que ce mécanisme de contrôle destiné à vérifier la rectitude des intentions du titulaire du pouvoir n'est pas le seul (sur l'étendue du contrôle du pouvoir, v. : n° 196 et s., p. 125 et s.).

Ainsi, à côté de ce premier mécanisme de contrôle qui vise à saisir un exercice de mauvaise foi du pouvoir, l'auteur fait-il place à des mécanismes de contrôle objectifs, permettant de saisir une mise en œuvre du pouvoir qui peut être réalisée de bonne foi, mais qui ne respecte pas les conditions objectives d'exercice fixées par la norme attributive du pouvoir. En effet, l'auteur fait-il, en second lieu, référence au contrôle de l'exactitude matérielle des faits justifiant l'exercice du pouvoir et au contrôle de leur qualification (ces éléments se rapportant à la cause-efficiente de l'exercice du pouvoir), mais aussi à ce que l'auteur appelle « un contrôle d'opportunité » (v. : 207 et s., p. 133 et s.) qui vise à vérifier l'adéquation des moyens utilisés au but poursuivi. La terminologie employée est peut-être un peu maladroite car l'auteur vise ici en réalité ce que l'on connaît mieux sous le terme de « contrôle de proportionnalité » qui vérifie l'adéquation des moyens employés à la cause-efficiente et à la cause finale de l'action du titulaire du pouvoir. L'idée d'opportunité se référant plutôt, pour sa part, à la marge d'appréciation subjective dont peut bénéficier le titulaire du pouvoir, qui peut se situer aussi bien au niveau des causes efficientes justifiant son action, que des moyens employés.

³ Certains pourraient cependant objecter que la finalisation ne serait pas un trait caractéristique propre à tous les pouvoirs puisqu'il existerait des pouvoirs discrétionnaires, abandonnés au libre arbitre de leur titulaire – au subjectivisme le plus absolu de leur titulaire – c'est-à-dire des pouvoirs insusceptibles de contrôle car non-finalisés, ne disposant pas d'un but objectivement défini.

Si le domaine de l'autorité parentale était autrefois le domaine d'élection naturel des pouvoirs discrétionnaires – auraient eu notamment ce caractère: le pouvoir pour les ascendants de s'opposer au mariage de leurs enfants (art. 173 et 179 du C. civ), le pouvoir de s'opposer au mariage d'un mineur (art. 148 du C. Civ.), le pouvoir de choisir la religion des enfants (v. en ce sens : J. CARBONNIER, note D. 1962, p. 52 et s.) – la catégorie des pouvoirs discrétionnaires tend à se réduire de jour en jour. Ainsi, par exemple, le pouvoir dont disposent les parents ou, à défaut de parents, les autres ascendants de s'opposer au mariage est aujourd'hui susceptible de contrôle, le juge appréciant les motifs de l'opposition, mais ce dernier ne peut condamner les parents à des dommages intérêts qui bénéficient, ici, d'une immunité légale (art. 179 al. 1^{er} du C. civ.).

Au-delà du constat du recul de la catégorie des pouvoirs discrétionnaires, les arguments qui furent développés pour justifier le caractère discrétionnaire de certains pouvoirs peinent, aujourd'hui, à convaincre. Qu'il s'agisse de la tradition historique, de l'idée selon laquelle la loi « ferait confiance » à leurs titulaires (v. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 252), ou encore, de la difficulté de mettre en place un mécanisme de contrôle dans la mesure où l'exercice de ces pouvoirs résulterait « d'une conviction plus intuitive que raisonnée » (v. : A. ROUAST, « *Les droits discrétionnaires et les droit contrôlés* », RTD civ. 1944, p. 1 et s., spéc., n° 24), ces

l'indéniable avantage de restituer au critère de la finalisation sa valeur opératoire en en faisant un critère strict de distinction entre les droits subjectifs et les pouvoirs. Les premiers, abandonnés au libre arbitre de leur titulaire, ne sont pas finalisés, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas orientés vers la réalisation d'un but prédéterminé ; les seconds, dont les conditions de mise en œuvre sont prédéterminées de manière objective, sont finalisés, c'est-à-dire orientés vers la réalisation d'un but prédéfini, ce qui permet de contraindre leur titulaire à agir en considération d'un intérêt au moins en partie distinct du sien¹.

C'est d'ailleurs cette prédétermination objective des conditions de mise en œuvre qui permet aux pouvoirs d'être le vecteur de l'altruisme.

iii. Le mécanisme de finalisation vecteur de l'altruisme.

264. La question du fonctionnement du mécanisme de finalisation.- Comment expliquer que l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir, c'est-à-dire le mécanisme de finalisation, puisse être le vecteur de l'altruisme ?

Afin de répondre à cette question, il convient de partir de l'observation selon laquelle l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir, à savoir, l'objectivisme, vient limiter la place octroyée à la volonté, c'est-à-dire au libre arbitre, au subjectivisme, du titulaire du pouvoir. Or, en réduisant ainsi la place concédée à la volonté, c'est-à-dire au subjectivisme, du titulaire du pouvoir, la finalisation affecte-t-elle inévitablement la fonction qui est classiquement dévolue à la volonté dans le cadre de la mise en œuvre d'un droit.

265. La fonction de la volonté dans la mise en œuvre d'un droit.- Avant d'être à même d'identifier la fonction confiée à la volonté qui serait affectée par le mécanisme de finalisation, il apparaît nécessaire d'analyser plus en détail le rôle assigné à la volonté dans le cadre de la mise en œuvre d'un droit.

arguments ne semblent plus porter à l'heure actuelle où le contrôle des droits est généralisé et où la réparation du dommage causé par l'exercice fautif d'un droit est garantie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (v. : not. D.C. 9 novembre 1999, n° 99-419. Au considérant n° 70, le Conseil constitutionnel réserve la possibilité au partenaire d'un PACS auquel la rupture est imposée de demander la réparation du préjudice subi en cas de faute dans l'exercice du pouvoir de rupture).

Dès lors, ne semble-t-il pas insensé de penser, en l'absence de disposition législative affirmant expressément le contraire, qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de pouvoir qui, par nature, ne soit pas finalisé et qui, par conséquent, soit soustrait à toute forme de contrôle (v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 236, spéc., p. 152).

L'absence de pouvoirs discrétionnaire ne signifie pas, pour autant, que quelques-unes des conditions de mise en œuvre de certains pouvoirs soient abandonnées au libre-arbitre, au subjectivisme, à la discrétion, de leurs titulaires. Il est alors ici question non pas du principe même du contrôle, mais de son étendue. Si les auteurs réservent toujours une place au contrôle du détournement de pouvoir (v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., loc. cit. ; Adde, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 254, où l'auteur, bien que favorable à la catégorie des pouvoirs discrétionnaires, reconnaît la nécessité de contrôler le détournement de pouvoir), c'est-à-dire à la violation volontaire du but assigné au pouvoir (par exemple : la mise en œuvre d'un pouvoir relatif à l'autorité parentale dans une finalité autre que l'intérêt de l'enfant), en revanche, la nature des motifs constituant la cause-efficiente justifiant l'exercice du pouvoir ainsi que les moyens employés peuvent être soustraits au contrôle du juge et abandonnés au libre arbitre du titulaire du pouvoir.

¹ v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 55, p. 44.

Les analyses juridiques modernes ont mis en évidence que la volonté permet d'exprimer un intérêt¹, et cela, via la mise en œuvre des prérogatives conférées par la jouissance d'un droit². L'expression d'un intérêt se présente donc comme la fonction dévolue à la volonté, ou encore, comme la finalité de la volonté juridique. Autrement dit, la volonté apparaît comme le moyen qui permet, via la mise en œuvre des prérogatives conférées par la jouissance d'un droit, d'exprimer un intérêt.

Pour autant, il est possible de se demander ce que recouvre l'idée selon laquelle la volonté est le moyen qui permet d'exprimer un intérêt ? Deux acceptions de cette idée, l'une substantielle, l'autre formelle, semblent pouvoir être dégagées³.

Au plan substantiel, la volonté assure l'expression de l'intérêt dont est porteur le titulaire d'un droit en lui permettant de définir les conditions de son action. Ainsi, le titulaire d'un droit exprime-t-il substantiellement l'intérêt dont il est porteur lorsque, par l'intermédiaire du jeu de sa volonté, il définit le contenu de l'acte réalisé et choisit la nature de l'intérêt en considération duquel ledit acte sera accompli⁴. Au plan formel, affirmer que la volonté permet d'exprimer un intérêt signifie que la volonté se présente comme le moyen – le procédé technique, le support – permettant l'extériorisation de l'intérêt de type substantiel⁵.

266. La fonction de la volonté affectée par le mécanisme de finalisation.- Si le rôle classiquement dévolu à la volonté est d'exprimer un intérêt à la fois sur le plan substantiel et sur le plan formel, la question qui se pose alors est de savoir laquelle de ces deux fonctions est affectée par le mécanisme de finalisation ?

La finalisation, c'est-à-dire, la prédétermination objective des conditions d'exercice du pouvoir, ne semble pas avoir d'influence sur le rôle dévolu à la volonté au plan formel. En effet, que l'on songe aux pouvoirs dont peuvent être titulaires les parents dans le cadre de l'autorité parentale, ou encore, aux pouvoirs dont peuvent être titulaires les mandataires, la volonté de chacun de ces sujets de droit est mise au service de l'extériorisation formelle⁶ d'un intérêt substantiel, à savoir, respectivement, l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt du mandant.

¹ À propos du rapport entre volonté et expression d'un intérêt, v. not. : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. préc., p. 519, où l'auteur met en évidence que la volonté n'est pas prise en considération par le droit sous la forme du phénomène psychique de volition, mais en tant que support de « l'expression d'un intérêt ». Adde, à propos de cette idée selon laquelle la volonté juridique est le support de l'expression d'un intérêt : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 217, p. 139 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 68, p. 74.

² v. pour une telle précision, G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 67, p. 74, où l'auteur fait observer : « [...] la volonté, requise pour la réalisation d'un acte juridique ne peut être considérée isolément ; pour produire des conséquences juridiques elle doit être nécessairement en rapport avec l'exercice de prérogatives relatives à un droit subjectif, ou de pouvoirs ».

³ Pour l'emploi d'une telle distinction, v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 107, p. 105.

⁴ De manière tout à fait prosaïque, la volonté permet ainsi au titulaire d'un droit, d'une part, de définir le principe de son action en choisissant si son droit sera mis en œuvre au service de ses intérêts personnels ou de ceux d'autrui, et d'autre part, de définir le contenu de l'acte alors réalisé à son profit au ou profit d'autrui.

⁵ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 42, p. 50, où l'auteur retient : « Une manifestation de volonté, élément formel, ne fait que traduire un intérêt, élément substantiel de l'élément accompli ».

⁶ La volonté constitue de cette façon le support formel de l'extériorisation de l'intérêt d'autrui.

En revanche, la finalisation affecte le rôle traditionnellement dévolu à la volonté au plan substantiel. En effet, la prédétermination objective des conditions d'exercice du pouvoir, qu'il s'agisse de la définition objective d'un but, c'est-à-dire d'une cause finale, de moyens, ou encore, d'une cause-efficace justifiant l'action, empêche le titulaire des prérogatives conférées par la jouissance dudit pouvoir de choisir librement les conditions de son action. Contraint d'agir selon des modalités qui lui sont imposées, le titulaire du pouvoir n'est donc pas en mesure, d'une part, de choisir l'intérêt en considération duquel l'acte doit être accompli¹, ni même, d'autre part, si l'ensemble des conditions de son action sont prédéfinies, de déterminer le contenu de l'intérêt dont il a la charge.

De la sorte, les parents et les mandataires ne peuvent-ils pas librement choisir la nature de l'intérêt en considération duquel l'acte doit être accompli dans la mesure où les prérogatives dont ils sont titulaires subissent une prédétermination objective de leurs conditions de mise en œuvre qui affectent le principe de leur action et qui les contraignent à agir respectivement dans l'intérêt de l'enfant et dans l'intérêt du mandant. Ils peuvent néanmoins avoir la charge de déterminer le contenu de l'intérêt de l'enfant ou du mandant en définissant le contenu de l'acte accompli.

Dans la perspective d'un encadrement objectif plus poussé, si la nature de l'intérêt en considération duquel l'acte doit être accompli peut faire l'objet d'une prédétermination objective, le contenu de l'acte réalisé par le titulaire du pouvoir peut également faire l'objet d'un encadrement objectif. Tel est le cas, notamment, lorsque le mandataire se voit confier la mission d'acquiescer un bien précis pour une valeur déterminée. Dans une telle situation, la volonté du mandataire n'est pas dirigée vers l'expression substantielle de l'intérêt du mandant² dans la mesure où ledit mandataire n'est pas chargé de définir la nature de l'intérêt en considération duquel l'acte doit être réalisé, ni même de définir le contenu de cet intérêt en déterminant le contenu de l'acte. La volonté du mandataire sert alors simplement de support à l'extériorisation formelle de l'intérêt du mandant.

267. Comparaison avec la mise en œuvre d'une prérogative non finalisée.- À titre de comparaison, il est possible d'observer que dans l'hypothèse de la mise en œuvre de prérogatives non-finalisées, telles que celles conférées par la jouissance d'un droit subjectif, c'est-à-dire dans une situation où les conditions de l'action du titulaire ne font pas l'objet d'une prédétermination par le droit objectif, l'alternative entre la réalisation de différents possibles offerte à la volonté du titulaire lui permet de choisir librement, c'est-à-dire subjectivement, à la fois,

¹ Rapp. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 235, p. 150, où l'auteur énonce que le pouvoir, en tant que prérogative finalisée, : « est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire ».

² v. en ce sens : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, op. cit.*, n° 71, spéc., p. 78, où l'auteur énonce que, dans l'hypothèse où un représentant a pour mission de vendre un bien à un prix déterminé, l'intervention du représentant : « n'a pas pour objet d'exprimer l'intérêt du représenté ». Comp. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 217, p. 139, où l'auteur, dans une approche plus extrême, retient que le *nuntius*, c'est-à-dire le simple messenger, n'est pas investi d'un véritable pouvoir en ce qu'il ne définit pas l'intérêt dont il a la charge. À titre de comparaison, il doit être observé que dans l'hypothèse où le titulaire du pouvoir est tenu de déterminer le contenu de l'acte, ces auteurs retiennent que ce dernier est bien tenu d'exprimer l'intérêt d'autrui.

l'intérêt en considération duquel sera mis en œuvre son droit subjectif¹ et le contenu de l'acte accompli.

268. Conclusion sur le lien unissant finalisation et altruisme.- Le mécanisme de finalisation, dont l'objet est de fournir un encadrement objectif aux prérogatives afférentes à la mise en œuvre du pouvoir, se présente alors comme le vecteur de l'altruisme² en ce qu'il permet d'orienter l'action du titulaire du pouvoir en encadrant l'expression de sa volonté³ dans la perspective de le contraindre à agir en considération de l'intérêt d'autrui. Le titulaire du pouvoir, dont les conditions de l'action sont prédéterminées de manière objective, ne pouvant définir ni la nature, ni même, parfois, le contenu, de l'intérêt en considération duquel l'acte doit être accompli.

D'ailleurs, la considération pour l'intérêt d'autrui véhiculée par le mécanisme de finalisation est susceptible de prendre deux formes différentes. Comme constaté⁴, l'analyse moderne du pouvoir qui propose de le définir comme une prérogative qui « s'exerce dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de son titulaire », permet de saisir, d'une part, la nuance classique de l'altruisme dans laquelle le désintéressement du titulaire du pouvoir est synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels et, d'autre part, sa nuance moderne dans laquelle le désintéressement du titulaire du pouvoir n'est pas synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels. Le mécanisme de finalisation, qui limite la marge de manœuvre allouée à la volonté du titulaire du pouvoir, permet alors d'orienter son action en lui donnant une ligne de conduite.

Dans le cadre d'un altruisme classique, la volonté du titulaire du pouvoir est mise au service de l'expression de l'intérêt du sujet d'imputation passif. Ainsi, en va-t-il en matière de pouvoirs de représentation, ou encore, en ce qui concerne les pouvoirs dont disposent les parents dans le cadre de l'autorité parentale. On retrouve alors ici la conception classique du pouvoir qui en fait une prérogative orientée vers l'expression, le service, de l'intérêt d'autrui et qui implique, ce faisant, le désintéressement le plus absolu de son titulaire.

¹ À propos de l'idée selon laquelle le titulaire d'un droit subjectif peut mettre en œuvre son droit dans son intérêt personnel ou dans la perspective d'en faire profiter autrui, v. : *supra*, n° 243, p. 273.

² C'est-à-dire comme le moyen qui permet de garantir l'altruisme, de le propager.

³ Il est possible d'observer que les arguments ici développés s'inscrivent, plus largement, dans le cadre de l'analyse des rapports entre objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Pour une étude des rapports entre objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, v. : J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. dactyl., Paris, 1969. L'auteur démontre que la notion de cause, entendue comme la combinaison d'une cause finale comprise comme la volonté du titulaire du droit, et d'une cause-efficiente comprise comme regroupant les éléments du droit objectif et de la réalité matérielle, constitue le critère catégorique de l'acte juridique (sur ce point, v. : n° 155, p. 503). La volonté, élément subjectif – cause finale –, se combine au droit objectif et à la réalité matérielle (cause-efficiente) dans la perspective de créer une situation nouvelle en produisant des effets de droit au moyen de la réalisation d'un acte juridique. L'auteur fait également remarquer que les niveaux le niveau d'objectivisme et de subjectivisme pouvant varier dans l'acte, (v. : n° 154, p. 496-497), ce qui signifie que le droit objectif peut limiter la place dévolue à la volonté du titulaire d'un droit. Aussi, est-il possible de prendre appui sur une telle observation pour affirmer que l'encadrement objectif du rôle dévolu à la volonté du titulaire d'un droit a pour finalité d'orienter son action en réduisant la marge de subjectivisme, d'opportunité, de libre arbitre, dans la mise en œuvre de son droit.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 255, p. 288 et s.

Dans le cadre d'un altruisme moderne, la volonté du titulaire du pouvoir n'est pas tournée vers l'expression de l'intérêt d'autrui. Si le titulaire du pouvoir dispose d'une marge d'appréciation subjective lui permettant d'exprimer son intérêt, l'encadrement objectif des conditions de son action le contraint à agir en composant avec l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire en respectant l'intérêt du sujet d'imputation passif. On retrouve alors la conception moderne du pouvoir qui fait de ce dernier une prérogative finalisée qui s'exerce dans un intérêt « au moins en partie distinct de celui de son titulaire ». Il s'agit ici de l'apport essentiel de la thèse de M. GAILLARD qui est d'avoir démontré qu'une prérogative juridique peut être qualifiée de pouvoir, même si celle-ci permet l'expression de l'intérêt de son titulaire, dès lors qu'elle est finalisée, c'est-à-dire, dès lors que ses conditions de mise en œuvre ne sont pas libres, mais encadrées, et conduisent son titulaire à agir en considération et, plus précisément, dans le respect, de l'intérêt du sujet d'imputation passif¹.

269. Bilan des traits qui caractérisent l'exercice d'un pouvoir.- L'étude ici entreprise a permis de dégager deux traits qui caractérisent l'exercice d'un pouvoir. Il convient d'ailleurs de préciser que les conclusions émises tiennent compte des apports des analyses modernes à la théorie du pouvoir.

D'une part, il peut être retenu que les effets produits suite à la mise en œuvre d'un pouvoir peuvent s'imputer sur la sphère juridique d'autrui, mais également sur la sphère juridique du titulaire dudit pouvoir. En effet, si la conception classique du pouvoir était bâtie essentiellement à partir des pouvoirs de représentation et limitait les effets produits à la seule sphère juridique d'autrui, c'est-à-dire à la seule sphère juridique du sujet d'imputation passif, la conception moderne du pouvoir a permis de mettre en évidence que les effets produits par l'exercice d'un pouvoir peuvent affecter, tout à la fois, la sphère juridique du sujet d'imputation passif et celle du titulaire du pouvoir ou sujet d'imputation actif.

D'autre part, il est possible d'affirmer que les conditions d'exercice d'un pouvoir ne sont pas abandonnées au libre arbitre, au subjectivisme, de leur titulaire, mais qu'elles font l'objet d'un encadrement objectif. Cet encadrement objectif des conditions de mise en œuvre, désigné sous le nom de « finalisation », apparaît comme une conséquence nécessaire de la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui. En effet, dans le cadre d'un système juridique tel que le nôtre, reposant sur le postulat selon lequel aucun intérêt privé n'est, par principe, admis à prévaloir sur un autre – principe d'égalité entre les sujets de droit –, la production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui au moyen d'un pouvoir n'apparaît justifiée que si son titulaire agit en tenant compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif, c'est-à-dire s'il fait preuve d'altruisme. L'altruisme constitue donc le fondement du mécanisme de

¹ v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 85, spéc., p. 60, où l'auteur affirme : « C'est pourtant se faire une conception bien restrictive du pouvoir que de penser qu'il implique l'abnégation totale des intérêts de son titulaire. En effet, dès lors qu'il ne poursuit plus son intérêt exclusif, mais qu'il doit composer avec l'intérêt d'autrui, le titulaire d'une prérogative juridique n'est plus libre d'en disposer à sa guise. Il suffit qu'elle doive s'exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son titulaire pour que la prérogative soit orientée vers un but que son titulaire ne peut méconnaître ». Et plus loin : « Il est parfaitement compréhensible qu'une prérogative fasse la part de l'intérêt de son titulaire, au même titre que de l'intérêt d'autrui. N'étant plus libre, elle n'en est pas moins un pouvoir ».

finalisation. Le mécanisme de finalisation, dont l'objet est de fournir un encadrement objectif aux prérogatives afférentes à la mise en œuvre d'un pouvoir, se présente, alors, comme le vecteur de l'altruisme, c'est-à-dire comme le moyen qui permet de garantir l'altruisme, en ce qu'il permet d'orienter l'action du titulaire en encadrant l'expression de sa volonté dans la perspective de le contraindre à agir en considération de l'intérêt d'autrui.

La conception classique qui envisageait le pouvoir comme une prérogative qui s'exerce dans l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire comme une prérogative tournée vers l'expression, le service, de l'intérêt d'autrui, reposait elle-même sur une conception classique de l'altruisme où le désintéressement exigé du titulaire du pouvoir est synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels. La conception moderne qui fait du pouvoir une prérogative finalisée qui « s'exerce dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de son titulaire » présente l'avantage de permettre de saisir à la fois la nuance classique de l'altruisme précitée, mais aussi sa nuance moderne, dans laquelle le désintéressement exigé du titulaire du pouvoir n'est pas synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels.

Une fois les traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs identifiés, il convient de les comparer aux traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs contractuels. Dans l'hypothèse où il serait possible de constater des similitudes entre les traits caractéristiques propres à l'exercice de ces deux types de prérogatives, celles-ci pourraient justifier, sur le plan notionnel, un rattachement des pouvoirs contractuels à la catégorie des pouvoirs, c'est-à-dire l'assimilation des pouvoirs contractuels à des pouvoirs.

B. L'assimilation des pouvoirs contractuels à des pouvoirs.

270. Des similitudes plaidant en faveur d'une assimilation.- L'étude comparative des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs et des pouvoirs contractuels se présente comme une invitation au rapprochement de ces deux types de droits en raison des similitudes que celle-ci tend à révéler entre leurs modes de mise en œuvre. En effet, les traits qui caractérisent l'exercice des pouvoirs semblent tout à fait à même de saisir adéquatement l'exercice des pouvoirs contractuels. Ces similitudes qui plaident en faveur d'une assimilation notionnelle des pouvoirs contractuels et des pouvoirs, c'est-à-dire ces ressemblances qui sont de nature à justifier un rattachement des pouvoirs contractuels à la catégorie des pouvoirs, sont au nombre de deux. Ici, il s'avèrera possible de constater une première similitude sur le plan de la portée des effets (1), et une seconde similitude sur le plan de la détermination des conditions d'exercice (2).

1. Une similitude sur le plan de la portée des effets.

271. Pouvoirs contractuels et hétéronomie.- S'il a pu être observé que les pouvoirs sont porteurs de l'idée d'hétéronomie dans la mesure où ils permettent de produire des effets de droit dans la sphère juridique d'autrui, il doit être également rappelé que l'un des apports majeurs de la conception moderne du pouvoir est d'avoir mis en évidence que les effets produits à l'occasion de la mise en œuvre d'une telle prérogative peuvent s'imputer non seulement sur

autrui, c'est-à-dire sur le sujet ou les sujets d'imputation passif(s), mais également sur le titulaire du pouvoir, autrement dit, sur le sujet d'imputation actif¹.

L'idée d'hétéronomie véhiculée par la conception moderne du pouvoir apparaît de manière similaire chez les pouvoirs contractuels. En effet, l'exercice d'un pouvoir contractuel produit des effets qui, d'une part, s'imposent au cocontractant ou aux cocontractants, affectant ainsi la sphère patrimoniale du ou des sujets d'imputation passifs, et qui, d'autre part, affectent également la sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire la sphère du sujet d'imputation actif. Si un tel phénomène a déjà pu être mis en évidence², il conviendra, malgré tout, d'en fournir ici quelques illustrations.

Il est alors possible de songer, d'abord, aux pouvoirs qui tels que pouvoirs de résolution, de résiliation ou de rétractation, permettent l'anéantissement du lien d'obligation. La mise en œuvre de ces pouvoirs contractuels influe sur l'existence des droits et obligations dont chacune des parties peut être titulaire en vertu du contrat, ce qui signifie que leurs effets affectent à la fois la sphère patrimoniale du sujet d'imputation passif et celle du titulaire du pouvoir³.

Ensuite, il est possible de faire référence au pouvoir de détermination unilatérale du prix qui a pour objet de préciser la quotité de l'objet de la prestation. En effet, ce pouvoir a pour effet de préciser à la fois le contenu du droit subjectif du créancier et de l'obligation du débiteur, ce qui signifie que ses effets dépassent la sphère patrimoniale du titulaire du pouvoir.

Enfin, il est également possible de prendre pour exemple l'un des pouvoirs contractuels qui permettent de modifier les effets de type non-obligationnels du contrat, tel que l'effet translatif de droits réels du contrat. En ce sens, s'il a pu être observé que la résolution unilatérale d'un contrat translatif de droits réels, tel qu'un contrat de vente, d'échange ou encore de donation, pouvait entraîner l'anéantissement dudit effet translatif de droits réels⁴, il est possible de constater que cet anéantissement affecte la situation de chacune des parties. En effet, le débiteur de l'obligation inexécutée ou sujet d'imputation passif, est privé de la titularité du droit réel transmis, alors que le créancier de l'obligation inexécutée qui met en œuvre la résolution, ou sujet d'imputation actif, recouvre la titularité du droit réel transmis.

Bien que non-exhaustives, ces quelques illustrations mettent en évidence une première similitude entre la portée des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir et la portée des effets produits mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Ainsi, l'analyse moderne de la portée

¹ À propos de la portée des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir, v. : *supra*, n° 252, p. 285 et s.

² La production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui a pu être mise en évidence à l'occasion de l'analyse de la portée des effets de l'acte unilatéral support de l'unilatéralisme contractuel (v. : *supra*, n° 158, p. 174 et s.), mais aussi dans le cadre de l'analyse visant à déterminer si les pouvoirs contractuels peuvent être qualifiés de droits potestatifs (v. : *supra*, n° 227, p. 252 et s.). Elle a également été mise en avant pour justifier le rejet de la qualification de droit subjectif, ces derniers se caractérisant par leur « autonomie » et non leur « hétéronomie » (v. : *supra*, n° 246, p. 273 et s.).

³ Dans un contrat unilatéral, les pouvoirs qui anéantissent le lien d'obligation viennent priver le créancier de son droit de créance et le débiteur de son obligation. Dans un contrat synallagmatique, chacune des parties se retrouve privée de son droit de créance et de son obligation. Ainsi, les effets produits dépassent-ils la seule sphère juridique du titulaire du pouvoir. Rappr. : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, *op. cit.*, n° 430, p. 267-268, où l'auteure, à propos des effets de la résolution unilatérale, retient : « la prérogative conférée au créancier n'affecte pas que la situation juridique de son partenaire, elle lui permet également de modifier la sienne, en dénouant le lien de droit qui l'unit à ce dernier ».

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 144, p. 160 et s.

des effets produits par un pouvoir permet de saisir très exactement la portée des effets produits par les pouvoirs contractuels.

Ce premier trait caractéristique commun relatif à la portée des effets produits milite alors en faveur d'un rattachement des pouvoirs contractuels à la catégorie des pouvoirs. Cependant, pour qu'il soit possible de conclure à une similitude parfaite entre les pouvoirs contractuels et les pouvoirs, un second trait caractéristique propre aux conditions de mise en œuvre des pouvoirs doit être observé dans les pouvoirs contractuels.

2. Une similitude sur le plan de la détermination des conditions d'exercice.

272. Pouvoirs contractuels et mécanisme de finalisation.- L'analyse des traits caractéristiques propres aux pouvoirs a permis de montrer que les prérogatives afférentes à leur mise en œuvre ne sont pas abandonnées au libre arbitre de leurs titulaires. Celles-ci sont soumises au mécanisme de finalisation, ce qui se traduit techniquement par l'encadrement objectif de leurs conditions de mise en œuvre¹.

Or, il semblerait que les pouvoirs contractuels soient appelés à partager ce trait caractéristique avec les pouvoirs. Cependant, l'affirmation selon laquelle les pouvoirs contractuels seraient soumis au mécanisme de finalisation, c'est-à-dire l'idée selon laquelle les titulaires de pouvoirs contractuels ne seraient pas en mesure de déterminer librement leurs conditions d'exercice, et cela, en raison de leur prédétermination objective, ne peut se concevoir sans justification. Il conviendra alors d'identifier les raisons qui justifient l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels (a), puis, de tirer les conséquences de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels (b).

a. Les raisons de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels.

273. Une double justification.- Deux raisons tendraient à justifier l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels. D'une part, il semblerait que l'exigence d'altruisme, c'est-à-dire la nécessité de tenir compte de l'intérêt d'autrui, qui fonde l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs, soit également présente en matière de pouvoirs contractuels. L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels apparaîtrait donc, dans un premier temps, fondée sur l'altruisme (i). D'autre part, il semblerait que l'une des nuances de l'altruisme susceptible d'être véhiculée par le mécanisme de finalisation soit à même de saisir l'exercice des pouvoirs contractuels. L'aptitude du mécanisme de finalisation à retranscrire l'intensité de l'altruisme innervant les pouvoirs contractuels (ii), paraîtrait donc justifier, dans un second temps, l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels.

¹ À propos du mécanisme de finalisation, v. : *supra*, n° 256 et s., p. 291 et s.

- i. L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels fondée sur l'altruisme.

274. **L'altruisme et le contrat.**- Il a pu être observé que l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs était fondée sur l'altruisme, c'est-à-dire sur la nécessité de tenir compte de l'intérêt du sujet d'imputation passif en raison de la productions d'effets de droit dans sa sphère juridique¹.

Il est possible de constater, en matière de pouvoirs contractuels, une situation analogue à celle qui justifie l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs. En effet, à l'image des pouvoirs, les pouvoirs contractuels produisent des effets qui dépassent la simple sphère juridique de leurs titulaires pour s'imputer sur la sphère juridique d'autrui, ici, le cocontractant ou les cocontractants².

En ce qu'ils permettent à l'une des parties d'imposer à l'autre une modification des effets du contrat, les pouvoirs contractuels instaurent alors une situation de domination au sein du contrat. Ce faisant, les pouvoirs contractuels dérogent au postulat d'égalité entre les contractants sur lequel fut originellement construite toute la théorie du contrat, et qui découle, lui-même, du principe d'égalité entre les sujets de droit³. Il convient alors de rappeler que le postulat d'égalité trouve, en matière contractuelle, son expression technique dans le principe du consensualisme⁴. Autrement dit, l'unilatéralisme, qui innerve le phénomène de pouvoir, déroge au consensualisme du contrat.

Toutefois, comment concilier le pouvoir et le contrat qui répondent à des logiques diamétralement opposées – unilatéralisme contre consensualisme – ?

¹ Le mécanisme du pouvoir, qui permet d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui, se présente comme une dérogation au principe de l'autonomie de la volonté et comme une menace pour le principe d'égalité entre les sujets de droit sur lequel repose notre système juridique. Ainsi, la conciliation du phénomène de pouvoir avec le principe d'égalité qui postule qu'aucun intérêt privé n'est, par principe, admis à prévaloir sur un autre, supposait-elle le déploiement d'un mécanisme qui tienne compte de la finalité de ce principe, à savoir : garantir un égal respect aux intérêts de chacun des sujets de droit. (Comp. : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, ROUSSEAU, 1911, p. 137, où l'auteur, dans une approche « négative » du principe d'égalité qu'il fonde sur la vocation de chaque homme à souffrir de manière identique un mal déterminé, retient : « il n'y a pas de raison pour qu'un homme souffre plus qu'un autre »). Autrement dit, l'exercice du pouvoir doit se faire dans le respect de l'intérêt du sujet d'imputation actif comme de celui du sujet d'imputation passif. L'intérêt du sujet d'imputation passif, menacé par l'empiètement qu'il est tenu de subir, doit-il dès lors être protégé.

Le mécanisme de finalisation est alors apparu comme une réponse adéquate au besoin de protection de l'intérêt du sujet d'imputation passif. En effet, la finalisation fournit un encadrement objectif aux conditions de mise en œuvre du pouvoir qui oriente l'action de son titulaire et le pousse à agir en tenant compte de l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire en faisant preuve d'altruisme. (À propos de l'altruisme comme fondement de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs, v. : *supra*, n° 264, p. 287 et s. ; Au sujet du mécanisme de finalisation comme expression de l'altruisme et donc vecteur de l'altruisme sur lequel il repose, v. : *supra*, n° 264 et s., p. 298 et s.)

² À propos de la portée des effets des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 271, p. 303 et s.

³ Les rédacteurs du code civil, attachés à l'idéologie des Lumières, ont transposé le principe d'égalité des sujets de droit à la sphère contractuelle : égalité dans la formation mais aussi dans l'exécution. Rapp. : D. MAZEAUD, « *Le nouvel ordre contractuel* », RDC 2003, p. 295, où l'auteur observe que le droit des contrats : « produit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique, qui imprégnaient le Code civil, (...) reposait jadis sur une utopie. Celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité ».

⁴ Assurément, l'exigence d'un consentement mutuel pour conclure, ou encore, pour modifier les effets du contrat en cours d'exécution, est-elle la marque de l'égalité.

L'intégration de la logique du pouvoir au sein du contrat suppose que la logique unilatéraliste comprenne quelle est la finalité de la logique consensualiste au stade de l'exécution. Pendant la période d'exécution, la finalité du consensualisme est de permettre à chacune des parties d'assurer la défense de son intérêt au contrat, via le mécanisme de la négociation et la nécessité d'un accord pour modifier ses effets.

Envisagé de la sorte au cours de l'exécution, le consensualisme vient se présenter comme un instrument de défense de la structure du contrat. En effet, en l'absence d'accord, aucune des parties ne peut se défaire du contrat ou remettre en cause l'équilibre des intérêts tel qu'il fut défini lors de la conclusion. Il s'agit alors d'une simple application de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, corollaire du principe de force obligatoire.

Cependant, le mécanisme du pouvoir, de par sa logique même, qui est unilatéraliste, permet d'imposer une modification des effets du contrat. Il dispense donc son titulaire de la phase de négociation et de la nécessité d'un accord pour modifier les effets du contrat. De la sorte, le pouvoir permet de passer outre – il « court-circuite » pourrait-on dire – un dispositif de protection des intérêts des parties au contrat.

Dès lors, menacé par l'empiètement qu'il est tenu de subir, l'intérêt du contractant sujet d'imputation passif ne doit pas, pour autant, être nié à l'occasion de l'exercice du pouvoir, sous peine de ne consacrer la présence que d'un seul intérêt dans le contrat. Or, consacrer la présence d'un seul intérêt dans le contrat reviendrait à détruire la structure même du contrat qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts¹ et qui ne saurait, par voie de conséquence, exister en présence d'un seul intérêt. En d'autres termes, chaque partie ayant un intérêt au contrat, méconnaître l'intérêt du sujet d'imputation passif à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir, c'est méconnaître le contrat.

Partant, le mécanisme du pouvoir ne peut être intégré dans la structure du contrat que si son titulaire l'exerce en tenant compte de l'intérêt du cocontractant, c'est-à-dire s'il fait preuve d'altruisme. L'altruisme, qui doit guider l'exercice d'un pouvoir contractuel, se présente alors comme un principe directeur², voire même plus : il s'agit une nécessité liée à la structure même du contrat.

275. Constat.- La prise en compte de l'intérêt d'autrui, inhérente au phénomène de pouvoir, s'avère donc être encore plus justifiée en matière de pouvoirs-contractuels où il ne saurait être question que l'empiètement sur la sphère juridique du cocontractant soit réalisé sans tenir compte de son intérêt, c'est-à-dire sans un minimum de considération, de respect, pour son intérêt.

¹ La structure du contrat repose toujours sur un équilibre entre des intérêts distincts. Ces intérêts sont qualifiés de distinct et opposés dans le contrat-commutation et de distincts et complémentaires dans le contrat coopération.

² Comp. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, *op. cit.*, n° 153 et s., p. 132 et s., où l'auteur analyse la fraternité contractuelle, fondement de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, c'est-à-dire de l'altruisme contractuel, comme un axiome : « une norme générale de caractère non juridique, un principe démonstratif [...], non applicable directement par le juge, mais qui peut inspirer d'autres normes juridiques ». Dans une telle perspective, il convient toutefois de noter que si le fondement de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs est axiomatique – l'altruisme –, sa traduction technique – la finalisation, c'est-à-dire la norme qui fournit l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir, est directement vérifiable et applicable par le juge.

Ainsi il existe nécessairement un altruisme contractuel¹ qui doit guider et limiter l'exercice des pouvoirs contractuels². Ce besoin d'altruisme justifie alors l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels. En effet, le mécanisme de finalisation, dont l'objet est de fournir un encadrement objectif aux conditions de mise en œuvre du pouvoir, permet d'orienter l'action de son titulaire en le poussant à agir en tenant compte de l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire, ici, en tenant compte de l'intérêt de son cocontractant ou de ses cocontractants.

L'altruisme fonde donc l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels. Pour autant, le mécanisme de finalisation, via les différentes nuances d'altruisme dont il peut se faire le vecteur, est-il apte à retranscrire l'intensité de l'altruisme innervant les pouvoirs contractuels ?

ii. L'aptitude du mécanisme de finalisation à retranscrire l'intensité de l'altruisme innervant les pouvoirs contractuels.

276. Quelle nuance de l'altruisme empreint les pouvoirs contractuels ?.- Il a pu être observé que la considération pour l'intérêt d'autrui véhiculée par le mécanisme de finalisation est susceptible de prendre deux formes différentes. L'analyse moderne qui fait du pouvoir « une prérogative finalisée qui s'exerce dans un intérêt au moins en partie distinct de celui de son titulaire » présentant l'avantage d'être à même de saisir les différentes nuances de l'altruisme, allant d'un altruisme classique, c'est-à-dire d'un altruisme pur, où le désintéressement du titulaire du pouvoir est synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels, à un altruisme moderne où le désintéressement du titulaire du pouvoir n'est pas synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels³. Aussi, il convient de préciser, ici, laquelle de ces deux nuances de l'altruisme est présente dans le cadre des pouvoirs contractuels.

¹ Le phénomène de l'altruisme dans le contrat, qui se traduit par la nécessité de prendre en compte l'intérêt du cocontractant, ne se réduit cependant pas à la seule hypothèse de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Pour une mise en évidence des différentes manifestations de l'altruisme dans le contrat, v. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, *op. cit.*

² Plusieurs auteurs ont pu mettre en évidence la nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel. v. par ex. : Th. REVET, « *La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance* », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD com. 1997, p. 37 et s., spéc., n° 12 : « le pouvoir du contractant dominant de fixer le prix des contrats d'application implique par lui-même la prise en compte de l'intérêt de son cocontractant : un pouvoir n'est admissible que s'il sert, fut-ce en partie, l'intérêt de celui qu'il gouverne » ; du même auteur : « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc. : « C'est pourquoi, dans l'évaluation, l'auteur du prix doit prendre en compte l'intérêt de l'autre partie. Une telle obligation est inhérente au pouvoir, particulièrement entre personnes privées : faculté d'imposer à autrui sa décision, le pouvoir n'est admissible que s'il sert, en tout ou partie, l'intérêt de celui qui en est le sujet » ; J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 18, p. 764-765, où l'auteur fait de la « considération de l'intérêt du cocontractant » le critère de l'abus dans l'exercice d'un droit potestatif contractuel ; C. POMART-NOMDEDEO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 225, où l'auteur, qui analyse les droits potestatifs en matière contractuelle comme des droits potestatifs finalisés, retient que ces derniers intègrent : « une prise en compte minimale des intérêts de l'autre contractant » ; v. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, *op. cit.*, n° 309 et s., p. 254 et s., où l'auteur analyse, dans un chapitre de sa thèse, la prise en compte de l'intérêt d'autrui comme une limite à l'exercice d'une prérogative contractuelle.

³ À propos de l'intensité de l'altruisme dans le pouvoir, v. : *supra*, n° 249, spéc., p. 283 et s.

277. **Le caractère inadapté de la nuance classique.**- Le titulaire d'un pouvoir contractuel doit-il, à l'occasion de sa mise en œuvre, être animé d'un altruisme classique ? En d'autres termes, doit-il faire preuve d'un désintéressement pur, synonyme de sacrifice de ses intérêts personnels ? Deux déclinaisons de l'altruisme classique synonyme de sacrifice sont ici à analyser.

D'une part, il est possible de se demander si le titulaire d'un pouvoir contractuel doit sacrifier son intérêt au profit de l'expression de celui de son cocontractant ? Une telle analyse ne paraît pas conforme au phénomène de pouvoir contractuel dans la mesure où celui-ci instaure une inégalité de puissance entre les parties qui se traduit par la possibilité offerte au titulaire du pouvoir de faire prévaloir son intérêt sur celui de son cocontractant¹. En effet, le titulaire d'un pouvoir de résolution, de résiliation, ou encore de fixation du prix, exprime-t-il et fait-il prévaloir, avant tout, son intérêt lorsqu'il met un terme au contrat, ou encore, lorsqu'il détermine le prix de la contreprestation². Dès lors, il apparaîtrait totalement artificiel de dire que l'intérêt du cocontractant sujet d'imputation passif est exprimé à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir contractuel alors que celui-ci est contraint de subir un anéantissement du contrat qu'il ne désire pas nécessairement, ou encore, la fixation d'un prix qu'il n'estime pas avantageux.

Par conséquent, l'altruisme qui guide l'exercice d'un pouvoir contractuel ne correspond pas au sacrifice de l'intérêt de son titulaire au profit de l'expression de celui de son cocontractant.

D'autre part, il est possible de se demander s'il s'agit, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, de sacrifier ses intérêts au profit du « bien commun », c'est-à-dire au profit d'un intérêt commun, d'un intérêt partagé et identique, qui transcenderait les intérêts de chacune des parties ? Si une telle analyse est parfois évoquée en doctrine³, elle ne saurait pour autant être

¹ v. not. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 347, p. 190, où l'auteur retient que les clauses de pouvoir répondent : « à l'objectif de faire prévaloir [...] son intérêt sur celui d'autrui. Elle[s] accord[ent] un pouvoir de pilotage sur le contrat ». Adde, V. LÊ-COMBY, *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. Paris Sud, 2009, n° 450, p. 359, où l'auteur définit l'unilatéralisme contractuel comme : « l'attitude d'un contractant qui consiste à agir seul, au sein du contrat, en faisant prévaloir ses propres intérêts sur ceux de son cocontractant qui ne peut s'y opposer ».

² v. en ce sens : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 16, p. 42, où l'auteur retient : « Ce n'est pas dire que le prix doive être strictement juste. [...] il y aurait incohérence à autoriser la fixation unilatérale du prix tout en prohibant le privilège économique qu'elle est destinée à assurer à l'auteur du prix. Dans les contrats structurellement déséquilibrés, l'obligation de prendre en compte l'intérêt du débiteur du prix n'est donc pas celle de traiter à parfaite égalité avec le titulaire du pouvoir [...] ».

³ v. par ex. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, n° 261, p. 188 et n° 410 et p. 300, où l'auteur se réfère au « bien commun », qui apparaît alors comme standard permettant de contrôler la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ; D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* » in *Débat : Obligation de motivation et droit des contrats*, RDC 2004, n° 2, p. 558 et s., spéc., n° 6, où l'auteur, raisonnant par analogie avec les contrats d'intérêt commun, retient que l'intérêt commun qui doit dicter l'exercice d'un pouvoir signifie que : « chaque partie n'a pas à rechercher exclusivement son intérêt ou même l'intérêt de l'autre mais doit tenir compte de la poursuite d'un intérêt partagé ». L'auteur conçoit ici l'intérêt commun comme un intérêt distinct de l'intérêt individuel de chacune des parties. Aussi, serait-ce, selon l'auteur, le respect de l'intérêt commun qui justifierait l'obligation de motivation. Adde, Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les répliques contractuelles* », RDC 2010, p. 430 et s., spéc., p. 433 : « le pouvoir unilatéral permet de régir un groupe, même réduit à deux ; peut ainsi apparaître un intérêt commun qui dépasse la somme des intérêts individuels de chaque membre du groupement. À l'intérêt social du droit des sociétés, à l'intérêt de l'entreprise du droit social, à l'intérêt général du droit public, à l'intérêt de la famille du droit familial, correspondrait ici un intérêt de l'opération contractuelle ».

retenue dans la mesure où elle ne paraît pas conforme à la structure du contrat. En effet, la structure du contrat repose sur un lien créé entre des intérêts distincts. Ces intérêts distincts sont alors, soit opposés, ce qui est le cas du contrat-commutation, soit complémentaires, ce qui est le cas du contrat-coopération. Aussi, est-ce en raison du caractère distinct, et non identique, des intérêts des parties, que le contrat ne peut être reconnu comme étant à l'origine d'une communauté d'intérêts.

Dans une telle perspective, affirmer que l'exercice d'un pouvoir contractuel doit conduire au sacrifice des intérêts personnels de son titulaire au profit d'un intérêt commun qui transcenderait les intérêts individuels de chacune des parties, ne correspond pas à la structure du contrat étant donné que ce dernier ne donne pas naissance à un intérêt commun transcendant les intérêts individuels des parties. De plus, il convient d'ajouter que si l'exercice d'un pouvoir contractuel doit être guidé par l'altruisme, cette dernière notion ne saurait se concevoir en présence d'une communauté d'intérêts. Comme l'indique sa racine latine *alter* qui désigne « l'autre », l'altruisme se conçoit comme un rapport à autrui et suppose, de ce fait, l'altérité, c'est-à-dire une distance entre les sujets, pour pouvoir exister. Dès lors, d'un point de vue conceptuel, l'altruisme, qui envisage les intérêts de « l'autre » en ce qu'ils sont distincts du « mien », s'avère être incompatible avec l'idée d'une communauté d'intérêts qui regroupe des sujets de droit autour d'un intérêt identique et où la distance entre ces sujets s'efface derrière un « nous ».

Par conséquent, l'altruisme qui guide l'exercice d'un pouvoir contractuel ne correspond pas, non plus, au sacrifice de l'intérêt de son titulaire au profit de l'expression d'un intérêt commun¹ qui transcenderait les intérêts individuels des parties, tant cette analyse heurte la structure du contrat et la notion même d'altruisme.

Si la conception classique de l'altruisme, synonyme de sacrifice, d'oubli de soi, ne permet pas de saisir l'exercice des pouvoirs contractuels, qu'en est-il de la conception moderne?

278. Le caractère adéquat de la nuance moderne.- La nuance moderne de l'altruisme, qui repose sur une considération pour l'intérêt d'autrui n'allant pas jusqu'à l'oubli de soi, c'est-à-dire jusqu'au sacrifice des intérêts personnels de l'auteur de l'acte altruiste, semble décrire adéquatement le phénomène de pouvoir contractuel, et cela, dans la mesure où l'exercice d'un pouvoir contractuel n'est jamais désintéressé. En effet, la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel vise toujours et avant toute chose à exprimer, soit, l'intérêt de son titulaire, comme il en va, par exemple, lors de la résolution ou de la résiliation unilatéralement décidée, ou encore lors de la fixation unilatérale du prix². Soit un intérêt qui, pour être distinct de celui de son

¹ Rappr. : G. WICKER, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc., n° 32, p. 169, spéc., note n° 84, où l'auteur retient que si l'exercice d'un pouvoir contractuel doit se faire « dans le respect de l'intérêt de chacun des contractants », cela ne signifie pas, pour autant, « qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les parties ». L'auteur exclut donc, ici, l'idée selon laquelle un pouvoir contractuel devrait permettre l'expression d'un intérêt commun, transcendant les intérêts individuels des parties.

² v. en ce sens : Th. REVET, « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », art. préc., n° 16, p. 42, où l'auteur énonce : « Lorsque la relation entre les parties est marquée par une inégalité de puissance, le contractant en situation de domination peut traduire sa suprématie dans la fixation du prix, en arrêtant un montant plus conforme à son intérêt qu'à celui du partenaire dominé [...] ».

titulaire, n'est pas, pour autant, l'intérêt d'un autre sujet de droit¹. Il en va ainsi, par exemple, de l'expression de l'intérêt de l'entreprise² à l'occasion de la mise en œuvre d'une clause de variation dans un contrat de travail³.

Cependant, la structure du contrat impose que le pouvoir soit mis en œuvre en tenant compte de l'intérêt du cocontractant. Dès lors, si le titulaire d'un pouvoir contractuel peut exprimer l'intérêt dont il est porteur à l'occasion de son exercice, il doit le faire en tenant compte de l'intérêt du cocontractant, c'est-à-dire qu'il doit faire preuve d'altruisme, même s'il ne s'agit pas d'un altruisme « pur », autrement dit d'un altruisme absolument désintéressé.

Le mécanisme de finalisation permet alors, en réalisant un dosage d'objectivisme et de subjectivisme dans les conditions d'exercice du pouvoir, de concilier l'expression par le titulaire de l'intérêt dont il est porteur, en laissant à ce dernier une marge d'appréciation subjective lui permettant d'exprimer cet intérêt, tout en fournissant un encadrement objectif aux conditions de son action qui le contraint à agir en composant avec l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire en respectant l'intérêt du sujet d'imputation passif.

Certains auteurs, n'ayant pas perçu que le mécanisme de finalisation était susceptible de véhiculer cette nuance moderne de l'altruisme, ont pu notamment refuser de voir dans les pouvoirs de résolution unilatérale des prérogatives finalisées et, par conséquent, de les rattacher à la catégorie des pouvoirs⁴.

¹ Dans une telle situation, le pouvoir contractuel aurait également la nature d'un « pouvoir attribué ». Sur la notion de « pouvoir attribué », v. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 63, p. 70.

² L'hétérogénéité des intérêts catégoriels présents dans l'entreprise – actionnaires, salariés, dirigeants – s'oppose à la personnification du groupement et donc à l'apparition d'un nouveau sujet de droit. À propos de la condition d'homogénéité des intérêts pour reconnaître l'existence d'un nouveau sujet de droit, et l'absence d'une telle homogénéité dans le cadre de l'entreprise et de la famille, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 299 et s., p. 198 et s.

³ v. par ex. à propos d'une clause de mobilité géographique : Cass. soc. 23 février 2005 (2nd espèce), *Bull. civ. V*, n° 64, p. 56 ; D. 2005, p. 1678, note H. K. GABA ; Dr. soc. 2006, p. 634, obs. J. MOULY ; où la Cour fait peser la charge de la preuve sur le salarié qui doit démontrer que la décision de mise en œuvre de la clause de mobilité géographique a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de l'entreprise, ou bien que cette clause a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle.

⁴ v. par ex. en ce sens : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., n° 430, p. 267, où l'auteure retient : « Même si l'on n'attribue pas aux pouvoirs une finalité complètement désintéressée en exigeant simplement que leur détenteur exprime un intérêt au moins partiellement distinct du sien, le fait que la dénonciation unilatérale tende uniquement à la protection des intérêts de son auteur conduit à exclure la possibilité de dénoncer unilatéralement le contrat de la catégorie des pouvoirs ». Pour l'auteure, la résolution unilatérale ne peut être qualifiée de pouvoir parce qu'elle tend « uniquement à la protection des intérêts de son auteur », et qu'elle ne permet donc pas d'exprimer « un intérêt au moins en partie distinct du sien ». L'auteure ne tient pas ici compte de l'apport de la thèse de M. GAILLARD (v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 85, spéc., p. 60) à la théorie du pouvoir qui est d'avoir démontré qu'une prérogative juridique peut être qualifiée de pouvoir dès lors qu'elle est finalisée, c'est-à-dire dès lors que ses conditions de mise en œuvre sont prédéfinies de manière objective. Pour l'auteur, le pouvoir peut permettre à son titulaire d'exprimer l'intérêt dont il est porteur dans la mesure où le mécanisme de finalisation assure l'expression de cet intérêt dans le respect de l'intérêt du sujet d'imputation passif. Il en résulte donc qu'une prérogative peut être qualifiée de pouvoir même si celle-ci ne conduit pas à l'expression de l'intérêt du sujet d'imputation passif.

Rapport : C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Étude comparative*, Préf. M. GORÉ, LGDJ, 2008, n° 19, p. 11, où l'auteure refuse de qualifier de « pouvoirs » les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat en raison de leur inaptitude à servir les intérêts du sujet d'imputation passif. L'auteure énonçant : « le recours à la justice privée est propre au créancier qui en est titulaire du fait de l'inexécution : ce n'est pas parce qu'il conduit à modifier la situation d'autrui qu'il peut être analysé comme un pouvoir puisque le débiteur ne peut en aucun cas jouir de cette prérogative ».

Pourtant, il est possible de constater que l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale est encadré par des conditions objectives. Le pouvoir de résolution unilatérale ne sert qu'un but objectivement défini, anéantir le contrat, et, de plus, il répond à un motif efficient¹ également défini de manière objective, à savoir, une inexécution suffisamment grave. Un tel encadrement des conditions d'exercice par le Droit objectif est bien la marque d'une prérogative finalisée en ce qu'il contraint le titulaire du pouvoir de résolution à agir en tenant compte de l'intérêt du cocontractant. En effet, le cocontractant ne peut être privé de l'intérêt que représente pour lui le contrat tant qu'il ne s'est pas rendu coupable d'une inexécution « suffisamment grave »².

Outre le fait de répondre à une exigence de proportionnalité de la sanction, et cela, dans la perspective de ne pas priver le cocontractant de l'intérêt que constitue pour lui le contrat en raison d'un manquement véniel, l'objectivation du motif efficient de rupture – « l'inexécution suffisamment grave » – permet de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire du pouvoir de résolution. Faisant de la sorte obstacle à l'arbitraire et à sa conséquence tant redoutée, l'égoïsme³, la prédétermination objective des conditions d'exercice du pouvoir de résolution permet de garantir que sa mise en œuvre sera réalisée avec un minimum de considération, c'est-à-dire de respect, pour l'intérêt du cocontractant. Dès lors, si le titulaire du pouvoir de résolution dispose d'une marge d'appréciation subjective, celle-ci se retrouve, en conséquence, sur le plan de l'initiative. En effet, il lui est loisible d'exprimer son intérêt à la résolution du contrat dès lors que les conditions objectives de mise en œuvre du pouvoir sont réunies.

279. Bilan des raisons qui justifient l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels.- Deux raisons qui sont de nature à justifier l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels ont pu être identifiées.

D'une part, le besoin d'altruisme qui sert de fondement à l'application du mécanisme de finalisation se retrouve également en matière de pouvoirs contractuels. En effet, il ne saurait être question que l'empiètement sur la sphère juridique du cocontractant soit réalisé sans tenir compte de son intérêt, et cela, dans la mesure où priver le cocontractant de tout intérêt au contrat reviendrait à détruire la structure même du contrat bâtie sur un équilibre entre au moins deux intérêts distincts.

D'autre part, la nuance moderne de l'altruisme susceptible d'être véhiculée par le mécanisme de finalisation permet de retranscrire correctement le degré d'altruisme innervant les pouvoirs contractuels. Assurément, dans la mesure où l'exercice d'un pouvoir contractuel n'est jamais désintéressé, mais vise avant tout à exprimer l'intérêt de son titulaire, la nuance moderne de l'altruisme, qui repose sur une considération pour l'intérêt d'autrui n'allant pas jusqu'à l'oubli de soi, jusqu'au sacrifice de ses intérêts personnels, correspond-elle exactement

¹ Le motif efficient constitue le « parce-que », la cause-efficiente, l'antécédent objectif qui justifie de sa mise en œuvre.

² Il s'agit ici des termes du nouvel article 1224 du C. civ. Il convient ainsi d'observer qu'en cas de manquement grave le Droit objectif procède à une hiérarchisation des intérêts en reconnaissant la possibilité au contractant victime du manquement contractuel de faire prévaloir son intérêt sur celui de son cocontractant en procédant à la résolution unilatérale du contrat.

³ Celui qui peut agir comme il l'entend, librement, arbitrairement, à sa guise, peut être naturellement enclin à ne tenir compte que de ses seuls intérêts, et donc, à faire fi de l'intérêt d'autrui.

au phénomène de pouvoir contractuel. En réalisant un dosage d'objectivisme et de subjectivisme dans l'exercice du pouvoir, le mécanisme de finalisation s'avère susceptible de fournir un encadrement objectif aux conditions de l'action du titulaire du pouvoir qui le contraint à agir en composant avec l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire en respectant l'intérêt du sujet d'imputation passif, tout en lui laissant une marge d'appréciation subjective lui permettant d'exprimer l'intérêt dont il est porteur.

Ce faisant, la nuance moderne de l'altruisme véhiculée par le mécanisme de finalisation permet l'instauration d'une dynamique fraternelle dans le contrat qui se traduit par la prise en compte de l'intérêt du cocontractant¹ et l'absence de sacrifice des intérêts du titulaire du pouvoir. Reflétant le caractère distinct des intérêts en présence dans le contrat, cette analyse de l'altruisme qui doit guider l'exercice d'un pouvoir contractuel se veut plus réaliste que celle de l'altruisme promue par l'approche solidariste classique qui invite à « aimer son cocontractant comme un frère » en vue d'une union des intérêts². L'approche de l'altruisme retenue correspond davantage à la conception moderne du solidarisme contractuel. En effet, cette dernière repose sur un altruisme « tempéré », c'est-à-dire sur un altruisme qui respecte l'individualité des intérêts de chacun des contractants et qui n'implique pas le sacrifice des intérêts du cocontractant tenu de faire preuve d'altruisme³.

Si le mécanisme de finalisation peut être appliqué aux pouvoirs contractuels puisque, d'une part, le besoin d'altruisme qui sert de fondement à son application se retrouve également en matière de pouvoirs contractuels et puisqu'il permet, d'autre part, de retranscrire le degré d'altruisme qui doit guider l'exercice des pouvoirs contractuels, quelles conséquences en résultent ?

b. *Les conséquences de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels.*

280. **Une double conséquence.**- Deux conséquences résultent de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels. D'une part, le mécanisme de finalisation se présente comme un instrument de prévention de l'arbitraire contractuel tant abhorré. D'autre part, l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels permet de prendre acte de leur rattachement notionnel à la catégorie des pouvoirs.

¹ v. : M. MEHANNA, *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, *op. cit.*, où l'auteure démontre que si le contenu conceptuel de la fraternité correspond à la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (n° 71 et s., p. 72 et s.), le principe de fraternité constitue également le fondement – certes, en tant que principe d'inspiration première, non applicable directement par le juge – de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant (n° 103 et s., p. 95 et s.).

² Le principe fondateur du solidarisme contractuel posé par DEMOGUE est celui de l'union des intérêts. L'auteur, partant d'une analogie entre le contrat et la société, entendait substituer à « l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur », « une certaine union » (v. en ce sens : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, t. VI, Paris, ROUSSEAU, 1932, n° 3, spéc. p. 9). *Adde*, sur ce point : M. MIGNOT, *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, in RRJ 2004, n° 4, p. 2153 et s., spéc. p. 2154

³ v. en ce sens : A.-S. COURDIER-CUISINIER, « *Le solidarisme contractuel* », Préf. E. LOQUIN, LexisNexis, 2006, p. 89, où l'auteure met en avant le caractère « tempéré » de l'altruisme dans le contrat en affirmant que : « ni la fraternité ni la solidarité n'engendrent de la part des parties un altruisme destructeur de leurs intérêts ».

281. **Un rempart contre l'arbitraire.-** En fournissant un encadrement objectif aux conditions d'exercice des pouvoirs contractuels, l'application du mécanisme de finalisation permet de s'opposer à une mise en œuvre qui serait dictée par les considérations purement subjectives, c'est-à-dire arbitraires, de leurs titulaires.

Or, il doit être rappelé que la prévention de l'arbitraire constitue l'enjeu majeur de la conciliation du mécanisme de pouvoir et de la logique contractuelle. En effet, si reconnaître le phénomène de pouvoir au sein du contrat équivaut à consacrer l'existence d'un déséquilibre structurel entre les intérêts des parties, ce déséquilibre ne doit pas être excessif, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être de nature à priver un contractant de tout intérêt au contrat, sous peine de détruire la structure même du contrat qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts.

Dès lors, dans la perspective de ne pas créer un déséquilibre excessif entre les parties, l'exercice d'un pouvoir contractuel ne doit pas être abandonné à la seule convenance de son titulaire. Assurément, admettre la solution contraire, c'est-à-dire laisser l'exercice d'un pouvoir contractuel à la discrétion de son titulaire, reviendrait à accepter le risque d'une mise en œuvre égoïste, faisant fi de l'intérêt du contractant sujet d'imputation passif.

Le mécanisme de finalisation permet, alors, de concilier le phénomène de pouvoir avec la logique contractuelle, et cela, dans la mesure où la définition objective des conditions d'exercice du pouvoir – cause-finale, mais également, parfois, aussi, cause-efficiente et moyens¹ – s'oppose à une mise en œuvre arbitraire, c'est-à-dire, dictée par des considérations purement subjectives. L'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir orientant l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant. Associé au phénomène de pouvoir contractuel, le mécanisme de finalisation doit ainsi permettre de compenser la disparition du dispositif protecteur des intérêts des parties que constituait le consensualisme².

Si l'encadrement objectif, l'objectivisme, se dresse comme un rempart contre l'arbitraire, c'est-à-dire le subjectivisme outrancier du titulaire du pouvoir, cela ne doit pas, pour autant, signifier que toute forme de subjectivisme soit exclue dans la détermination des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Le titulaire d'un pouvoir contractuel peut disposer d'une marge d'appréciation subjective dès lors que celle-ci est tempérée par un encadrement objectif. Seul est prohibé, de longue date³, le subjectivisme outrancier, c'est-à-dire l'arbitraire contractuel. Tout s'avère donc être question d'équilibre entre objectivisme et subjectivisme en ce qui concerne des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels.

Cette application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels doit, en outre, permettre de prendre acte de leur rattachement notionnel à la catégorie des pouvoirs et de fournir, de la sorte, un remède à la seule qualification de droit potestatif.

¹ À propos des différents degrés d'objectivation des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

² Durant la phase d'exécution, le consensualisme a pour finalité de permettre à chacune des parties d'assurer la défense de son intérêt au contrat, via le mécanisme de la négociation et la nécessité d'un accord pour modifier ses effets. Sa « mise de côté » par l'unilatéralisme contractuel supposait donc le redéploiement d'un mécanisme protecteur des intérêts des parties.

³ Il a pu être mis en évidence que l'arbitraire contractuel, traditionnellement désigné sous le terme de « potestativité », était à l'origine traqué sur le fondement de l'ancien art. 1174 du Code civil. La notion de condition potestative ayant été longtemps perçue comme le seul instrument de la technique contractuelle susceptible de servir de vecteur aux rapports de pouvoir dans le contrat. Sur ce point, v. : *supra*, n° 202 et s., p. 227 et s.

282. **Un remède à la seule qualification de droit potestatif.**- La première partie de l'entreprise de qualification du phénomène de pouvoir contractuel a permis de mettre en évidence que si la qualification de droit potestatif est susceptible de décrire une grande partie du phénomène de pouvoir contractuel¹, celle-ci ne fournit cependant aucun élément susceptible d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires. En cela, elle ne procure donc aucun moyen à même de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire. La notion de droit potestatif présente alors la faiblesse de ne pas permettre, à elle seule, d'appréhender l'intégralité du phénomène de pouvoir contractuel en fournissant un encadrement objectif à leurs conditions d'exercice.

L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels fournit alors, d'une part, un complément fonctionnel, c'est-à-dire un encadrement objectif de leurs conditions d'exercice, qui permet de faire obstacle à une mise en œuvre qui serait arbitraire. À cela, il convient d'ajouter, d'autre part, que dans la mesure où le mécanisme de finalisation se présente comme un trait caractéristique propre aux seuls pouvoirs, l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels permet de fournir un complément notionnel à cette catégorie de prérogatives juridiques. Ces derniers se présentent, par conséquent, comme des droits potestatifs appartenant à la catégorie des pouvoirs.

283. **Bilan de la Section II.**- L'opération visant à remédier à l'insuffisance de la seule qualification de droit potestatif, à savoir son inaptitude à faire obstacle à un exercice arbitraire en raison de l'absence d'encadrement de la volonté de leurs titulaires, a permis de mettre en évidence, dans un premier temps, que la solution ne pouvait être trouvée du côté de la notion de droit subjectif.

Les droits subjectifs se révélant être incapables, d'une part, de décrire la portée des effets des pouvoirs contractuels qui dépassent la simple sphère juridique de leurs titulaires pour affecter celle du cocontractant – autonomie contre hétéronomie –, et d'autre part, de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels dans la mesure où la détermination des conditions d'exercice des droits subjectifs sont abandonnées au libre-arbitre, c'est-à-dire à l'arbitraire, de leurs titulaires.

Il est apparu, dans un second temps, que la solution pouvait être trouvée du côté de la notion de pouvoir. D'une part, l'idée d'hétéronomie véhiculée par la conception moderne du pouvoir apparaît de manière similaire chez les pouvoirs contractuels. Les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir, tout comme ceux résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, ne se limitent pas à la seule sphère juridique de leurs titulaires, mais s'imputent également sur la sphère juridique d'autrui. D'autre part, la finalisation, trait caractéristique propre aux seuls pouvoirs, est apparue comme une réponse adéquate à la nécessité de prévenir un exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire un exercice dicté par les considérations purement subjectives du titulaire et irrespectueux des intérêts du cocontractant. Le mécanisme de finalisation, qui fournit un encadrement objectif aux conditions de mise en

¹ À propos de la qualification de droit potestatif, v. : *supra*, n° 216 et s., p. 241 et s.

œuvre du pouvoir, permet en effet, de limiter la part de libre arbitre, de subjectivisme, dans la mise en œuvre du pouvoir, et ainsi, d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant.

De la sorte, la qualification de pouvoir doit permettre de compléter la qualification de droit potestatif en fournissant un remède à ses faiblesses. En conséquence, les pouvoirs contractuels tendent à se présenter comme des droits potestatifs appartenant à la catégorie des pouvoirs.

284. **Conclusion du Chapitre I.-** L'opération de qualification des pouvoirs contractuels ici entreprise semble avoir permis de mettre en évidence, dans un premiers temps, la nécessité de rattacher les pouvoirs contractuels à la catégorie des droits potestatifs. Cette qualification a pu être justifiée à la fois d'une manière négative et d'une manière positive.

L'approche négative avait pour objectif de mettre fin à la traditionnelle analyse du phénomène de pouvoir contractuel en termes de conditions potestatives. Si cette manière de raisonner était originellement justifiée, à la fois, par l'absence d'autres instruments susceptibles de traduire l'existence de rapports de pouvoir dans le contrat et par un souci de moralisation de l'unilatéralisme contractuel, c'est-à-dire par la volonté de lutter contre l'arbitraire, qualifié alors de « potestativité », il a cependant pu être montré que les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives constituent, en réalité, deux mécanismes distincts¹.

Une fois l'assimilation traditionnelle avec le mécanisme des conditions écartée, le champ était donc libre pour adopter une démarche consistant à proposer « positivement » une qualification aux pouvoirs contractuels. L'analyse comparée des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels a alors permis de mettre en évidence l'identité de leurs traits caractéristiques tant matériels – modification d'une situation juridique et situation de sujétion – que volontaires – la manifestation unilatérale de volonté du titulaire d'un droit potestatif, comme celle du titulaire d'un pouvoir contractuel, se rapporte à l'exercice de ces prérogatives et prend la forme d'un acte juridique unilatéral –.

Nécessaire, la qualification de droit potestatif s'est toutefois révélée être, à elle seule, insuffisante. En effet, la définition classique des droits potestatifs présente la faiblesse de ne fournir aucun moyen permettant d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires dans la mesure où elle ne fait aucunement référence à leurs conditions d'exercice. Or, il a pu être observé que le phénomène de pouvoir contractuel s'oppose, en raison de sa nature même, à un exercice arbitraire, c'est-à-dire à une mise en œuvre dans laquelle le *potentior* exprimerait à sa guise son intérêt sans tenir compte de l'intérêt d'autrui, à savoir, ici, l'intérêt du cocontractant ou des cocontractants.

¹ Les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives ne disposent pas du même domaine matériel – celui des pouvoirs contractuels est plus large puisqu'ils peuvent porter sur des éléments essentiels du contrat tels que le consentement ou l'objet –. De plus, la volonté se voit conférer un rôle différent dans chacun d'eux. Dans le cadre des conditions potestatives, la volonté permet d'influer sur la survenance d'un événement dont la réalisation ou la défaillance permettra indirectement de modifier les effets d'un contrat. Dans le cadre des pouvoirs contractuels, la volonté est liée à leur exercice et donc entretient un rapport direct avec la production des effets de droit, c'est-à-dire la modification des effets du contrat. Sur ces différents points, v. : *supra*, n° 211 et s., p. 234 et s.

Pour remédier à ce problème, il a pu être proposé, dans un second temps, de compléter la qualification de droit potestatif, soit, avec la qualification de droit subjectif, soit, avec la qualification de pouvoir.

La notion de droit subjectif s'est alors montrée insusceptible, d'une part, de décrire la portée des effets des pouvoirs contractuels qui dépassent la simple sphère juridique de leurs titulaires pour affecter celle du cocontractant – autonomie contre hétéronomie –. D'autre part, elle s'est avérée être incapable de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels, et cela, dans la mesure où la détermination des conditions d'exercice des droits subjectifs sont abandonnées au libre-arbitre, c'est-à-dire à l'arbitraire, de leurs titulaires.

À l'opposé, la notion de pouvoir est apparue bien plus adaptée.

D'une part, à l'image des pouvoirs, les pouvoirs contractuels sont empreints d'hétéronomie. Cela signifie que les effets produits par les pouvoirs, tout comme ceux produits par les pouvoirs contractuels, dépassent la seule sphère juridique de leurs titulaires, pour s'imputer sur la sphère juridique d'autrui. La notion de pouvoir permet donc de saisir la portée des effets des pouvoirs contractuels.

D'autre part, il a pu être observé que le mécanisme de finalisation, trait caractéristique propre aux pouvoirs, qui se traduit par un encadrement objectif de leurs conditions d'exercice, constituait une réponse adéquate à la nécessité de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels. L'exercice arbitraire devant être compris comme un exercice dicté par les considérations purement subjectives du titulaire du pouvoir contractuel, qui ferait ainsi fi de l'intérêt de son cocontractant. La prédétermination objective des conditions d'exercice permet alors, en effet, de limiter la part de libre arbitre, de subjectivisme, dans la mise en œuvre du pouvoir¹ et d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant.

Par conséquent, il ressort du second temps de cette étude que la qualification de pouvoir complète adéquatement la qualification de droit potestatif en fournissant un remède à ses faiblesses. Dès lors, il semble permis de conclure au rattachement notionnel des pouvoirs contractuels à la fois à la catégorie des droits potestatifs et des pouvoirs. Les pouvoirs contractuels se présentent donc comme des droits potestatifs qui doivent avoir les traits caractéristiques des pouvoirs. Les pouvoirs contractuels seraient, donc, de la sorte, des droits potestatifs finalisés.

¹ L'objectivisme contrebalançant le subjectivisme, l'objectivation des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels constitue un rempart contre le subjectivisme outrancier, l'arbitraire, du titulaire d'un pouvoir contractuel.

Chapitre II

Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs finalisés.

285. **Les manifestations du mécanisme de finalisation.**- L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuel doit, semble-t-il, permettre d'unir les logiques du pouvoir et du contrat. Comme il a été constaté, le véritable ennemi de la structure contractuelle n'est pas tant le pouvoir, mais la possibilité d'un exercice arbitraire de ce dernier. En effet, l'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire le subjectivisme absolu dans leur mise en œuvre, se présente comme l'ennemi de la structure contractuelle en ce qu'il peut conduire à la méconnaissance de l'intérêt du cocontractant sujet d'imputation passif. Assurément, celui qui a toute latitude pour déterminer les conditions de son action peut-il être naturellement enclin à agir conformément à ses seuls intérêts.

Or, comme le contrat repose sur un équilibre entre des intérêts distincts¹ il apparaît impossible d'autoriser une partie à modifier à sa guise le contrat en faisant fi de l'intérêt du cocontractant, sous peine de ne consacrer l'existence que d'un seul intérêt dans le contrat, et donc, de nier sa structure même. De ce fait, l'exercice d'un pouvoir contractuel ne doit pas être abandonné à la seule convenance de son titulaire.

L'arbitraire contractuel, c'est-à-dire le subjectivisme outrancier dans l'exercice d'un pouvoir contractuel, doit donc être prohibé dans la mesure où celui-ci conduit à des situations dans lesquelles les intérêts de l'une des parties sont à la merci de l'autre et peuvent, de ce fait, être niés. Si l'arbitraire est l'ennemi du contrat, cela ne signifie pas, pour autant, que le titulaire d'un pouvoir contractuel ne puisse pas disposer d'une certaine marge d'appréciation subjective lui permettant de déterminer librement certaines conditions de son action. En effet, la prohibition de l'arbitraire ne doit pas être comprise comme une exclusion de toute forme de subjectivisme, mais comme une interdiction du subjectivisme outrancier. Exprimée d'une manière très prosaïque, cette idée signifie que le titulaire d'un pouvoir contractuel ne doit pas être en mesure de pouvoir faire absolument tout ce qu'il veut.

Le mécanisme de finalisation, qui se traduit par la prédétermination objective des conditions de mise en œuvre d'un droit, permet, alors, de limiter la part de libre arbitre, c'est à dire de subjectivisme, dans la mise en œuvre du pouvoir, et ainsi, d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant. L'objectivisme contrebalançant le subjectivisme, l'objectivation des conditions de mise en œuvre des pouvoirs

¹ À propos de la structure du contrat-commutation qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts et opposés (v. : *supra*, n° 26, p. 51 et s.). Au sujet de la structure du contrat présent dans le cadre des groupements de droit privé qui met également en présence des intérêts distincts (v. : *supra*, n° 72, p. 82 et s.). En ce qui concerne la structure du contrat-coopération qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts mais complémentaires (v. : *supra*, n° 88, p. 107 et s.).

contractuels constitue, par conséquent, un rempart contre le subjectivisme outrancier, c'est-à-dire contre l'arbitraire du titulaire d'un pouvoir contractuel.

Si le mécanisme de finalisation doit permettre de concilier les logiques du pouvoir et du contrat, il convient alors d'étudier ses manifestations, tant au plan substantiel, qu'au plan formel. Il s'agira donc d'analyser successivement, les manifestations substantielles de la finalisation (Section I), et les manifestations formelles de la finalisation (Section II).

SECTION I : LES MANIFESTATIONS DE LA FINALISATION AU PLAN SUBSTANTIEL.

286. Mise en évidence des nuances du mécanisme de finalisation et appréciation de leur utilité.- Si les pouvoirs contractuels sont des prérogatives finalisées, il semblerait, toutefois, que l'application du mécanisme de finalisation aux différents pouvoirs contractuels ne se fasse pas de manière absolument uniforme. Autrement dit, tous les pouvoirs contractuels ne seraient pas soumis au mécanisme de finalisation de manière absolument identique. Ainsi, le mécanisme de finalisation pourrait-il voir son intensité modulée. Ce faisant, il paraîtrait à même d'offrir certaines nuances. Cela signifie, qu'au plan substantiel, tous les pouvoirs contractuels ne seraient pas soumis au mécanisme de finalisation selon le même degré d'intensité. Il existerait donc différents degrés de finalisation (§ 1) qu'il conviendra, dans un premier temps, de mettre en évidence. Aussi, la possibilité de moduler l'intensité du mécanisme de finalisation doit répondre à un besoin, et donc, avoir une utilité. Dès lors, il sera question, dans un second temps, d'apprécier l'utilité liée à l'existence de différents degrés de finalisation (§ 2).

§ 1 - L'EXISTENCE DE DIFFÉRENTS DEGRÉS DE FINALISATION.

287. L'identification des différents degrés du mécanisme de finalisation.- Classiquement, le mécanisme de finalisation est appréhendé comme un procédé qui consiste à assigner un but, c'est-à-dire une cause finale, à une prérogative juridique¹. Aussi, cette conception classique de la finalisation est à l'œuvre lorsqu'il est question de qualifier le pouvoir de « prérogative finalisée ». En vertu de cette conception, le pouvoir est alors généralement présenté comme une prérogative orientée vers la réalisation d'un but objectivement défini.

Cependant, une telle conception qui réduit le mécanisme de finalisation à l'assignation d'un but, c'est-à-dire d'une cause finale, à une prérogative juridique, conduit, semble-t-il, à occulter une partie de ses manifestations. En effet, si l'on tente d'affiner l'analyse du mécanisme de finalisation, il semblerait que celui-ci se présente comme un procédé destiné à orienter l'action du titulaire d'un pouvoir en fournissant un encadrement objectif aux prérogatives afférentes à sa mise en œuvre, c'est-à-dire aux prérogatives afférentes à son exercice.

¹ Au sujet de la conception classique de la finalisation, v. : *supra*, n° 257, p. 290 et s.

Dès lors, si le mécanisme de finalisation se présente comme un procédé destiné à fournir un encadrement objectif aux conditions de l'action du titulaire d'un pouvoir¹, il est tout à fait concevable que la norme attributive du pouvoir puisse ne pas se limiter à définir objectivement le seul but, c'est-à-dire la seule cause finale, que doit poursuivre son titulaire. La norme attributive du pouvoir peut également s'attacher à définir de manière objective les moyens que le titulaire du pouvoir doit employer à l'occasion de son action, c'est à dire « le comment » de cette action, ou encore, la cause-efficiente de son action, c'est-à-dire le motif-efficient, le « parce que » justifiant son action.

Ainsi conçu, le mécanisme de finalisation apparaît susceptible d'offrir différentes nuances d'objectivation. En effet, si le mécanisme de finalisation se traduit nécessairement par l'assignation d'un but objectivement défini à l'action du titulaire du pouvoir, il est également susceptible de s'étendre, parfois, à la cause-efficiente de son action, ou encore, aux moyens à employer qui seront, alors, objectivement définis.

En raison de leur appartenance à la catégorie des pouvoirs, les pouvoirs contractuels sont alors amenés à subir les effets du mécanisme de finalisation. À ce propos, il doit être rappelé que la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de finalisation est réalisée dans la perspective de faire obstacle à l'arbitraire de leurs titulaire et de contraindre ces derniers à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant. Aussi, il semble possible de distinguer, chez les pouvoirs contractuels, différents degrés² dans la prédétermination objective de leurs conditions d'exercice. L'objectivation de la cause-finale, c'est-à-dire du but assigné au pouvoir, peut parfois, être complétée par une prédétermination objective de la cause-efficiente justifiant sa mise en œuvre, voire même, des moyens à employer. Il conviendra, par conséquent, de mettre en évidence que si tous les pouvoirs contractuels soumis à l'exigence minimale d'objectivation d'un but (A), certains sont soumis à des modalités d'objectivation plus poussées (B).

A. L'exigence minimale d'objectivation d'un but.

288. Un minimum pour tous les pouvoirs contractuels, un maximum pour certains.- Dans la mesure où la notion de finalisation entretient un rapport originel avec l'idée de cause finale³, c'est-à-dire de but, dont on ne saurait la priver sous peine d'en dénaturer le sens, il sera possible d'observer que l'objectivation d'un but constitue une exigence minimale commune à tous les pouvoirs contractuels (1). S'il s'agit, alors, d'un minimum commun, cela signifie que le processus de finalisation peut s'arrêter, pour certains pouvoirs contractuels, à ce seul stade. La définition objective d'un but peut, par conséquent, constituer un maximum pour certains pouvoirs contractuels (2).

¹ Plus précisément, il s'agit de fournir un encadrement objectif aux conditions d'exercice du pouvoir.

² Rapp. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., p. 226, note n° 4, où l'auteure fait observer que le pouvoir conféré par une clause du contrat peut connaître « des degrés variables ».

³ Le nom féminin « finalisation » est issu du verbe « finaliser » qui signifie, dans son sens premier : « donner un but, un objectif précis à une recherche, à une action ». (v. : *Grand dictionnaire encyclopédique LAROUSSE*, V° Finaliser, sens n° 1). Si le verbe « finaliser » entretient donc un rapport premier avec la notion de but, de cause finale, il en va de même du nom « finalisation » qui est défini comme : « l'action de finaliser, de donner à une action un objectif précis ». (v. : *Grand dictionnaire encyclopédique LAROUSSE*, V° Finalisation).

1. Une exigence minimale commune à tous les pouvoirs contractuels.

289. **Signification.-** Si la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de finalisation emporte nécessairement soumission de ceux-ci à la réalisation d'un but objectivement défini (a), qu'il convient de ne pas confondre avec leur objet (b), cela ne signifie pas, pour autant, que tous les pouvoirs contractuels soient appelés à partager le même but, la même finalité. Ils se voient donc confier la poursuite de buts différents (c).

a. La réalisation d'un but objectivement défini.

290. **Tous les pouvoirs contractuels ont un but.-** Dans la perspective de faire obstacle à l'arbitraire de leurs titulaires, les pouvoirs contractuels sont tous dirigés vers la réalisation d'un but objectivement défini. En effet, assigner aux pouvoirs contractuels la réalisation d'un but objectivement défini permet de limiter la part de subjectivisme dans la détermination de leurs conditions d'exercice et, par conséquent, de faire obstacle à une mise en œuvre qui dépendrait intégralement du bon vouloir, c'est-à-dire du libre arbitre, de leurs titulaires.

Empêcher les pouvoirs contractuels d'être à même de servir n'importe quel but¹, constitue alors « le premier pas » sur le chemin de la prise en compte des intérêts du cocontractant. Indéniablement, définir d'une manière objective le but que doit poursuivre le titulaire du pouvoir et dont il ne saurait s'écarter, empêche ce dernier de redéfinir le rapport contractuel à sa convenance, et donc, de tenir le cocontractant à « sa merci »².

Aussi, l'idée qui consiste à qualifier les pouvoirs contractuels de prérogatives finalisées et, ce faisant, à leur associer « un sens prédéterminé », c'est-à-dire la réalisation d'un but objectivement défini, est-elle assez largement répandue en doctrine³. Cette idée est d'ailleurs tout à fait naturelle en raison des rapports étroits qu'entretiennent les notions de finalité et de but. Assurément, dès lors que l'on évoque le terme de prérogative « finalisée », la question qui se pose naturellement est celle de leur but – de leur cause finale –, c'est-à-dire, prosaïquement, la question du : « pour quoi sont-elles conçues ? ».

¹ Rappr. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 674, p. 493, où l'auteur fait observer que : « la convention n'apparaît pas comme une communauté ouverte où les droits que s'octroieraient les parties l'une contre l'autre pourraient servir à tout ». (Nous soulignons).

² De plus, il doit être mis en avant que la définition objective du but que doit poursuivre le titulaire du pouvoir garantit une forme de prévisibilité, et donc de sécurité juridique, dans la mise en œuvre du pouvoir.

³ v. not. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 674, p. 493 : « Les pouvoirs que se sont octroyés les contractants l'un contre l'autre ont un sens prédéterminé », (l'auteur souligne) ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 401, p. 226 : « Tout pouvoir poursuit un but dans la mesure où le cocontractant a consenti un abandon temporaire de puissance en perspective de certaines hypothèses et surtout, de façon sous-jacente, de certains intérêts » ; S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 479, spéc., p. 390, où l'auteur retient que les : « prérogatives unilatérales, même stipulées en faveur d'une des parties, ont un sens prédéterminé [...] ». Adde, C. POMART-NOMDEDEO, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », art. préc., spéc., p. 225.

Cependant, avant d'identifier les buts que peuvent servir les différents pouvoirs contractuels, il convient de préciser la distinction qui existe entre l'objet et le but des pouvoirs contractuels.

b. *La distinction du but et de l'objet des pouvoirs contractuels.*

291. Les risques d'une confusion.- L'affirmation selon laquelle tous les pouvoirs contractuels disposent d'un but ne doit cependant pas amener l'analyste à confondre le but et l'objet des pouvoirs contractuels. Pourtant, l'assimilation peut être tentante en raison du caractère polysémique de la notion d'objet qui, au-delà de son sens courant de chose¹, ou de support d'une activité matérielle ou immatérielle², peut également être synonyme de but³.

Toutefois, il convient de bien se garder d'une telle confusion. Le but des pouvoirs contractuels ne doit pas être réduit à leur objet. En effet, dire, par exemple, que les pouvoirs de résolution ont pour « but » d'anéantir le rapport d'obligation, n'apporte rien de plus à l'analyse ici entreprise qui envisage déjà le rapport d'obligation et son anéantissement comme l'objet des pouvoirs contractuels de résolution⁴.

Aussi, afin de distinguer le but et l'objet des pouvoirs contractuels, le terme « objet » doit être considéré, non pas sous son acception de but, mais sous son acception de chose qui sert de support matériel ou immatériel à une activité. Or, comme il a été mis en évidence dans le cadre de cette étude, l'objet des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire, plus précisément, la chose immatérielle sur laquelle s'exercent les pouvoirs contractuels, est constituée par les effets du contrat⁵.

Ce faisant, il est alors possible de distinguer l'objet des pouvoirs contractuel et leur but, c'est-à-dire, leur finalité. À titre d'illustration, s'il a pu être observé que le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier a pour objet le rapport d'obligation né du contrat qu'il anéantit, il convient de retenir que son but, sa finalité, consiste à sanctionner le cocontractant fautif.

Une fois levée l'ambiguïté liée au caractère polysémique de la notion d'objet, il est alors possible d'essayer d'identifier les buts que peuvent poursuivre les pouvoirs contractuels.

c. *La poursuite de buts différents.*

292. Les pouvoirs contractuels n'ont pas tous le même but.- Si tous les pouvoirs contractuels sont des prérogatives finalisées, en revanche, tous ne répondent pas à la même

¹ v. : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III, V° Objet, sens n° 4 : « Chose, dans un sens indéterminé ».

² Rapp. : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*, V° Objet, sens n° 6 : « Tout ce qui sert de matière à une science, à un art, à une œuvre littéraire ». Comp. : *Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° Objet, sens B, n° 4 : « chose abstraite sur quoi s'exerce intentionnellement une activité de l'esprit ».

³ v. : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*, V° Objet, sens n° 8 ; *Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° Objet, sens B, n° 2.

⁴ v. : *supra*, n° 112, p. 129 et s.

⁵ Au sujet de l'objet des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire la modification des effets, tant obligationnels que non-obligationnels, du contrat, v. : *supra*, Chapitre II, l'objet des pouvoirs contractuels, n° 109 et s., p. 128 et s.

fonction. Ils n'ont donc pas tous la même finalité, c'est-à-dire le même but. Aussi, l'observation des solutions du droit positif et des analyses doctrinales doit permettre de montrer que chaque type de pouvoir contractuel dispose d'une finalité qui lui est propre. Quelques exemples pourront être ici pris pour illustrer ces propos.

293. Finalité des pouvoirs de résolution.- Pour commencer, il est possible de s'intéresser à la finalité des pouvoirs issus du mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et de la clause résolutoire. Présentés dans une section du Code civil relative aux différentes sanctions de l'inexécution¹, ces pouvoirs contractuels ont logiquement pour finalité, c'est-à-dire pour « raison d'être », de sanctionner l'inexécution commise par le cocontractant². De manière comparable, il est possible d'observer qu'un licenciement décidé par l'employeur en vertu de son pouvoir disciplinaire a naturellement pour finalité de sanctionner les manquements fautifs du salarié à ses obligations.

294. Finalité des pouvoirs issus des clauses de dédit.- Peut, ensuite, être recherchée la finalité des pouvoirs issus des clauses de dédit. Pour cela, il convient de partir de l'observation selon laquelle la jurisprudence s'autorise à contrôler l'exercice du pouvoir issu des clauses de dédit. À ce propos, elle refuse que le pouvoir de se dédire puisse produire quelque effet dès lors qu'il est invoqué dans un objectif autre que celui que les parties avaient pu anticiper. Ainsi, la mise en œuvre d'une clause de dédit à des pures fins de renégociation du contrat a-t-elle pu être jugée comme étant abusivement étrangère à la finalité normale d'une telle clause³. L'exercice du pouvoir de se dédire ne pouvant, de ce fait, produire quelque effet. La doctrine en déduit alors que la finalité classique d'une clause de dédit est de permettre à son bénéficiaire de sauvegarder sa liberté en échappant à l'exécution future du contrat⁴. Le pouvoir issu d'une clause de dédit répond donc à l'accomplissement d'un but objectivement défini⁵ qui n'est, évidemment, pas le même que celui des pouvoirs de sanction de l'inexécution.

¹ Les sanctions de l'inexécution sont présentées dans une section V intitulée : « l'inexécution du contrat », au cœur d'un chapitre IV dédié aux effets du contrat.

² Rappr. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 423, p. 236, où l'auteure identifie la finalité de clause résolutoire en retenant que celle-ci : « a pour raison d'être de sanctionner celui qui continue de défaillir dans l'exécution d'une obligation là où il aurait pu s'amender ».

³ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 1976, n° 75-10854, *Bull. civ.* III, n° 199, p. 155 ; D. 1978, p. 269, note J.-J. TAISNE ; Defrénois 1977, p. 476, note J.-L. AUBERT. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a admis que les juges du fond aient pu déduire des « éléments par eux souverainement appréciés [...] que la faculté de dédit ayant été exercée de mauvaise foi, ce dédit ne pouvait produire aucun effet juridique ». En l'espèce, il s'agissait de la vente d'un appartement. Le vendeur qui prétendait invoquer le dédit avait subordonné la réalisation de la promesse synallagmatique de vente à des conditions qui ne lui étaient pas rattachées – à savoir, le paiement d'une somme complémentaire correspondant au mobilier garnissant l'appartement –. Il est possible de rejoindre l'analyse selon laquelle les juges critiquent ici, en caractérisant un exercice de mauvaise foi du pouvoir de se dédire, le fait que le vendeur invoquait la clause comme une menace afin d'obtenir des conditions plus favorables.

⁴ v. par ex. : W. DROSS, *Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé, op. cit.*, p. 41

⁵ Si le pouvoir de se dédire répond à une cause-finale objectivée, cela ne signifie pas, pour autant, que son exercice soit nécessairement subordonné à une cause-efficientie prédéterminée de manière objective. Les raisons, c'est-à-dire les motifs efficients justifiant la mise en œuvre du dédit, pouvant être, pour leur part, abandonnés au libre arbitre de leur titulaire, d'où l'idée généralement soutenue selon laquelle le pouvoir de se dédire serait discrétionnaire. Ici cela signifie seulement que la cause-efficientie de l'acte qui consiste à se dédire n'est pas objectivée. (v. : *infra*, n° 299, spéc., p. 329).

295. **Finalité des pouvoirs issus des clauses d'essai.**- Aussi, il est possible de rechercher la finalité des pouvoirs issus des clauses d'essai. Il convient d'observer que la finalité des pouvoirs issus des clauses d'essai est susceptible de varier en fonction du contexte dans lequel ils s'inscrivent, qu'il s'agisse, d'un contrat de travail ou d'un contrat de vente.

Dans le cadre des contrats de travail, la jurisprudence retient que le pouvoir octroyé à l'employeur de rompre le contrat dans des conditions qui dérogent à la réglementation du licenciement correspond à une finalité particulière : celle d'apprécier « la valeur professionnelle du salarié »¹, ou encore, selon une autre formule, d'apprécier ses « qualités professionnelles »². De tels pouvoirs ne sauraient donc être mis en œuvre que pour sanctionner³ l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté.

Dans le cadre des contrats de vente, la jurisprudence a pu priver de tout effet la rupture du contrat décidée par l'acheteur en vertu du pouvoir que lui conférait une clause d'essai, et cela, dans la mesure où celui-ci n'avait même pas pu essayer le matériel acheté à l'essai, faute d'avoir reçu la totalité de ses éléments⁴. Le pouvoir ne pouvait donc être ici mis en œuvre conformément à sa finalité qui consiste à sanctionner l'inaptitude du bien à répondre aux besoins de l'acheteur.

296. **Finalité des pouvoirs issus des clauses d'agrément.**- Encore, peut-on tenter de dégager la finalité des pouvoirs conférés par les clauses d'agrément. Deux types de clauses d'agrément seront distinguées.

Le premier type de clause d'agrément correspond aux stipulations contractuelles qui confèrent à l'une des parties le pouvoir, à l'occasion d'une opération de cession de contrat, de contrôler la qualité du cessionnaire. Le titulaire du pouvoir d'agrément étant alors à même d'autoriser ou de refuser la cession du contrat. La jurisprudence retient que la finalité de ces pouvoirs est de protéger l'agréant contre le risque de se voir imposer un cocontractant qui ne réunirait pas les conditions ou les garanties que lui donne le cocontractant initial⁵.

Le second type de clause d'agrément se rapporte aux stipulations qui réservent à des acteurs le pouvoir de contrôler la conformité du scénario définitif du projet de film qu'ils se

¹ v. : Cass. soc. 20 novembre 2007, *Bull. civ.* V, n° 194, D. 2008, p. 196, note J. MOULY.

² v. : Cass. soc. 10 décembre 2008, *Bull. civ.* V, n° 246, D. 2009, p. 1062, note J. MOULY.

³ Le verbe « sanctionner » ne doit pas être ici considéré sous l'angle de son acception punitive, mais sous l'angle de son acception qui renvoie à l'idée de « confirmation » ou de « consécration » d'un fait – ici, l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté –.

⁴ v. : Cass. com. 22 mai 1991, n° 89-13817, dans lequel la Cour énonce notamment : « la cour d'appel, en l'état du litige a, par ce seul motif, décidé à bon droit que la notification effectuée par la société Pouvreau était sans effet, faute pour celle-ci d'avoir procédé à l'essai lui permettant d'apprécier si le matériel ne convenait pas, condition à laquelle le contrat subordonnait la renonciation à la vente ».

⁵ La fonction de la clause d'agrément a pu notamment être précisée par la Cour de cassation dans un contexte de cession d'un contrat de bail : « sa fin est de protéger le bailleur contre le risque de se voir imposer un cocontractant qui ne réunirait pas les conditions ou ne présenterait pas les garanties auxquelles il est légitimement en droit de prétendre. v. : Cass. com. 19 février 1963, JCP. 1963, II, n° 13299, note F. GIVORD. Comp. : Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 1982, JCP. 1982, IV, où la Cour retient que les clauses d'agrément stipulées en matière de bail commercial sont licites dans la mesure où elles n'ont pas pour finalité d'interdire la cession du contrat mais de permettre au bailleur de contrôler : « la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel ».

sont engagés à tourner à leur sensibilité artistique. Ce type de pouvoir contractuel, qui permet aux acteurs de préciser unilatéralement l'objet de leur prestation en leur conférant la possibilité de choisir parmi plusieurs scénarios celui qui convient le mieux à leur sensibilité artistique et à leur image, a ainsi pour finalité de sauvegarder les intérêts moraux des artistes, et non leurs intérêts pécuniaires. De la sorte, si un acteur fait usage de son pouvoir dans un but économique, par exemple, pour faire échouer le projet de film dans lequel il s'était engagé à figurer, et cela, afin de pouvoir répondre positivement à une proposition mieux rémunérée qui lui a été faite ultérieurement, celui-ci ne respecte pas la finalité objectivement assignée à son pouvoir¹.

297. Finalité du pouvoir de détermination du prix.- Enfin, et pour terminer cette analyse destinée à mettre en évidence que tous les pouvoirs contractuels n'ont pas le même but, il conviendra de chercher à identifier la finalité du pouvoir de détermination unilatérale du prix. Si le pouvoir de détermination unilatérale du prix a pour objet de préciser la quotité de la prestation du débiteur, sa finalité consiste, semble-t-il, à définir l'équilibre d'un contrat-commutation². Aussi, il doit être observé que cette finalité objective peut connaître des nuances en fonction du type de contrat dans lequel s'inscrit le pouvoir de détermination du prix, ce qui va alors influencer sur la conception de l'équilibre de l'échange.

D'une part, le pouvoir de détermination unilatérale du prix peut s'inscrire dans le cadre d'un contrat-commutation isolé. La réforme du droit des contrats confère, en effet, dans l'hypothèse des contrats de prestation de service, le pouvoir au créancier du prix d'en déterminer seul la quotité³. Dans cette situation, le titulaire du pouvoir de fixer le prix devra définir l'équilibre du contrat de prestation de service. Il doit être observé que le titulaire du pouvoir ne méconnaîtra pas la finalité assignée à son pouvoir du seul fait que le prix fixé ne serait pas « équilibré », c'est-à-dire, du seul fait qu'il ne satisferait pas, à proportion égale, l'intérêt de chacune des parties. La consécration du déséquilibre structurel entre les parties, en raison de la reconnaissance d'un rapport de pouvoir, interdit, en effet, de déclarer le prix abusif en cela seul qu'il ne serait pas parfaitement équilibré⁴.

Le titulaire du pouvoir de détermination du prix ne méconnaîtra véritablement la finalité objective assignée à son pouvoir qu'à partir du moment où il viendra fixer un prix qui prive le cocontractant de tout intérêt au contrat. En effet, le pouvoir de détermination unilatérale du prix ayant pour finalité de définir l'équilibre des intérêts des parties au contrat, nier l'intérêt du cocontractant – en fixant un prix qui le prive de tout intérêt au contrat – revient à faire fi de toute forme d'équilibre, et donc à méconnaître la finalité du pouvoir de détermination du prix.

¹ v. : CA Paris, 30 mai 1961, D. 1961, p. 669, note G. LYON-CAEN. Dans cette affaire célèbre, l'acteur CURD JURGENS refusait systématiquement d'agréer les scénarii qu'on lui proposait dans la mesure où il entendait se rendre disponible pour tourner, à la même période, un autre film, aux retombées économiques bien plus intéressantes.

² Autrement dit, le titulaire du pouvoir de fixer le prix définit-il l'équilibre des intérêts des parties à un contrat réalisant un transfert de valeurs (ici bilatéral).

³ Toutefois, pour que ce pouvoir existe, le nouvel art. 1165 du C. civ. précise qu'il ne doit pas y avoir eu d'accord des parties sur le prix avant exécution.

⁴ Pour une telle observation, v. : Th. REVET, « *La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance* », art. préc., n° 15, spéc., p. 46.

La finalité du pouvoir sera méconnue, et donc l'abus caractérisé, à compter du moment où la contrepartie obtenue du créancier apparaîtra comme étant dérisoire au regard du prix demandé¹.

Si le seuil de l'abus apparaît alors très élevé, il n'en est pas moins conforme au principe classique selon lequel l'équivalence objective des prestations n'est pas une condition de validité du contrat. Seule l'absence totale de contrepartie, c'est-à-dire la rupture totale de l'équilibre, est donc susceptible d'être sanctionnée dans l'hypothèse d'un contrat-commutation isolé.

D'autre part, le pouvoir de détermination unilatérale du prix peut s'inscrire dans le contexte d'un contrat-cadre, qu'il s'agisse, par exemple, d'un contrat de concession commerciale, de franchise, ou encore, de location-entretien, où il sert alors à définir l'équilibre des contrats d'application. Les contrats d'application sont alors des contrats-commutation qui prennent généralement la forme de contrats de vente destinés à alimenter le franchisé ou le concessionnaire en matières premières ou en produits finis à écouler. Mais il peut également s'agir de contrats de prestation de service dont l'objet peut être la mise à jour du savoir-faire en matière de franchise, ou encore, l'entretien du matériel fourni ou son remplacement par un équipement plus performant dans l'hypothèse d'un contrat de location-entretien.

Si les parties ont pu expressément imprimer une finalité particulière au pouvoir de détermination unilatérale du prix, en sus de celle consiste à définir l'équilibre de l'échange, il convient, en cas de silence de celles-ci, de rechercher la finalité implicite de ce pouvoir au regard de l'opération contractuelle envisagée. Deux finalités particulières susceptibles d'être assignées au pouvoir de détermination unilatérale du prix sont traditionnellement identifiées par la doctrine : répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique², ou encore, adapter le prix aux évolutions du marché³.

L'identification de la finalité du pouvoir de détermination du prix permet alors, en fixant les limites objectives afférant à son but, de tracer une partie des frontières de l'abus⁴. Les évolutions des coûts ou l'adaptation au prix du marché constituent, par conséquent, la mesure du pouvoir de faire varier le prix.

Mais, il ne s'agit pas du seul encadrement de la finalité du pouvoir de fixation du prix qui est susceptible d'exister. En effet, dans l'hypothèse des contrats-cadre qui créent une situation de dépendance professionnelle via la stipulation d'une clause d'exclusivité⁵, le

¹ Rappr. : M.-A. FRISON-ROCHE, « *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix* », art. préc., spéc., n° 39 : « il y a abus dans la fixation du prix lorsque l'équilibre entre les contreparties est totalement méconnu ».

² v. par ex. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 748, p. 544-545, où l'auteur rattache plus particulièrement cette finalité aux contrats de location-entretien. La rapidité des mutations technologiques et la nécessité de s'y adapter rendant impensable la possibilité de figer une fois pour toutes le prix. Pour l'auteur : « la clause de révision du prix est en quelque sorte une simple clause d'adaptation [...] ».

³ v. par ex. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 750, p. 546, où l'auteur rattache cette finalité aux contrats de distribution.

⁴ Rappr. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 754, p. 549, où l'auteur énonce qu'une fois identifiée, « la finalité de la clause peut être sans crainte donnée comme critère de l'abus ». Adde, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. GHESTIN, Dalloz, 2004, n° 970 et s. (Le non-respect de la finalité objective attachée au pouvoir contractuel permettra alors de caractériser l'existence d'un dépassement de pouvoir. Au sujet de ce contrôle qui n'est d'ailleurs pas appelé à se limiter au seul contrôle de la cause finale objective, v. : *infra*, n° 430 et s., p. 475 et s.).

⁵ v. sur ce point : Th. REVET, « *La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance* », art. préc., n° 7, p. 41.

pouvoir de fixer le prix doit répondre à un objectif supplémentaire qui est de permettre au cocontractant « un fonctionnement normal de son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne »¹. Plus précisément, cela signifie que l'exercice du pouvoir de détermination du prix ne doit pas conduire à annihiler la rentabilité de l'affaire du cocontractant².

Par conséquent, dans les contrats-cadre, le pouvoir de détermination du prix peut être amené à respecter certaines finalités particulières qui vont, alors, influencer sur la conception de l'équilibre de l'échange. Cela signifie donc que selon la finalité assignée au pouvoir de détermination du prix, l'équilibre du contrat d'application sera considéré comme rompu et, de la sorte, la finalité du pouvoir méconnue, dans des situations différentes. D'abord, si la finalité du pouvoir est d'adapter le prix aux évolutions du marché, l'abus sera caractérisé en présence d'un décrochage trop important par rapport au prix du marché. Ensuite, si la finalité du pouvoir est de s'adapter à l'évolution des coûts, l'abus sera caractérisé en présence d'un prix qui ne se contente pas de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique. Enfin, dans les contrats-cadre qui créent une relation de dépendance, le pouvoir de fixation du prix doit garantir une certaine rentabilité au cocontractant. Dès lors, le déséquilibre excessif sera caractérisé si le prix fixé prive l'exploitation réalisée par le contractant en situation de dépendance de son caractère rentable.

Aussi, il doit être précisé que ces différentes exigences relatives à la finalité du pouvoir de détermination du prix sont susceptibles de s'appliquer concurremment. Ce pouvoir peut ainsi avoir, par exemple, pour finalité, d'adapter les prix aux évolutions du marché, mais également de garantir une certaine rentabilité au cocontractant dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre d'une relation de dépendance. Ces finalités ne se chevauchent pas car un prix qui suit l'évolution du marché peut, dans le cadre d'une situation de dépendance, priver l'exploitation réalisée par le cocontractant de son caractère rentable.

À travers l'affinement des finalités assignées au pouvoir de détermination du prix, on constate donc, dans l'hypothèse des contrats-cadre, une hausse de la prise en considération de l'intérêt du cocontractant³. En effet, plus l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir est défini précisément, plus la marge de manœuvre du titulaire du pouvoir est

¹ v. : Th. REVET, « *La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance* », art. préc., n° 16, p. 46. Rapp. : Ch. JAMIN, « *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives* », JCP G. 1996, I, n° 3959, spéc., n° 8, où l'auteur retient que : « l'une des parties abuse du droit qui lui est reconnu de fixer unilatéralement le prix, lorsqu'elle se réserve un profit qui ne permet plus à l'autre de retirer celui qu'elle est aussi en droit d'attendre de l'exécution du contrat, rompant ainsi son équilibre ».

² v. sur ce point : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 482, spéc., p. 395.

³ Rapp. : J. ROCHFELD, « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », art. préc., spéc., p. 47, où l'auteur retient : « le vernis moderne de la flexibilité ne devrait pas masquer les dangers qu'elle recèle. Elle peut paraître séduisante et nécessaire en pratique, appliquée à des contrats dont la structure ne peut effectivement être rigide. Mais elle peut couvrir également un véritable asservissement de l'une des parties par l'autre. Reposant sur une multiplication de prérogatives unilatérales, cette flexibilité peut ainsi, au sein de relations contractuelles déséquilibrées – dont on trouve évidemment l'illustration dans les contrats-cadres –, systématiquement jouer au détriment du contractant le plus faible, pris au piège d'une relation de longue durée. C'est pourquoi il est important de mettre en évidence la seconde implication du changement de paradigme, propre à contrebalancer la première : l'exigence accrue de considération des intérêts réciproques ».

réduite, et plus l'intérêt du cocontractant est protégé¹. Cette exigence d'une prise en considération accrue des intérêts du cocontractant, notamment dans les contrats-cadre de franchise et de concession, est une conclusion à laquelle aboutissent également les analyses consacrées au contrat-coopération². Si les conclusions proposées en matière de contrats de dépendance et en matière de contrat-coopération se rejoignent, c'est dans la mesure où les contrats de franchise et de concession qui sont analysés comme des contrats-coopération, créent généralement une situation de dépendance au moyen de la stipulation d'une clause d'exclusivité.

298. **Point d'étape.-** Ce bref tour d'horizon a permis de mettre en évidence que tous les pouvoirs contractuels sont assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, mais que celui-ci n'est pas nécessairement le même pour chacun. Si les pouvoirs contractuels ont pour caractéristique commune d'être assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, il semblerait, cependant, que ce soit là leur seul point commun. En effet, il conviendra de voir que, pour certains pouvoirs contractuels, le processus de finalisation s'arrête à la seule définition objective du but à poursuivre. Ainsi, la définition objective du but à poursuivre constituerait, pour certains pouvoirs contractuels, un degré maximum d'objectivation.

2. *Un maximum pour certains pouvoirs contractuels.*

299. **Le processus de finalisation limité à la définition objective d'un but.-** Pour certains pouvoirs contractuels, le processus d'objectivation de leurs conditions d'exercice s'arrête à la définition du but que doit poursuivre leur titulaire. Cela signifie, qu'en dehors du but, qui fait l'objet d'une prédétermination objective, la détermination des autres conditions de mise en œuvre du pouvoir est abandonnée au subjectivisme, c'est-à-dire au libre arbitre, de leurs titulaires. Ainsi, les motifs efficients, c'est-à-dire les raisons qui constituent le « parce que » justifiant la mise en œuvre du pouvoir, peuvent être soustraits à toute forme de contrôle, et donc, à toute forme d'objectivation.

Cette situation se rencontre, notamment, dans le cadre des pouvoirs de rétractation offerts aux consommateurs. En effet, que ce soit en matière de contrats conclus à distance ou hors établissements³, mais aussi, en matière de contrats portant sur des services financiers⁴, ou

¹ Au sujet de la définition de l'équilibre des intérêts dans le rapport de pouvoir, v. : *infra*, n° 315 et s., p. 343 et s.

² v. en ce sens : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 475, p. 387, où l'auteure affirme que dans le titulaire du pouvoir doit : « dans le contrat-coopération prendre davantage en considération l'intérêt de son cocontractant », et n° 482, spéc., p. 395, pour une application de ce principe au pouvoir de détermination du prix.

³ v. : l'art. L. 221-18 al. 1^{er} du C. consom., qui dispose notamment que : « le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, *sans avoir à motiver sa décision* [...] ». (Nous soulignons).

⁴ v. : l'art. L. 222-7 al. 1^{er} du C. consom. qui dispose : « 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 ». (Nous soulignons).
prévoit un délai de rétractation de quatorze jours.

encore, dans le cadre des contrats de crédit à la consommation¹, la loi ne soumet pas l'exercice du pouvoir de rétractation à la justification d'un motif, autrement dit d'un « parce que », objectivement défini. Si les raisons qui justifient l'exercice du pouvoir de rétractation sont abandonnées au subjectivisme de leurs titulaires², il convient toutefois de préciser que la mise en œuvre d'un tel pouvoir doit répondre à la finalité qui lui est objectivement assignée, à savoir, permettre au consommateur de recouvrer sa liberté. Le processus d'objectivation des conditions d'exercice du pouvoir de rétractation s'arrête donc à la cause-finale, c'est-à-dire au « pour », et ne s'étend pas à la cause-efficiente, c'est-à-dire au « parce-que ».

Plusieurs autres pouvoirs contractuels semblent être dans une situation analogue à celle des droits de rétractation.

Il peut s'agir, tout d'abord, des pouvoirs de résiliation présents dans les contrats à durée indéterminée. En effet, si leur exercice répond à une finalité objective qui est de préserver la liberté individuelle de leurs titulaires³, ces derniers n'ont pas à justifier d'un quelconque motif pour se délier⁴. La même solution prévaut en matière de démission, qui s'analyse comme un pouvoir de résiliation unilatérale dont la jouissance est conférée au salarié dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée⁵.

Ensuite, il peut être question des pouvoirs issus des clauses d'essai stipulées dans le cadre des contrats de vente. S'il a pu être observé que la finalité de ces pouvoirs est de sanctionner l'inaptitude du bien à répondre aux besoins de l'acheteur⁶, en revanche, les motifs-efficients, c'est-à-dire les raisons, qui justifient l'anéantissement du contrat sont, dans la

¹ v. : l'art. L. 312-19 du C. consom. qui dispose notamment que : « L'emprunteur peut se rétracter *sans motifs* dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit ». (Nous soulignons).

² Cela signifie que les raisons, c'est-à-dire les motifs-efficients, qui justifient l'exercice d'un pouvoir de rétractation de la part d'un consommateur peuvent être aussi subjectives qu'un « parce que j'ai changé d'avis » ou « parce que je n'en veux plus ».

³ v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 479, p. 493, où les auteurs retiennent que, dans les contrats à durée indéterminée, le pouvoir de se dégager unilatéralement se relie à la prohibition des engagements perpétuels et « a pour but la sauvegarde de la liberté individuelle et la préservation de la libre concurrence ».

⁴ v. par ex. : Cass. com. 15 décembre 1969, *Bull. civ.* n° 364, où la Cour censure pour défaut de base légale la décision des juges du fond qui, après avoir déclaré à juste titre qu'un concédant peut librement mettre fin au contrat de concession exclusive à durée indéterminée à la condition de ne pas agir abusivement, lui impose la charge de rapporter la preuve de l'existence d'un juste motif de résiliation du contrat ; Cass. com. 5 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149, p. 118 ; Cass. com. 26 janvier 2010, *Bull. civ.* IV, n° 18, où la Cour retient notamment : « qu'en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci [...] ». Adde, D. MAZEAUD, « *Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs !* », in D. 2010, p. 2178 et s., spéc., n° 2, où l'auteur constate : « C'est clair et net ! Le droit de résilier unilatéralement un contrat dont le terme extinctif n'a pas été contractuellement fixé, comme celui de ne pas prolonger un contrat dont le terme extinctif est échu ne sont pas des droits discrétionnaires : leur exercice est susceptible d'abus. Mais si les circonstances et les conditions objectives de la rupture peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, *les motifs qui ont conduit son auteur à dénouer le lien contractuel ou à ne pas le renouer échappent à toute investigation du juge* ». (Nous soulignons).

⁵ v. : Cass. soc. 22 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 204, p. 139, où la Cour casse l'arrêt d'appel ayant condamné un salarié à payer des dommages-intérêts à son ancien employeur au motif que la démission n'était pas justifiée par les motifs avancés. Il ressort alors de l'arrêt que le pouvoir de démissionner ne répond pas à des motifs-efficients prédéfinis de manière objective.

⁶ v. : *supra*, n° 295, p. 323.

majorité des situations¹, abandonnées au subjectivisme de leurs titulaires. Ainsi, en va-t-il notamment lorsque l'appréciation des qualités des choses vendues à l'essai, comme un livre, un vêtement, ou même, une automobile, a un caractère éminemment subjectif. La difficulté qui existe à définir objectivement les qualités d'un livre, d'un vêtement ou encore d'une automobile, de même que le plaisir qu'ils peuvent procurer à leurs acheteurs, rend alors délicate, voire même impossible, toute définition d'un motif objectif qui devrait être avancé pour anéantir le contrat. Hormis cette limite factuelle, il a également pu être observé, qu'en pratique, les hypothèses dans lesquelles l'essai revêt un caractère objectif sont rares². La clause d'essai étant le plus souvent stipulée afin d'intégrer dans la convention des éléments subjectifs³. Ici, ce sont donc les motifs-efficients, c'est-à-dire les raisons de l'anéantissement du contrat, qui sont subjectifs.

Enfin, il est possible de constater que les pouvoirs issus des clauses de dédit, lorsque le dédit est stipulé à titre gratuit⁴, sont dans la même situation que les pouvoirs contractuels précités. En effet, à l'image des pouvoirs précédents, les pouvoirs issus des clauses de dédit répondent à une finalité définie de manière objective. Plus précisément, il s'agit, ici, pour les titulaires du pouvoir de se dédire, de sauvegarder leur liberté en échappant à l'exécution future du contrat⁵. Si l'exercice des pouvoirs issus des clauses de dédit répond à une cause-finale objectivée, en revanche, les raisons qui en justifient l'exercice, c'est-à-dire les motifs-efficients, ne font pas l'objet d'une prédétermination objective : elles sont abandonnées au subjectivisme de leurs titulaires⁶. Il est alors souvent affirmé que le pouvoir de se dédire serait un pouvoir discrétionnaire⁷. La portée d'une telle affirmation ne doit pas tromper. Seules les raisons de l'exercice du dédit sont à la discrétion du titulaire du pouvoir de se dédire, c'est-à-dire que seuls les motifs-efficients sont abandonnés au subjectivisme du titulaire du pouvoir.

Ainsi, pour ces différents pouvoirs contractuels que sont les pouvoirs de rétractation, les pouvoirs de résiliation des contrats à durée indéterminée, les pouvoirs issus des clauses d'essai stipulées dans les contrats de vente, ou encore, les pouvoirs issus des clauses de dédit, le processus d'objectivation de leurs conditions d'exercice se limite à la définition objective du but à poursuivre. Si, à l'image de tous les pouvoirs, ces pouvoirs contractuels se voient assigner un but, ce degré minimum d'objectivation commun à tous les pouvoirs se présente alors pour eux, comme leur degré maximum d'objectivation.

¹ Les parties peuvent, dans certaines situations, essayer de gommer la « subjectivité » de l'essai en soumettant l'anéantissement du contrat à des considérations objectives, telles que le bon fonctionnement d'un véhicule ou d'un matériel informatique.

² v. sur ce point : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 258.

³ *Ibid.*

⁴ Dans l'hypothèse où le dédit est stipulé à titre onéreux, il pourra être observé que le paiement de l'indemnité conventionnellement prévue peut s'analyser comme un moyen qui assortit l'exercice du pouvoir de se dédire, ce qui renforce alors son encadrement objectif. L'encadrement objectif ne sera plus limité à la seule définition de la cause-finale de l'action du titulaire du pouvoir, car il s'étendra également aux moyens à employer. (À propos de l'encadrement objectif des moyens pécuniaires à employer, v. : *infra*, n° 312, p. 339 et s.)

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 294, p. 324.

⁶ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 112, p. 83, où l'auteur retient : « Le bénéficiaire de la clause de dédit peut exercer librement la faculté qui lui est ainsi ouverte, sans avoir de motifs à fournir ».

⁷ v. par ex. : W. DROSS, *Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, op. cit., p. 46.

300. **Conclusions sur la définition objective d'un but.**- Des observations réalisées, il ressort que les pouvoirs contractuels, en qualité de prérogatives finalisées, se voient tous assigner la réalisation d'un but objectivement défini. La définition objective d'un but à réaliser se présente, alors, comme une caractéristique commune à tous les pouvoirs contractuels. Aussi, la définition objective du but à réaliser permet-elle de garantir une prise en compte minimale des intérêts du cocontractant. En effet, soumettre l'exercice des pouvoirs contractuels à la réalisation d'un but objectivement prédéfini, permet de ne pas abandonner la détermination de l'ensemble des conditions de mise en œuvre du pouvoir aux seules considérations subjectives de son titulaire. Il s'agit, par ce moyen, de faire obstacle à une mise en œuvre arbitraire et d'assurer une certaine forme de prévisibilité, ce qui garantit un respect minimum pour les intérêts du cocontractant.

À ce propos, il a pu être observé que, chez certains pouvoirs contractuels, le processus d'objectivation connaît pour maximum – ou autrement dit, s'arrête à – la définition objective du but que doit poursuivre leur titulaire. Ces pouvoirs contractuels qui répondent au degré minimum d'objectivation que partagent tous les pouvoirs, garantissent alors un respect minimal aux intérêts du cocontractant.

Cependant, il est possible d'aller plus loin sur le chemin de la prise en compte des intérêts du cocontractant en renforçant l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. En effet, pour un bon nombre de pouvoirs contractuels, la définition objective d'un but à réaliser ne constitue qu'un premier degré d'objectivation de leurs conditions d'exercice. Il conviendra, alors, de montrer, qu'en sus de répondre à la réalisation d'un but objectivement défini, certains pouvoirs contractuels peuvent voir d'autres conditions afférentes à leur exercice soumises à un encadrement objectif. Il existerait donc des modalités d'objectivation plus poussées auxquelles pourraient être soumis les pouvoirs contractuels.

B. L'existence de modalités d'objectivation plus poussées.

301. **Deux manières de renforcer l'encadrement objectif.**- Afin de réduire la part dévolue au subjectivisme, c'est-à-dire au libre arbitre, du titulaire d'un pouvoir contractuel, l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre de son pouvoir peut être renforcé. Cet encadrement renforcé, c'est-à-dire cette hausse du degré d'objectivation, qui permet de garantir une plus grande prise en considération des intérêts du cocontractant, peut se manifester de deux manières.

Il peut s'agir, d'une part, de définir de manière objective les raisons, c'est-à-dire les motifs-efficients, qui doivent justifier l'exercice du pouvoir. Il sera alors question d'analyser ce que l'on peut appeler l'objectivation des motifs-efficients (1). Il peut s'agir, d'autre part, de définir de manière objective les moyens auxquels doit nécessairement recourir le titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de sa mise en œuvre. Il sera alors question d'étudier de ce que l'on peut dénommer l'objectivation des moyens (2).

1. L'objectivation des motifs-efficients.

302. **La définition objective de la cause-efficiente : l'objectivation du « parce que ».**- L'exercice de certains pouvoirs contractuels est subordonné à la réalisation d'un événement objectivement défini qui constitue alors le motif-efficient, c'est-à-dire la raison objective, ou même, pourrait-on dire, la « raison objectivée » par la loi, la jurisprudence, les usages, ou encore, la volonté des parties, sur laquelle doit s'appuyer la volonté du titulaire du pouvoir pour que celui-ci puisse produire ses effets¹.

Aussi, avant de donner quelques illustrations de pouvoirs contractuels dont les motifs de mise en œuvre sont objectivés, il convient de bien distinguer cette exigence d'un motif objectif propre à justifier l'action du titulaire du pouvoir, qui est une exigence de type substantielle, de l'exigence de motivation, qui est, pour sa part, une exigence de type formelle contraignant le titulaire d'un pouvoir à communiquer les motifs, c'est-à-dire les causes, les raisons substantielles, de sa mise en œuvre².

303. **L'objectivation des motifs de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.**- En guise de première illustration, il est possible de faire allusion au pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Si ce pouvoir a pour finalité, c'est-à-dire pour cause finale, de sanctionner l'inexécution commise par le débiteur, sa mise en œuvre est subordonnée par la loi à une « inexécution suffisamment grave »³. L'inexécution suffisamment grave constitue le motif-efficient, autrement dit la cause-efficiente, le « parce que », justifiant l'exercice du pouvoir de résolution.

Cependant, il semble très délicat de préciser les contours de « l'inexécution suffisamment grave » en raison de l'appartenance des termes « suffisamment » et « grave » à la catégorie des standards juridiques. Les standards sont des notions juridiques aux contours indéterminés qui sont contenues dans des énoncés normatifs⁴. Étant donné que les standards ne peuvent faire l'objet d'une définition générale *a priori*, l'application d'une règle de droit contenant un standard nécessitera une appréciation au cas par cas. Certains auteurs ont ainsi pu faire observer que la quête d'une définition préalable et précise du « manquement grave » justifiant la résolution judiciaire ou unilatérale⁵ était un mythe⁶.

¹ On reconnaît alors ici les éléments constitutifs de l'acte juridique dans sa conception moderne. La volonté (élément de type subjectif) doit s'appuyer sur une norme de droit objectif (élément de type objectif) pour produire des effets de droit. (Sur ce point, v. : *supra*, n° 162, p. 178 et s.).

² À propos de l'exigence formelle de motivation, v. : *infra*, n° 490 et s., p. 583 et s.

³ v. : le nouvel art. 1224 du C. civ. qui dispose : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, *en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur* ou d'une décision de justice ». (Nous soulignons).

⁴ À propos des standards juridiques et de leur utilisation en matière de pouvoirs contractuels pour exprimer formellement l'encadrement objectif de leurs conditions de mise en œuvre, v. : *infra*, n° 324 et s., p. 351 et s.

⁵ Les constats opérés dans le cadre de la résolution judiciaire doivent, en effet, pouvoir être transposés à la résolution unilatérale puisque la gravité du manquement justifiant la résolution dans le cadre de cette dernière doit s'apprécier de manière identique à celle invoquée dans le cadre de la résolution judiciaire. v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.* n° 661, p. 671.

⁶ v. en ce sens l'analyse pénétrante et très détaillée de : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 377 et s., p. 273 et s. où l'auteur dénonce le mythe d'une approche dogmatique du manquement résolutoire, et spéc. n° 412, p. 296, où l'auteur constate : « On se rend vite compte que cette gravité [du

Bien qu'il soit impossible de définir, *a priori*, le contenu d'un standard, rien n'empêche, *a posteriori*, de prendre appui sur les solutions retenues par la jurisprudence pour essayer de dégager, de manière empirique, des critères qui permettent d'apprécier ce qu'est une « inexécution suffisamment grave ». Il a alors pu être montré que la caractérisation de ce manquement reposait sur l'appréciation combinée d'éléments objectifs relatifs à la nature de l'obligation inexécutée¹ et d'éléments subjectifs relatifs au comportement du débiteur dont le caractère prépondérant a été souligné².

Aussi, dans l'optique de tenir compte de la spécificité des contrats-coopération, il a pu être proposé d'adapter la définition du manquement grave susceptible de justifier l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale³. Le manquement à même de justifier la résolution unilatérale

manquement] n'a pas grande signification abstraitement : une fois énoncé que le manquement devait être grave pour permettre la résolution, on n'a rien dit du tout en ayant d'ailleurs l'illusion d'avoir dit quelque chose. *Le manquement grave n'existe pas, il n'y a que des manquements graves, à raison des circonstances de la cause [...].* (L'auteur souligne). Adde, Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*, n° 236, p. 321, qui constate « qu'il n'y a pas d'inexécution 'suffisamment grave' en soi ».

¹ La distinction entre les manquements aux obligations principales et les manquements aux obligations accessoires, fut originellement le critère permettant de faire le départ entre les manquements qui justifient la résolution du contrat et les manquements qui ne justifient pas la résolution du contrat. Seule l'inexécution des obligations principales justifiant la résolution, v. en ce sens : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, n° 154, spéc., p. 334-335, note n° 3, où l'auteur retient qu'il n'existe : « qu'une seule espèce de résolution judiciaire, laquelle est prononcée au cas d'inexécution totale ou partielle des obligations contractées par l'une des parties, *et seulement quand il s'agit d'obligations principales* » (L'auteur souligne). Cependant, le critère objectif relatif à la nature de l'obligation inexécutée est apparu insuffisant dans la mesure où il ne permet pas d'expliquer la résolution en cas de manquement à une obligation accessoire, v. par ex. : Cass. civ. 25 juin 1996, *Bull. civ.* n° 274, p. 192, pour une obligation d'information et de conseil dans une vente. Adde, Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille III, 1981, n° 142, p. 174, où l'auteur met en évidence que la jurisprudence : « n'est pas enfermée dans la distinction, pourtant préconisée par certains auteurs, des obligations essentielles, dont l'inexécution entraînerait la résolution de la convention, et des obligations accessoires dont la violation permettrait seulement l'allocation de dommages-intérêts. Le système qu'elle a mis en place est plus souple, plus nuancé, reposant sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond [...].

Comp. l'évolution du droit anglais, qui est parti d'une distinction rigide et objective des manquements selon la nature des obligations (« *terms* ») entre les « *condition* » dont l'inexécution justifie la résolution (« *termination* ») et les « *warranties* » dont l'inexécution donne uniquement droit à des dommages-intérêts, pour se tourner vers un système plus souple suite à l'arrêt : *Hong-Kong Fir Shipping Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* [1962] (2 QB 26), où une troisième catégorie de « *terms* » a été consacrée, les « *innominate terms* » dont l'inexécution n'ouvre droit à la résolution du contrat qu'en cas de « *fundamental breach* », c'est-à-dire quand l'inexécution « *goes to the root of the contract* ». La résolution est donc ici appréciée en fonction de la gravité de ses conséquences, dès lors que le cocontractant perd tout intérêt au contrat. v. sur ces points : J. O'SULLIVAN et J. HILLIARD, *The law of contract, op. cit.*, n° 16.14 et s., p. 360 et s. ; J. BEATSON, A. BUROWS et J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, Oxford University Press, 29^{ème} éd., 2010, p. 506 et s., spéc. p. 521. Pour une analyse des rapports, en langue française, entre l'obligation fondamentale et la « *fundamental breach* », v. : R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000, n° 322 et s., p. 196 et s. et notamment n° 358, spéc., p. 214, où l'auteure conclut sur les rapports entre l'obligation fondamentale et « l'inexécution fondamentale » que : « la *fundamental breach* est une description factuelle pour formuler que l'inexécution du contrat fait perdre à celui-ci son intérêt (économique et juridique). Mais pour arriver à cette conclusion, nous doutons que l'obligation fondamentale soit une condition nécessaire ou suffisante ».

² v. not. en ce sens : S. PELLÉ, « *La réception des correctifs d'équité par le droit* », D. 2011, p. 1230 et s., spéc. n° 7 : « il apparaît très nettement que la jurisprudence civile donne aujourd'hui la priorité au critère subjectif, et donc à l'appréciation du comportement du débiteur ».

³ Une auteure s'oppose cependant à l'existence même du pouvoir de résolution unilatérale dans les contrats-coopération, c'est-à-dire les contrats d'intérêt commun, en raison des risques inhérents à ce mécanisme. v. : M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 408 : « la complexité des relations entre les parties à un contrat d'intérêt commun incite à maintenir un contrôle *a priori* de la part du juge ». Cette prise de position doctrinale ne reflète cependant pas l'état du droit positif dans la mesure où la jurisprudence a pu reconnaître le jeu de la résolution unilatérale dans les contrats de concession (v. par ex. : C.A. Colmar, 7 février 1975, D. 1978, p.

serait une « défaillance du prestataire instrumental ou du prestataire final, bloquant la réalisation de l'opération économique projetée et marquant ainsi son absence de toute volonté de coopération »¹. Cette définition permettrait alors de tenir compte de la réalité du contrat-coopération en adaptant le seuil de gravité du manquement résolutoire à l'hypothèse d'un manquement qui paralyse la réalisation de l'opération économique envisagée².

304. L'objectivation des motifs de mise en œuvre d'une clause résolutoire.- Ensuite, il est possible de faire référence au pouvoir de résolution issu de la stipulation d'une clause résolutoire. Dans cette situation, ce sont les parties, et non la loi, qui définissent elles-mêmes les manquements imputables au débiteur susceptibles de justifier l'exercice du pouvoir de résolution. Cet encadrement objectif des motifs-efficients de résolution permet alors de prévenir une mise en œuvre arbitraire du pouvoir. En effet, le titulaire du pouvoir n'est pas maître des motifs de la résolution. Il ne saurait invoquer son pouvoir en dehors de cas objectivement prédéfinis³ ce qui encadre ses hypothèses de mise en œuvre et garantit, de la sorte, une certaine prévisibilité, c'est-à-dire une certaine sécurité, pour le cocontractant. La prise en compte de ses intérêts est alors renforcée par l'encadrement objectif des motifs de la résolution.

305. L'objectivation des motifs de rupture d'un contrat de travail à l'essai.- La prise en compte des intérêts du cocontractant est également renforcée, dans le cadre des contrats de travail comprenant une clause d'essai, par l'encadrement objectif des motifs de mise en œuvre du pouvoir de résiliation qui est issu de ladite clause⁴. En effet, la jurisprudence considère comme abusive toute rupture de l'essai qui prend appui sur un motif non-inhérent aux aptitudes professionnelles du salarié⁵. La nature des motifs de rupture est donc bien définie de manière objective. L'exercice du pouvoir issu de la clause d'essai ne saurait être justifié que par des

169, note P. ORTSCHIEDT et 23 mars 1979, D. 1980, IR, p. 192) et les contrats d'agence commerciale (v. par ex. : C.A. Toulouse, 17 avril 2003, Juris-Data n° 2003-212735).

¹ v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 523, p. 432 et s., spéc., p. 434-435.

² Pour les tenants du contrat-coopération, il conviendrait, en plus de la définition du manquement résolutoire ici envisagée, de créer un nouveau motif justifiant la résolution de ce type particulier de contrat : la mésentente entre les parties. v. sur ce point : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 532 et s., p. 442 et s. Dès lors qu'une mésentente suffisamment grave, c'est-à-dire une mésentente bloquant la réalisation du projet commun, pourra être imputée au comportement fautif de l'une des parties, son cocontractant pourra recourir au mécanisme de la résolution unilatérale en raison de la violation des conditions d'assujettissement au contrat qui impliquent un comportement positif de coopération.

³ Par exemple, le pouvoir issu d'une clause résolutoire ne pouvant être exercé qu'en raison d'un manquement imputable au débiteur, il ne saurait être justifié par une inexécution non-imputable au débiteur, c'est-à-dire notamment, lorsque celle-ci résulte d'un cas de force majeure. (v. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 2010, *Bull. civ. III*, n° 47 ; JCP G. 2010, n° 18516, obs. M. MEKKI).

⁴ Comp. : l'exercice du pouvoir issu d'une clause d'essai stipulée dans le cadre d'un contrat de vente qui ne repose pas sur des motifs-efficients faisant l'objet d'un encadrement objectif (v. : *supra*, n° 299, spéc., p. 330).

⁵ v. par ex. : Cass. soc. 6 décembre 1995, *Bull. civ. V*, n° 330, p. 235 ; JCP G. 1996, II, n° 22671, note C. PUIGELIER, où il était question d'une rupture d'essai en raison d'un différend antérieur à l'embauche ; Cass. soc. 10 décembre 2008, *Bull. civ. V*, n° 246, où la Cour devait statuer sur un pourvoi dirigé contre un arrêt de cour d'appel qui avait jugé abusive la rupture d'un contrat de travail à l'essai dans la mesure où celle-ci avait pour seul motif un refus du salarié de voir baisser de sa rémunération. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que : « la résiliation du contrat de travail intervenue au cours de la période d'essai étant sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié, la Cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation ».

considérations relatives aux qualités du salarié. Si certaines décisions de justice ont pu affirmer le caractère discrétionnaire du pouvoir conféré à l'employeur de rompre le contrat de travail à l'essai¹, il convient toutefois de relativiser la portée d'une telle affirmation. Ce pouvoir n'est pas un pouvoir discrétionnaire puisque son exercice n'est pas abandonné aux considérations purement subjectives de son titulaire. L'exercice de ce pouvoir de résiliation doit répondre à une cause-finale et à une cause-efficientie – c'est un dire motif-efficient – définies de manière objective et qui font l'objet d'un contrôle judiciaire. En revanche, ce qui est abandonné à la discrétion de son titulaire, c'est-à-dire ce qui est laissé à son appréciation subjective, ce sont, d'une part, le type précis d'insuffisances susceptibles d'être reprochées dès lors qu'elles sont en lien avec les aptitudes professionnelles du salarié, et, d'autre part, l'opportunité de mettre en œuvre le pouvoir une fois que les conditions afférentes à son exercice sont réunies. Assurément, l'encadrement objectif ne s'étend pas à l'opportunité de la mise en œuvre le pouvoir², c'est-à-dire à la faculté de choisir d'agir ou non.

306. L'objectivation des motifs de mise en œuvre d'un pouvoir d'agrément.- Il convient de ne pas oublier que l'objectivation des motifs-efficientes est également à l'honneur en matière de pouvoirs contractuels issus des clauses d'agrément. En effet, le droit positif n'analyse pas le pouvoir d'agrément comme un pouvoir discrétionnaire³ dans la mesure où il ne permet pas à son titulaire de refuser son consentement sans motif légitime. Une telle solution ne résulte pas d'un arrêt de principe. Elle se dégage d'un ensemble d'arrêts rendus, le plus souvent, en matière de cession de bail⁴ ou de contrats de concession⁵, dans lesquels il est procédé au contrôle des

¹ v. par ex. : Cass. soc. 6 décembre 1995, *Bull. civ. V*, n° 330, p. 235 préc., et Cass. soc. 17 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 289, p. 208, où la Cour affirme que : « l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles pendant la période d'essai ». Mais sitôt après avoir énoncé cela, la Cour tempère son affirmation en énonçant que ce n'est : « que sous réserve [pour l'employeur] de ne pas abuser de son droit ».

² Rappr. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 419, p. 235 : « L'employeur peut exercer la rupture de l'essai uniquement dans le cadre de considérations objectives relatives aux aptitudes du salarié. Dans ces limites, l'employeur reste maître de son jugement ». Cela signifie, pour l'auteur, qu'il ne s'agit pas d'un « contrôle de l'opportunité ». « Une fois que le juge a bien vérifié que la rupture a bien pour cause un jugement sur les capacités professionnelles de l'employé, il ne lui incombe pas d'apprécier la pertinence dudit jugement ».

³ Rappr. les analyses de : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 719, p. 525, où l'auteur retient que : « la clause d'agrément ne saurait *par nature* offrir un droit absolument discrétionnaire ». (L'auteur souligne).

⁴ Un très ancien arrêt de la CA de Grenoble en date du 24 janvier 1881 (DP. 1883, 2, p. 71), énonçait déjà : « qu'il n'est pas méconnu que pour tirer parti d'un fonds de café, il faut qu'il puisse être cédé avant l'expiration du bail ; qu'on ne comprendrait pas que le locataire originaire ait jamais consenti à être à la discrétion du propriétaire et eût signé un bail dans lequel, sous forme de rédaction plus ou moins habile, l'interdiction absolue de sous-louer eût été édictée », qu'en conséquence on respecte la volonté des parties en affirmant que le bailleur « pourra refuser le sous-locataire s'il ne présente pas toutes les garanties désirables, qu'il faudra seulement que l'exercice de cette faculté s'appuie sur des motifs sérieux et légitimes ». Par la suite, un arrêt de la Cour de cassation est venu fixer la jurisprudence en ce sens (Cass. req. 16 novembre 1927, DP. 1928, 1, p. 61) en énonçant que la clause d'agrément : « ne permettrait pas au bailleur de refuser son consentement à la cession sans motifs légitimes ».

⁵ v. par ex. : Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ. IV*, n° 113, p. 122 ; RTD. civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; RDC 2003, p. 50, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; où il s'agissait d'un contrôle des motifs d'un refus d'agrément à la cession d'un contrat de concession, expressément conclu *intuitu personae*. La cour d'appel a pu déduire que le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et que, pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels.

motifs du refus d'agrément. Ainsi, les juges du fond sont-ils invités à procéder à un contrôle systématique des motifs avancés, même tardivement¹, par le titulaire du pouvoir.

Cependant, la Cour de cassation ne donne pas de définition précise ni de directive d'interprétation claire permettant d'identifier la nature des « motifs légitimes » susceptibles de justifier un refus d'agrément. De manière immédiate, on pourrait penser que la justesse des motifs doit s'apprécier par rapport aux qualités du candidat à l'agrément. Mais une telle conception des « motifs légitimes » du refus d'agrément fut balayée par un arrêt de la Cour de cassation dans lequel elle considéra que les motifs du refus pouvaient légitimement tenir à des considérations étrangères à la personne du candidat à l'agrément². Il semble, dès lors, très délicat de préciser davantage les contours des « motifs légitimes » de nature à justifier un refus d'agrément. S'ils constituent les motifs-efficients sur lesquels doit s'appuyer la volonté du titulaire du pouvoir pour que celui-ci produise ses effets, ces motifs doivent être appréciés au cas par cas, par rapport à la volonté des parties et à l'économie de la convention³.

307. L'objectivation des motifs de révocation dans le mandat d'intérêt commun.- Encore, le procédé qui consiste à objectiver les motifs-efficients se retrouve-t-il en matière de mandat d'intérêt commun. En effet, les raisons qui doivent permettre de justifier l'exercice du pouvoir de révocation du mandataire y font l'objet d'un encadrement objectif.

Depuis longtemps déjà, la jurisprudence a posé pour principe que, dans le mandat d'intérêt commun, le mandataire ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties, ou [de manière unilatérale] « pour une cause reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées au contrat »⁴. Ainsi, à la différence du mandat classique où le mandant peut révoquer le mandataire *ad nutum*, c'est-à-dire sans avoir de motifs précis à fournir – ceux-ci étant à sa discrétion –, la révocation du mandataire dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun est soumise à l'existence d'une cause légitime qui peut consister soit en une faute du mandataire⁵, soit en tout autre « juste motif »⁶ tel que la nécessité de réorganiser l'entreprise⁷.

¹ v. : Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ.* IV, n° 113, p. 122, préc., où la Cour de cassation censure pour défaut de base légale l'arrêt de la Cour d'appel qui s'est déterminée sans « vérifier si les motifs avancés par le concédant, même tardivement, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément ».

² v. : Cass. com. 5 octobre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181, p. 208. En l'espèce, une cour d'appel avait pu retenir que le pouvoir d'agrément avait été détourné de sa finalité dans la mesure où, notamment, le refus d'agrément n'avait pas été motivé par la personne du candidat. La Cour de cassation censure alors cette décision. Elle retient : « qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

³ Sur ce point, v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Abus de droit, agrément et rupture fautive* », RDC 2005, p. 288 et s.

⁴ v. : Cass. civ. 13 mai 1885, DP. 1885, 1, p. 350 ; et pour une reprise récente de la formule, v. : Cass. com. 3 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 172, p. 153.

⁵ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 94, p. 71, pour une production insuffisante du mandataire.

⁶ v. par ex. : Cass. com. 6 janvier 1981, *Bull. civ.* IV, n° 3, où la Cour censure pour défaut de base légale un arrêt d'appel qui avait retenu que la rupture d'un mandat d'intérêt commun permet au mandataire d'obtenir une indemnité compensatrice du préjudice subi, sans préciser que le mandant ne pouvait, en l'absence de faute du mandataire, justifier la rupture par une autre cause légitime.

⁷ v. : Cass. com. 13 novembre 1969, *Bull. civ.* IV, n° 335.

À défaut, le mandant sera condamné à verser des dommages-intérêts au mandataire pour réparer le préjudice que lui cause la rupture¹.

On constate donc une hausse du degré d'objectivation des conditions d'exercice du pouvoir de révocation dans le cadre du mandat d'intérêt commun par rapport au mandat classique où les motifs de révocation sont à la discrétion du mandant. Cet encadrement objectif plus poussé permet, alors, de garantir une prise en compte accrue des intérêts du cocontractant. Ici, le mandataire voit ses intérêts davantage protégés dans la mesure où les hypothèses de rupture sans indemnité sont réduites².

308. L'objectivation des motifs de mise en œuvre du pouvoir de détermination du prix.- Enfin et pour conclure cet aperçu non-exhaustif de pouvoirs contractuels dont les motifs de mise en œuvre font l'objet d'un encadrement objectif, il convient de s'intéresser au pouvoir de détermination du prix.

Dans les contrats-cadre, il a pu être observé que le pouvoir de détermination du prix peut avoir pour finalité, c'est-à-dire pour cause finale, soit, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, soit, d'adapter le prix aux évolutions du marché³. On aurait alors pu penser que, dès lors que le titulaire du pouvoir de fixer le prix en fait usage conformément à sa finalité, les motifs-efficients – c'est-à-dire « le parce que » – justifiant son action sont abandonnés à son appréciation subjective. Tel ne semble cependant pas être le cas.

En effet, le célèbre arrêt *France Motors*⁴, semble venir préciser la nature des motifs à même de justifier l'exercice d'un tel pouvoir. La Cour relève que le concédant était confronté à « un effondrement général du marché de l'automobile aggravé par une hausse du yen » et qu'il « avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires ». À s'arrêter ici, on voit bien que le pouvoir était exercé conformément à sa finalité, à savoir, adapter les prix aux évolutions du marché.

Mais la Cour ne se limite pas au seul contrôle de la cause finale. Elle va plus loin dans le contrôle des conditions d'exercice du pouvoir. Ainsi, confirme-t-elle l'arrêt d'appel qui condamne le concédant pour avoir abusé de son pouvoir dans la mesure où celui-ci avait « distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires ».

¹ Comp. l'analyse retenue par : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 680, p. 459, et n° 683, p. 461, où l'auteur considère qu'il ne s'agit pas ici de responsabilité mais d'indemnisation qui serait le corollaire de l'exercice du droit de résiliation du mandant. Si cette analyse peut être retenue lorsque l'exercice d'un pouvoir est conditionné par le paiement d'une certaine somme, ce qui est le cas en matière de réméré ou, parfois, de dédit (sur l'objectivation des moyens, v. : *infra*, n° 312, p. 339), cette analyse ne semble pas transposable en matière de révocation du mandat d'intérêt commun. En effet, dès lors que le mandant n'allègue pas un motif légitime de rupture, l'exercice de son pouvoir est fautif. Cette faute dans l'exercice d'un pouvoir, si elle cause un préjudice, ouvre droit à l'allocation de dommages-intérêts. Il s'agit donc de raisonner ici en termes de responsabilité et non d'objectivation des conditions d'exercice d'un droit.

² Aussi, cette hausse du degré d'objectivation est-elle à l'œuvre dans tous les contrats d'intérêt commun – ou contrats-coopération – au cœur desquels les intérêts du cocontractant doivent être pris davantage en considération. (Sur ce point, v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 475, p. 385).

³ Sur ces points, v. : *supra*, n° 297, p. 326 et s.

⁴ v. : Cass. com. 15 janvier 2002, n° 99-21172 ; JCP G. 2002, II, n° 10157, obs. Ch. JAMIN.

Autrement dit, la Cour paraît établir un lien, et plus précisément, un rapport de causalité, entre la distribution des dividendes et la détermination des conditions de vente imposant des sacrifices excessifs aux concessionnaires. Ce faisant, elle vient ici contrôler la cause-efficiente qui a justifié l'exercice du pouvoir imposant des sacrifices excessifs aux concessionnaires, à savoir, la distribution de dividendes aux actionnaires. La Cour de cassation n'admet donc pas que la distribution de dividendes, qui est une raison purement personnelle au titulaire du pouvoir, et plus précisément une décision de gestion, puisse être un motif de nature à justifier l'exercice du pouvoir de détermination du prix.

Pour autant, cette décision est-elle de nature à exclure de la catégorie des motifs-efficients à même de justifier l'exercice du pouvoir de détermination du prix toutes les considérations personnelles au titulaire du pouvoir et, notamment, tous ses choix de gestion ? L'enjeu qui consiste à circonscrire la portée de cet arrêt est alors de taille. En effet, refuser que l'exercice du pouvoir de détermination du prix puisse être justifié par des considérations purement personnelles au titulaire du pouvoir permettrait d'éviter que ce dernier répercute sur son cocontractant, en situation de dépendance, ses propres erreurs de gestion. Une telle solution semble souhaitée par les auteurs qui considèrent que l'exercice d'un tel pouvoir doit être motivé par des considérations relatives à la conjoncture économique¹, c'est-à-dire par des considérations objectives extérieures au titulaire du pouvoir. Elle paraît également défendue par ceux qui considèrent que le titulaire du pouvoir de fixer le prix ne saurait sacrifier les intérêts de son cocontractant à des considérations qui lui sont personnelles². Il semblerait donc que l'on s'achemine vers un encadrement objectif excluant tous les motifs tenant à la situation personnelle du titulaire du pouvoir.

309. Point d'étape.- Il vient d'être observé que l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels pouvait être renforcé par la définition objective des motifs-efficients à même de justifier leur exercice. Ce procédé qui consiste à élever le degré d'objectivation des conditions de mise en œuvre du pouvoir et donc, corrélativement, à réduire la part abandonnée au subjectivisme du titulaire du pouvoir, permet d'empêcher que le titulaire d'une telle prérogative puisse modifier le rapport contractuel à sa convenance.

¹ v. par ex. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 408, p. 230, où l'auteure retient que : « la prérogative permettant de modifier le prix est motivée par des motifs économiques ». Elle précise d'ailleurs que la clause de détermination du prix ne peut « jamais être discrétionnaire ».

² v. en ce sens : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., n° 482, spéc., p. 395, où l'auteure retient que : « celui qui fixe le prix doit prendre en compte la finalité du contrat, c'est-à-dire les intérêts de son partenaire, sa position concurrentielle sur le marché, afin d'assurer la pérennité de l'opération contractuelle, qu'il ne saurait sacrifier à des considérations qui lui sont personnelles ». (Nous soulignons). Rapp. : Ch. JAMIN, comm. Cass. com. 15 janvier 2002, JCP. E. n° 1641, au sujet des critiques dirigées contre l'arrêt « *France Motors* ». En effet, cet arrêt a pu être critiqué comme portant atteinte à la liberté de gestion du concédant. L'auteur s'élève cependant contre ces critiques. Il considère, dans le cadre des réseaux de distribution : « [qu'] il est très difficile d'invoquer à leur propos un principe de liberté de choix dans les modes de gestion et d'allocation des ressources, dont le principal effet est d'exonérer ceux qui animent les réseaux de leur responsabilité à l'égard de leurs cocontractants. Un tel raisonnement entérinerait le fait que le contrat soit un pur moyen de domination de certaines personnes sur d'autres dont les intérêts pourraient être à tout moment sacrifiés sans aucune contrepartie, en contradiction flagrante avec la philosophie libérale qui sert pourtant de support à la critique de l'arrêt, puisque le contrat ne se présenterait plus alors comme un instrument d'émancipation individuelle, l'un des contractants s'obligeant à commander et l'autre à obéir, un peu à la manière d'un sujet ». (Nous soulignons).

En effet, puisque l'exercice du pouvoir doit prendre appui sur un événement objectif qui doit lui servir de motif-efficient, les hypothèses de mise en œuvre du pouvoir sont nécessairement réduites. Le titulaire du pouvoir n'étant pas en mesure de prendre appui sur n'importe quel motif pour modifier le rapport contractuel. L'encadrement objectif des causes, ici, efficaces, de modification du contrat assure alors une certaine prévisibilité et contribue, de ce fait, à garantir une plus grande prise en considération des intérêts du cocontractant.

Aussi, dans la perspective de tenir davantage compte des intérêts du cocontractant, l'encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels peut également s'étendre aux moyens à employer.

2. L'objectivation des moyens.

310. **Nature des moyens objectivés.**- Les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative peuvent faire l'objet d'un encadrement objectif et, dès lors, échapper à son appréciation subjective. Si ces moyens sont généralement d'ordre matériel, il semblerait également que, pour certains pouvoirs contractuels, l'écoulement d'un délai objectivement quantifié puisse apparaître comme un moyen qui permet d'en consommer l'exercice. Après avoir mis en évidence que le phénomène d'objectivation peut s'étendre aux moyens matériels que le titulaire d'un pouvoir contractuel doit employer, il conviendra d'essayer de montrer que « le temps » qui doit, parfois, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, peut également faire l'objet d'un encadrement objectif. À l'étude de l'objectivation des moyens matériels (a), succèdera, donc, l'étude de ce qu'il est possible d'appeler l'objectivation du facteur temps (b).

a. L'objectivation des moyens matériels.

311. **L'objectivation des moyens de sanction à la disposition de l'employeur.**- En guise de première illustration, il est possible de se référer aux moyens matériels de sanction auxquels peut être amené à recourir l'employeur. La jurisprudence retient, en effet, que seules les sanctions prévues par le règlement intérieur peuvent être prononcées¹. Cette exigence d'une prédétermination objective des sanctions disciplinaires dans le règlement intérieur est alors bien la marque d'un encadrement objectif des moyens de sanction à la disposition de l'employeur. Il convient cependant de préciser que le licenciement et la rupture anticipée du contrat à durée déterminée semblent pouvoir échapper à l'exigence d'une inscription dans le règlement intérieur en raison de leur appartenance au régime légal du contrat de travail². Ces moyens de sanction sont donc utilisables, en vertu de la loi, quel que soit le contrat de travail, même en l'absence de mention expresse dans le règlement intérieur.

En limitant ainsi la nature des sanctions qui peuvent être prononcées à celles qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective, que ce soit dans la loi ou le règlement intérieur, il

¹ v. : Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 243 ; RDT 2010, p. 719, note A. FABRE ; RJS 2011, p. 91, note F. DUQUESNE.

² v. en ce sens : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 740, p. 797.

s'agit alors de garantir une plus grande prise en considération des intérêts du salarié. En effet, cet encadrement objectif des moyens de sanction vient-il, en réduisant la place dévolue au subjectivisme de l'employeur¹, garantir une certaine prévisibilité pour le salarié qui sait d'ores et déjà à quelles sanctions il s'expose en cas de manquement à ses obligations.

Il doit, ici, être rappelé que les seules sanctions disciplinaires qui ont pu être intégrées au champ de l'étude sont le licenciement et la mise à pied, et cela, en raison de leur caractère non-négocié². Mais cette précision relative au fait que seuls le licenciement et la mise à pied correspondent à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne change rien à l'exigence de prédétermination objective de ces sanctions qui est assurée, respectivement, par la loi et par le règlement intérieur³. D'ailleurs, au sujet de cette dernière sanction qu'est la mise à pied disciplinaire, la jurisprudence énonce que celle-ci n'est licite que si le règlement intérieur prévoit sa durée maximale⁴, ce qui renforce d'autant plus son encadrement objectif et garantit, alors, une meilleure prise en compte des intérêts du cocontractant.

312. L'objectivation des moyens pécuniaires.- En guise de seconde illustration, il est possible de faire allusion aux sommes que sont parfois appelés à verser les titulaires de pouvoirs contractuels à l'occasion de leur mise en œuvre. Cet encadrement objectif des moyens pécuniaires assortit le plus souvent l'exercice de pouvoirs de rétractation ou de résiliation.

En matière de pouvoirs de rétractation, il convient de citer les pouvoirs issus des clauses de réméré. En effet, il est possible d'observer qu'aussi bien les dispositions de l'article 1673 du Code civil⁵ que la jurisprudence⁶ rattachent le remboursement des différentes sommes à l'exercice du pouvoir issu de la clause de réméré. En exigeant ainsi du titulaire du pouvoir issu

¹ Si l'employeur ne peut choisir qu'une sanction qui a fait l'objet d'une prédétermination objective, son choix peut d'ailleurs être encore restreint via l'exigence de proportionnalité de la sanction adoptée. À propos du contrôle de proportionnalité, qui est un contrôle de l'adéquation des moyens employés par rapport à la cause-efficientie et à la cause finale de l'action, v. : *infra*, n° 439 et s., spéc., p. 492 et s.

² À propos de la délimitation du champ d'étude, v. : *supra*, n° 5, p. 14-15.

³ Au sujet de la mise à pied disciplinaire, il convient de rappeler que la Cour de cassation avait pu, dans un premier temps, estimer que cette sanction « est inhérente au pouvoir disciplinaire de l'employeur », et qu'en conséquence, l'employeur pouvait prononcer une mise à pied disciplinaire, même si cette sanction n'était pas prévue par le règlement intérieur. (v. : Cass. soc., 25 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 423 ; Dr. soc. 1988. 258, obs. J. SAVATIER). Cette jurisprudence s'est cependant heurtée à une certaine résistance des juges du fond (v. par ex. : C.A. Versailles, 19 octobre 2004, RJS 5/2005, n° 513). Ce n'est alors que dans un second temps que la Cour de cassation a pu refuser qu'une mise à pied disciplinaire puisse être prononcée si celle-ci n'est pas prévue par le règlement intérieur (v. : Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ. V*, n° 243, préc.).

⁴ Au sujet de cette exigence, v. : Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ. V*, n° 243, préc.

⁵ L'art. 1673, relatif aux diverses sommes à rembourser dispose : « le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser [...] » (Nous soulignons). Rapp. : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, op. cit.*, n° 1159, p. 686, où l'auteur retient que : « le réméré ne joue et ne produit ses effets que le jour où le vendeur s'est acquitté de toutes les obligations que comporte pour lui son exercice [...] ». (Nous soulignons).

⁶ Sur la jurisprudence exigeant le remboursement des diverses sommes v. : Cass. req., 14 janvier 1873, DP. 1873, 1, p. 185 ; Cass. req., 19 octobre 1904, DP. 1907, 1, p. 426 ; v. plus spécialement sur le lien entre l'exercice du pouvoir de réméré et le remboursement des diverses sommes : Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1967, *Bull. civ. I*, n° 205, où la Cour retient que « pour consommer l'exercice de ce droit [de réméré] », il est nécessaire « de remplir la condition indispensable de la restitution et du remboursement, exigée par les articles 1659 et 1673 du code civil » (Nous soulignons) ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, *Bull. civ. III*, n° 257 p. 218, où la Cour énonce : « qu'il résultait de la combinaison des articles 1659 et 1673 du code civil que la vente n'était pas résolue et que l'acquéreur restait propriétaire tant que le vendeur n'avait pas satisfait à l'obligation de rembourser le prix et les frais qui lui incombait du fait de l'usage du pacte de rachat ». (Nous soulignons).

de la clause de réméré qu'il rembourse les différentes sommes relatives à l'anéantissement de la vente concomitamment à sa manifestation de volonté d'exercer ce pouvoir, il s'agit alors de faire dudit remboursement une modalité objective afférente à l'exercice du pouvoir de réméré¹. Le titulaire du pouvoir ne peut anéantir la vente qu'au moyen du versement d'une certaine somme. Les pouvoirs issus d'une clause de dédit sont dans une situation analogue à celle des pouvoirs issus des clauses de réméré lorsque leur exercice doit s'accompagner du versement d'une indemnité, également dénommée le « dédit ». Mais cet encadrement des moyens matériels de type pécuniaire n'est pas systématique en matière de dédit depuis que la jurisprudence reconnaît l'existence de « facultés de dédit gratuite »², c'est-à-dire de pouvoirs de se dédire non assortis d'une contrepartie financière.

En matière de pouvoirs de résiliation, il est possible de faire allusion au pouvoir de révocation dont jouit le mandant dans le cadre d'un contrat de mandat stipulé irrévocable. Le nom de cette stipulation peut paraître trompeur dans la mesure où, à travers l'irrévocabilité, il ne s'agit pas de priver le mandant de son pouvoir de résilier le contrat, mais seulement de rendre le paiement d'une indemnité obligatoire³. Cette indemnité, qui prend la forme de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice subi par le mandataire, est généralement rattachée par la jurisprudence⁴ à un mécanisme de responsabilité. Cependant, il ne semble pas s'agir ici véritablement de responsabilité⁵ dans la mesure où hormis la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité, il conviendrait d'établir l'existence d'une faute qui serait imputable au mandant. Or, le principe même de l'exercice du pouvoir dont jouit le mandant ne peut pas être fautif dans la mesure où la possibilité de révoquer le mandataire est d'ordre public⁶. Aussi il serait contradictoire de reconnaître au mandant le pouvoir de révoquer le mandataire et de considérer, simultanément, que le principe même de l'exercice de ce pouvoir constitue une faute. Cela reviendrait à nier l'existence même de ce droit, dans la mesure où un droit qui ne peut jamais être valablement exercé n'a pas d'existence concrète. Le paiement d'une indemnité apparaît alors plutôt comme le corollaire de l'exercice du pouvoir de révocation du mandataire⁷. Autrement dit, le paiement de l'indemnité se présente comme une modalité objective qui encadre l'exercice du pouvoir de résiliation du mandant. De la même manière, il est possible d'observer que l'article 1794 du Code civil confère au maître de l'ouvrage, dans le marché à

¹ Comp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 49, où l'auteur analyse le paiement d'une somme d'argent qui assortit l'exercice de certains droits potestatifs contractuels – tels que ceux issus d'une clause de réméré ou d'une clause de dédit stipulée à titre onéreux – comme un « lien de charge ».

² v. : Cass. com. 30 octobre 2000, n° 98-11224, somm. com., p. 3241, obs. D. MAZEAUD ; CCC 2001, comm. n° 21, note L. LEVENEUR. *Adde*, à propos du caractère non indispensable d'une contrepartie financière en matière de dédit : L. BOYER, *La clause de dédit*, art. préc., spéc. p. 46.

³ v. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, t. XXIV, Paris, LAROSE et TENIN, 1907, 3^{ème} éd., n° 818, spéc., p. 437, où les auteurs retiennent : « Stipuler l'irrévocabilité, ce n'est autre chose que rendre les dommages-intérêts obligatoires » ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 681, p. 460.

⁴ v. par ex : Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 32, où la Cour énonce : « que le mandat même stipulé irrévocable [...] ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération ; que la révocation produit, alors, tous ses effets, sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire »

⁵ Rapp. : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 680, spéc., p. 460.

⁶ *Ibid*, n° 679, p. 459.

⁷ *Ibid*, n° 680, spéc., p. 460.

forfait, le pouvoir de résilier le contrat à charge d'indemniser l'entrepreneur. Le principe même de l'exercice de ce pouvoir n'est pas fautif, mais est assorti d'une indemnité.

b. *L'objectivation du facteur temps.*

313. **Le respect d'un délai de préavis.**- Lorsqu'il a trait à l'exercice de certains pouvoirs contractuels, tels que les pouvoirs de résiliation, le facteur temps fait l'objet d'un encadrement objectif. Cet encadrement objectif du facteur temps se traduit, alors, par une contrainte qui pèse sur le titulaire d'un pouvoir de résiliation : celui-ci doit assortir l'exercice de son pouvoir d'un délai de préavis.

L'exigence de respecter un délai de préavis fut originellement dégagée par la jurisprudence qui venait imposer le respect d'un délai de préavis suffisant¹, c'est-à-dire exempt de brusquerie², lors de la résiliation unilatérale d'un contrat. Depuis la réforme du droit des contrats, la nécessité de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou à défaut, un délai raisonnable, lors de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée est consacrée, d'une manière générale, au nouvel article 1211 du Code civil.

Des textes spéciaux viennent également imposer le respect d'un délai de préavis lors de l'exercice d'un pouvoir de résiliation et encadrer sa durée de manière objective.

Par exemple, dans les contrats conclus entre professionnel, cette exigence apparaît aujourd'hui consacrée dans la formule légale de dans la formule légale de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui sanctionne la rupture totale ou partielle, sans préavis écrit, d'une relation commerciale établie³. Cet article prévoit alors, notamment, que la durée minimale de préavis est déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels⁴.

Il est également possible d'observer que la résiliation d'un contrat de travail pendant la période d'essai suppose de respecter un délai de prévenance dont la durée est très précisément règlementée par la loi. Par exemple, lorsque l'employeur décide de résilier un contrat à durée indéterminée au cours ou au terme de la période d'essai, le salarié doit être prévenu dans un délai minimal de vingt-quatre heures, si celui-ci justifie d'une ancienneté inférieure à huit jours,

¹ v. : Cass. com. 19 juillet 1965, *Bull. civ.* IV, n° 460.

² v. : Cass. com. 5 décembre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 322.

³ Il convient de préciser qu'à travers la formule plus économique que juridique de « relation commerciale établie », la loi vise un « courant d'affaires », ce qui englobe le problème de la résiliation des contrats à exécution successive à durée indéterminée, mais le dépasse en s'étendant à des situations *post*-contractuelles où se pose le problème du non-renouvellement des contrats à exécution successive à durée déterminée et des contrats à exécution instantanée. Cet article a également vocation à s'appliquer à des relations commerciales établies de type précontractuel (v. : Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-11916, où la Cour rejette le pourvoi formé par une société condamnée pour rupture d'une relation commerciale établie qui a bénéficié du travail de prospection d'une personne qu'elle présentait comme son futur agent commercial, bien que celui-ci ne soit pas encore lié contractuellement avec la société. Les parties étant simplement à la phase des négociations).

⁴ L'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. règlemente également de manière plus précise certaines situations. Par exemple, lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est-elle le double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. Cet article prévoit, encore, qu'à défaut d'accords interprofessionnels, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée.

ou de quarante-huit heures, s'il justifie d'une ancienneté comprise entre huit jours et un mois, ou encore de deux semaines, pour une ancienneté excédant un mois, ou enfin d'un mois, à compter de trois mois d'ancienneté¹.

Si le facteur temps fait l'objet d'un encadrement objectif lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre un pouvoir de résiliation, peut-on, pour autant, analyser celui-ci comme un moyen qui assortit l'exercice d'un pouvoir contractuel ? Une réponse positive peut être apportée dès lors que l'on considère que le respect du délai de préavis, c'est-à-dire l'écoulement d'un délai, se présente comme un moyen qui permet au titulaire du pouvoir de résiliation de se libérer, c'est-à-dire comme un moyen d'en consommer l'exercice. Envisagé sous cet angle, le facteur temps peut donc être rangé parmi les moyens qui assortissent l'exercice d'un pouvoir contractuel et qui peuvent faire l'objet d'un encadrement objectif.

314. **Bilan du § 1-**. La première partie de l'analyse dédiée aux manifestations substantielles phénomène de finalisation a permis de mettre en évidence que tous les pouvoirs contractuels ne sont pas soumis au processus de finalisation selon la même intensité. Autrement dit, tous les pouvoirs contractuels ne font pas l'objet d'un encadrement objectif selon le même degré d'intensité.

S'il a pu être observé que tous les pouvoirs contractuels sont assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, cette exigence commune d'objectivation d'un but peut constituer, pour certains pouvoirs contractuels, leur degré maximal d'encadrement objectif. Ces pouvoirs contractuels sont donc très peu finalisés puisque, en dehors de leur but qui fait l'objet d'une prédétermination objective, la détermination des autres conditions de mise en œuvre du pouvoir est abandonnée au subjectivisme, c'est-à-dire au libre arbitre, de leurs titulaires. Ainsi en va-t-il, par exemple, des pouvoirs de rétractation en droit de la consommation, des pouvoirs issus des clauses d'essai et des pouvoirs issus des clauses de dédit lorsque celui-ci est stipulé à titre gratuit.

D'autres pouvoirs contractuels font, en revanche, l'objet d'un encadrement objectif plus poussé.

En sus de répondre à une cause-finale objectivée, certains pouvoirs contractuels voient l'encadrement objectif s'étendre aux raisons, c'est-à-dire aux motifs-efficients, qui doivent justifier leur exercice. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier dont la mise en œuvre doit être justifiée par une « inexécution suffisamment grave », mais aussi, du pouvoir de rompre un contrat de travail à l'essai qui doit prendre appui sur un motif inhérent aux aptitudes professionnelles du salarié, ou même, du pouvoir de détermination du prix dont l'exercice ne paraît pas susceptible d'être justifié par des considérations personnelles au titulaire du pouvoir.

D'autres, encore, voient les moyens afférent à leur mise en œuvre faire l'objet d'un encadrement objectif. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir issu d'une clause de réméré dont

¹ Ces délais sont prévus à l'art. L. 1221-25 du C. trav. Lorsque c'est le salarié qui prend l'initiative de la rupture, les délais sont règlementés par l'art. L. 1221-26 du C. trav. qui prévoit que le salarié doit respecter un délai de prévenance de quarante-huit heures. Ce délai étant ramené à vingt-quatre heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à huit jours.

l'exercice doit être assorti du paiement d'une somme d'argent. Tel est le cas également, du pouvoir disciplinaire de l'employeur qui ne saurait faire usage que des moyens de sanction qui font l'objet d'une prédétermination objective par le biais de dispositions légales ou du règlement intérieur. Si, seules les sanctions disciplinaires que sont le licenciement et la mise à pied sont le résultat de l'expression de pouvoirs contractuels en raison de leur caractère non-négocié, ces moyens de sanction font, par ailleurs, l'objet d'une prédétermination objective assurée, respectivement, par la loi et le règlement intérieur. Aussi, il est possible de constater ici que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est soumis à un encadrement objectif très abouti. En effet, hormis les moyens de sanction qui font l'objet d'un encadrement objectif, son exercice répond à un but objectivement défini : sanctionner le salarié – ce qui constitue alors sa cause-finale –, et doit être justifié par un manquement du salarié aux obligations résultant de son contrat¹ – ce qui constitue alors la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir –.

S'il existe, donc, chez les pouvoirs contractuels différents degrés d'encadrement objectif, c'est-à-dire différents degrés de finalisation, ceux-ci doivent répondre à un besoin, et par conséquent, avoir une utilité, qu'il convient, dès lors, d'identifier.

§ 2 - L'UTILITÉ DES DIFFÉRENTS DEGRÉS DE FINALISATION.

315. **Appréciation et illustrations.**- Quelle utilité peut-il y avoir à encadrer plus ou moins strictement les conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel ? Autrement dit, quelle peut être l'utilité liée à l'existence de différents degrés de finalisation ? Il semblerait que le degré d'encadrement objectif soit l'outil qui permette de définir l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir. En effet, selon que le degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir est très poussé, ou plus modeste, l'équilibre défini ne sera pas le même. Les différents degrés de finalisation seraient donc en lien avec la définition de l'équilibre des intérêts (A). Il conviendra alors d'éprouver cette affirmation en fournissant quelques illustrations pratiques (B).

A. La définition de l'équilibre des intérêts.

316. **Pondération de l'équilibre des intérêts dans le rapport de pouvoir.**- Si l'on s'intéresse à l'équilibre défini par le rapport de pouvoir², il apparaît que celui-ci puisse être pondéré. Cette pondération est liée au degré d'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir. L'idée de pondération³ signifie, alors, qu'il est possible de conférer plus de

¹ La faute disciplinaire du salarié est définie par la Cour de cassation comme le « manquement aux obligations résultant de son contrat », v. : Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, D. 2007, Jur. p. 2137, obs. J. MOULY ; Sem. soc. Lamy 2007, n° 1310, note Ph. WAQUET ; RDT 2007, p. 527, obs. T. AUBERT-MONTPEYSSSEN.

² Il s'agit donc, ici, d'étudier de manière isolée l'équilibre des intérêts au cœur du rapport de pouvoir. Plus loin, on s'intéressera aux pouvoirs, non plus de manière isolée, mais au cœur de l'opération contractuelle. Il s'agira alors de traiter du déséquilibre que peut induire l'introduction de pouvoirs dans le contrat. Au sujet du contrôle de ce déséquilibre, v. : *infra*, n° 389 et s., p. 425 et s.

³ Le terme de pondération est alors ici entendu au sens de son acception mathématique ou physique où il désigne l'opération qui consiste à affecter un coefficient, un poids, à un élément d'un calcul.

« poids », soit, aux intérêts du titulaire du pouvoir, soit, aux intérêts du cocontractant sujet d'imputation passif, en fonction du degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir. Pour expliquer ce phénomène, il est possible de faire appel à l'image d'une balance.

Lorsque l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir contractuel est très poussé, c'est-à-dire lorsqu'il ne se limite pas à la cause finale de l'action du titulaire du pouvoir mais s'étend aussi aux motifs-efficients qui doivent justifier son action ou aux moyens qu'il doit employer, le curseur de la balance vient pencher du côté de la protection des intérêts du cocontractant sujet d'imputation passif. En effet, l'encadrement objectif, vient, en limitant la place dévolue au subjectivisme du titulaire du pouvoir, soumettre son action à des conditions précises destinées à garantir la protection des intérêts du cocontractant¹.

À l'opposé, lorsque l'encadrement objectif est peu poussé et se limite à la définition de la cause-finale de l'action du titulaire du pouvoir, le curseur de la balance vient pencher du côté de la protection des intérêts du titulaire du pouvoir. En effet, dans cette situation, le titulaire du pouvoir dispose d'une marge d'appréciation subjective importante en ce qui concerne la détermination des conditions de son action. La contrainte destinée à protéger les intérêts du cocontractant qui pèse sur le titulaire du pouvoir étant plus légère, celui-ci peut donc être amené à orienter son action dans un sens davantage respectueux de ses propres intérêts.

Ainsi, selon le degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir, le curseur de la balance viendra-t-il à pencher, soit, du côté du titulaire du pouvoir, soit du côté du cocontractant sujet d'imputation passif. L'équilibre entre objectivisme et subjectivisme dans les conditions d'exercice du pouvoir vient, par conséquent, définir l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir. Aussi, afin de mieux percevoir ce phénomène, il convient d'en donner des illustrations pratiques.

B. Illustrations pratiques.

317. **Utilité pratique.**- Si le degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir sert à définir l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir, il peut venir, en pratique, soit, favoriser le contractant en situation de domination économique, soit, à l'opposé, favoriser le cocontractant réputé être en situation de faiblesse. Le degré d'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir peut donc se présenter, soit, comme un instrument au service du fort (1), soit, comme un instrument au service du faible (2).

Rappr. : *Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° pondération, sens n° 4 : « Affectation d'un coefficient à une variable ».

¹ De manière très prosaïque, cela signifie que plus les conditions d'exercice du pouvoir sont étroitement définies, moins son titulaire peut être amené à faire « ce qu'il veut ». Son action est strictement encadrée dans la perspective de tenir davantage compte de l'intérêt du cocontractant.

1. *Un instrument au service du fort.*

318. **Le fort avantageé.**- Un pouvoir contractuel peut être attribué au contractant en situation de domination économique. Quand cette attribution est de nature conventionnelle, la volonté des parties est de traduire sur le plan juridique, un déséquilibre de puissance économique, c'est-à-dire un déséquilibre de puissance factuelle. L'inégalité dans le rapport de droit est alors le reflet de l'inégalité de fait.

Aussi, l'avantage alors reconnu est-il d'autant plus important lorsque les conditions d'exercice du pouvoir font l'objet d'un encadrement objectif réduit. En effet, plus l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir est réduit, plus le titulaire dudit pouvoir dispose d'une grande marge de manœuvre, d'une plus large part de liberté, qui lui permet de favoriser ses intérêts au détriment de ceux de son cocontractant. Un degré faible ou modéré d'encadrement objectif peut, ainsi, être mis au service du contractant en situation de domination économique.

En guise d'illustration, il est, tout d'abord, possible de penser aux stipulations contractuelles qui peuvent conférer à un fournisseur le pouvoir de proroger le terme d'un contrat à durée déterminée au-delà de son terme initial. De telles clauses, qui sont souvent imposées par les fournisseurs au cours de la négociation, laissent généralement une marge d'appréciation subjective assez importante à leurs titulaires en ne soumettant pas la mise à œuvre du pouvoir qui en est issu à la présence d'un motif-efficient objectivement prédéterminé¹.

Des doutes ont pu être émis au sujet de la validité de ce type de clauses en raison du risque qu'elles font peser sur le cocontractant en situation de faiblesse qui pourrait se voir tenu de manière perpétuelle². Cependant, un tel risque ne doit pas, semble-t-il, conduire à prohiber d'une manière générale ce genre de pouvoir, mais à encadrer leurs modalités d'exercice. Le nombre de fois où ce pouvoir peut être mis en œuvre et la durée de reconduction doivent ainsi faire l'objet d'un encadrement objectif destiné à prévenir toute forme d'engagement perpétuel. En outre, il convient d'observer que si le contrat conclu avec le fournisseur contient une clause d'exclusivité, celle-ci ne pourra pas s'appliquer, en vertu de la loi, au-delà d'un délai de dix années³.

Si les moyens de prolonger le terme du contrat offerts au titulaire du pouvoir doivent être encadrés, en revanche, les motifs-efficients à même de justifier cette prolongation peuvent

¹ Certaines clauses peuvent néanmoins soumettre l'exercice du pouvoir de prorogation du terme à la réalisation d'un événement objectivement prédéfini. Toutefois, cette exigence n'est pas présente dans toutes les clauses de prorogation du terme. Pour un exemple de stipulation contractuelle subordonnant l'exercice du pouvoir de prorogation à une telle exigence, mais qui ne sera pas ici retenue, v. : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 553, p. 235, où la clause stipule que : « si au terme de six années, le client n'a pas acheté le tonnage minimum prévu, le fournisseur pourra exiger la prorogation du contrat de la durée nécessaire à sa parfaite exécution ». Ici, le « non-achat » de la quotité prévue constitue le motif-efficient justifiant l'exercice du pouvoir de prorogation du terme.

² v. : J. MESTRE, « *Les clauses d'avenir* », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *op. cit.*, p. 161 et s.

³ En effet, l'art. L. 330-1 du C. com dispose qu'est : « limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

être abandonnés au subjectivisme dudit titulaire. Cet encadrement modéré des conditions d'exercice du pouvoir de prorogation permet alors d'accroître l'avantage conféré à son titulaire qui est également le contractant en situation de domination économique.

Ensuite, il peut être fait référence aux clauses stipulées dans les contrats à durée déterminée qui octroient à la partie en situation de domination économique un pouvoir de résiliation unilatérale dont la mise en œuvre n'est pas subordonnée à la réalisation d'un événement objectivement défini. Si de tels pouvoirs abandonnent au subjectivisme de leurs titulaires les motifs-efficients de la rupture, en revanche, il convient de préciser que leur finalité – leur cause finale – objective est de préserver la liberté de leurs titulaires. En outre, il semblerait que la mise en œuvre de ces pouvoirs de résiliation ne puisse pas échapper à l'exigence d'un délai de préavis, ce qui revient à faire de l'écoulement d'un délai raisonnable un moyen, encadré de manière objective, qui permet au titulaire du pouvoir de résiliation de se libérer.

À l'image de l'exemple précédent, l'encadrement objectif n'est pas absolu et laisse une large marge d'appréciation subjective au titulaire du pouvoir qui est à même d'apprécier librement les raisons, c'est-à-dire, les causes-efficientes de la rupture. L'encadrement objectif modéré des conditions d'exercice du pouvoir est alors mis au service de la protection des intérêts du contractant en situation de domination économique¹.

Enfin, et pour clore ce tour d'horizon non-exhaustif d'illustrations, il est possible de faire allusion aux pouvoirs que se réservent conventionnellement les franchiseurs qui leur permettent de modifier l'objet de leur prestation. Cette modification prenant généralement la forme d'une mise à jour du savoir-faire transmis, ou encore, de la modification d'une recette. La mise en œuvre de ces pouvoirs n'est généralement pas subordonnée à la présence d'un motif-efficient objectivement défini², ce qui accroît alors l'avantage conféré au contractant en situation de domination économique en lui assurant, au plan juridique, un pouvoir de direction dans la conduite du projet commun.

Si le degré d'encadrement objectif est l'outil qui permet de définir l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir, il vient d'être ici observé qu'un degré faible ou modéré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir peut être mis au service du « fort », c'est-à-dire du contractant en situation de domination économique, et cela, afin d'accroître le déséquilibre issu du rapport de pouvoir en sa faveur. Aussi et à l'opposé, différents degrés d'encadrement objectif peuvent également être mis au service du « faible ».

¹ Aussi, la situation dans laquelle se retrouve le mandant peut-elle être très proche de celle ici évoquée dans l'hypothèse où ce dernier disposerait d'un poids supérieur à celui du mandataire. En effet, la loi reconnaît au mandant (art. 2004 du C. civ.), dans le cadre du mandat ordinaire, le pouvoir de révoquer le mandataire *ad nutum* – étymologiquement : sur un signe de tête – ce qui signifie que les motifs de la résiliation sont abandonnés à l'appréciation subjective du mandant. Si le mandant est pareillement avantagé par un faible encadrement objectif des conditions de mise en œuvre de son pouvoir de révocation, c'est dans la mesure où il est traditionnellement considéré que le mandat ordinaire est conclu dans l'intérêt exclusif du mandant.

² Le franchiseur décide librement d'actualiser le savoir-faire qu'il doit transmettre pour l'adapter aux évolutions technologiques et aux réalités économiques rencontrées. Admettre le contraire reviendrait, semble-t-il, à attenter à son autonomie de gestion.

2. *Un instrument au service du faible.*

319. **Le faible protégé.**- Lorsque le contractant réputé être en situation de faiblesse est également le sujet d'imputation passif des effets d'un pouvoir contractuel, un fort degré d'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir permet de garantir une meilleure protection de ses intérêts. En effet, plus la contrainte objective qui pèse sur le titulaire du pouvoir est lourde, moins celui-ci est libre de privilégier ses propres intérêts. Ainsi, l'encadrement renforcé des conditions d'exercice du pouvoir contraint-il son titulaire à respecter davantage encore les intérêts du cocontractant. La contrainte objective renforcée apparaît alors comme un moyen qui permet de compenser, autrement dit qui permet de réduire au maximum, le déséquilibre engendré par le rapport de pouvoir.

Pour illustrer ce phénomène, il est possible de faire référence, en premier lieu, au pouvoir disciplinaire de l'employeur. En raison de la gravité des risques qu'il fait peser sur le salarié, qui est réputé être la partie faible au contrat, ses conditions d'exercice font l'objet d'un encadrement objectif poussé afin de garantir une protection renforcée des intérêts de ce dernier. En effet, lorsque l'employeur décide de sanctionner le salarié via un licenciement ou une mise à pied disciplinaire¹, il convient d'observer, d'abord, que ces moyens de sanction font l'objet d'une prédétermination objective², assurée, respectivement, par la loi et le règlement intérieur³. Ensuite, leur finalité, qui est de sanctionner le salarié, est objectivement définie. Enfin, leur mise en œuvre repose sur un motif-efficient défini de manière objective. Plus précisément, la cause-efficientie de l'exercice du pouvoir doit être une faute disciplinaire qui a pu être définie comme un manquement du salarié aux obligations résultant de son contrat⁴. Aussi, il est nécessaire d'ajouter, qu'en matière de licenciement, ce manquement doit répondre au standard de la cause réelle et sérieuse. Cet encadrement objectif poussé des conditions d'exercice du pouvoir disciplinaire, qui s'étend de la cause-efficientie à la cause finale de l'action de son titulaire et qui passe également par les moyens à employer, permet de limiter la part dévolue au subjectivisme de l'employeur afin de garantir un haut niveau de protection aux intérêts du salarié.

En second lieu, et toujours pour illustrer le phénomène qui consiste à renforcer l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre d'un pouvoir afin de garantir une meilleure protection des intérêts du contractant en situation de faiblesse, il est possible de faire allusion à l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir issu d'une clause d'essai stipulée dans le cadre d'un contrat de travail. Il a pu être mis en évidence que le pouvoir conféré à l'employeur de rompre le contrat de travail à l'essai a pour finalité objective, c'est-à-dire pour cause-finale objective, de sanctionner l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est

¹ Le licenciement et la mise à pied disciplinaire constituent, en droit du travail, les deux seules sanctions qui correspondent à l'exercice d'un pouvoir contractuel.

² Au-delà de la seule prédétermination objective, les moyens employés font l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Au sujet de contrôle de proportionnalité qui vise à vérifier l'adéquation des moyens employés par rapport à la cause-efficientie de l'action et à sa cause-finale, v. : *infra*, n° 439 et s., spéc., p. 492 et s.

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 311, p. 338 et s.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 314, spéc., p. 343.

affecté¹. Aussi il a également pu être observé que l'exercice de ce pouvoir doit nécessairement prendre appui sur un motif inhérent aux aptitudes professionnelles du salarié, ce qui vient objectiver la cause-efficiente de la rupture². L'encadrement objectif, qui s'étend ici de la cause-finale et à la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir, vient alors renforcer la protection du contractant en situation de faiblesse, c'est-à-dire le salarié, en limitant les hypothèses de rupture du contrat de travail à l'essai.

Enfin, en dernier lieu, il est possible de faire allusion à l'encadrement objectif du pouvoir de détermination du prix lorsque celui-ci prend place dans des contrats-cadre, comme des contrats de franchise et de concession, qui donnent naissance à une situation de dépendance professionnelle via la stipulation d'une clause d'exclusivité. Dans l'hypothèses de tels contrats, où le franchisé et le concessionnaire sont les parties faibles, l'encadrement objectif renforcé des conditions d'exercice du pouvoir de détermination du prix doit permettre d'assurer une meilleure prise en considération de leurs intérêts. À ce propos, il a pu être mis en évidence que si, dans les contrats-cadre, ce pouvoir doit avoir pour finalité objective, c'est-à-dire pour cause-finale, d'adapter le prix aux évolutions du marché, ou encore, de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique, il doit également garantir, dans les contrats-cadre qui créent une relation de dépendance, une certaine rentabilité au cocontractant³. Cet encadrement objectif strict de la finalité de l'action du titulaire du pouvoir de détermination du prix vient assurer une plus grande prise en considération des intérêts du cocontractant. Mais ce n'est pas tout, car il a pu être observé que l'exercice d'un tel pouvoir doit être motivé par des considérations relatives à la conjoncture économique, c'est-à-dire par des considérations objectives extérieures au titulaire du pouvoir⁴. L'encadrement objectif, qui s'étend ici à la cause-finale et à la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir, doit ainsi permettre de fixer un prix qui respecte davantage les intérêts du cocontractant en situation de faiblesse.

320. Le faible avantagé.- Lorsque le contractant réputé être en situation de faiblesse se voit conférer un pouvoir contractuel, ce dernier fait généralement l'objet d'un encadrement objectif de ses conditions de mise en œuvre assez limité. La vocation d'un encadrement limité est, alors, d'avantager le contractant en situation de faiblesse. Plus précisément, il s'agit de combattre le déséquilibre de puissance factuel, c'est-à-dire le déséquilibre de puissance économique, auquel se trouve confronté le contractant en situation de faiblesse, par un déséquilibre de puissance juridique.

Une telle situation peut être illustrée par la référence aux droits de rétractation dont peuvent être investis les consommateurs en matière de contrats conclus à distance ou hors établissements⁵, mais aussi, en matière de contrats portant sur des services financiers⁶, ou encore, dans le cadre des contrats de crédit à la consommation⁷. Il a pu être observé que si ces

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 295, p. 323.

² Sur ce point v. : *supra*, n° 305, p. 331.

³ Sur ces points, v. : *supra*, n° 297, p. 326 et s.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 308, p. 336 et s.

⁵ v. : l'art. L. 221-18 al. 1^{er} du C. consom.

⁶ v. : l'art. L. 222-7 al. 1^{er} du C. consom.

⁷ v. : l'art. L. 312-19 du C. consom.

pouvoirs contractuels répondent, à l'image de tous les pouvoirs contractuels, à une finalité objectivement définie, à savoir ici permettre au consommateur de recouvrer sa liberté, en revanche, les motifs-efficients de la rupture ne font pas l'objet d'un encadrement objectif et sont, par conséquent, abandonnés au subjectivisme de leurs titulaires¹. L'encadrement objectif des conditions d'exercice de ces pouvoirs contractuels est alors très peu poussé, et cela, dans la perspective de faciliter la rétractation des consommateurs et, par conséquent, d'avantager ces derniers qui sont présumés être en situation de faiblesse par rapport au professionnel.

Cette volonté légale d'avantager le contractant en situation de faiblesse par un encadrement objectif faible des conditions d'exercice des pouvoirs qui lui sont attribués est également présente en matière de baux d'habitation ou de baux commerciaux. Il y est alors question d'avantager le preneur, qui est présumé être en situation de faiblesse face au bailleur, via un encadrement objectif réduit de son pouvoir de résiliation. En effet, dans le cadre des baux d'habitation, le preneur se voit conférer un pouvoir de résiliation qui peut être mis en œuvre à tout moment², sous réserve d'un délai de préavis de trois mois³, et sans avoir à subordonner son action à des motifs-efficients, c'est-à-dire à des raisons, objectivement défini(e)s. Dans le cadre des baux commerciaux, le preneur dispose également d'un pouvoir de résiliation qui peut être exercé à l'expiration de chaque période triennale⁴, moyennant un préavis de six mois⁵, mais dont la mise en œuvre n'est pas subordonnée à des motifs-efficients objectivement définis.

Ainsi, un degré réduit d'encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels peut-il être mis au service du contractant en situation de faiblesse afin de l'avantager.

321. Bilan de la Section I.- L'étude des manifestations du mécanisme de finalisation au plan substantiel a permis de mettre en évidence que tous les pouvoirs contractuels ne sont pas soumis au même degré d'encadrement objectif. Il a, en effet, pu être observé que si tous les pouvoirs contractuels sont assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, pour certains, le processus d'encadrement objectif peut également s'étendre aux motifs-efficients qui justifient l'action du titulaire, ou encore, aux moyens que celui-ci doit utiliser.

Aussi, ces différents degrés d'encadrement objectif ont une utilité : ils permettent de pondérer l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir.

Ainsi, plus l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir est réduit, plus son titulaire dispose d'une large part de liberté lui permettant de favoriser ses intérêts au détriment de ceux de son cocontractant. Un faible degré d'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre a donc pour vocation d'avantager le titulaire du pouvoir. En pratique, lorsqu'un pouvoir contractuel faiblement encadré est attribué au contractant en situation de

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 299, p. 329 et s.

² Art. 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

³ Le délai de préavis du locataire peut être réduit à un mois notamment en cas de mutation ou de perte d'emploi, ou encore si le locataire est âgé de plus de soixante ans, dans l'hypothèse où son état de santé justifie un changement de domicile. (art. 15-I°). Dans cette hypothèse, l'allégation d'un motif objectivement défini permet de réduire la durée du délai de préavis.

⁴ Art. L. 145-4 al. 2 du C. com.

⁵ Art. L. 145-9 al. 1 du C. com. L'alinéa 5 du même article dispose que le congé doit être donné par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extra-judiciaire.

domination économique, c'est-à-dire lorsqu'il est mis au service du « fort », ce procédé a pour vocation d'accroître le déséquilibre issu du rapport de pouvoir en sa faveur. Mais un pouvoir contractuel faiblement encadré peut également être mis au service du contractant en situation de faiblesse, c'est-à-dire être mis au service du « faible »¹. Dans cette situation, le faible degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir a pour vocation de combattre un déséquilibre de puissance factuel par un déséquilibre de puissance juridique.

À l'opposé, plus l'encadrement objectif des conditions d'exercice est étendu, moins le titulaire du pouvoir est libre de privilégier ses propres intérêts. L'encadrement renforcé des conditions d'exercice du pouvoir contraint le titulaire du pouvoir à respecter davantage les intérêts de son cocontractant. Ce procédé est alors mis au service du « faible » afin d'accroître la protection de ses intérêts et, ce faisant, de réduire le déséquilibre engendré par le rapport de pouvoir.

L'étude ici entreprise a permis de mettre en évidence les manifestations du mécanisme de finalisation au plan substantiel. La question qui se pose, alors, par la suite, est de savoir comment l'encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels se trouve être formellement exprimé. Pour y répondre, il s'avère nécessaire d'étudier les manifestations du mécanisme de finalisation au plan formel.

SECTION II : LES MANIFESTATIONS DE LA FINALISATION AU PLAN FORMEL.

322. **Deux situations.**- Au plan de l'expression formelle des conditions objectives d'exercice des pouvoirs contractuels, deux situations peuvent se rencontrer.

La première situation, qui est la plus confortable, est celle dans laquelle il existe des dispositions exprimant formellement les conditions de la finalisation (§ 1).

La seconde situation, qui est plus inconfortable, est celle dans laquelle les conditions qui encadrent l'exercice du pouvoir ne sont pas formellement exprimées. Il s'agit alors de l'hypothèse dans laquelle le titulaire du pouvoir contractuel est confronté à l'absence de dispositions exprimant formellement les conditions de la finalisation (§ 2).

§ 1 - L'EXISTENCE DE DISPOSITIONS EXPRIMANT FORMELLEMENT LES CONDITIONS DE LA FINALISATION.

323. **Deux techniques.**- Les conditions de la finalisation, c'est-à-dire les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, peuvent être formellement exprimées de deux manières différentes. La première technique d'expression formelle consiste à faire référence à un standard (A). La seconde technique d'expression formelle consiste à faire référence à des conditions précises (B).

¹ Pour des exemples en matière de droit de la consommation et de baux d'habitation, v. : *supra*, n° 320, spéc., p. 351.

A. La référence à un standard.

324. **Qu'est-ce qu'un standard ?**- Les standards sont des notions juridiques aux contours indéterminés¹, c'est-à-dire des « notions-cadre » aux contours flous, c'est-à-dire encore, des notions au contenu variable², incluses dans des règles de droit³. L'introduction d'un standard au sein d'un énoncé normatif se présente alors comme une technique particulière d'expression de la règle de droit qui prive celle-ci de son caractère directement opérationnel⁴ en raison de l'indétermination structurelle⁵ du standard⁶. Si l'une des caractéristiques du standard est de ne pas pouvoir faire l'objet d'une définition générale *a priori*⁷, une autre de ses caractéristiques serait d'être une technique de renvoi⁸ à un ordre de valeurs⁹.

325. **Les standards présents en matière de pouvoirs contractuels.**- La technique du standard est souvent employée pour apprécier le comportement des individus. Il est alors possible de faire allusion, ici, aux standards célèbres que sont « la bonne-foi », « les bonnes mœurs », « le bon père de famille », qui renvoient tous à un ordre particulier de valeurs. Mais, elle peut également être sollicitée pour encadrer l'action du titulaire d'un pouvoir¹⁰ et notamment l'action du titulaire d'un pouvoir contractuel.

Il est ainsi possible d'observer que les motifs-efficients qui conditionnent la mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels font l'objet d'une prédétermination objective exprimée sous la forme d'un standard.

¹ v. en ce sens : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Standard, sens n° 1, où la définition fait notamment allusion à : « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé ».

² v. not. en ce sens : J.-L. BERGEL, « *Avant-propos* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, n° 4, p. 805 et s., spéc., p. 806.

³ v. en ce sens : J.-S. NAVARRO, « *Standards et règles de droit* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 834 et s., spéc., n° 10, p. 837.

⁴ v. en ce sens : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 1182 et s., spéc., p. 1182.

⁵ v. sur ce point : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, n° 383, p. 280, et n° 382, p. 279

⁶ v. en ce sens : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Préf. P. WEIL, LGDJ, 1980, n° 93, p. 120 : « Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci ».

⁷ v. par ex. en ce sens : P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 1038 et s., spéc., p. 1066 : « l'une des caractéristiques du standard est probablement d'échapper à toute définition véritable, en ce sens qu'on ne peut en expliciter le contenu par une définition qui ne comprendrait pas à son tour un terme standard ou une expression équivalente ».

⁸ v. en ce sens : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », art. préc., p. 1190, où l'auteur analyse le standard comme : « une technique de renvoi » et p. 1187, où l'auteur fait observer que : « le standard serait l'instrument par lequel un certain système renvoie à un autre système ».

⁹ v. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, n° 381, p. 279, où l'auteur indique que : « le système auquel [le] renvoi est fait est un système de valeurs [...] ».

¹⁰ *Ibid.*, n° 377, spéc., p. 276, où l'auteur fait observer que : « lorsqu'il constitue un mode de justification du pouvoir, le standard n'est pas un mode de contrôle des comportements mais des décisions ». La décision étant, pour l'auteur, le résultat de l'exercice d'un pouvoir.

Tel est le cas, par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier¹ et en matière d'exception d'inexécution², où la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir est légalement exprimée sous la forme du standard que constitue l'inexécution « suffisamment grave »³. Tel est le cas, également, en matière de pouvoir d'agrément où la jurisprudence sanctionne le refus d'agrément qui n'est pas justifié par un « motif légitime »⁴. Mais aussi, dans le cadre du pouvoir de donner congé conféré au bailleur dont l'exercice doit prendre appui sur un motif « légitime et sérieux ». Sans oublier, le pouvoir de prononcer un licenciement qui doit être justifié par une cause, certes réelle, mais surtout « sérieuse ». Le caractère « sérieux » de la cause de licenciement étant un standard employé pour en définir la gravité.

Parfois, c'est même tout le processus de finalisation, c'est-à-dire l'intégralité de l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir, qui est résumé sous la forme d'un standard.

Cette situation se rencontre notamment en droit des sociétés où le standard de « l'intérêt social » vient guider l'exercice de tous les pouvoirs, y compris l'exercice des pouvoirs qui ont pu être identifiés comme des pouvoirs contractuels. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir dont dispose la majorité⁵ qui lui permet d'imposer une mise en réserve ou une distribution du bénéfice de l'exercice⁶. Ici, les causes efficiente et finale de l'action du titulaire du pouvoir⁷ sont appréciées au regard de standard de l'intérêt social dont la méconnaissance constitue l'un des critères de l'abus de majorité⁸.

Une telle situation se rencontre également en droit du travail où le standard de « l'intérêt de l'entreprise » vient encadrer l'exercice des pouvoirs de l'employeur, et notamment de ses pouvoirs contractuels. Ainsi, et à titre d'illustration, il est possible d'évoquer la mise en œuvre des pouvoirs issus des clauses de variation qui peuvent être stipulées dans les contrats de travail. La jurisprudence contrôle, en effet, l'exercice des pouvoirs issus des clauses de mobilité

¹ v. : le nouvel art. 1224 du C. civ.

² v. : le nouvel art. 1219 du C. civ.

³ Le fait que « l'inexécution suffisamment grave » soit un standard permet d'expliquer qu'il est impossible d'en donner une définition *a priori*. La difficulté qui existe à donner une définition précise de cette notion a pu être évoquée *supra*, n° 303, p. 333 et s.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 306, p. 336 et s.

⁵ À propos de l'observation selon laquelle seules les résolutions majoritaires peuvent être le vecteur de pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 76, p. 94 et s.

⁶ À propos de ce type de pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 78, p. 98 et s.

⁷ Le titulaire du pouvoir est ici la partie simple ou plurielle constituant une majorité

⁸ Les critères de l'abus de majorité ont pu être formulés par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt « *Société des Anciens Établissements PICQUARD* » (Cass. com. 18 avril 1961, *Bull. civ.* III, n° 175). Selon la formule de la Cour de cassation, l'abus est caractérisé lorsque la résolution a été adoptée contrairement à l'intérêt général de la société [c'est-à-dire l'intérêt social] et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires.

géographique¹ ou de variation d'horaires² au regard du standard qu'est « l'intérêt de l'entreprise ». Cela signifie que les causes efficiente et finale, c'est-à-dire les raisons qui justifient l'exercice de ces pouvoirs et le but de leur mise en œuvre sont appréciées au regard du standard que constitue l'intérêt de l'entreprise. L'intégralité de l'encadrement objectif des conditions d'exercice de ces pouvoirs est alors formellement exprimé sous la forme d'un standard.

Si la technique du standard permet une formulation souple³ des règles de droit et, notamment, de celles qui peuvent venir encadrer l'exercice d'un pouvoir contractuel, la question qui se pose alors, par la suite, est de savoir ce que doit faire le titulaire d'un pouvoir contractuel lorsqu'il est confronté à un standard.

326. Le titulaire d'un pouvoir contractuel confronté à un standard.- Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel est confronté à un standard, il s'agit, dans un premier temps, pour lui, de chercher à identifier le contenu normatif de celui-ci. Cela ne signifie pas qu'il appartient au titulaire du pouvoir, ni même à l'autorité qui viendra, par la suite, en contrôler l'exercice, de donner une définition du standard⁴, chose, au demeurant, impossible. Le standard se présentant comme une technique de renvoi à un ordre de valeurs, le titulaire du pouvoir se doit, en réalité, d'interpréter⁵ le standard auquel il est confronté pour découvrir l'ordre de valeurs auquel celui-ci renvoie⁶.

À titre d'illustration, il est possible d'observer que le standard de « l'inexécution suffisamment grave » auquel est confronté la partie qui souhaite mettre en œuvre son pouvoir de suspendre l'exécution ou son pouvoir de résoudre le contrat renvoie à des valeurs patrimoniales et extrapatrimoniales. En effet, les tribunaux apprécient traditionnellement la gravité du manquement au regard d'éléments objectifs relatifs à la nature de l'obligation inexécutée et d'éléments subjectifs relatifs au comportement du débiteur.

Toujours en guise d'illustration, il semble possible de constater que le standard de « l'intérêt social » qui vient encadrer l'action de la majorité dans un groupement sociétaire,

¹ v. en ce sens : Cass. soc. 23 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 64, p. 56 ; D. 2005, p. 1678, note H.-K. GABA ; Dr. soc. 2006, p. 576, obs. J. MOULY ; où la Cour admet de contrôler la mise en œuvre du pouvoir issu d'une clause de mobilité géographique au regard du standard que constitue l'intérêt de l'entreprise, mais fait peser la charge de la preuve sur la salarié qui doit démontrer que cette décision a été, en réalité, prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle. *Adde*, dans le même sens : Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45478.

² v. en ce sens : Cass. soc. 9 juillet 2003, n° 01-42723, où la Cour retient que l'employeur est réputé avoir manqué à ses obligations contractuelles s'il n'établit pas que la répartition de l'horaire d'un salarié à temps partiel, expressément autorisée par le contrat, était imposée dans l'intérêt de l'entreprise.

³ Le standard présente donc l'avantage de la « plasticité » en ce sens qu'il permet, via une « notion-cadre », de saisir un nombre indéfini d'hypothèses sans avoir toutes à les déterminer précisément.

⁴ v. en ce sens : P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », art. préc., p. 1063.

⁵ À propos de l'idée selon laquelle le standard doit faire l'objet d'une interprétation, v. not. : D. PINARD, « *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 1070 et s., spéc., p. 1075 ; P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », art. préc., p. 1038.

⁶ Rapp. : Ph. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », art. préc., p. 1190, où l'auteur estime que l'on est en présence d'un standard notamment lorsque celui qui est confronté à la notion en cause est invité à « émettre un jugement de valeur ». Il s'agirait donc de l'un des critères permettant d'identifier un standard.

notamment à l'occasion de la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice, apparaît comme le vecteur de valeurs d'ordre purement patrimonial¹ et serait, donc, ramené à un enjeu purement économique et financier, alors que l'intérêt de l'entreprise qui doit guider l'action de l'employeur, notamment, dans la mise en œuvre des clauses de variation, serait plus large et renverrait à des valeurs patrimoniales et extrapatrimoniales.

Une fois l'ordre de valeur auquel renvoie le standard identifié, il incombe, dans un second temps, au titulaire du pouvoir de procéder à une opération de qualification juridique² des faits auxquels il fait face, et cela, au regard du standard et des valeurs dont ce dernier se fait le vecteur.

Si ces deux opérations d'interprétation et de qualification laissent une marge d'appréciation assez importante au titulaire d'un pouvoir contractuel dont les conditions d'exercice sont encadrées par un standard³, celle-ci n'est pas, pour autant, discrétionnaire⁴, c'est-à-dire insusceptible de contrôle. En effet, le juge pourra être appelé à contrôler les opérations d'interprétation du standard et de qualification juridique des faits au regard du standard. Ainsi, pourra-t-il, par exemple, considérer, en matière de pouvoir résolution unilatérale, que les valeurs comportementales auxquelles fait référence le standard ne sont pas aussi strictes que celles qu'avait pu dégager le créancier de l'obligation inexécutée à l'occasion de son opération d'interprétation, et qu'en conséquence, l'opération de qualification est erronée, les faits ne revêtant pas la gravité suffisante qui autorise la mise en œuvre du pouvoir de résolution.

Comme il le fut évoqué, d'une manière générale, à propos de la technique du standard, l'avantage de la souplesse, *in fine*, se paie car il est acquis aux dépens de la sécurité juridique⁵. Ainsi il existe, aussi bien pour le titulaire du pouvoir contractuel que pour son cocontractant, une forme d'incertitude lorsque l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir est exprimé sous la forme d'un standard. Cette incertitude étant liée aux opérations d'interprétation du standard et de qualification des faits au regard du standard.

Si la technique du standard, qui est en plein essor, permet l'expression formelle des conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il existe également une autre technique, moins sujette à l'incertitude, propre à assurer cette expression formelle.

¹ v. sur ce point : A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, p. 189 et s., spéc., p. 190, où l'auteur fait observer que : « L'appréciation de l'intérêt social se situe de manière quasi exclusive dans la sphère financière, interdisant par conséquent tout amalgame entre intérêt social et intérêt de l'entreprise ».

² v. en ce sens : J.-L. BERGEL, « Avant-propos », art. préc., spéc., p. 809, où l'auteur met en évidence que les standards : « imposent dans le raisonnement une opération de "qualification" qui est bien connue et dont la réalisation donne lieu, dans l'enchaînement des syllogismes successifs, à un syllogisme intermédiaire habituel ».

³ v. sur ce point : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 377, p. 275, où l'auteur vante les vertus du standard dans la mesure où sa souplesse laisse une possibilité de choix au titulaire d'un pouvoir. La règle formulée avec l'aide d'un standard étant : « suffisamment souple pour ne pas prédéterminer la décision à prendre et ainsi annihiler le pouvoir ».

⁴ v. not. en ce sens : D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés », art. préc., spéc., p. 1075, où l'auteur constate que : « L'application d'une règle de droit formulée à l'aide d'un standard donne tout simplement lieu à interprétation, et ne crée pas de pouvoir discrétionnaire ».

⁵ v. : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, 2nd éd., p. 112.

B. La référence à des conditions précises.

327. **Un remède contre l'incertitude.**- Afin de réduire drastiquement la place laissée à l'incertitude à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, son encadrement objectif peut être exprimé sous la forme de conditions précises. En effet, lorsque les conditions objectives d'exercice du pouvoir sont précisément définies, le titulaire d'une telle prérogative n'est pas contraint d'en interpréter la norme attributive, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de découvrir l'esprit derrière la lettre, afin de déterminer ses conditions de mise en œuvre. Dans ces hypothèses où « la lettre recouvre l'esprit »¹, où les limites substantielles du pouvoir se fondent dans son expression formelle², la question de l'interprétation ne se posant pas, par principe³, il ne saurait donc exister d'incertitude en ce qui concerne l'identification des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

L'avantage en termes de prévisibilité et donc de sécurité juridique que présente la référence à des conditions d'exercice précises a pu séduire le législateur. Ainsi, ce dernier définit-il parfois de manière très précise la nature des motifs-efficients qui doivent justifier la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

L'article 15-I de la loi MERMAZ⁴ permet d'en fournir illustration. En effet, les deux premiers motifs-efficients⁵ à même de justifier l'exercice du pouvoir dont jouit le bailleur de donner congé au preneur sont définis très précisément. Le congé doit être justifié, soit, par la décision de vendre le logement, soit, par la décision de reprendre le logement pour l'habiter lui-même ou y placer l'un de ses proches dont l'identité est précisément définie par la loi⁶. La loi assure alors un haut degré de prévisibilité en faisant référence à des conditions précises. Aussi,

¹ L'expression est empruntée à : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 680, p. 498.

² La formule originelle, ici modifiée, est empruntée à : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 681, p. 498. L'auteur énonçant : « Parfois, en revanche, la finalité du droit étant précisée par sa lettre, ce sont ses frontières substantielles qui paraissent se fondre dans ses limites formelles ».

³ Si le titulaire d'un pouvoir contractuel n'aura pas à interpréter la norme attributive du pouvoir lorsque ses conditions de mise en œuvre sont énoncées précisément, le juge ne pourra pas non plus interpréter ladite norme attributive du pouvoir lorsque celle-ci est de source conventionnelle et énonce de manière claire et précise ses conditions d'exercice. En effet, le juge ne peut interpréter que les clauses obscures ou ambiguës et non les clauses claires et précises, sous peine de dénaturation (Cette règle est reprise au nouvel art. 1192 du C. civ.).

Une réserve doit toutefois être formulée. Même en présence d'une clause claire et précise, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une clause dépourvue « d'ambiguïté intrinsèque », il existe toujours un risque de défectuosité de la lettre lorsque les termes de la clause, clairs en eux-mêmes, sont confrontés à une réalité extérieure qui ne semble pas avoir été raisonnablement prévue par les parties. Dans cette situation, où l'ambiguïté est qualifiée « d'extrinsèque », l'interprétation – c'est-à-dire la recherche de l'esprit du texte – fera son retour. Sur ces points, v. : J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil, op. cit.*, n° 25 et s., p. 37 et s. Adde, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 658, p. 482-483, où l'auteur conclut : « Dans tous [l]es cas, c'est la considération du *contexte* qui justifie le dépassement de la lettre ainsi que la divergence d'interprétation pour une même formule ». (L'auteur souligne).

⁴ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

⁵ Le troisième type de motif-efficient à même de justifier l'exercice du pouvoir de donner congé est défini sous la forme d'un standard : il s'agit du « motif légitime et sérieux ». À propos de la technique du standard, v. : *supra*, n° 324, p. 353 et s.

⁶ L'art. 15-I de la loi du 6 juillet 1989 dispose ainsi que le bénéficiaire de la reprise « ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire ».

il convient d'ajouter que cette prévisibilité n'est pas trahie par la jurisprudence. Lorsqu'il ressort des circonstances que le bailleur entend véritablement se reloger lui-même ou y placer, par exemple, l'un de ses enfants, la jurisprudence refuse toute interprétation, toute analyse approfondie, de la nature du motif donné dès lors que celui-ci correspond à la lettre de la loi. Ainsi, la Cour de cassation rejette-t-elle les arguments tendant à remettre en cause la validité du congé au motif que, par exemple, l'enfant n'avait pas besoin d'être relogé car il disposait déjà d'un logement adapté à son style de vie¹.

Si le législateur peut, de lui-même, définir précisément les conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel, il peut également imposer aux parties de définir avec précision certaines de ses conditions de mise en œuvre lorsqu'elles entendent stipuler une clause de pouvoir dans leur contrat. Tel est le cas en matière de clause résolutoire où la loi impose une définition précise de la nature des engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat². Par ce biais, il s'agit alors de fournir un encadrement objectif précis à une partie des motifs-efficients à même de justifier la mise en œuvre du pouvoir issu de la clause résolutoire. En effet, il convient d'observer que le mécanisme de la résolution prend appui sur une combinaison d'éléments objectifs relatifs à la nature de l'obligation inexécutée et d'éléments subjectifs relatifs au comportement du débiteur. L'exigence légale de précision se rapporte alors seulement au premier de ces éléments, rien n'étant indiqué quant à la gravité du manquement³.

Parfois, ce seront les parties qui, afin de garantir une plus grande prévisibilité, prendront, d'elles-mêmes, l'initiative de définir précisément les conditions d'exercice des pouvoirs qu'elles entendent introduire dans leurs contrats.

Tel peut être le cas en matière de pouvoirs d'agrément où les motifs-efficients à même de justifier son exercice, c'est-à-dire ses raisons, son « parce que », pourront être strictement définis et faire référence à des critères précis⁴ tels que les compétences, l'expérience professionnelle, ou encore, l'apport de garanties financières chiffrées, auxquels devra répondre le candidat à l'agrément.

Tel peut être encore le cas dans les contrats de cotraitance ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage immobilier, où les parties peuvent décider de définir strictement les motifs qui autorisent l'un des cotraitants à modifier l'objet de sa prestation. En effet, la modification unilatérale par l'un des cotraitants de l'objet de sa prestation, par exemple la réalisation de fondations selon des normes différentes, peut conduire les autres cotraitants à adapter leurs propres prestations, ce qui peut alors nuire à la réalisation de l'ensemble du projet. Dans une telle situation, les parties pourront décider de limiter les hypothèses de mise en œuvre de ces pouvoirs à des hypothèses strictement définies, comme un changement de la réglementation applicable en matière de construction.

¹ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 1996, *Bull. civ.* III, n° 20, p. 13, où la Cour de cassation a pu retenir que l'art. 15-I de la loi du 6 juillet 1989 « n'impose pas au bailleur de justifier du besoin de logement du bénéficiaire de la reprise ».

² Cette exigence est aujourd'hui énoncée au premier alinéa du nouvel art 1225 du C. civ. qui dispose : « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ».

³ Pour garantir une meilleure prévisibilité, les parties pourront préciser la gravité du manquement qui justifie la mise en œuvre de la clause résolutoire. En l'absence de telles précisions, il conviendra d'interpréter la clause résolutoire pour en découvrir la *ratio stipulationis*. v. : *infra*, n° 331 et s., p. 359 et s.

⁴ v. sur ce point : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1261, spéc., p. 496.

328. Les limites de la technique consistant à définir précisément les conditions d'exercice du pouvoir.- Si la technique qui consiste à exprimer les conditions d'exercice du pouvoir sous la forme de conditions précises présente des avantages certains en termes de prévisibilité, et donc de sécurité juridique, aussi bien pour le titulaire du pouvoir que son cocontractant, pourquoi ne pas inviter les parties à y recourir en toutes circonstances ? Deux limites à l'utilisation de cette technique d'expression formelle des conditions d'exercice du pouvoir peuvent être relevées.

La première est d'ordre matériel. Les parties n'étant pas à même de prévoir toutes les situations qui pourront se présenter à elles au temps de l'exécution, il est alors très délicat de vouloir enfermer les conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel dans des définitions trop précises.

La seconde est d'ordre juridique et se rencontre lorsque les conditions d'exercice du pouvoir sont déjà définies sous la forme d'un standard. La question qui a alors pu se poser est celle de savoir si les parties peuvent remédier à l'indétermination structurelle du standard en donnant une définition conventionnelle de celui-ci qui pourrait lier le juge ? Sur ce point, la doctrine répond négativement. Au regard de la technique du standard, une définition *ex ante* ne devrait pas lier le juge dans la mesure où celle-ci porterait atteinte à son indétermination structurelle¹.

Ainsi, la technique qui consiste à définir précisément les conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel ne saurait être considérée comme un remède miracle contre l'incertitude en raison de son maniement délicat et de son inaptitude à corriger les défauts de la technique du standard. Quoiqu'il en soit, les situations dans lesquelles les conditions d'exercice d'un pouvoir sont exprimées sous la forme d'un standard ou de conditions précises sont toujours plus confortables que celles dans lesquelles les conditions d'exercice du pouvoir contractuel ne sont pas formellement exprimées.

§ 2 - L'ABSENCE DE DISPOSITIONS EXPRIMANT FORMELLEMENT LES CONDITIONS DE LA FINALISATION.

329. Quelles situations et comment y remédier ?.- Le silence gardé par la norme attributive du pouvoir au sujet des conditions de mise en œuvre de la prérogative qui en est issue crée une situation d'incertitude pour les parties au contrat. En effet, dans le silence de la lettre, il est possible d'observer, d'un côté, que le titulaire du pouvoir n'est pas en mesure de savoir si l'usage qu'il entend faire de sa prérogative est licite, et de l'autre, que le cocontractant sujet d'imputation passif ne peut anticiper les conséquences de l'exercice du pouvoir contractuel.

¹ v. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 382-383, p. 279-280. Adde, pour une approche en ce sens en droit des sociétés : J.-P. BERTREL, « *La position de la doctrine sur l'intérêt social* », *Droit & patrimoine*, avril 1997, p.42 et s., spéc., p. 46, où l'auteur retient que ni les associés ni les dirigeants n'ont « le pouvoir de définir le standard à respecter », qui est ici l'intérêt social.

Une telle situation d'incertitude peut alors apparaître en contradiction avec l'objectif premier du contrat qui est d'être un instrument d'appréhension du futur, un outil de gestion des risques¹. L'incertitude liée à l'absence de disposition exprimant formellement les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel est donc problématique.

Dès lors il s'agira, dans un premier temps, d'essayer d'identifier les situations dans lesquelles la lettre de la norme attributive d'un pouvoir contractuel peut rester silencieuse au sujet de ses conditions d'exercice. Autrement dit, il sera question d'identifier les situations problématiques, de tracer les contours des situations en cause (A). Une fois les situations en cause identifiées, il conviendra, dans un second temps, de partir en quête du remède susceptible de mettre fin à la situation d'incertitude, c'est-à-dire qu'il s'agira d'identifier le remède qui permet de dégager les conditions de mise en œuvre du pouvoir contractuel (B).

A. Les situations en cause.

330. **Oubli ou point de désaccord entre les parties.**- Les hypothèses dans lesquelles les conditions d'exercice du pouvoir contractuel ne sont pas formellement exprimées se rencontrent généralement lorsque les parties désirent stipuler clause de pouvoir. Si, en pratique, les parties apportent souvent un grand soin à la rédaction des clauses de pouvoir en énonçant formellement leurs conditions d'exercice afin d'en garantir la prévisibilité, il n'en va pas toujours ainsi, la lettre de la clause pouvant rester silencieuse sur ses conditions d'exercice.

Le silence de la clause attributive du pouvoir au sujet de ses conditions de mise en œuvre peut alors trouver sa source, soit, dans une omission involontaire – c'est le cas du simple oubli –, soit, dans une omission volontaire, les parties préférant adopter une rédaction volontairement imprécise ou lacunaire². En effet, il arrive parfois que la discussion précontractuelle puisse buter sur un point de désaccord insurmontable au sujet des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel. Dès lors, dans l'optique de ne pas compromettre la conclusion du contrat, les parties conviennent-elles, implicitement, de laisser la question dans le flou. Comme il a été souligné, « c'est une technique bien banale que d'avancer malgré un désaccord »³. Dans une telle situation où le silence de la clause est le reflet d'un désaccord entre les parties, chacune d'elles espère alors en son for intérieur, soit, que le problème ne se posera pas en pratique, soit, qu'elle sera à même de faire triompher son point de vue au moment de la mise en œuvre du pouvoir contractuel⁴.

Lorsque les conditions d'exercice ne sont pas formellement exprimées par la norme conventionnelle attributive du pouvoir, cela ne signifie pas, pour autant, que la prérogative qui

¹ v. en ce sens : J.-M. MOUSSERON, « *La gestion des risques par le contrat* », RTD. civ. 1988, p. 481 et s.

² Rappr. : Th. IVAINER, « *La lettre et l'esprit de la loi des parties* », JCP. 1981, I, n° 3023, spéc., n° 5, où l'auteur fait observer que face à une difficulté : « les parties à l'acte, soucieuses de préserver leurs intérêts, ont pu tenter de chercher refuge dans l'ambiguïté ».

³ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 672, spéc., p. 492.

⁴ Rappr. : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^{ème} éd., n° 483, p. 429, où les auteurs relèvent que si la rédaction de certaines clauses est parfois ambiguë ou lacunaire, c'est probablement parce que les parties : « ne voulaient pas la même chose, chacune espérant, en laissant planer un certain flou, faire prévaloir son point de vue au moment de l'exécution ».

en est issue n'est pas finalisée¹, c'est-à-dire qu'elle ne serait pas soumise à un encadrement objectif destiné à assurer la prise en compte de l'intérêt du cocontractant. En raison de l'imprécision entourant les conditions d'exercice du pouvoir contractuel, l'ordre normatif construit² par le contrat s'avère donc être imparfait dans la mesure où il génère une incertitude, ce qui l'empêche de remplir son rôle d'instrument d'appréhension du futur.

Dès lors, il s'avère nécessaire de trouver un remède aux lacunes de l'*instrumentum*, c'est-à-dire d'identifier un moyen qui permettrait d'identifier les conditions objectives de mise en œuvre du pouvoir contractuel.

B. Le remède.

331. **L'identification de la *ratio stipulationis*.**- Comment remédier au silence de la lettre de la clause attributive du pouvoir et identifier les conditions objectives de sa mise en œuvre ? Face à une clause imprécise ou lacunaire, l'opération d'interprétation est nécessaire et doit conduire à identifier la volonté des parties, l'intention commune des parties³.

À ce propos, il a pu être observé que dans toutes les configurations contractuelles, les clauses qui y sont inscrites par les parties ont été stipulées dans une perspective particulière, c'est-à-dire pour remplir une fonction précise⁴. Dès lors, à l'image des dispositions légales qui ont une *ratio legis*, les stipulations contractuelles ont inévitablement une *ratio stipulationis*⁵, c'est-à-dire une raison d'être, qui est attachée à la fonction que les parties ont voulu qu'elles remplissent. Aussi, est-ce l'identification de cette *ratio stipulationis*, c'est-à-dire de cette raison d'être liée à la volonté des parties, qui doit permettre déterminer les bornes objectives du pouvoir⁶. L'identification de la *ratio stipulationis* apparaîtrait donc comme le moyen de remédier au silence de la lettre de la clause attributive du pouvoir sur ces conditions de mise en œuvre.

À ce sujet, il doit être rappelé que la méthode d'interprétation qui permet de dégager la volonté de l'auteur d'un texte est l'analyse exégétique. Or, l'analyse exégétique est critiquée et parfois rejetée en matière d'interprétation de la loi. Toutefois, il convient de préciser que la mise à l'écart de la méthode exégétique est justifiée uniquement lorsque la référence l'intention du législateur renvoie à des temps révolus⁷. De telles limites à l'utilisation de l'analyse

¹ v. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., p. 410, note n° 25, où l'auteur fait observer que : « Certes, parmi les clauses de pouvoir, certaines ne paraissent servir aucun but identifié ». Mais, pour autant, « ceci ne remet pas en cause le fait que la clause a bien une fonction qui se comprend au regard du contrat ».

² v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 670, p. 490, où l'auteur relève que : « Le contrat est un ordre construit où chaque clause assure une fonction propre ».

³ Cet objectif de la démarche interprétative, anciennement énoncé à l'art. 1156 du C. civ., est aujourd'hui énoncé au nouvel art. 1188 al. 1^{er} du C. civ. qui dispose que : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ».

⁴ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 671, p. 491.

⁵ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 671, p. 491 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 410, p. 231.

⁶ v. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 411, spéc., p. 232.

⁷ Sur ce point, v. : G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 2003, 11^{ème} éd., n° 389.

exégétique ne sauraient être pertinentes en matière contractuelle. En effet, le contrat ne s'étend jamais si durablement dans le temps que le fait de faire référence à la volonté des parties reviendrait à consulter une volonté morte ou périmée¹. Ainsi, l'analyse exégétique du contrat doit alors permettre de déterminer les bornes objectives du pouvoir au regard de sa raison d'être voulue par les parties.

Cependant, il peut être avancé qu'en présence d'une stipulation volontairement lacunaire ou ambiguë, la recherche de la prétendue volonté des parties peut sembler très délicate, voire illusoire², puisqu'elle sonne alors comme une invitation à découvrir une volonté inexistante, sinon implicite. Un tel argument n'est pourtant pas dirimant. En effet, comme certains auteurs ont pu le mettre en évidence³, ce qui importe pour identifier la *ratio stipulationis* et déterminer les limites objectives du pouvoir, ce n'est pas la manière secrète et personnelle dont l'une ou l'autre des parties a pu concevoir la clause, mais la conception que s'en ferait un contractant raisonnable placé dans le contexte du contrat⁴.

Dès lors qu'il s'agit d'identifier une volonté implicite, il ne saurait donc être question de découvrir la volonté réelle des parties, mais uniquement celle qu'elles auraient raisonnablement dû avoir⁵. Aussi, une telle méthode d'interprétation se montre respectueuse des intérêts des parties dans la mesure où, dans le silence de la norme attributive du pouvoir, la confiance réciproque des parties, au sujet des conditions d'exercice du pouvoir, n'a pu se cristalliser qu'autour de la conception que s'en ferait un contractant raisonnable placé dans le contexte du contrat⁶.

Lorsqu'il est confronté à une clause attributive de pouvoir qui n'exprime pas formellement ses conditions de mise en œuvre, le titulaire du pouvoir, tout comme le juge s'il venait à être saisi, devra donc interpréter la clause conformément à la conception que s'en ferait

¹ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 671, p. 491, note n° 2242 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 410, p. 231. En outre, il convient d'observer que retenir une solution contraire – c'est-à-dire abandonner toute référence à la commune intention des parties – serait attentatoire à la sécurité juridique en ce qu'elle viendrait déjouer leurs prévisions légitimes.

² v. sur ce point : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 429, où les auteurs font observer qu'en présence d'une lacune de la lettre de la clause : « la prétendue recherche des volontés non exprimées est [...], le plus souvent, pure illusion » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 448, spéc., p. 465, où, dans les mêmes circonstances les auteurs retiennent que : « la découverte de l'intention commune se ramène à la recherche divinatoire d'une volonté hypothétique ».

³ v. sur ce point : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 755, p. 550 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 411, p. 231-232.

⁴ Cette directive d'interprétation aujourd'hui énoncée au nouvel art. 1188 al. 2 du C. civ. qui dispose que, lorsque l'intention des parties ne peut être décelée, « le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

⁵ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 672, spéc., p. 492.

⁶ v. en ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 755, p. 550, où l'auteur retient : « Quand on en vient à une recherche de l'implicite, c'est seulement sur ces considérations [l'auteur ayant préalablement énoncé qu'il s'agit de rechercher la conception normale que s'en ferait un contractant raisonnable remis dans le contexte du contrat] qu'il faut se fonder, car c'est seulement sur de telles conceptions que la confiance des parties s'est communément posée ». (L'auteur souligne). Rapp. : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 410, p. 231, où l'auteur fait référence aux « attentes légitimes » des parties dans la mise en œuvre des prérogatives issues des clauses de pouvoir. Les idées de confiance et d'attentes légitimes étant liées puisque la confiance des parties génère nécessairement des attentes qui peuvent être qualifiées de légitimes dès lors qu'elles correspondent à celles qu'un contractant placé dans la même situation contractuelle aurait raisonnablement pu espérer.

un contractant raisonnable remis dans le contexte du contrat, et cela, afin dégager ses « bornes » objectives.

Pour prendre l'exemple d'une clause résolutoire, si la loi impose une définition précise de la nature des engagements dont l'inexécution entrainera la résolution du contrat, en revanche, elle n'exige rien au sujet de la gravité du manquement susceptible de servir de justification, c'est-à-dire de motif-efficient, de « parce que », à la mise en œuvre du pouvoir qui en est issu. Si les parties peuvent définir conventionnellement la gravité du manquement et, notamment, préciser que certains manquement véniels pourront justifier l'exercice du pouvoir de résolution dans la perspective de renforcer l'aspect comminatoire et punitif de la clause, il se peut également qu'elles omettent, volontairement ou involontairement, de préciser ce point. Dans une telle hypothèse il appartiendra, alors, au titulaire du pouvoir d'identifier la gravité du manquement justifiant la résolution, non pas au regard de ses convictions personnelles, mais au regard de la conception que s'en ferait un contractant raisonnable placé dans le contexte du contrat en cause.

Il convient d'ailleurs d'ajouter que, dans le cadre de son entreprise d'interprétation, le titulaire du pouvoir contractuel doit avoir la possibilité de se référer aux interprétations judiciaires des clauses de pouvoir qui ont été stipulées dans un contexte contractuel identique. En effet, comme certains auteurs ont pu le mettre en évidence, la répétition d'interprétations convergentes au sujet d'une même clause stipulée dans un contexte contractuel identique doit permettre de dégager une fonction type assortie à ce genre de clause¹. Il en résulte alors une normalisation objective² des conditions de mise en œuvre des clauses usuelles de pouvoir. Dans le silence du contrat, ces conditions de mise en œuvre qui correspondent à une « *ratio stipulationis* standard »³ doivent-elles alors être considérées comme étant celles auxquelles les parties se sont référées, jusqu'à preuve du contraire⁴.

Cependant, il pourrait être objecté qu'il existe une contradiction à vouloir dégager des solutions générales au sujet des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels alors que la recherche de la finalité de la clause de pouvoir a été placée, au début de l'analyse, sous l'angle d'une interprétation casuistique de la volonté des parties. Certains auteurs ont, toutefois, pu mettre en évidence que cette contradiction n'est qu'apparente puisqu'il ne s'agit pas d'identifier la manière personnelle dont une partie a pu concevoir la clause, mais d'identifier la conception que s'en ferait un contractant raisonnable placé dans le contexte du contrat⁵.

¹ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit. n° 755, p. 550.

² Cette expression est empruntée à : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 755, p. 550.

³ Cette expression est emprunté à : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 411, p. 231.

⁴ Les parties peuvent, en effet, décider de déroger à la « normalisation judiciaire », c'est-à-dire à la conception classique des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels issus des clauses usuelles. Cependant, cette dérogation doit être explicite afin de ne pas « surprendre » le cocontractant. v. sur ces points : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 765 et s., p. 558 et s.

⁵ v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 755, p. 550 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 411, p. 231-232.

Ainsi, dans la perspective de remédier au silence de la clause attributive du pouvoir au sujet de ses conditions de mise en œuvre, le titulaire de ladite prérogative pourra se référer aux conditions habituelles d'exercice des pouvoirs du même genre dégagées par la jurisprudence.

En guise d'illustration, il est possible de faire allusion aux conditions de mise en œuvre des pouvoirs issus des clauses d'essai stipulées dans les contrats de travail. En effet, la jurisprudence a pu définir la finalité usuelle de ces clauses qui est de permettre à l'employeur d'apprécier « la valeur professionnelle du salarié », ou selon une formule synonyme, d'apprécier ses « qualités professionnelles »¹. L'exercice, par l'employeur, de son pouvoir de rompre le contrat de travail à l'essai doit donc nécessairement avoir pour cause-finale objective de sanctionner l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté. Il est à noter que la jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas arrêtée à la seule définition objective d'une cause-finale dans la mesure où elle exige que l'exercice dudit pouvoir prenne appui sur un motif-efficient relatif aux aptitudes professionnelles du salarié². La jurisprudence encadrant ainsi, de manière objective, la cause-efficiente, le « parce que », de la rupture. Dans le silence de la clause attributive du pouvoir de rompre le contrat à l'essai, l'employeur pourra donc se référer à ces conditions « usuelles » de mise en œuvre définies par la jurisprudence.

332. Bilan de la Section II.- L'étude des manifestations formelles du mécanisme de finalisation a permis de mettre en évidence deux situations distinctes. Chacune d'elles ayant un impact différent en termes de prévisibilité ainsi que sur le rôle dévolu au titulaire dudit pouvoir, ou du juge dans l'hypothèse où celui-ci serait appelé à intervenir.

La première situation est celle dans laquelle les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels sont formellement exprimées par la norme attributive du pouvoir. En raison de l'expression formelle des conditions objectives d'exercice des pouvoirs contractuels, cette situation garantit un degré de prévisibilité relativement élevé dans leur mise en œuvre. Aussi, il convient de préciser qu'il existe, au cœur de cette première situation, deux techniques d'expression formelle qui disposent chacune d'un degré de prévisibilité différent.

L'encadrement objectif des conditions d'exercice peut, d'une part, être exprimé sous la forme d'un standard³. Le standard peut alors venir encadrer certaines conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel, comme sa cause-efficiente. Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier pour lequel la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir est légalement exprimée sous la forme du standard que constitue « l'inexécution suffisamment grave », ou encore, du pouvoir de licencier dont la mise en œuvre doit répondre au standard de la « cause réelle et sérieuse ». Mais, l'encadrement objectif exprimé sous forme de standard peut également s'étendre à l'ensemble des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel. Autrement dit, les différentes conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel telles que son but, c'est-à-dire sa cause-finale, ou encore les raisons servant de cause-efficiente à son exercice, peuvent faire l'objet d'une prédétermination

¹ Au sujet de l'identification de la cause-finale des clauses d'essai stipulées dans les contrats de travail, v. : *supra*, n°, p.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 305, p. 331 et s.

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 324 et s., p. 334 et s.

objective sous la forme d'un standard. Tel est le cas, par exemple, en droit des sociétés où le standard de « l'intérêt social » vient encadrer l'exercice de tous les pouvoirs, y compris l'exercice des pouvoirs qui ont pu être identifiés comme des pouvoirs contractuels¹. De même en va-t-il en droit du travail où le standard de l'intérêt social vient encadrer notamment les pouvoirs issus des clauses de variation qui ont pu être identifiés comme étant des pouvoirs contractuels.

Dans l'hypothèse où l'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel est exprimé sous la forme d'un standard, il appartiendra alors au titulaire d'une telle prérogative qui souhaite en faire usage d'interpréter le standard afin d'identifier l'ordre de valeur auquel renvoie, c'est-à-dire d'identifier son contenu normatif et, ce faisant, de dégager les conditions de mise en œuvre du pouvoir. Puis, il s'agira pour le titulaire du pouvoir de procéder à une opération de qualification juridique des faits auxquels il fait face, et cela, au regard du standard et des valeurs dont ce dernier se fait le vecteur. Bien que les conditions de l'encadrement objectif soient formellement exprimées, le recours au standard, c'est-à-dire à une notion aux contours indéterminés, laisse planer une certaine forme d'incertitude pour les parties. Cette incertitude est liée au résultat des opérations d'interprétation et de qualification qui pourront d'ailleurs être contrôlées et remises en cause par le juge.

Lorsqu'il est formellement exprimé, l'encadrement objectif des conditions d'exercice peut, d'autre part, prendre la forme de conditions précises. Cette hypothèse est alors entourée d'un degré de prévisibilité supérieur à la précédente. En effet, lorsque les conditions objectives d'exercice du pouvoir contractuel sont précisément définies, le titulaire dudit pouvoir n'est pas contraint d'en interpréter la norme attributive, c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu de découvrir l'esprit derrière la lettre, afin d'identifier ses conditions de mise en œuvre. Dans cette hypothèse où les limites substantielles du pouvoir se fondent dans son expression formelle, la question de l'interprétation ne se posant pas², il ne saurait exister d'incertitude en ce qui concerne l'identification des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. La réduction de l'incertitude va alors de pair avec la réduction de la tâche du titulaire du pouvoir puisqu'il s'agira seulement pour lui de vérifier si les conditions précises qui justifient l'exercice du pouvoir contractuel se seront bien réalisées.

À côté de cette première situation dans laquelle les conditions d'exercice sont formellement exprimées, au moyen d'une référence à un standard ou à des conditions précises, il existe une seconde situation dans laquelle les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels ne sont pas formellement exprimées par la norme attributive du pouvoir. Une telle situation peut se rencontrer lorsque les parties décident de stipuler une clause de pouvoir dans leur contrat. Le silence de la clause attributive du pouvoir au sujet de ses conditions de mise en œuvre est alors le fruit, soit, d'une omission involontaire, c'est l'hypothèse du simple oubli. Soit, d'une omission volontaire. Les parties, en raison de leur désaccord, préférant adopter une rédaction volontairement imprécise ou lacunaire.

Aussi, cette situation garantit un degré de prévisibilité bien plus faible que la précédente en raison du flou qui entoure les conditions d'exercice des pouvoirs contractuels. Pour y

¹ Au sujet des pouvoirs contractuels dans les groupements de droit privé, v. : *supra*, n° 75 et s., p. 94 et s.

² Au sujet de la question de l'interprétation, v. : *supra*, n° 327, p. 357 et spéc., la note n° 3.

remédier, le titulaire du pouvoir, de même que le juge s'il est saisi, devra identifier la *ratio stipulationis*, c'est-à-dire la raison d'être de la clause attributive de pouvoir afin de dégager les conditions d'exercice de la prérogative qui en est issue.

Dans le cadre de son entreprise d'interprétation de la norme conventionnelle attributive de pouvoir, le titulaire de ladite prérogative aura la possibilité de se référer aux interprétations judiciaires des clauses de pouvoir qui ont été stipulées dans un contexte contractuel identique. En effet, la répétition d'interprétations convergentes au sujet d'une même clause stipulée dans un contexte contractuel identique conduit-elle à une normalisation objective des conditions de mise en œuvre des clauses usuelles de pouvoir. Ces conditions de mise en œuvre qui correspondent à une « *ratio stipulationis* standard », doivent alors être considérées comme étant celles auxquelles les parties se sont référées, jusqu'à preuve du contraire.

333. Conclusion du Chapitre II.- Si le mécanisme de finalisation autorise l'union des logiques du pouvoir et du contrat, et cela, dans la mesure où celui-ci fournit un encadrement objectif qui contraint le titulaire du pouvoir à agir en tenant compte de l'intérêt de son cocontractant, l'étude entreprise dans ce chapitre a permis, semble-t-il, d'en préciser les manifestations, tant au plan substantiel que formel.

Au plan substantiel, il a pu être mis en évidence que tous les pouvoirs contractuels ne sont pas soumis au même degré d'encadrement objectif. Une telle observation a été rendue possible grâce à un affinement de l'analyse classique du mécanisme de finalisation. Si l'analyse traditionnelle réduit le mécanisme de finalisation à un procédé permettant d'assigner un but, c'est-à-dire, une cause finale, à une prérogative juridique, l'affinement de l'analyse classique du mécanisme de finalisation conduit à envisager celui-ci comme un procédé destiné à orienter l'action du titulaire d'un pouvoir en fournissant un encadrement objectif aux prérogatives afférentes à sa mise en œuvre.

Dans une telle perspective, il est alors tout à fait concevable que la norme attributive du pouvoir puisse ne pas seulement se limiter à définir de manière objective la cause finale de l'action de son titulaire, mais qu'elle puisse également s'attacher à définir de manière objective les moyens que le titulaire du pouvoir doit employer à l'occasion de son action, c'est à dire « le comment », ou encore, la cause-efficiente de son action, c'est-à-dire le motif efficient, le « parce que » justifiant son action.

Dès lors, il a pu être mis en évidence que si tous les pouvoirs contractuels sont assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, pour certains, le processus d'encadrement objectif peut également s'étendre aux motifs-efficients qui justifient l'action du titulaire, ou encore, aux moyens que celui-ci doit utiliser.

Aussi, il a pu être observé que ces différents degrés d'encadrement objectif ont une utilité : ils permettent de pondérer l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir. En effet, un faible degré d'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir contractuel permet au titulaire d'une telle prérogative de favoriser ses intérêts au détriment de ceux de son cocontractant, ce qui a pour conséquence de pousser « le curseur de la balance » du côté de la protection des intérêts du titulaire du pouvoir. À l'opposé, un fort degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir contractuel contraint son titulaire

à respecter davantage les intérêts de son cocontractant, ce qui pousse alors « le curseur de la balance » du côté de la protection des intérêts du cocontractant sujet d'imputation passif. Par conséquent, si l'introduction d'un rapport de pouvoir dans le cadre du contrat crée nécessairement un déséquilibre, ce dernier sera plus ou moins accentué en fonction du degré d'encadrement objectif de ses conditions de mise en œuvre.

Après avoir mis en évidence les manifestations du mécanisme de finalisation au plan substantiel, la question qui s'est posée, par la suite, est celle de savoir comment l'encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels, dont le mécanisme de finalisation se fait le vecteur, peut-il être formellement exprimé ?

Au plan de l'expression formelle des conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, deux situations ont pu être distinguées. Comme il a été observé, chacune de ces situations aura des répercussions différentes en termes de prévisibilité ainsi que sur le rôle dévolu au titulaire dudit pouvoir ou du juge dans l'hypothèse où celui-ci serait appelé à intervenir.

La première situation qui a pu être identifiée, est celle dans laquelle les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels sont formellement exprimées par la norme attributive du pouvoir. L'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel peut alors être, d'une part, exprimé sous la forme d'un standard. Dans une telle hypothèse, le titulaire du pouvoir, ou le juge appelé à en contrôler l'exercice, devra, d'abord, identifier le contenu normatif du standard en déterminant l'ordre de valeur auquel il renvoie, puis, procéder à une opération de qualification juridique des faits auxquels il fait face au regard du standard et des valeurs qu'il véhicule. L'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel peut, d'autre part, être exprimé sous la forme de conditions précises. Dans cette hypothèse, il sera seulement question pour le titulaire du pouvoir, ou le juge s'il est saisi, de vérifier si les conditions précises qui encadrent l'exercice du pouvoir contractuel sont bien respectées.

En raison de l'expression formelle des conditions objectives d'exercice des pouvoirs contractuels, cette première situation garantit aux parties un degré de prévisibilité relativement élevé en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre desdits pouvoirs.

La seconde situation qui a pu être identifiée est celle dans laquelle la norme attributive du pouvoir contractuel demeure silencieuse au sujet des conditions d'exercice de la prérogative alors conférée. Cette situation, qui se rencontre généralement lorsque les parties décident de stipuler une clause de pouvoir dans leur contrat, est alors le résultat soit, d'une omission involontaire, c'est l'hypothèse du simple oubli, soit, d'une omission volontaire, le désaccord des parties au sujet des conditions d'exercice du pouvoir issu de la clause les poussant alors à adopter une rédaction volontairement imprécise ou lacunaire. Afin de remédier à l'incertitude qui entoure alors les conditions d'exercice du pouvoir, le titulaire de ladite prérogative, de même que le juge s'il est saisi, devra dégager la *ratio stipulationis*, c'est-à-dire la raison d'être de la clause attributive de pouvoir dans la perspective d'identifier ses conditions de mise en œuvre.

Ainsi, et pour conclure, l'identification, tant au plan substantiel qu'au plan formel, des manifestations du mécanisme de finalisation appliqué aux pouvoirs contractuels permet d'avoir

une connaissance précise des limites objectives afférentes à l'exercice desdits pouvoirs contractuels et de leur expression formelle. Cette identification des limites des pouvoirs contractuels permet donc de tracer précisément leurs contours. Aussi, la connaissance précise des contours des pouvoirs contractuels constitue l'aboutissement de l'entreprise d'identification et de qualification de ces droits contractuels d'un genre bien particulier.

334. **Conclusion du Titre II.-** L'entreprise de qualification menée dans le cadre de ce second titre avait pour objectif de rassembler sous une qualification unitaire l'ensemble des pouvoirs contractuels. Cette qualification devait être susceptible, d'une part, de saisir la nature d'une prérogative qui permet à son titulaire d'imposer une modification qui affecte les effets d'un contrat définitivement formé, c'est-à-dire, une situation juridique qui intéresse autrui, et d'autre part, de saisir un mécanisme qui, associé à cette prérogative, permet de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de son exercice.

D'abord, l'opération de qualification des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence la nécessité de rattacher les pouvoirs contractuels à la catégorie des droits potestatifs¹. En effet, l'analyse comparée des droits potestatifs et des pouvoirs contractuels a mis en lumière l'identité de leurs traits caractéristiques, tant au plan matériel – modification d'une situation juridique susceptible d'intéresser autrui et situation de sujétion –, qu'au plan volontaire – la manifestation unilatérale de volonté du titulaire d'un droit potestatif, comme celle du titulaire d'un pouvoir contractuel, se rapporte à l'exercice de ces prérogatives et prend la forme d'un acte juridique unilatéral –.

Si la qualification de droit potestatif est alors apparue nécessaire dans la mesure où elle permet de saisir adéquatement la majorité des traits caractéristiques des pouvoirs contractuels, elle s'est toutefois révélée être insuffisante. En effet, la définition classique des droits potestatifs ne faisant aucunement référence à leurs conditions d'exercice, celle-ci présente la faiblesse de ne fournir aucun moyen permettant d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires.

À ce propos, il a pu être constaté que la détermination des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels ne saurait être abandonnée au libre arbitre, c'est-à-dire à l'arbitraire, de leurs titulaires dans la mesure où cela équivaldrait à placer le cocontractant à la merci du titulaire du pouvoir et, ce faisant, à accepter le risque d'une mise en œuvre purement égoïste, faisant fi de l'intérêt du contractant sujet d'imputation passif. Or, la structure même du contrat, qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts, s'oppose à un exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire à une mise en œuvre dans laquelle le *potentior* exprimerait à sa guise son intérêt, sans tenir compte de l'intérêt de son cocontractant ou de ses cocontractants.

Il fut donc, par la suite, proposé de compléter la qualification de droit potestatif en rapprochant les pouvoirs contractuels, soit de la qualification de droit subjectif, soit de la qualification de pouvoir².

La qualification de droit subjectif fut rejetée en raison de ce que, d'une part, elle ne permet pas de décrire la portée des effets des pouvoirs contractuels qui dépassent la simple sphère juridique de leurs titulaires pour affecter celle du cocontractant. D'autre part, elle s'avère

¹ v. : *supra*, n° 216 et s., p. 241 et s.

² v. : *supra*, n° 238 et s., p. 268 et s.

être incapable de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels, et cela, dans la mesure où la détermination des conditions d'exercice des droits subjectifs sont abandonnées au libre-arbitre, c'est-à-dire à l'arbitraire, de leurs titulaires.

À l'opposé, la qualification de pouvoir a pu être retenue, et cela, pour deux raisons. D'une part, la notion de pouvoir permet de saisir la portée des effets des pouvoirs contractuels. Effectivement, il a pu être mis en évidence qu'à l'image des pouvoirs, les pouvoirs contractuels produisent des effets qui dépassent la seule sphère juridique de leurs titulaires, pour s'imputer sur la sphère juridique d'autrui. D'autre part, il a pu être observé que le mécanisme de finalisation qui assortit les pouvoirs et qui se traduit par un encadrement objectif de leurs conditions d'exercice, constitue une réponse adéquate à la nécessité de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels. En effet, la prédétermination objective des conditions d'exercice permet de limiter la part de libre arbitre, c'est-à-dire de subjectivisme, dans la mise en œuvre du pouvoir, et ainsi, d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant.

Dans la mesure où la qualification de pouvoir s'est avérée être à même de compléter la qualification de droit potestatif en l'assortissant d'un mécanisme qui permet de tenir compte de l'intérêt du cocontractant, à savoir, le mécanisme de finalisation, il fut conclu au rattachement notionnel des pouvoirs contractuels à la fois à la catégorie des droits potestatifs et des pouvoirs. Les pouvoirs contractuels ont donc, semble-t-il, la nature de droits potestatifs finalisés.

Enfin, si les pouvoirs contractuels doivent être qualifiés de droits potestatifs finalisés, l'entreprise de qualification, dont l'objectif est de saisir la nature des pouvoirs contractuels, invitait naturellement à préciser comment se manifeste le mécanisme de finalisation en matière de pouvoirs contractuels¹.

Au plan substantiel, il a pu être mis en évidence que, si tous les pouvoirs contractuels sont assignés à la réalisation d'un but objectivement défini, pour certains, le processus d'encadrement objectif peut également s'étendre aux motifs-efficients qui justifient l'action du titulaire, ou encore, aux moyens que celui-ci doit employer. Le mécanisme de finalisation est donc susceptible d'offrir différents degrés d'encadrement objectif² qui permettent de définir l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir.

Au plan de l'expression formelle des conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, deux situations ont pu être identifiées.

La première situation est celle dans laquelle les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels sont formellement exprimées par la norme attributive du pouvoir. Dans cette situation, l'encadrement objectif peut notamment être exprimé sous la forme d'un standard. Dans cette hypothèse, il appartiendra alors au titulaire du pouvoir, ou au juge s'il est saisi, d'identifier le contenu normatif du standard en déterminant l'ordre de valeur auquel il renvoie, puis, de procéder à une opération de qualification juridique des faits auxquels il fait face au regard du standard et des valeurs dont il se fait le vecteur. Mais les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels peuvent également être exprimées sous la forme de

¹ v. : *supra*, n° 286 et s., p. 320 et s.

² La marge abandonnée au subjectivisme du titulaire du pouvoir dans la détermination de ses conditions de mise en œuvre peut être, alors, plus ou moins grande.

conditions précises. Dans cette hypothèse, il appartiendra alors au titulaire du pouvoir, ou au juge s'il est saisi, de vérifier si les conditions précises qui encadrent l'exercice du pouvoir contractuel sont bien respectées.

La seconde situation est celle dans laquelle la norme attributive du pouvoir contractuel demeure silencieuse au sujet de ses conditions d'exercice. Dans cette hypothèse, le titulaire du pouvoir, ou le juge s'il est saisi, devra dégager la *ratio stipulationis*, c'est-à-dire la raison d'être de la clause attributive de pouvoir dans la perspective d'identifier ses conditions de mise en œuvre.

Si l'entreprise de qualification avait pour objectif, d'une part, d'identifier la nature d'une prérogative qui permet à son titulaire d'imposer la modification d'une situation juridique intéressant autrui – ici, une situation contractuelle –, et d'autre part, de saisir un mécanisme qui, associé à cette prérogative, permet de tenir compte de l'intérêt du cocontractant à l'occasion de sa mise en œuvre, cet objectif semble être atteint grâce à la qualification de droit potestatif finalisé. En effet, d'une part, la composante « droit potestatif » de cette qualification est à même de décrire adéquatement la possibilité offerte au titulaire du pouvoir contractuel d'imposer, par le biais d'une manifestation unilatérale de volonté, la modification d'une situation juridique susceptible d'intéresser autrui. D'autre part, la composante « finalisation » correspond au mécanisme qui, associé à la prérogative précitée, contraint le titulaire de ladite prérogative à tenir compte de l'intérêt de son cocontractant à l'occasion de sa mise en œuvre.

Ainsi, la qualification de droit potestatif finalisé apparaît-elle en mesure de saisir la nature des pouvoirs contractuels et de réussir à allier les logiques du pouvoir et du contrat.

335. Conclusion de la partie I.- À rebours des analyses classiques qui envisagent les rapports du pouvoir et du contrat sur un mode d'opposition – unilatéralisme contre consensualisme –, l'étude consacrée, dans cette première partie, à l'identification des pouvoirs contractuels, a permis, semble-t-il, de mettre en évidence qu'une conciliation des logiques du pouvoir et du contrat est possible.

En effet, au terme de cette première partie, il semblerait que l'on ait répondu positivement à l'objectif initial qui était d'identifier une qualification adaptée aux pouvoirs contractuels, c'est-à-dire une qualification qui soit susceptible, à la fois, de saisir leurs manifestations et de leur permettre de se fondre dans la logique contractuelle.

Comme proposé, l'identification de cette qualification supposait de procéder par induction. Autrement dit, il s'agissait de partir d'une identification précise des manifestations des pouvoirs contractuels pour, ensuite, essayer de saisir leur nature.

L'étape d'identification des manifestations des pouvoirs contractuels a permis de parfaire la connaissance de ce phénomène aux contours incertains.

L'identification du domaine des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel a permis de mettre en évidence que celui-ci transcende les différentes catégories de contrats dégagées par la doctrine. En effet, des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ont pu être recensées, à la fois, dans le contrat-commutation, dans le contrat qui organise les

relations entre les membres d'un groupement de droit privé, mais aussi dans le contrat-coopération¹.

L'identification de l'objet des pouvoirs contractuels a permis de mettre en lumière que si les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets d'un contrat définitivement formé, tous, en réalité, n'ont pas pour objet de modifier les mêmes effets du contrat. Certains pouvoirs contractuels ont, ainsi, pour objet de modifier les effets obligationnels du contrat. Il peut alors s'agir d'une modification du lien d'obligation lui-même, en provoquant son anéantissement ou sa suspension. Mais il peut également s'agir d'une modification des éléments qui sont unis par le lien d'obligation, telle qu'une modification de l'objet de l'obligation ou de l'identité des parties. D'autres pouvoirs contractuels, ont pour objet de provoquer une modification des effets non-obligationnels du contrat, c'est-à-dire une modification de l'effet réel du contrat ou de l'effet assujettissant du contrat². Aussi, au cours de l'analyse de l'objet des pouvoirs contractuels, il fut constaté que la modification réalisée affecte tant la situation juridique du titulaire du pouvoir que celle de son cocontractant, ce qui constitue alors un point commun à tous les pouvoirs contractuels. Cette observation relative à la portée des effets des pouvoirs contractuels a, par suite, servi à guider l'opération de qualification des pouvoirs contractuels puisqu'il était donc question d'identifier une prérogative qui permet à son titulaire d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui.

L'analyse du support de l'expression des pouvoirs contractuels a permis de montrer que la modification réalisée reposait sur l'édition, par le titulaire du pouvoir, d'un acte juridique unilatéral. Cet acte unilatéral dispose, d'ailleurs, des traits caractéristiques particuliers en ce qu'il a pu être montré que celui-ci se présentait comme acte détachable, irrévocable et réceptice. Cependant, admettre qu'une partie soit en mesure d'édicter un acte juridique unilatéral qui produit des effets de droit modifiant le contrat a pu sembler entrer en contradiction avec le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, corollaire du principe de force obligatoire. Toutefois, cette apparente contradiction a pu être dépassée. En effet, il a pu être mis en évidence que la conciliation du principe de force obligatoire avec le phénomène de pouvoir contractuel suppose que la modification du contrat soit réalisée en tenant compte de l'intérêt du cocontractant sujet d'imputation passif³. Cette observation a également, par la suite, servi à guider l'opération de qualification des pouvoirs contractuels puisqu'il était question d'identifier une prérogative dont l'exercice n'est pas abandonné au libre arbitre de son titulaire, mais qui impose à ce dernier de tenir compte de l'intérêt d'autrui à l'occasion de sa mise en œuvre.

Après avoir identifié les manifestations des pouvoirs contractuels, l'objectif était donc de rechercher une qualification applicable à ces prérogatives qui soit susceptible, à la fois, de saisir leurs manifestations et qui leur permette de se fondre dans la logique contractuelle.

Dans un premier temps, la qualification de droit potestatif est apparue nécessaire dans la mesure où celle-ci se trouve à même de décrire convenablement les manifestations des pouvoirs contractuels⁴. En effet, à l'image des pouvoirs contractuels, les droits potestatifs

¹ v. : *supra*, Chapitre I du Titre I, n° 21 et s., p. 41 et s.

² Sur ces différents points, v. : *supra*, Chapitre II du Titre I, n° 99, et s., p. et s. 119 et s.

³ Au sujet de ces différents éléments, v. : *supra*, Chapitre III du Titre I, n° 148 et s., p. 165 et s.

⁴ Au sujet de la qualification de droit potestatif, v. : *supra*, Chapitre I du Titre II, n° 196 et s., p. 219 et s.

permettent à leurs titulaires de modifier une situation juridique à laquelle autrui est intéressé. Modification à laquelle autrui ne peut se soustraire et dont la réalisation dépend, ainsi, d'une manifestation unilatérale de volonté du *potentior*. Cette manifestation de volonté ayant pour support l'édiction d'un acte juridique unilatéral.

Bien que nécessaire, la seule qualification de droit potestatif se révéla cependant être insuffisante. Comme il le fut constaté, la définition classique des droits potestatifs présente la faiblesse de ne fournir aucun moyen technique à même d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires et qui permettrait, ce faisant, de les contraindre à agir en tenant compte de l'intérêt du cocontractant. De la sorte, la seule qualification de droit potestatif n'a pas semblé à même de se fondre dans la logique contractuelle dans la mesure où elle ne permet pas de tenir compte de l'intérêt du cocontractant.

Il fut donc proposé, dans un second temps, de compléter la qualification de droit potestatif en rapprochant les pouvoirs contractuels de la qualification de pouvoir. Cette qualification est alors apparue pertinente pour deux raisons.

D'une part, la notion de pouvoir permet de décrire exactement la portée des effets des pouvoirs contractuels. À l'instar des pouvoirs contractuels, les pouvoirs produisent des effets qui dépassent la seule sphère juridique de leurs titulaires, pour s'imputer sur la sphère juridique d'autrui¹.

D'autre part, il a pu être constaté que le mécanisme de finalisation qui assortit les pouvoirs et qui se traduit par un encadrement objectif de leurs conditions d'exercice, constitue une réponse appropriée à la nécessité de prévenir une mise en œuvre arbitraire des pouvoirs contractuels. En effet, l'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire le subjectivisme absolu dans leur mise en œuvre, menace la structure contractuelle dans la mesure où il peut conduire à la méconnaissance de l'intérêt du cocontractant sujet d'imputation passif. De la sorte, il a pu être montré que le véritable ennemi de la structure contractuelle n'est pas le pouvoir, mais la possibilité d'un exercice arbitraire de celui-ci.

Le mécanisme de finalisation, qui se traduit par la prédétermination objective des conditions de mise en œuvre d'un droit, permet, alors, de limiter la part de libre arbitre, c'est-à-dire la part de subjectivisme, dans la mise en œuvre du pouvoir, et ainsi, d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt du cocontractant². En ce qu'il permet, de contraindre le *potentior* à agir dans le respect de l'intérêt de son cocontractant le mécanisme de finalisation associé à la notion de pouvoir permet de préserver la structure du contrat qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts. En cela, l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels serait-elle la clé de la conciliation des logiques du pouvoir et du contrat. La qualification adaptée aux pouvoirs contractuels qui soit susceptible, à la fois, de saisir leurs manifestations et qui leur permette de se fondre dans la logique contractuelle, serait, ainsi, celle de droits potestatifs finalisés.

¹ On retrouve donc ici l'idée d'hétéronomie, c'est-à-dire l'idée d'empiètement sur la sphère juridique d'autrui.

² L'objectivisme contrebalançant le subjectivisme, l'objectivation des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels constitue, par conséquent, un rempart contre le subjectivisme outrancier, c'est-à-dire contre l'arbitraire du titulaire d'un pouvoir contractuel.

Au terme de l'étude réalisée dans le cadre de cette première partie, il semblerait que l'on dispose d'une vision plus claire et précise des pouvoirs contractuels. Cette connaissance claire et précise tant des manifestations que de la qualification des pouvoirs contractuels permet de dépasser la simple connaissance intuitive et générale que l'on peut en avoir et, semble-t-il, d'élever cet objet de connaissance au rang de concept¹.

Une fois les pouvoirs contractuels précisément identifiés, il convient, assez naturellement, de chercher à leur associer un régime de contrôle adapté.

¹ Le concept se présente comme un objet de connaissance au contenu entièrement définissable au moyen d'une définition dite « logique », c'est-à-dire par le biais de termes déjà définis ou jugés évidents dans le cadre d'une discipline donnée – ici, les pouvoirs contractuels sont définis au moyen des termes de « droit potestatif » et de « finalisation » qui sont déjà connus de la science juridique –. En raison de la connaissance précise de son contenu, le concept est alors doté d'une valeur opératoire au sein de la discipline considérée. (À propos de ces critères qui permettent, en sémiologie, d'identifier un concept, v. : Y. GENTILHOMME, « *De la notion de notion à la notion de concept. Processus dynamique itératif d'acquisition des notions. Conséquences lexicales et didactiques.* », art. préc., p. 66-89).

Partie II

Le contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels.

336. **L'identification du rôle nouvellement dévolu au juge.**- S'il a pu être mis en évidence que l'intégration du pouvoir dans le contrat doit être compensée par un encadrement objectif des conditions d'exercice de ce type de prérogative¹, cette intégration doit également être compensée par la possibilité de saisir le juge afin que celui-ci s'assure de ce que les intérêts du cocontractant appelé à subir les effets du pouvoir n'ont pas été méconnus². Autrement dit, même si le mécanisme des pouvoirs contractuels conduit, au départ, à une mise à l'écart du juge, cette mise à l'écart ne saurait être définitive³.

Si le juge doit donc être en mesure d'intervenir, son rôle va néanmoins être appelé à évoluer, et ce, en raison du déplacement du moment de son intervention dans le temps. En effet, comme il a été constaté, le mécanisme des pouvoirs contractuels entraîne le passage d'un système où les parties sont, par principe, tenues, soit, de parvenir à un accord, soit, de s'adresser préalablement au juge, pour obtenir une modification des effets du contrat, à un système où l'une ou l'autre des parties peut modifier seule les effets du contrat, sans avoir à s'adresser préalablement à son cocontractant ou au juge. Ainsi, le juge ne sera saisi que postérieurement à cette modification⁴, ou au cours de la procédure qui doit aboutir à cette modification, par la partie qui entend la contester.

Cependant, certains redoutent que le déplacement du moment du contrôle soit l'occasion, pour le juge, d'accroître ses pouvoirs en matière contractuelle. Cette crainte étant alors liée au fait que les contours de son intervention sont traditionnellement assez mal définis.

À ce propos, il suffit de constater que les instruments privilégiés du contrôle de l'exercice de ces prérogatives, que sont l'abus et la bonne foi, sont généralement accusés de permettre au juge d'accroître ses pouvoirs, et ce, en lui offrant des directives d'interprétation « un peu vagues », qui lui confèreraient les moyens de se substituer aux parties dans l'appréciation de l'intérêt et de l'utilité du contrat⁵.

¹ v. : *supra*, n° 273 et s., p. 304 et s.

² Rapp. : Th. REVET, « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », n° 11, spéc., p. 897, où l'auteur constate que la fonction dévolue au juge est de vérifier que l'intérêt du cocontractant « n'a pas été ignoré par l'autre, seul investi du pouvoir d'agir seul sur le contenu ou le sort du contrat [...] ».

³ En effet, comme il a été constaté, le mécanisme des pouvoirs contractuels n'ambitionne pas de mettre sur pied un système « tout extrajudiciaire ». La création d'un tel système relevant, d'ailleurs, de l'utopie, tant il est largement admis que le contrat ne saurait exister sans droit ni juge pour le faire respecter. À ce sujet, v. : *supra*, n° 15, p. 34.

⁴ Il s'agit ici du contrôle dit « *a posteriori* ».

⁵ Pour une telle observation, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 10, spéc., p. 14.

Si ce sentiment d'inquiétude face au contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels existait avant la réforme du droit des contrats, cette dernière ne semble pas vraiment l'avoir dissipé.

En effet, comme il a été constaté, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats ne traitent que de manière éparse des outils de contrôle et de sanction des pouvoirs contractuels¹. La notion d'abus est, par exemple, seulement citée dans les dispositions relatives à la fixation du prix, et ce, sans que ses contours ne soient, d'ailleurs, précisément définis. Et quelques sanctions sont évoquées, çà et là, comme la résolution du contrat², l'allocation de dommages-intérêts³, ou encore, à la reprise forcée de l'exécution du contrat⁴.

Ainsi, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats n'offrent pas une vision globale et unitaire d'un régime de contrôle associant à des outils de contrôle précisément définis des mesures de sanction susceptibles d'être prononcées ou constatées par les juges. Cette absence d'un régime général de contrôle des pouvoirs contractuels vient donc entretenir les craintes autour de ce contrôle, et ce, bien évidemment, dans la mesure où les contours de l'intervention du juge demeurent, à l'heure actuelle, encore imprécis.

Afin de dissiper les craintes autour du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels, il apparaît ainsi nécessaire de tenter de mettre sur pied un mécanisme général de contrôle de ces prérogatives. Or, mettre sur pied un mécanisme général de contrôle adapté aux pouvoirs contractuels et tracer, par la même occasion, les contours du nouveau rôle dévolu au juge, suppose, semble-t-il, de définir précisément deux points.

337. Deux points à définir.- L'élaboration d'un mécanisme général de contrôle adapté aux pouvoirs contractuels suppose, en premier lieu, de définir ce que le juge peut être amené à contrôler. Autrement dit, dans l'optique de mettre sur pied un mécanisme général de contrôle des pouvoirs contractuels, le premier point à définir est celui de l'objet de ce contrôle.

En second lieu, il paraît assez largement admis qu'une coexistence harmonieuse des pouvoirs contractuels et du juge, suppose de conférer à ce dernier les moyens de mener à bien sa mission. Assurément, on ne saurait permettre au juge de contrôler la mise en œuvre des pouvoirs contractuels sans le doter de la possibilité d'intervenir efficacement dans le cadre d'une procédure en référé ou au fond. Dès lors, le second point qu'il s'agira de définir est celui des mesures qui sont à la disposition des juges du fond comme du juge des référés.

Aussi et pour rappel, la mise sur pied de ce mécanisme général de contrôle, à travers l'examen de ces deux points, ne se fera pas *ex-nihilo*, mais à partir des données du droit positif.

¹ v. : *supra*, n° 15, spéc., p. 36.

² La résolution est évoquée, par exemple, par les nouveaux articles 1164, 1165 et 1228 du Code civil. Étant donné que dans ce dernier article ne précise pas que la résolution doit être prononcée « aux torts du débiteur », il semblerait que cette sanction puisse être prononcée en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de résolution unilatérale. (À ce sujet, v. : *infra*, n° 571, spéc., p. 702 et s. en cas de dépassement de pouvoir et n° 590, spéc., p. 751 et s. en cas de détournement de pouvoir)

³ v. : les nouveaux art. 1164 et 1165 du C. civ.

⁴ v. en ce sens : le nouvel art. 1228 du C. civ. qui apparaît offrir la possibilité de condamner la partie qui viendrait à faire un usage irrégulier d'un pouvoir de résolution, à reprendre l'exécution du contrat. (Au sujet de l'application de cette sanction, v. : *infra*, n° 572, p. 705 et s. en cas de dépassement de pouvoir et n° 591, p. 752 et s. en cas de détournement de pouvoir).

En d'autres termes, ce mécanisme de contrôle sera élaboré à partir des outils de contrôle et des mesures de sanction présents en droit positif. L'élaboration dudit mécanisme de contrôle aura ainsi lieu en deux temps. Le premier temps étant dédié à la définition de l'objet du contrôle (Titre I). Le second, à la définition des mesures à la disposition des juges (Titre II).

Titre I

L'objet du contrôle.

338. **Définition de l'objet du contrôle.**- L'identification de la place accordée au juge en matière de pouvoirs contractuels requiert de définir l'objet de son contrôle.

À ce propos, il sera possible de voir, dans un premier temps, que le juge peut être appelé à contrôler la jouissance des pouvoirs contractuels. Bien que fréquemment occulté par l'ampleur des développements consacrés au contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels¹, le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels constitue, néanmoins, un enjeu essentiel. Assurément, avant même de se demander si un pouvoir contractuel a été correctement exercé, c'est-à-dire préalablement au contrôle de son exercice, il convient de vérifier si la jouissance de ce pouvoir, autrement dit sa titularité, ne peut pas être remise en cause. En effet, en l'absence de pouvoir, aucune modification unilatérale des effets du contrat ne peut se produire. Si le contrôle des conditions afférentes à la jouissance des pouvoirs contractuels constitue un point essentiel, il s'agit, cependant, d'un point aux contours incertains qu'il conviendra, dès lors, de préciser.

Dans un second temps, il sera possible d'observer que le juge peut être amené à contrôler l'exercice, c'est-à-dire les conditions de mise en œuvre, des pouvoirs contractuels. Si le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels fait, en doctrine, l'objet des développements les plus

¹ Cette occultation du contrôle de la jouissance des droits potestatifs contractuels semble être le fruit d'une habitude qui consiste, en doctrine, à s'intéresser plus à l'exercice des droits, à travers la notion d'abus, qu'à leur jouissance. Ces deux problèmes étant, d'ailleurs, souvent considérés comme liés. Cette confusion entre la question de la jouissance et celle de l'exercice d'un droit semble, d'ailleurs, être en partie due à la célèbre expression de PLANIOL pour qui l'abus de droit serait une hypothèse de défaut de droit : « le droit cesse où l'abus commence » (v. : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, F. PICHON, 1902, 2^{ème} éd., n° 871, p. 265). Cette très célèbre phrase est critiquable, et a été critiquée, en ce qu'elle établit une équivalence entre le défaut de droit – « le droit cesse » – qui se rapporte à l'existence, c'est-à-dire à la jouissance d'un droit, et l'abus de droit – « où l'abus commence » – qui se rapporte à l'exercice d'un droit. Pour montrer que les questions de la jouissance et de l'exercice sont distinctes, il suffit de prendre pour exemple l'affaire CLÉMENT-BAYARD. À aucun moment l'existence, c'est-à-dire la titularité même du droit de propriété de COCQUEREL, voisin du sieur CLÉMENT-BAYARD, n'était remise en question. Seul son exercice était critiqué et était considéré comme étant abusif, c'est-à-dire fautif.

Pour une critique de la conception de PLANIOL, v. not. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 224, p. 167, où l'auteur retient : « Alors que le détournement de pouvoirs et l'abus de droit résultent d'un usage répréhensible de pouvoirs et de droits dont on est effectivement attributaire, le défaut de pouvoirs et le défaut de droits consistent en l'exercice pour son propre compte ou pour le compte d'autrui de pouvoirs ou de droits dont on n'est pas titulaire ». Rapp. : J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 270, où l'auteur considère que : « [...] l'abus n'est concevable, en logique, qu'à cette condition : que le mauvais usage ne se confonde pas dès l'abord avec l'absence de droit ». Adde, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., n° 246, p. 334-335, où l'auteur, après avoir retenu que la distinction entre l'acte accompli sans droit et l'acte abusif est « parfaitement rationnelle », énonce : « Sans doute, l'une et l'autre de ces personnes commettent une faute, mais dans des conditions et par des moyens bien différents ; la première a agi sans droit, au lieu que la seconde a exercé un droit mais s'est trompée, consciemment ou non, intentionnellement ou par mégarde, de direction [...] ».

importants, celui-ci reste, néanmoins, encore, marqué par des interrogations. Interrogations qui concernent tant la détermination des points à contrôler que la définition des outils pour procéder à ce contrôle¹. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels devra donc être précisé.

Combinée à l'analyse du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels, l'étude du contrôle de leur exercice permettra, alors, d'avoir une vision plus nette de l'objet du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels.

Par conséquent, dans la perspective de tracer les contours de l'objet du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels, il conviendra d'examiner, successivement, le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels (Chapitre I) et le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels (Chapitre II).

¹ Les interrogations relatives aux outils qui doivent permettre de contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels concernent, essentiellement, le contrôle des conditions de mise en œuvre ces prérogatives au plan substantiel, c'est-à-dire au fond. En effet, il ne semble pas que les notions d'abus et de bonne foi soient suffisamment précises pour procéder, au fond, au contrôle des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Sur ce point, v. : *infra*, n° 426 et s., p. 469 et s.

Chapitre I

Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels.

339. **Le contrôle des conditions afférentes à la jouissance des pouvoirs contractuels.**- Trois conditions semblent devoir être remplies pour pouvoir recueillir un droit et, ainsi, en jouir, au sens de bénéficier des avantages¹, autrement dit des prérogatives², que celui-ci est à même de conférer.

Parmi les conditions afférentes à la jouissance d'un droit, la plus célèbre est très certainement celle qui se rapporte à l'aptitude du sujet à recueillir les prérogatives attachées à ce droit, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire du droit en cause. En effet, lorsqu'il est question de la jouissance d'un droit, les analyses juridiques se tournent classiquement vers le problème de la capacité de jouissance³. Pour bénéficier des prérogatives attachées à un droit, il convient, indéniablement, de disposer de l'aptitude à recueillir le droit en question.

Toutefois, il ne faut pas oublier que pour pouvoir jouir d'un droit, encore faut-il que ce droit existe et soit licite. Assurément, il ne saurait être question de bénéficier des avantages, c'est-à-dire des prérogatives, attaché(e)s à un droit qui n'existe pas ou qui s'avère être illicite. Dans une telle optique, l'existence d'un droit, sa licéité, de même que l'aptitude à le recueillir, sont toutes des conditions qui se rapportent à la jouissance d'un droit et qui doivent nécessairement être satisfaites pour bénéficier des avantages, autrement dit des prérogatives, que celui-ci est susceptible d'offrir⁴.

Ainsi, lorsque le juge sera invité à examiner les conditions afférentes à la jouissance des pouvoirs contractuels celui-ci pourra procéder à trois types de contrôles. Il lui sera possible de procéder, d'abord, au contrôle de l'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels (Section I),

¹ La jouissance s'entend alors ici des bénéfices et avantages liés à la titularité d'un droit. Rapp. : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, ROUSSEAU, 1911, p. 325, où l'auteur fait observer que : « la règle de droit a pour dernière fin d'assurer certaines jouissances matérielles et morales. Le droit a pour but de conférer certains avantages à des hommes, les uns par rapport aux autres ». Rapp. également : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Jouissance, sens n° 1, où le terme de jouissance désigne les bénéfices et avantages divers attachés à un bien ou un patrimoine.

² Bien que polysémique, le terme « prérogative » est ici envisagé sous l'angle de l'acception où celui-ci désigne les avantages procurés par la jouissance d'un droit à son titulaire, c'est-à-dire les attributs d'un droit qui en constituent alors le contenu. v. en ce sens : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Prérogative, sens n° 2 : « Attribut d'un droit ; chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action qui appartiennent au titulaire d'un droit et dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit ».

³ v. en ce sens : G. BAUDRY-LACANTINERIE et G. CHÉNEAUX, *Précis de droit civil*, t. I, Paris, LAROSE et FORCEL, 1911, 11^{ème} éd., n° 132, spéc., p. 101 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, *op. cit.*, n° 303, p. 201. *Adde*, *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Jouissance, sens n° 2.

⁴ Dès lors, serait-il possible de distinguer, parmi les conditions afférentes à la jouissance d'un droit, d'une part, une condition qui se rapporte au titulaire du droit – l'aptitude à recueillir le droit – et, d'autre part, deux conditions qui se rapportent au droit lui-même – à savoir : son existence et sa licéité –.

puis, au contrôle de l'existence des pouvoirs contractuels (Section II), et enfin, au contrôle de la licéité des pouvoirs contractuels (Section III).

SECTION I : LE CONTRÔLE DE L'APTITUDE À RECUEILLIR DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

340. **Compétence et capacité.**- Étant donné que les notions de capacité et de compétence désignent toutes deux une aptitude juridique, certains auteurs n'ont pas hésité à les rapprocher. C'est, semble-t-il, la voie empruntée par DUGUIT lorsque celui-ci affirme que : « la capacité est [...] le pouvoir de faire un acte juridique. Dans la terminologie du droit public, on emploie plutôt le mot compétence, qui est pris cependant parfois dans un sens plus large. Mais en réalité le mot compétence dans son sens restreint et le mot capacité expriment une même chose »¹.

Sous la plume de DUGUIT, la compétence serait au droit public ce que la capacité est au droit privé. La différence terminologique apparaîtrait simplement comme le fruit d'une habitude de langage héritée de la partition entre le droit public et le droit privé². Ainsi, les notions de capacité et de compétence se rapporteraient à une même réalité, à savoir, une aptitude à créer un acte dans l'ordre juridique, autrement dit, une aptitude à agir, une aptitude à exercer un pouvoir.

Toutefois, il a pu être observé qu'organiser le rapprochement des notions de compétence et de capacité autour de l'aptitude d'un sujet à accomplir un acte juridique, c'est-à-dire autour de l'aptitude d'un sujet à agir, revenait à rapprocher la compétence de la seule capacité d'exercice³. Aussi, l'analyse, en droit public, de la compétence en termes d'aptitude à agir⁴, a-t-elle eu une grande influence sur les auteurs de droit privé qui se sont intéressés à la notion de pouvoir et qui assimilent, depuis, la compétence à l'aptitude à exercer un pouvoir⁵.

¹ v. : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, DE BOCCARD, 1927, 3^{ème} éd., § 35, spéc., p. 355

² Pour de telles observations, v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 279, p. 139.

³ Pour une telle observation, v. not. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 280, p. 240. Les auteurs de droit public avaient déjà conscience de ce phénomène, v. : J. DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris, 1941, n° 115, p. 94, où l'auteur énonce que : « la compétence peut être définie comme l'aptitude légale d'un agent à accomplir un acte déterminé. Elle se rapproche de la "capacité d'exercice" du droit privé ».

⁴ Deux raisons semblent être à même d'expliquer l'absence d'analyse de la compétence sous l'angle de l'aptitude à recueillir un pouvoir, et de ce fait, l'absence de parallèle établi entre la compétence et la capacité de jouissance.

D'une part, le rapprochement de la compétence avec la capacité de jouissance semblait délicat dans la mesure où, en droit public, il n'existe pas d'aptitude générale à recueillir un pouvoir, la compétence est toujours spéciale, alors qu'en droit privé, la capacité de jouissance désigne une aptitude générale à recueillir des droits subjectifs.

D'autre part, il semblerait que si l'analyse de la notion de compétence s'est axée, en droit public, autour de l'aptitude à exercer un pouvoir, et non autour de l'aptitude à recueillir un pouvoir, c'est essentiellement pour des raisons liées à la finalité de la compétence. En effet, lorsqu'une compétence est attribuée à un agent, c'est dans la perspective de remplir une fonction et donc d'exercer des pouvoirs, ce qui pousse alors tout naturellement les analystes à envisager la compétence comme une aptitude à agir.

⁵ À ce sujet, v. not. : R. HOUIN, « *Les incapacités* », in RTD. civ., 1947, p. 383 et s., spéc., p. 396, où l'auteur oppose la capacité à la compétence qui correspond à l'ensemble des prérogatives ou facultés attachées à l'exercice d'une fonction ; V. ALTABERT, *Comparaison entre les théories jurisprudentielles de l'abus de droit en droit privé et du détournement de pouvoir en droit public*, th. Dijon, 1951, p. 89, où l'auteur fait observer que : « l'individu, lorsqu'il fait partie d'un groupe où il remplit certaines fonctions, est investi d'une compétence plutôt que d'une

Cependant, ces différentes analyses omettent la question de la compétence au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir. Or, avant de disposer de la compétence au sens d'aptitude à exercer un pouvoir, encore semble-t-il nécessaire de disposer de la compétence au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir.

Par conséquent, à l'image de la notion de capacité qui se dédouble en capacité de jouissance et capacité d'exercice, la notion de compétence devrait également se dédoubler. Ainsi, il conviendrait de distinguer, d'un côté, la compétence-aptitude à exercer un pouvoir et, de l'autre, la compétence-aptitude à recueillir un pouvoir.

D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de contrôler l'aptitude d'un sujet à recueillir un pouvoir, et plus particulièrement ici, un pouvoir contractuel, c'est cette dernière acception de la notion de compétence, qui constitue le pendant de la capacité de jouissance en matière de droits subjectifs, qui est sollicitée.

341. La question de l'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels.- Si le contrôle de l'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels est susceptible de concerner le contractant originel, puisque, bien entendu, celui-ci a vocation à être le premier attributaire desdites prérogatives, il semblerait qu'un tel contrôle soit également susceptible de s'étendre à d'autres sujets de droit, comme un ayant-cause, un représentant, ou encore, une personne ayant bénéficié d'une délégation de pouvoir dans le cadre d'une entreprise. En effet, il ne faut pas oublier que les pouvoirs contractuels peuvent être amenés à circuler.

Certes, les textes issus de la réforme du droit des contrats ne font qu'une très brève allusion à la question de la circulation des pouvoirs contractuels, et ce, au détour d'un article dédié à la cession de contrat, à savoir l'article 1216-2 du Code civil. D'ailleurs, cette question n'est évoquée qu'indirectement, en ce sens que les pouvoirs contractuels n'y sont pas mentionnés en tant que tels, mais parmi les exceptions dont peut se prévaloir le cessionnaire. De surcroît, cette question n'est abordée que de manière incomplète étant donné qu'il n'est pas fait référence à tous les pouvoirs contractuels, mais seulement à certains d'entre eux. En effet, parmi les exceptions dont peut se prévaloir le cessionnaire, le nouvel article 1216-2 du Code civil, en son alinéa premier, ne fait mention que de l'exception d'inexécution et de la résolution¹. Dans la mesure où la résolution peut être exercée sous la forme d'un pouvoir et que l'exception d'inexécution a également pu être identifiée comme étant un pouvoir contractuel, il s'agirait, par conséquent, de deux pouvoirs contractuels qui seraient transmis avec le contrat à l'occasion d'une cession entre vifs.

capacité », (Nous soulignons) ; J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 88-89, où l'auteur envisage la compétence comme : « un droit de gestion pour le compte d'autrui » ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit.*, n° 174 et s., où l'auteur relève que : « Plusieurs auteurs ont admis que le terme compétence correspond à l'aptitude à agir pour le compte d'autrui, et opposent la notion de capacité, non au pouvoir, mais à la compétence », (Nous soulignons).

¹ Le nouvel art. 1216-2 al. 1^{er} du Code civil dispose expressément : « Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant ».

Pour autant, cela ne signifie pas que les deux pouvoirs contractuels qui viennent d'être mentionnés sont les seuls qui peuvent être amenés à circuler, ni même que la cession entre vifs soit le seul mode de circulation des pouvoirs contractuels.

Dans le silence des textes issus de la réforme du droit des contrats, il convient de se tourner vers les analyses doctrinales qui se sont intéressées à la circulation des droits potestatifs¹. Bien que ces études ne se soient pas exclusivement intéressées à la circulation des droits potestatifs contractuels, elles ont, néanmoins, contribué à tracer les contours du régime de leur circulation.

Il ressort de ces analyses que tous les pouvoirs contractuels, à l'exception de ceux marqués d'*intuitu personae*², sont susceptibles de circuler que ce soit, via la technique de la délégation de pouvoir, ou encore, à l'occasion d'une transmission entre vifs ou à cause de mort. D'ailleurs, lorsqu'ils sont appelés à être transmis entre vifs ou à cause de mort, la doctrine souligne que les pouvoirs contractuels circulent, le plus souvent, par voie d'accessoire³. Ce principe de circulation par voie d'accessoire s'infère, alors, du caractère accessoire des pouvoirs contractuels. En effet, en qualité d'accessoires du contrat, les pouvoirs contractuels ont pour support un rapport contractuel sans lequel ils ne peuvent exister, autrement dit un rapport contractuel duquel ils ne peuvent être détachés, ce qui exclut, par principe, la possibilité d'une transmission isolée⁴.

¹ v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 207 à 210 ; Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, Strasbourg, éd. S. BRANDT, 1951, n° 29 et s. ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, Préf. J.-P. MARTY, LGDJ, 1997, p. 214 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 555 et s.

² Les pouvoirs contractuels peuvent être marqués d'*intuitu personae* par l'effet de la loi. Tel est le cas des pouvoirs contractuels que la loi accorde à certaines personnes déterminées et qui ne sauraient être transmis à des tiers en raison du risque qui existe qu'ils soient détournés de leurs fins. Parmi les pouvoirs contractuels dont la nature personnelle s'oppose à leur circulation, il est possible de citer le pouvoir de repentir ou de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, ou encore, les droits de rétractation en droit de la consommation. (Ces exemples sont empruntés à : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 577). Les pouvoirs contractuels peuvent également être marqués d'*intuitu personae* par l'effet de la convention des parties. Tel serait toujours le cas des pouvoirs de rétractation issus d'une clause de dédit, dont le caractère incessible a pu être affirmé (v. en ce sens : S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, op. cit., p. 217 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 578).

³ Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 558, où l'auteur constate que : « les droits potestatifs ne sont que très rarement transmis de manière isolée », et cela, dans la mesure où « presque toujours, les droits potestatifs sont associés à des droits de créance ou à des droits injonctifs, voire même à un rapport contractuel sans lequel ils ne peuvent exister ». (Nous soulignons).

⁴ En guise d'illustration, mais sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, il est possible de faire référence aux pouvoirs de résiliation unilatérale, aux pouvoirs de résolution, aux pouvoirs de prorogation du terme, ou encore, aux pouvoirs autorisant la modification du contenu du contrat, qui ont exclusivement vocation à être transmis avec le contrat en qualité d'accessoires de celui-ci. Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 576. Néanmoins, il semble exister une exception à cette règle qui découle du caractère accessoire des pouvoirs contractuels. Cette exception concerne le pouvoir issu d'une clause de réméré. Bien que le pouvoir issu d'une clause de réméré soit créé accessoirement à un contrat de vente, la jurisprudence a reconnu que ce pouvoir pouvait être détaché du contrat qui lui a donné naissance pour être cédé à titre principal. (v. : Cass. req. 25 avril 1812, S. 1813, 1, p. 230 ; Cass. req. 21 décembre 1825, S. 1826, 1, p. 275 ; C.A. Paris, 12 août 1871, S. 1871, 2, p. 193, note J. E. LABBÉ). Pour expliquer la cessibilité ou la transmissibilité à titre principal du pouvoir issu d'une clause de réméré, les auteurs mettent en avant, d'une part, son absence de caractère personnel, et, d'autre part, son aspect patrimonial qui prime sur les liens avec le contrat d'origine. (v. en ce sens : L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, Paris, DURAND et PÉDONE-LAURIEL, 1890, n° 664, p. 197 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 571-572).

Au final, dans la mesure où les pouvoirs contractuels peuvent être amenés à circuler, cela signifie, donc, bel et bien, que le contrôle de l'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels peut concerner, en sus du contractant originel, un ayant-cause, un représentant, ou encore, une personne ayant bénéficié d'une délégation de pouvoir.

Afin de préciser les contours de ce contrôle, il conviendra de montrer, ici, que tout sujet de droit dispose, par principe, de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel. Autrement dit, il existerait une aptitude générale à recueillir un pouvoir contractuel (A). Cependant, comme tout principe général connaît des exceptions, il sera important d'identifier les hypothèses dans lesquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel n'est pas reconnue à tous les sujets de droit. En effet, l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel nécessite, parfois, la détention d'une qualité particulière (B).

§ 1 - L'APTITUDE GÉNÉRALE À RECUEILLIR UN POUVOIR CONTRACTUEL.

342. **Une aptitude non fondée sur la détention d'une qualité particulière.**- Aucun texte ne fait dépendre l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel de la détention d'une qualité particulière. En l'absence de texte général venant limiter l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, il semblerait donc que tous les sujets de droit disposent, par principe, d'une telle aptitude. La compétence, au sens d'aptitude à être titulaire d'un pouvoir contractuel, désignerait, ainsi, une aptitude générale, c'est-à-dire une aptitude reconnue indifféremment à tous les sujets de droit qui leur permet de recueillir tout type de pouvoir contractuel.

En cela, la notion de compétence, au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, vient se distinguer de la notion de compétence telle qu'elle est utilisée en droit public. En effet, la compétence se présente, en droit public, comme une aptitude spéciale¹ à recueillir un pouvoir, fondée sur la détention d'une qualité particulière².

Dans la mesure où la compétence, entendue comme l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, correspond à une aptitude générale, celle-ci tend donc plutôt à se rapprocher de la capacité de jouissance du droit privé. En effet, la capacité de jouissance se présente également comme une aptitude générale, c'est-à-dire comme une aptitude reconnue indistinctement à tous les sujets de droit qui leur permet d'être titulaire de droits et d'obligations. Étant donné que la définition de la capacité de jouissance fait référence, de manière très large, à l'aptitude à être titulaire d'un droit, quelle que soit sa nature, il est permis de penser que cette définition englobe l'aptitude à être titulaire d'un pouvoir contractuel. Dès lors, la compétence, synonyme d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, serait simplement une composante de la capacité de jouissance des sujets de droit.

¹ v. not. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 282, p. 243, où l'auteur, confrontant la capacité du droit privé et la compétence du droit public, observe que : « Ce qui singularise la compétence au regard de la capacité, c'est alors qu'elle détermine une aptitude spéciale ».

² En droit public, il est en effet possible de constater que seules certaines autorités administratives comme les ministres, les préfets, les maires ou encore les assemblées des collectivités locales, disposent de l'aptitude à recueillir un pouvoir, autrement dit, de l'aptitude à être titulaire d'un pouvoir. « Ces autorités exerçant des compétences en fonction de ce qui leur est conféré par les textes » (sur ce point, v. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, n° 795, Montchrestien, 2006, 4^{ème} éd., coll. DOMAT Droit public, n° 13, p. 9).

Si, par principe, tout sujet de droit dispose de la compétence au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, ce qui favorise naturellement leur circulation, il existe, cependant, des exceptions à ce principe. En effet, parfois, la détention d'une qualité particulière est exigée.

§ 2 - LA DÉTENTION D'UNE QUALITÉ PARTICULIÈRE PARFOIS EXIGÉE.

343. **Hypothèses recensées.**- Les hypothèses où l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dépend de la détention d'une qualité particulière sont assez rares.

Ces hypothèses semblent se concentrer autour de l'utilisation d'une technique en particulier, celle de la délégation de pouvoir. En effet, la compétence du délégataire, au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, peut, dans certaines situations, être liée à la détention d'une qualité particulière.

Toutefois, avant d'aller plus loin, il convient d'observer que le terme de « délégation » peut renvoyer à deux techniques juridiques différentes.

L'une, fondée sur le mécanisme de la représentation, vise à relayer la personne du délégant, sans pour autant déposséder ce dernier de la titularité du pouvoir. Il s'agit alors de déléguer l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir à un représentant, et non de déléguer la titularité même du droit ou du pouvoir en question. Le délégataire, alors investi de pouvoirs dits « délégués », est placé dans la peau d'un représentant.

L'autre, qui peut se présenter comme une technique d'organisation de l'entreprise¹, ne repose pas sur le mécanisme de la représentation, mais sur un transfert temporaire de la titularité du pouvoir au délégataire, et cela, dans la perspective de seconder le délégant.

Au demeurant, dans le cadre de la mise en œuvre de chacune de ces deux techniques, la question de l'aptitude du délégataire à recueillir les prérogatives en cause pourra se poser. Dès lors, il conviendra de s'intéresser, d'une part, au contrôle de l'aptitude du délégataire à représenter le titulaire d'un pouvoir contractuel (A), et, d'autre part, au contrôle de l'aptitude du délégataire à seconder le titulaire d'un pouvoir contractuel (B).

A. Le contrôle de l'aptitude d'un délégataire à représenter le titulaire d'un pouvoir contractuel.

344. **Analyse en deux temps.**- Avant de contrôler l'aptitude du délégataire à représenter le titulaire d'un pouvoir contractuel, encore faut-il pouvoir déterminer si la technique de délégation qui est en cause correspond à une hypothèse de représentation. Après avoir procédé à la présentation du mécanisme (1), il conviendra, alors, d'identifier les conditions relatives au délégataire (2).

¹ v. en ce sens : N. FERRIER, *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. Ph. PÉTEL, Litec, 2005. Si le mécanisme de la délégation de pouvoir peut se rencontrer dans le cadre de l'entreprise, il ne s'y réduit cependant pas. Certaines de ses manifestations se rencontrent tant en droit des personnes qu'en droit processuel. Sur ces points, v. : F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Préf. Y. REINHARD, Litec, 2000.

1. *La présentation du mécanisme.*

345. **Délégation de pouvoir synonyme de représentation.**- Originellement, en droit privé, la notion de « délégation » fut associée au mécanisme de la représentation. La technique de la représentation conférant au délégataire des pouvoirs dits « délégués »¹.

Les analyses réalisées en matière de représentation ont permis de mettre en évidence que cette technique reposait sur la dissociation des éléments constitutifs d'un droit ou d'un pouvoir. Ainsi, retrouve-t-on, d'un côté, « le titre » qui est conservé par le titulaire originel du droit ou du pouvoir, et de l'autre, « la puissance » qui permet d'exercer le droit ou le pouvoir en question, et qui est provisoirement transmise au délégataire². Autrement dit, la technique de la représentation repose sur le transfert des prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif ou d'un pouvoir³ à un délégataire. Cette technique, qui prend parfois la forme d'une délégation de signature⁴, vise à relayer la personne du délégant. L'acte réalisé est, en effet, réputé accompli pour le compte du délégant, titulaire originel de toutes les prérogatives attachées au droit.

Lorsque la représentation est de source conventionnelle, on retrouve alors la structure du mandat classique, basée sur la représentation, qui permet de déléguer les prérogatives afférentes à la mise en œuvre d'un droit subjectif ou d'un pouvoir dont autrui est titulaire.

346. **La technique de la représentation en matière de pouvoirs contractuels.**- La technique de la représentation repose donc sur la dissociation de la titularité et de l'exercice d'un droit. Pour savoir s'il est possible de recourir à la technique de la représentation en matière de pouvoirs contractuels, il convient donc de se demander si leur titularité et leur exercice peuvent être dissociés. Le caractère indissociable de la titularité et de l'exercice d'un droit constituant, alors, un obstacle à l'utilisation de la technique de la représentation⁵.

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de rappeler, au préalable, que, dans son étude dédiée à la représentation, M. STORCK a pu mettre en évidence que le caractère indissociable de la titularité et de l'exercice d'un droit se manifeste lorsque la présence et l'intervention du titulaire du droit exercé sont des conditions requises pour la validité de l'acte⁶. Or, à aucun moment, les textes issus du droit des contrat qui consacrent des pouvoirs contractuels ne font de l'intervention même du titulaire du pouvoir une condition de validité de

¹ Pour l'emploi de cette terminologie, v. not. : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 66, p. 73-74.

² Pour une telle analyse basée sur la dissociation des éléments constitutifs d'un droit, v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 137 et s., p. 102 et s., spéc., n° 143, p. 110.

³ Si, l'analyse de la représentation fondée sur la dissociation des éléments constitutifs d'un droit fut originellement développée pour expliquer le transfert des prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif, celle-ci a été étendue au transfert de prérogatives afférentes à la mise en œuvre d'un pouvoir. v. en ce sens : G. WICKER, « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », art. préc., n° 24, spéc., p. 706.

⁴ Dans cette situation les prérogatives transférées correspondent uniquement à celles qui permettent « d'établir l'instrumentum contenant la norme édictée », mais non à celles qui permettent de prendre une décision. (v. en ce sens : J.-C. GROSHENS, « *La délégation administrative de compétence* », D., chron. XXVIII, 1958, pp. 197 et s., spéc., p. 198).

⁵ Pour la mise en évidence d'une telle limite, v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 144 et s., p. 111 et s.

⁶ v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 145, p. 111.

l'acte qu'ils permettent de réaliser. Dès lors, si la validité de l'acte accompli ne dépend pas de son accomplissement par le titulaire même du pouvoir, cela signifie que l'exercice d'un pouvoir contractuel peut être dissocié de sa titularité. Cette possibilité de dissocier la titularité et l'exercice d'un pouvoir contractuel ouvre alors la voie à la représentation en cette matière.

Toutefois, la possibilité de recourir à la technique de la représentation n'est pas absolue en matière de pouvoirs contractuels. Deux limites peuvent, en effet, venir faire obstacle à l'utilisation de la représentation.

La première limite est de type conventionnel. La convention des parties peut, semble-t-il, prévoir que seul le titulaire d'un pouvoir contractuel sera en mesure d'exercer celui-ci¹. En faisant obstacle à la transmissibilité des prérogatives afférentes à l'exercice d'un pouvoir contractuel, cette stipulation crée un lien indissociable entre leur titularité et leur exercice qui s'oppose à l'utilisation de la technique de la représentation.

La seconde limite tient à la nature du pouvoir et plus précisément au caractère personnel de celui-ci. Si le caractère personnel d'un pouvoir contractuel s'oppose à la transmissibilité de sa titularité, il peut également s'opposer au transfert des prérogatives afférentes à son exercice, et donc, à l'utilisation de la technique de la représentation². En effet, lorsque le caractère personnel d'un droit est très accentué, celui-ci ne peut être exercé que par son titulaire³. Parmi les pouvoirs contractuels au caractère personnel très marqué⁴, il est possible de citer le pouvoir de repentir ou de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit⁵. Ce pouvoir, qui est un attribut du

¹ La validité des clauses qui interdisent le recours à la représentation doit pouvoir être reconnue. En effet, en matière de représentation, il a pu être mis en évidence que ce qui est interdit est de dissocier définitivement l'exercice et la titularité d'un droit. (v. en ce sens : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 142, p. 109, où l'auteur prend notamment pour exemple les incapacités d'exercice qui sont toujours révisables, ce qui peut permettre au titulaire des droits d'en recouvrer l'exercice. L'auteur fait également allusion au mandat qui, même s'il est stipulé irrévocable, peut quand même être révoqué à tout moment, ce qui permet au titulaire des droits de jouir à nouveau des prérogatives afférentes à son exercice). S'il est interdit de dissocier définitivement la titularité de l'exercice d'un droit, rien ne semble en revanche interdire aux parties de lier, au moins temporairement, l'exercice à la titularité d'un droit.

² Rappr. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 213, où l'auteure observe que : « La question de la représentation s'articule difficilement avec le caractère personnel du droit ».

³ Rappr. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 145, p. 111, où l'auteur fait allusion à des « degrés » d'accentuation du caractère personnel d'un droit. L'auteur retient, en effet, que lorsque « le caractère personnel des droits est moins accentué, la décision initiale de faire usage ou non du droit doit être prise par le titulaire, mais l'exercice même de l'acte ainsi conçu pourra être confié à un tiers qui agira au nom de cet intéressé [...] ». Autrement dit, lorsque le caractère personnel d'un droit est moins fort, les prérogatives afférentes à son exercice peuvent être transmises à un représentant.

⁴ Pour la reconnaissance d'un tel caractère au droit de repentir ou de retrait de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, v. : A. LUCAS, *Juris. Class. Civ. Annexes.*, V° Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1212, août 2014, n° 3.

⁵ L'Art. L. 121-4 du C. propr. intell. issu de la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 2000 a procédé à la codification de l'art. 32 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique qui consacrait déjà l'existence de ce droit.

droit moral de l'auteur, lui permet, moyennant indemnisation, d'anéantir¹ rétroactivement² un contrat de cession des droits d'exploitation³, pour des raisons d'ordre intellectuel ou esthétique.

L'intransmissibilité des prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir, que celle-ci soit d'origine conventionnelle ou soit liée au caractère personnel du pouvoir, permet, alors, d'éviter qu'un représentant vienne prêter arbitrairement au titulaire du pouvoir un intérêt qui n'est pas le sien.

La technique de la représentation pourra donc être utilisée chaque fois qu'il sera possible de transférer les prérogatives afférentes à l'exercice d'un pouvoir contractuel. À l'opposé, lorsqu'un pouvoir contractuel ne peut être exercé que par son titulaire, c'est-à-dire lorsque son exercice ne peut pas être dissocié de sa titularité, la technique de la représentation ne sera pas utilisable.

Reste à s'intéresser aux qualités que doit présenter le délégataire dans le cadre de cette technique particulière.

2. Les conditions relatives au délégataire.

347. Le contrôle de l'aptitude à recueillir les prérogatives afférentes à l'exercice d'un pouvoir contractuel.- Pour qu'un représentant puisse mettre en œuvre un pouvoir contractuel en lieu et place d'une partie au contrat, encore faut-il, au préalable, que ce dernier dispose de l'aptitude à recueillir les prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir contractuel en cause.

La question qui se pose, alors, est de savoir si cette aptitude est générale ou spéciale, c'est-à-dire si celle-ci est liée, ou non, à la détention d'une qualité particulière.

Les textes du droit des contrats ne répondent pas à cette question étant donné qu'ils traitent de manière séparée des pouvoirs contractuels et de la technique de la représentation, sans jamais croiser ces deux thèmes.

Existerait-il, alors, une disposition d'ordre général qui ferait dépendre l'aptitude à recueillir les prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir contractuel de la détention d'une qualité particulière ? Il semblerait que non. Dès lors, en l'absence de restriction, il est permis

¹ Il n'est cependant pas certain que l'article L 121-4 du C. propr. intell. se limite à octroyer un pouvoir de rétractation à l'auteur. Afin de conférer une autonomie à chacun des termes employés par l'art. L. 121-4 du C. propr. intell., une partie de la doctrine considère que si le droit de « repentir » permet à l'auteur de modifier l'œuvre, le droit de « retrait » permettrait, quant à lui, de mettre un terme à l'exploitation. (v. en ce sens : A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec 1999, coll. Les Cours du droit, p. 227 ; G. GAVIN, *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz 1960, n° 56 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica 2005, n° 656 ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. Paris II, 1985, p. 606). Le droit de « repentir » conçu comme un pouvoir de modification de l'œuvre peut être qualifié de pouvoir contractuel. En effet, le remaniement de l'œuvre constitue une modification du support des droits d'exploitation qui sont l'objet de la cession. Aussi, une telle modification se répercute-t-elle alors nécessairement sur la substance des droits d'exploitations cédés. Dès lors, des remaniements qui n'affectent pas de manière substantielle l'œuvre, permettent la survie du contrat, et apparaissent comme la traduction d'une modification unilatérale, par l'auteur, de l'objet de sa prestation.

² v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 298. L'auteur insiste alors sur les conséquences attachées à la rétroactivité, c'est-à-dire sur la nécessité d'effacer, dans la mesure du possible, les prestations déjà exécutées. Ainsi, sera-t-il par exemple nécessaire de « retirer des points de vente les ouvrages déjà distribués ».

³ C'est-à-dire sur un contrat translatif de droits patrimoniaux de l'auteur, qu'il s'agisse du droit de représentation et du droit de reproduction, mais également de leurs corollaires que sont les droits de traduction et d'adaptation.

de penser que la compétence est générale. Autrement dit, il semblerait, par principe, que l'aptitude à recueillir les prérogatives afférentes à l'exercice d'un pouvoir contractuel ne dépende pas de la détention d'une qualité particulière.

Cette règle générale connaît, toutefois, des exceptions. En effet, dans certaines situations, les qualités exigées du représentant pourront venir limiter le recours à la technique de la représentation en matière de pouvoirs contractuels.

Tel est le cas, par exemple, du pouvoir de licencier. Si la jurisprudence admet que l'employeur puisse se faire représenter, tant au cours de l'entretien préalable¹, que pour la notification du licenciement², c'est à la condition que le mandat ne soit pas donné à une personne étrangère à l'entreprise³. Dès lors, l'aptitude à recueillir les prérogatives afférentes à la mise œuvre du pouvoir de licencier apparaît être liée à la détention d'une qualité particulière, à savoir, celle de membre de l'entreprise, que le juge devra, en conséquence, contrôler.

Autrement dit, en matière de pouvoirs contractuels, tout comme pour n'importe quel type de droit, il apparaît permis de faire appel à la technique de la représentation chaque fois qu'il est possible de transférer les prérogatives afférentes à l'exercice d'un tel pouvoir sans en transmettre la titularité. Aussi, et par principe, la mise en œuvre de la technique de la représentation en matière de pouvoirs contractuels n'apparaît pas subordonnée à la détention par le représentant d'une qualité particulière. Cependant, parfois, l'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir contractuel dépendra de la détention d'une qualité particulière que le juge pourra être amené à contrôler, comme, par exemple lorsqu'il s'agit, de représenter l'employeur au cours de la procédure de licenciement. Ici, le juge devra contrôler que le délégataire dispose bien de la qualité de membre de l'entreprise.

S'il en va ainsi lorsque la technique de la délégation de pouvoir est synonyme de représentation, qu'en est-il lorsque la technique de la délégation n'est pas synonyme de représentation ?

B. Le contrôle de l'aptitude d'un délégataire à seconder le titulaire d'un pouvoir contractuel.

348. **Analyse en deux temps.**- Avant de se poser la question de l'aptitude du délégataire à seconder le titulaire d'un pouvoir contractuel, encore faut-il être en mesure d'identifier cette technique de délégation. Ainsi, il conviendra, en premier lieu, de tracer les contours de la technique de délégation en cause, autrement dit, de procéder à une présentation du mécanisme (1), puis, en second lieu, de s'intéresser aux conditions relatives au délégataire (2).

1. La présentation du mécanisme.

349. **Délégation non-synonyme de représentation.**- Les travaux consacrés au mécanisme de la délégation de pouvoir ont permis de mettre en évidence que cette technique ne se résumait

¹ v. : Cass. soc. 14 juin 1994, n° 92-45072, RJS 7/94, n° 851.

² v. : Cass. soc. 26 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 105, p. 113 ; Dr. soc. 2002, p. 784, obs. J. MOULY.

³ v. : Cass. soc. 26 mars 2002, préc. ; Cass. soc. 26 avril 2006, n° 04-42860.

pas au seul mécanisme de la représentation. Ainsi, le terme de « délégation de pouvoir » peut renvoyer à une seconde technique, également dénommée « délégation de compétence » ou « transfert de compétence »¹, qui remplit généralement, en droit privé, une fonction d'organisation de l'entreprise².

Si la délégation de pouvoir au sens de délégation de compétence, est traditionnellement analysée comme un mandat³, il s'agit cependant d'un mandat particulier, qui ne repose pas sur la technique de la représentation⁴. En effet, la délégation de pouvoir, au sens de délégation de compétence, ne vise pas à relayer la personne du délégant⁵. Il ne s'agit donc pas d'une technique de représentation qui repose sur le transfert des seules prérogatives attachées à l'exercice du pouvoir. La technique de la délégation de compétence a pour objet de déposséder l'autorité délégante de son pouvoir⁶. Autrement dit, il s'agit, dans le cadre de cette technique, de réaliser un transfert de l'intégralité du pouvoir, c'est-à-dire un transfert à la fois du titre et de toutes les prérogatives attachées à la mise en œuvre du pouvoir. Ce transfert de l'intégralité du pouvoir, c'est-à-dire le transfert de sa titularité, permet-il alors d'expliquer que l'acte qui sera, par la suite, réalisé en vertu du pouvoir, est réputé être accompli par le délégataire.

De plus, s'il est affirmé que la technique de la délégation de compétence remplit une fonction « structurante » dans le cadre de l'entreprise⁷, c'est dans la mesure où le transfert de compétence n'est pas réalisé par le délégant en sa qualité de personne propre, puisque l'objectif n'est pas ici de relayer la personne du délégant, mais en qualité d'organe, ce qui permet d'expliquer que la délégation de pouvoir est à même de subsister malgré la révocation de la personne du délégant.

2. Les conditions relatives au délégataire.

350. **Deux situations.**- La délégation de pouvoir peut être amenée à déployer ses effets aussi bien dans le cadre d'une seule entreprise que dans le cadre d'un groupe de sociétés. Dès lors, il conviendra d'identifier les conditions qui fondent l'aptitude du délégataire à recueillir un

¹ Le terme « délégation de compétence » est alors opposé au terme « délégation de signature », v. not. en ce sens : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 345, p. 293, où l'auteur retient que : « la délégation de pouvoir opère un véritable *transfert de compétence* tandis que la délégation de signature correspond, dans la majeure partie des cas, à la seule volonté de se décharger de tâches matérielles à l'égard d'un subordonné, tout en conservant son pouvoir de décision ». (Nous soulignons).

² v. : N. FERRIER, *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit.

³ v. not. en ce sens l'arrêt : Cass. com. 15 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 64, p. 68 ; JCP E, 2005, p. 1046, n° 2, Chron. par J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER. Cet arrêt est rendu au visa des articles 1984 et 2003 du C. civ. relatifs au mandat. *Adde*, pour une analyse en termes de mandat : N. FERRIER, *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., n° 62.

⁴ v. en ce sens : J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, Chron. JCP E, 2005, p. 1046, n° 2, où les auteurs retiennent que : « par l'effet d'une délégation, le délégataire se trouve investi des pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une fonction déterminée au sein de l'entreprise, et non du pouvoir d'agir en représentation de l'auteur de la délégation ».

⁵ v. sur ce point : J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, Chron. préc.

⁶ Rappr. en droit administratif, la conception de la délégation de pouvoir retenue dans le cadre de l'arrêt : C.E. 5 mai 1950 « BUISSON », Rec. LEBON p. 258. La délégation de pouvoir y est envisagée comme une technique qui a pour effet de dessaisir l'autorité délégante de son pouvoir.

⁷ v. : J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, Chron. préc. *Adde*, N. FERRIER, *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., qui parle d'une technique de « déconcentration » de la direction.

pouvoir, et plus particulièrement, ici, un pouvoir contractuel, dans chacune de ces deux situations. Il s'agira donc de s'intéresser, d'une part, à l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'une seule entreprise (a), puis, d'autre part, à l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'un groupe de sociétés (b).

a. *Le contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'une seule entreprise.*

351. Qualité de préposé du délégataire.- L'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir est liée à sa qualité de préposé du délégant¹. Autrement dit, le mécanisme de la délégation de pouvoir repose sur l'existence d'un rapport hiérarchique entre le délégant et le délégataire. Ce faisant, le délégataire peut être, soit, un dirigeant social, tel qu'un directeur général délégué dans une société anonyme², soit, un salarié.

Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence précise que la délégation de pouvoir, au sens de transfert de compétence, ne peut avoir lieu qu'entre un chef d'entreprise et un salarié de la même entreprise³. Le rapport hiérarchique qui conditionne l'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir peut donc être issu d'un contrat de travail⁴ conclu entre le délégataire et le délégant, ce dernier étant alors le chef de l'entreprise où le pouvoir est exercé. Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme sociétaire, cela signifie que le délégataire doit être le salarié de la société dans laquelle s'accomplit la délégation de pouvoir.

Ainsi, l'aptitude à recueillir un pouvoir, qu'il s'agisse, d'ailleurs, d'un pouvoir contractuel ou de tout autre type de pouvoir⁵, est liée à la détention d'une qualité particulière. Le délégataire doit, d'une part, être le préposé du délégant au sens où il doit exister un rapport hiérarchique entre eux, et, d'autre part, être membre de l'entreprise dans laquelle le pouvoir alors délégué est exercé.

La délégation de pouvoir ne saurait donc s'opérer en faveur d'une personne étrangère à l'entreprise, mais uniquement en faveur d'un préposé de l'entreprise disposant de la qualité de dirigeant social ou de salarié.

352. Tous les salariés peuvent-ils être délégataire d'un pouvoir ?.- Au sujet de la qualité de salarié, la question a pu se poser de savoir si, dans toutes les structures entrepreneuriales et sociétaires, tous les salariés peuvent bénéficier d'une délégation de pouvoir. Autrement dit, tous les salariés disposent-ils de l'aptitude à recueillir la titularité d'un pouvoir appartenant originellement au chef d'entreprise ?

¹ v. : D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoir », in *Rép. de Droit des sociétés Dalloz*, décembre 2012, m.à.j. janvier 2017, n° 48.

² Il peut également s'agir, par exemple, d'un directeur général ou d'un directeur général délégué dans le cadre d'une société par action simplifiée. (à propos de ces exemples, v. : D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoir », préc., n° 49.)

³ v. sur ce point : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 679, p. 743.

⁴ v. : D. GIBIRILA, « Délégation de pouvoir », in *Rép. de Droit des sociétés Dalloz*, préc., n° 48.

⁵ Par exemple, en droit du travail, le chef d'entreprise peut être amené à déléguer une partie de ses pouvoirs en confiant à un délégataire la charge de veiller au respect de la réglementation, notamment en matière d'hygiène, de santé et de sécurité au travail.

La question de l'aptitude d'un travailleur temporaire à bénéficier d'une délégation de pouvoir a pu se poser. Sur ce point, la Cour de cassation a répondu qu'un travailleur temporaire, qui, d'une part, n'est pas une personne étrangère à l'entreprise, et qui, d'autre part, a pour fonctions l'assistance et le conseil du directeur des ressources humaines ainsi que son remplacement éventuel, est susceptible de bénéficier d'une délégation du pouvoir de licencier¹. Le travailleur temporaire, comme tout membre de l'entreprise, dispose donc de l'aptitude à recueillir un pouvoir, et notamment un pouvoir contractuel.

Alors que l'on pouvait penser que la possibilité de déléguer un pouvoir était admise dès lors que le délégataire n'est pas une personne étrangère à l'entreprise, des difficultés ont pu surgir dans le cadre des sociétés par action simplifiées.

Le problème concernait la délégation d'un pouvoir contractuel en particulier, à savoir, le pouvoir de licencier. Plus précisément, se posait, d'une part, la question de l'identité des personnes disposant de l'aptitude à recueillir ce pouvoir, et d'autre part, celle des modalités de la délégation de pouvoir. En effet, l'article L. 227-6 alinéa 3 du Code de commerce dresse une liste des personnes susceptibles de bénéficier d'une délégation de pouvoir, à savoir, le directeur général ou le directeur général délégué, et dispose expressément que cette dernière doit être mentionnée dans les statuts². L'enjeu était donc de savoir si cette liste est limitative et si le formalisme de la délégation, qui se traduit par une mention dans les statuts, est impératif. La Cour de cassation a répondu à ces questions par deux arrêts rendus en chambre mixte³.

D'une part, la Cour a pu estimer que la liste n'est pas limitative, dans la mesure où elle retient que si « la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise ».

L'objectif était ici, pour les juges, de ne pas stigmatiser la société par actions simplifiée en lui faisant subir un traitement particulier, au demeurant, moins favorable que celui des autres formes sociales dans le cadre desquelles la délégation de pouvoir est en mesure de développer

¹ v. : Cass. soc. 2 mars 2011, *Bull. civ.* V, n° 57. Les termes de l'arrêt qui visent « le pouvoir de signer les lettres de licenciement » ont cependant pu paraître entretenir une certaine ambiguïté autour de l'objet de la délégation ici contestée. En effet, cette référence peut désigner, soit, le seul pouvoir de parapher matériellement la lettre de licenciement au nom de celui qui, en amont, en aura décidé le principe, ce qui correspond au transfert d'une partie des prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir de licencier et donc à une hypothèse de représentation. Soit, elle peut désigner le pouvoir de décider du licenciement et d'en accomplir les différentes formalités, ce qui correspond à une hypothèse de délégation de la titularité même du pouvoir de licencier.

Les faits de l'espèce tendent toutefois à faire pencher la balance du côté de cette seconde hypothèse. En effet, outre une fonction d'assistance et de conseil du DRH, le travailleur temporaire était également habilité à le remplacer. Ce faisant, le travailleur temporaire paraît bien habilité à décider du licenciement, puisque sa mission consiste à remplacer le DRH, qui est lui-même habilité à licencier. Le travailleur temporaire serait donc titulaire du pouvoir de licencier. Cependant, son exercice est seulement éventuel, et plus précisément, limité aux cas dans lesquels le DRH est empêché d'exercer son pouvoir. (Pour une analyse proche, v. : N. FERRIER, note sous Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 08-45.422, RDT 2011, p. 307 et s.).

² Selon la formule exacte de L. 227-6 al. 3 du C. com. : « Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ».

³ v. : Ch. mixte 19 novembre 2010, n° 10-10095 et 10.30215, Sem. soc. Lamy, n° 1469, note P. HENRIOT ; JCP E 2010, p. 2049, note A. COURET et B. DONDERO.

ses effets. Il est également possible de constater que la généralité des termes employés par la Cour de cassation confère une portée très large à la solution rendue puisque les représentants sociaux peuvent déléguer le pouvoir d'accomplir des « actes déterminés » au nom et pour le compte de la personne morale, ce qui ne se limite donc pas à la seule délégation du pouvoir de licencier.

D'autre part, la Cour a pu préciser qu'aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit, ce qui signifie qu'elle n'obéit à aucun formalisme particulier. La Cour ajoute que la délégation de pouvoir « peut être tacite et découler des fonctions du salarié ».

Ce faisant, la Cour de cassation a-t-elle pu reconnaître qu'une personne salariée d'une société par action simplifiée et occupant la fonction de responsable des ressources humaines dispose de l'aptitude à recueillir le pouvoir de licencier¹. Cette délégation du pouvoir de licencier pouvant, d'ailleurs, être tacite et se déduire des fonctions occupées par le salarié, ici, responsable des ressources humaines.

En cela, la société par action simplifiée ne constitue pas un « îlot » qui résisterait au mécanisme de la délégation de pouvoir. Les dirigeants sociaux, tout comme les salariés, peuvent y bénéficier d'une délégation de pouvoir. Par conséquent, le mécanisme de la délégation de pouvoir est en mesure de déployer ses effets dans tous les groupements sociétaires, au profit des dirigeants sociaux comme des salariés.

Plus largement, il a pu être mis en évidence que le mécanisme de la délégation de pouvoir est à même d'être utilisé dans toute entreprise². Cette dernière notion est plus large que celle de société. En effet, l'entreprise étant une notion économique, prosaïquement définie comme la réunion de moyens matériels et humains dans la perspective de réaliser une activité économique, celle-ci ne se confond pas avec la société qui correspond à un habillage juridique possible de l'entreprise. Autrement dit, il semble possible d'affirmer que le mécanisme de la délégation de pouvoir est susceptible de se développer dans toutes les entreprises, qu'elles soient ou non exploitées sous forme sociétaire.

353. Illustration.- À titre d'exemple, il apparaît possible, pour le chef d'une entreprise-franchiseur, de déléguer à l'un de ses salariés occupant la fonction de responsable des commandes, le pouvoir de fixer le prix des contrats de vente destinés à alimenter les franchisés. D'ailleurs, au regard du premier des deux arrêts rendus en chambre mixte³, la délégation de pouvoir peut être tacite et se déduire des fonctions du salarié. Si la jurisprudence a pu déduire qu'un salarié occupant des fonctions de directeur des ressources humaines pouvait bénéficier d'une délégation du pouvoir de licencier, sans grand mal pourrait-elle reconnaître qu'un salarié occupant des fonction de directeur des commandes ou de responsable des commandes peut,

¹ v. : Ch. mixte, 19 novembre 2010, n° 10-10095.

² Selon l'heureuse formule du Professeur N. FERRIER qui envisage la délégation de pouvoir comme une technique d'organisation de l'entreprise. (v. : N. FERRIER, *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit.). Adde, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, op. cit., n° 675, p. 740-741, spéc., note n° 1, où les auteurs retiennent que le mécanisme de la délégation de pouvoir est parfaitement concevable dans tout type d'entreprise, y compris dans l'entreprise individuelle.

³ v. : Ch. mixte, 19 novembre 2010, n° 10-10095.

même en l'absence de tout mandat donné par écrit, être bénéficiaire d'une délégation du pouvoir de fixer le prix des contrats d'application.

S'il en va ainsi des conditions relatives à l'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir lorsque la délégation s'opère dans le cadre d'une seule entreprise, qu'en est-il lorsque la délégation de pouvoir a lieu dans le cadre d'un groupe de sociétés ?

b. *Le contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'un groupe de sociétés.*

354. L'assouplissement de la condition tenant au rapport hiérarchique.- Traditionnellement, lorsque l'entreprise est exploitée sous forme sociétaire, l'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir dépend, en sus de son appartenance à la société, de l'existence d'un rapport hiérarchique entre le délégataire et le dirigeant de la société dans lequel le pouvoir est appelé à être exercé¹. Autrement dit, au regard des règles classiques de la délégation de pouvoir, le délégataire doit être, au plan hiérarchique, le subordonné du délégant.

Cependant, dans le contexte particulier des groupes de sociétés, cette exigence a été assouplie par la jurisprudence. En effet, dans le cadre des groupes de sociétés, il ressort de plusieurs arrêts que le délégataire ne doit pas nécessairement être le salarié de la société dans laquelle il est amené à exercer son pouvoir². Autrement dit, l'aptitude du délégataire à recueillir la titularité d'un pouvoir, qu'il s'agisse d'un pouvoir contractuel ou de tout autre type de pouvoir, ne repose pas sur l'existence d'un rapport hiérarchique entre le délégataire et le dirigeant de la société³ dans lequel le pouvoir est appelé à être exercé⁴.

À ce propos, la Cour de cassation a pu reconnaître que, dans la mesure où le directeur du personnel de la société mère n'est pas une personne étrangère aux filiales, celui-ci est apte à recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par l'une des filiales⁵. Pour reconnaître que le directeur du personnel de la société mère n'est pas une personne étrangère aux filiales, il semble, alors, nécessaire de faire appel à la notion d'entreprise. En effet, l'entreprise étant une notion économique définie comme la réunion de moyens matériels et humain dans la perspective de réaliser une activité économique, celle-ci est à même de transcender la distinction des personnes morales qui peuvent constituer un groupe

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 351, p. 393 et s.

² v. : Cass. soc. 19 janvier 2005, *Bull. civ. V*, n° 10, p. 8 ; Dr. soc. 2005, p. 475, obs. J. SAVATIER. Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié, engagé par la société mère en qualité de directeur du personnel pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales. *Adde*, Cass. soc. 23 septembre 2009, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *Bull. Joly*. 2013, p. 275, note P. LE CANNU ; où il était également question d'un DRH appartenant à une société mère et ayant reçu mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par une filiale.

³ Ici, il s'agira du dirigeant d'une filiale.

⁴ Toutefois, compte tenu de l'autonomie des personnes morales qui composent le groupe de sociétés, la jurisprudence exige désormais que le délégataire reçoive son mandat de la part du dirigeant social de la filiale. v. en ce sens : Cass. soc. 15 décembre 2011, n° 10-21926, où la Cour retient que le DRH de la société mère avait été habilité par la filiale à poursuivre la procédure de licenciement ; Cass. soc. 16 janvier 2013, n° 11-26398, où la Cour constate que si le DRH de la société mère avait reçu mandat de celle-ci pour procéder au licenciement d'un salarié de la filiale, la décision de licenciement a été ratifiée par le chef d'entreprise de la filiale.

⁵ v. en ce sens : Cass. soc. 19 janvier 2005, préc., et Cass. soc. 23 septembre 2009, préc.

de sociétés. Dans une telle perspective, la notion d'entreprise¹ peut englober la société mère et les filiales, ce qui permet d'expliquer que le salarié de la société mère, engagé en qualité de directeur des ressources humaines, est un membre de l'entreprise, et donc, à ce titre, n'apparaît pas comme une personne étrangère aux filiales.

355. Conclusion de la Section I.- En définitive le contrôle de l'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels est appelé à avoir un domaine assez restreint. En effet, il semblerait, par principe, que tout sujet de droit dispose de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel.

Dès lors, dans la mesure où ce n'est que par exception que l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière, le domaine de ce contrôle est inévitablement amené à être réduit.

Bien que les situations dans le cadre desquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dépend de la détention d'une qualité particulière soient assez rares, celles-ci ne sont pas, pour autant, inexistantes. Comme il a été constaté, ces hypothèses semblent, d'ailleurs, se concentrer autour de l'utilisation d'une technique en particulier, celle de la délégation de pouvoir. En effet, la compétence du délégataire, au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, peut, dans certaines situations, être liée à la détention d'une qualité particulière.

Lorsque la technique de délégation employée est synonyme de représentation, il s'agira, pour le juge, de vérifier si cette technique est utilisée dans une situation qui requiert, de la part du représentant, la détention d'une qualité particulière. Tel est le cas, par exemple, en matière de délégation des prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir de licencier qui ne peuvent être remises à une personne étrangère à l'entreprise.

Lorsque la technique de la délégation de pouvoir n'est pas synonyme de représentation, il s'agira pour le juge de contrôler systématiquement que le délégataire dispose bien des qualités particulières qui fondent sa compétence. En effet, ici, seuls certains sujets de droit disposent des qualités requises pour bénéficier d'une telle délégation de pouvoir. En ce qu'elle s'avère être liée à la détention d'une qualité particulière, la compétence du délégataire, au sens d'aptitude à recueillir un pouvoir, apparaît, alors, comme étant spéciale.

Dans l'hypothèse où la délégation de pouvoir est mise en œuvre dans le cadre d'une seule entreprise, il s'agira, pour le juge, de vérifier que le délégataire détient bien la qualité de préposé du délégant et de membre de l'entreprise dans laquelle le pouvoir délégué doit être exercé.

Dans l'hypothèse où la délégation de pouvoir est mise en œuvre dans le cadre d'un groupe de sociétés, les conditions à vérifier seront quelque peu différentes. Dans le cadre des groupes de sociétés, l'aptitude du délégataire à recueillir un pouvoir contractuel ne vient pas dépendre de sa qualité de subordonné du délégant. Ce faisant, un salarié de la société mère peut se voir conférer un pouvoir, et notamment d'un pouvoir contractuel², destiné à être exercé dans

¹ La notion d'entreprise est alors ici synonyme de « groupe » et désigne l'ensemble des personnes morales composant le groupe.

² Bien que les jurisprudences qui furent étudiées à propos de la mise en œuvre de la technique de la délégation de pouvoir dans un groupe de sociétés font toutes allusion à un pouvoir contractuel en particulier, à savoir, le pouvoir de licencier, et cela, en raison de sa nature très « conflictogène », le mécanisme de la délégation de pouvoir, au sens de délégation de compétence, semble être en mesure de jouer pour tout type de pouvoir contractuel.

une filiale. Si la qualité de subordonné du délégant ne devra pas être prise en compte par le juge, ce dernier devra néanmoins vérifier que le délégataire n'est pas une personne étrangère aux filiales. En d'autres termes, le juge devra vérifier que le délégataire est bien un membre de l'entreprise. Dans la mesure où cette notion est susceptible de transcender la distinction des personnes morales qui peuvent constituer un groupe de sociétés et de réunir sous un même terme la société mère ainsi que les filiales, cela signifie que le juge devra contrôler que le délégataire est bien une personne appartenant à la société mère ou à l'une des filiales.

Une fois que les contours du contrôle de la compétence, au sens d'aptitude à recueillir des pouvoirs contractuels, ont été tracés, il convient de s'intéresser au contrôle de l'existence de pouvoirs contractuels.

SECTION II : LE CONTRÔLE DE L'EXISTENCE DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

356. **Éléments à examiner.**- Une partie qui se plaint de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut, avant même d'en contester l'exercice, inviter le juge à se pencher sur la question de son existence. Plus particulièrement, l'attention du juge pourra être attirée sur deux points.

En premier lieu, la partie qui a saisi le juge pourra alléguer que le pouvoir dont étendait se prévaloir son cocontractant n'existait pas, et cela, dans la mesure où sa durée limite d'existence est écoulée. Afin de tenter de comprendre quelle est l'influence du facteur temps sur l'existence des pouvoirs contractuels, il conviendra de s'intéresser au problème de la durée de jouissance des pouvoirs contractuels (§ 1).

En second lieu, la partie qui a saisi le juge pourra alléguer que le pouvoir dont entendait se prévaloir son cocontractant n'existait pas, et cela, dans la mesure où sa jouissance était subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire qui, respectivement, a défailli ou s'est accomplie. La question de la possible soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme des conditions devra, de ce fait, être approfondie. Autrement dit, il conviendra, en matière de pouvoirs contractuels, de s'intéresser au jeu du mécanisme des conditions (§ 2).

§ 1 - LA DURÉE DE JOUISSANCE DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

357. **Limites de l'existence au plan temporel.**- Lorsqu'il s'agit d'étudier la durée d'existence d'un droit, se pose tout naturellement la question de sa soumission au mécanisme de la prescription extinctive. Dès lors, après avoir envisagé la question de la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de la prescription extinctive (A), il conviendra d'évoquer les solutions à retenir quant à la durée de jouissance des pouvoirs contractuels (B).

A. La question de la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de la prescription extinctive.

358. **Une question délicate.**- La plupart des analyses doctrinales dédiées aux droits potestatifs présents en matière contractuelle affirment que ces derniers sont soumis au mécanisme de la prescription extinctive¹. Au regard de ces études, les pouvoirs contractuels, en qualité de droits potestatifs présents dans un contexte contractuel, devraient donc être soumis au mécanisme de la prescription extinctive. Cela signifie que l'inaction du titulaire d'un pouvoir contractuel pendant un certain laps de temps devrait entraîner la disparition de son pouvoir².

Toutefois, pour avoir la certitude que les pouvoirs contractuels sont soumis au mécanisme de la prescription extinctive, encore semble-t-il nécessaire de s'intéresser plus précisément à l'objet de ce mécanisme. Autrement dit, il convient d'identifier ce qu'affecte le mécanisme de la prescription extinctive avant d'être en mesure de conclure positivement ou négativement à son application aux pouvoirs contractuels.

La question devient alors relativement épineuse, tant en raison du débat qui divise depuis longtemps la doctrine au sujet de la nature de l'objet de la prescription extinctive, que du fait que les termes mêmes de ce débat ne sont pas adaptés aux pouvoirs contractuels.

Le débat qui a lieu en doctrine oppose, d'un côté, les partisans de la thèse dite « processualiste », selon lesquels la prescription a seulement pour objet d'éteindre l'action en justice³, et de l'autre, les partisans de la thèse dite « substantialiste », pour qui la prescription éteint l'action mais aussi le droit substantiel⁴.

D'emblée, il est possible de constater que le débat doctrinal s'est construit autour des droits dont la réalisation demande l'accomplissement d'une action en justice. L'enjeu du débat étant, en effet, de savoir si la prescription a pour objet d'éteindre seulement l'action ou si la prescription éteint l'action et le droit⁵. Dans la mesure où la réalisation des pouvoirs contractuels se passe, par nature, d'une action en justice, ceux-ci n'entrent donc pas dans les termes du débat. Cela signifie qu'il n'est pas possible, au regard du débat classique qui ne prend

¹ Dans le cadre d'une étude générale, v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 640. Pour le droit potestatif d'option, v. : I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 180 et s., p. 193 et s. Bien que l'auteur affirme que le droit potestatif d'option est un droit prescriptible, celui-ci considère néanmoins que la prescription du droit potestatif d'option dispose d'une nature particulière. Pour le droit potestatif issu d'une promesse unilatérale de vente, v. not. : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1996, 3^{ème} éd., n° 61.

² Le mécanisme de la prescription extinctive est, en effet, présenté à l'art. 2219 du C. civ. comme un mode d'extinction d'un droit résultant de son non usage pendant un certain laps de temps.

³ v. not. : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, op. cit., t. 4, § 297, p. 7, note 11 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, 2^{ème} éd., n° 1393 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, t. 28, Paris, LAROSE et TENIN, 1905, 3^{ème} éd., n° 104 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, coll. Quadrige, n° 1162.

⁴ v. not. : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 1989, 2^{ème} éd. par P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, n° 341 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Defrénois, 2015, 7^{ème} éd., n° 1227 ; J. FLOUR, J. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t.3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9^{ème} éd., n° 524.

⁵ Il est à noter que les termes de la loi ne permettent d'ailleurs pas de trancher ce débat, dans la mesure où ils corroborent tantôt la thèse substantialiste en faisant référence à l'extinction d'un droit (art. 2219 du C. civ.), tantôt la conception processualiste en évoquant la prescription des actions (articles 2224 et s. du C. civ.).

en considération que les droits dont la réalisation demande l'accomplissement d'une action en justice, de conclure à l'application ou à la non-application du mécanisme de la prescription aux pouvoirs contractuels.

359. **Avancées doctrinales.-** Il a pu être mis en évidence que le débat doctrinal classique offrait une vision trop réductrice du mécanisme de la prescription extinctive, et cela, dans la mesure où aucune des deux théories défendues ne permettait de rendre compte, à elle seule, de l'intégralité des solutions du droit positif¹. Les avancées doctrinales ont alors permis de montrer que le mécanisme de la prescription extinctive est doté d'une portée générale², ce qui veut dire qu'il est, sauf exception³, susceptible de s'appliquer à n'importe quel type de droit. Ces avancées doctrinales ont également permis de montrer que le mécanisme de la prescription n'a pas d'objet spécifique⁴. Ce dernier point signifie que, selon les situations et les droits en cause, l'objet du mécanisme de la prescription extinctive peut être différent. En cas d'inaction du titulaire du droit, le mécanisme de la prescription extinctive peut ainsi provoquer, au plan processuel, l'extinction de l'action. Tout comme il peut, au plan substantiel, soit, affecter la jouissance d'un droit en provoquant sa disparition, soit, priver le titulaire d'un droit de son exercice⁵. Mais il n'est pas nécessaire que ces effets se produisent de manière cumulative⁶.

360. **Enseignements à tirer.-** Dans le cadre de l'étude des pouvoirs contractuels, deux enseignements doivent être tirés des avancées doctrinales en matière de prescription.

Le premier enseignement est que si le mécanisme de la prescription extinctive peut théoriquement affecter tout type de droit, il peut, *a fortiori*, affecter les droits potestatifs⁷. Étant

¹ v. not. en ce sens : A. HONTEBEYRIE, « *Prescription extinctive* » in *Rép. Civ. Dalloz*, février 2016, m.à.j. avril 2017, n° 573 où l'auteur évoque la pertinence respective des deux conceptions.

² v. not. sur ce point : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1474, où les auteurs, au sujet du domaine de la prescription extinctive font observer que : « Tous les droits et toutes les actions sont en principe prescriptibles ».

³ Échappe notamment au mécanisme de la prescription extinctive le droit de propriété (v. l'art. 2227 du C. civ.).

⁴ v. en ce sens : M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Préf. P. RAYNAUD, Economica, 1986, p. 223, où l'auteure conclut : « La prescription n'a pas d'objet spécifique. Sa portée est générale, c'est pourquoi elle constitue, sans doute, un mode d'extinction de l'action, mais également un mode d'extinction des droits, et tout aussi bien un mode d'extinction de l'instance ».

⁵ v. en ce sens : M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, op. cit.*, où l'auteure retient, ici et là, que les effets de la prescription peuvent affecter l'exercice d'un droit. Tel est le cas lorsque la prescription affecte un titre exécutoire ce qui correspond, pour l'auteure, à faire obstacle à l'exercice du droit lui-même (p. 59). Tel est le cas également lorsque la prescription affecte l'exercice du droit de suite (p. 98).

⁶ Par exemple, en l'absence d'action, la prescription n'affectera que le droit au plan substantiel. v. sur ce point : M. BANDRAC, « *La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile* », RDC 2008/4, p. 1413, spéc., n° 36, où l'auteure fait observer que : « la prescription qui court à la suite d'un jugement, ou en présence d'un autre titre exécutoire, ne court pas contre l'action, droit au jugement, c'est-à-dire à l'obtention d'un titre ayant force exécutoire. En présence d'un tel titre, à moins que le titre lui-même ne soit contesté, il n'y a plus d'action à exercer. La mise en œuvre de l'exécution forcée, celle d'un titre incontesté, n'est pas l'exercice de l'action définie par l'article 30 du Code de procédure civile. [...] Cette prescription, qui n'affecte pas l'action, affecte le droit substantiel, à la réalisation duquel est dû, non pas l'acte du juge, mais le concours des agents de la force publique ».

⁷ Les analyses doctrinales mentionnées *supra* en note n°, p., qui retiennent que les droits potestatifs sont soumis au mécanisme de la prescription extinctive sont sur ce point confirmées. Il existe toutefois des exceptions. Les droits potestatifs qui constituent des accessoires du droit de propriété, comme le droit de clôturer son fonds ou de réclamer une servitude, recueillent le caractère perpétuel de celui-ci.

donné que les pouvoirs contractuels appartiennent à la catégorie des droits potestatifs, ces derniers peuvent donc être affectés par le mécanisme de la prescription extinctive. D'ailleurs, la soumission des droits potestatifs contractuels au mécanisme de la prescription extinctive apparaît conforme à l'esprit du droit positif. En effet, si le droit positif prohibe, en matière contractuelle, les engagements perpétuels, c'est-à-dire les liens perpétuels issus de rapports d'obligation, il se doit, tout autant, de prohiber les liens de sujétion perpétuels qui seraient issus de droits potestatifs contractuels¹. Cependant, bien qu'il apparaisse nécessaire d'encadrer la durée de la sujétion issue d'un rapport contractuel, il convient toutefois d'observer que les délais de prescription du Code civil sont inadaptés aux pouvoirs contractuels puisque ceux-ci ont été élaborés pour encadrer les actions en justice relatives aux droits réels et aux droits de créance. Or, la réalisation des droits potestatifs se passe d'une action en justice, ce qui rend les délais du Code civil inadaptés à ces droits².

Le second enseignement à tirer tient au fait qu'il est possible de distinguer, au plan substantiel, la prescription de la jouissance et la prescription de l'exercice d'un droit. Cette distinction résonne alors de manière toute particulière en matière de pouvoirs contractuels. En guise d'illustration, il est possible de faire référence au délai de prescription des fautes disciplinaires en droit du travail. Dans l'hypothèse où l'employeur désire faire usage de son pouvoir disciplinaire pour prononcer, par exemple, un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, celui-ci dispose d'un délai de deux mois pour engager la procédure disciplinaire³. Au terme de ce délai, en cas d'inaction du titulaire du pouvoir, disparaît seulement la possibilité pour ce dernier d'exercer son pouvoir disciplinaire pour sanctionner les faits couverts par la prescription. L'employeur n'est pas, pour autant, privé de la titularité même de son pouvoir disciplinaire, la jouissance de ce pouvoir lui étant conférée pour toute la durée du contrat de travail. Dans la mesure où l'inaction de l'employeur est sans effet sur la titularité de son pouvoir disciplinaire, cela signifie que la jouissance de ce pouvoir n'est pas régie par le mécanisme de la prescription extinctive.

Si cet exemple issu du droit du travail permet bien de montrer que la prescription extinctive affecte l'exercice et non la jouissance du pouvoir disciplinaire de l'employeur, cette distinction est un peu plus difficile à mettre en évidence pour les pouvoirs contractuels présents en droit commun des contrats. Cette difficulté est liée au fait que l'ordonnance portant réforme du droit des contrats ne s'est pas intéressée aux effets de la prescription en matière de pouvoirs contractuels.

¹ Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 640, où l'auteur retient, au sujet de la prescription extinctive, que : « ne pas l'admettre pour les droits potestatifs conduirait à conférer un caractère perpétuel à la sujétion, ce qui est inacceptable ».

² Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur relève que : « [...] la prescription telle qu'elle est règlementée et définie dans le Code civil est incompatible avec l'idée d'un droit qui n'a pas la nature d'un droit de créance ou d'un droit réel [...] ». *Adde*, I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 196, p. 211, où l'auteur constatait déjà dans le cadre de son étude dédiée aux droits potestatifs d'option que le législateur « n'a pas eu en vue les droits qui ne seraient ni des droits de créance, ni des droits réels ». L'auteur se demandait alors s'il est possible de parler de prescription des droits d'option.

³ Art. L. 1332-4 du C. trav.

Ainsi, par exemple, les dispositions consacrées à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ou à la clause résolutoire ne définissent pas un délai de prescription au terme duquel l'inaction du créancier de l'obligation inexécutée entraînerait la disparition de la possibilité qui lui était offerte de résoudre unilatéralement le contrat. Une telle omission est regrettable dans la mesure où il importe de ne pas laisser s'installer une situation d'incertitude trop longue suite à l'inexécution du débiteur. Afin de ne pas négliger les intérêts du contractant en situation de sujétion et de le mettre à l'abri de l'inertie du *potentior*, il apparaît donc nécessaire d'encadrer dans le temps la possibilité de résoudre unilatéralement le contrat¹. Pour autant, cet encadrement doit seulement faire disparaître la possibilité offerte au titulaire du pouvoir de résoudre le contrat en prenant pour motif l'inexécution couverte par la prescription. Il ne doit pas compromettre la possibilité pour le titulaire du pouvoir de faire à nouveau usage de son pouvoir de résoudre le contrat si une nouvelle inexécution suffisamment grave venait à se produire. Autrement dit, la prescription extinctive doit venir affecter l'exercice et non la jouissance du pouvoir de résolution unilatérale. La solution inverse s'accorderait mal avec le fait que chacune des parties est, sauf clause contraire, titulaire, tout au long de la vie du contrat, du pouvoir de résoudre le contrat. L'inaction du titulaire du pouvoir est donc sans effet sur sa jouissance. Par conséquent, cela signifie que le mécanisme de la prescription extinctive, qui se présente comme un mode d'extinction d'un droit résultant de son non usage, ne gouverne pas la durée de jouissance de ces pouvoirs contractuels.

361. **Point d'étape.**- À ce stade de l'analyse, il ressort que si le mécanisme de la prescription extinctive doit s'appliquer aux pouvoirs contractuels, celui-ci ne peut venir affecter que leur exercice et non leur jouissance. Dès lors que l'inaction du titulaire du pouvoir est sans effet sur sa jouissance, cela signifie que le mécanisme de la prescription extinctive ne régit pas la durée de jouissance des pouvoirs contractuels. Si le mécanisme de la prescription extinctive ne permet pas d'encadrer la durée de jouissance des pouvoirs contractuels, quelle solution alors faut-il alors retenir sur ce point ?

B. Les solutions à retenir quant à la durée de jouissance des pouvoirs contractuels.

362. **Une durée calquée sur celle du contrat.**- La question de la durée de jouissance des pouvoirs contractuels peut être résolue en se tournant vers la règle de l'accessoire. En qualité de prérogatives accessoires au contrat², les pouvoirs contractuels suivent le régime³ du contrat

¹ La question de la durée du délai de prescription extinctive peut alors se poser. Il convient d'observer que le nouvel article 1224 du Code civil met sur un pied d'égalité les différents modes de résolution du contrat. Dès lors, ne conviendrait-il pas d'aligner le délai de prescription extinctive applicable à l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale sur celui de la résolution judiciaire ?

² Les pouvoirs contractuels présentent, pour leur grande majorité, ce caractère accessoire. Au sujet du caractère accessoire des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 4, spéc., p. 9.

³ Cet alignement du régime de l'accessoire sur le principal constitue le point central de la règle de l'accessoire. À propos de cet effet résultant de la règle de l'accessoire, v. not. : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n° 1, spéc., p. 2, où les auteurs retiennent, au sujet de la règle de l'accessoire, que celle-ci conduit : « à ce résultat capital d'unité de condition juridique : le principal communique à l'accessoire son propre statut ». Cette

quant à sa durée. Dès lors, la durée de jouissance des pouvoirs contractuels est-elle, par principe, calquée sur la durée du contrat. Autrement dit, dans la mesure où il existe des contrats à durée déterminée et à durée indéterminée, la durée de jouissance des pouvoirs contractuels peut être déterminée ou indéterminée¹.

Cet alignement de la durée de jouissance des pouvoirs contractuels sur la durée du contrat en vertu de la règle de l'accessoire permet, alors, d'expliquer que son titulaire en conserve la jouissance tout au long de la durée du contrat. La durée du contrat apparaît donc comme étant la mesure de l'existence des pouvoirs contractuels.

Dans les contrats à durée déterminée, la jouissance des pouvoirs contractuels est ainsi assortie d'un terme extinctif² qui correspond au terme fixé pour le contrat. En conséquence, l'échéance du terme du contrat met fin au lien de sujétion établi par le rapport de pouvoir. Dans les contrats à durée indéterminée, la durée de jouissance des pouvoirs contractuels n'est pas préalablement définie par le biais d'un terme extinctif, mais elle prendra fin en même temps que le contrat.

Bien que la règle de l'accessoire soit appelée à régir la durée de la jouissance des pouvoirs contractuels, celle-ci peut néanmoins connaître quelques exceptions, c'est-à-dire quelques aménagements.

363. Aménagements de la durée de jouissance.- La règle selon laquelle « l'accessoire suit le principal » n'ayant pas la valeur d'une règle impérative³, les parties sont libres d'y déroger. Dès lors que le régime de l'accessoire n'est pas tenu impérativement de s'aligner sur celui du principal, cela signifie que les pouvoirs contractuels, en qualité de prérogatives accessoires au contrat, peuvent voir leur durée de jouissance être aménagée conventionnellement par les parties.

Cependant, il doit être remarqué que cette dérogation à la règle de l'accessoire ne peut s'observer que lorsque les parties décident de réduire la durée de jouissance des pouvoirs contractuels par rapport à la durée du contrat. En effet, allonger conventionnellement la durée de jouissance des pouvoirs contractuels revient à allonger la durée du contrat dans la mesure où ceux-ci ne peuvent exister sans le support du contrat. Aussi, il doit être précisé que cette possibilité d'étendre dans le temps la durée de jouissance des pouvoirs contractuels est parfois prohibée. Tel est le cas, par exemple, en matière de vente à réméré où les parties ne peuvent

règle peut toutefois connaître certains tempéraments. v. not. en ce sens : G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, op. cit., n° 106 et s., p. 164 et s.

¹ Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 634 et s., où l'auteur met en évidence l'existence de droits potestatifs à durée déterminée et à durée indéterminée.

² Rappr. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 635 : « Le droit potestatif est à durée déterminée lorsqu'il est assorti d'un terme extinctif ».

³ La règle de l'accessoire peut être écartée par le jeu de la volonté. En matière contractuelle, tel est le cas, par exemple, dans les contrats de vente où l'obligation de délivrer la chose et ses accessoires (art. 1615 du C. civ.) n'est qu'une règle supplétive. (v. not. sur ce point : O. BARRET, « Vente, 3° Effets » in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2007, m.à.j. juin 2016). En matière de propriété, la règle de l'accession, généralement présentée comme une application de la règle de l'accessoire (v. not. en ce sens : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., n° 1, spéc., p. 3 ; v. cep. pour une critique du recours à la théorie de l'accessoire pour fonder le mécanisme de l'accession : M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, Préf. J. ROCHFELD, LGDJ, 2013) est également une règle supplétive qui peut faire l'objet d'une renonciation de la part du propriétaire.

assortir la jouissance du pouvoir d'anéantir le contrat d'un terme excédant cinq années. Ce terme étant fixé de manière impérative¹.

Afin de limiter la durée de jouissance de certains pouvoirs contractuels, les parties peuvent convenir d'affecter leur jouissance d'un terme suspensif² ou d'un terme extinctif³. En guise d'illustration, il est possible de faire allusion au fait que les parties peuvent convenir de limiter dans le temps la jouissance du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ou de celui issu d'une clause résolutoire, en les affectant d'un terme extinctif. Cette stipulation peut trouver un intérêt dans les contrats dont l'exécution s'étale dans le temps dans la mesure où, passée une certaine durée d'exécution, les parties peuvent préférer s'en remettre au juge pour procéder à la résolution. Les exemples de limitation dans le temps de la durée de jouissance des pouvoirs contractuels peuvent être multipliés. Les parties ont la possibilité, dans les contrats-cadre, de limiter dans le temps la durée de jouissance du pouvoir de fixation du prix en prévoyant qu'à l'échéance du terme convenu, le prix sera fixé, non plus de manière unilatérale, mais par référence à un indice. De même, en matière de réméré, si la loi assortit la jouissance du pouvoir d'anéantir la vente d'un terme extinctif qui ne saurait excéder cinq années, rien n'interdit aux parties de stipuler un terme plus court⁴.

Cependant, il existe un pouvoir dont la durée ne semble pas pouvoir être réduite par les parties. Il s'agit du pouvoir de résiliation unilatérale dont la jouissance est conférée à chacune des parties dans les contrats à durée indéterminée. En effet, interdire aux parties, dans un contrat à durée indéterminée, de se délier passé un certain délai revient à les enfermer dans un engagement perpétuel, ce que le droit positif prohibe⁵. Le pouvoir de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée ne peut donc pas voir sa jouissance affectée par un terme extinctif⁶.

¹ Si l'alinéa premier de l'art. 1660 du Code civil dispose que : « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années », son alinéa second précise que dans l'hypothèse où la faculté de rachat a été fixée pour un terme plus long, elle est réduite à ce délai.

² En suspendant la jouissance d'un pouvoir contractuel à l'échéance d'un terme, sa durée de jouissance n'étant plus calquée sur la durée du contrat, il y a bien une dérogation à la règle de l'accessoire.

³ Certes, dans un contrat à durée indéterminée, pour que la jouissance du pouvoir affecté par un terme extinctif soit réduite par rapport à la durée du contrat, encore faut-il que celui-ci vienne à être exécuté au-delà du terme extinctif fixé pour la jouissance du pouvoir. Dans un contrat à durée déterminée, pour que la durée de jouissance du pouvoir affecté par un terme extinctif soit réduite par rapport à la durée du contrat, il est nécessaire que le terme stipulé dans la clause de pouvoir soit antérieur au terme fixé pour le contrat.

⁴ Ni les parties ni le juge ne disposent alors de la possibilité de proroger le délai fixé, car le terme est dit « de rigueur » (v. : l'art. 1661 du C. civ.)

⁵ Art. 1210 al. 1^{er} du C. civ.

⁶ Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 640, où l'auteur observe que : « le droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée ne peut obéir, en raison de sa spécificité, aux règles communes de prescription, son sort suivant celui de la relation contractuelle de laquelle il ne peut être dissocié ». Les trois points observés par l'auteur se retrouvent dans le cadre de l'étude ici menée. Si l'auteur observe, d'abord, que le pouvoir de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée n'est pas soumis au régime de la prescription, il a pu être mis en évidence, ici, que la jouissance de tous les pouvoirs contractuels n'est pas soumise au mécanisme de la prescription extinctive. Ensuite, l'auteur indique que « le sort » de ce pouvoir suit « celui de la relation contractuelle », ce qui évoque la règle de l'accessoire. Et enfin, l'auteur relève que le sort du pouvoir de résiliation unilatérale ne peut être dissocié de la convention, ce qui signifie qu'il ne saurait être aménagé par les parties. Plus précisément, ici, sa jouissance ne saurait être assortie d'un terme extinctif.

364. **Bilan.-** La durée de jouissance des pouvoirs contractuels n'est pas régie par la règle de la prescription extinctive dans la mesure où l'inaction du titulaire du pouvoir est sans effet sur sa jouissance. Si le mécanisme de la prescription extinctive doit être appelé à jouer un rôle en matière de pouvoirs contractuels, c'est uniquement pour régir la durée de leur exercice et non la durée leur jouissance.

Étant donné que les pouvoirs contractuels sont, pour leur grande majorité, des prérogatives accessoires au contrat, il convient de se tourner vers la règle de l'accessoire pour résoudre la question de la durée de leur jouissance. Le régime de l'accessoire suivant celui du principal, la durée de jouissance des pouvoirs contractuels est calquée sur la durée du contrat. À l'occasion d'un contrôle judiciaire, le juge devra donc vérifier que le pouvoir est invoqué relativement à un événement qui correspond à une période temporelle où le contrat existait bel et bien¹. Le juge devra également vérifier que les aménagements conventionnels relatifs à la durée de jouissance des pouvoirs contractuels ne heurtent pas des dispositions impératives. Ainsi, les parties ne peuvent pas, par exemple, étendre la durée de jouissance du pouvoir issu d'une clause de réméré au-delà d'un terme de cinq années, ou encore, affecter d'un terme extinctif le pouvoir de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée sous peine de contrevenir à la prohibition des engagements perpétuels.

Lorsque la question de l'existence d'un pouvoir contractuel vient à être soulevée dans le cadre d'une action en justice, si celle-ci peut inviter le juge à examiner la durée de jouissance d'un pouvoir contractuel, elle peut également le conduire à s'intéresser au mécanisme conditions.

§ 2 - LE JEU DU MÉCANISME DES CONDITIONS.

365. **Pouvoirs contractuels et mécanisme des conditions.-** Lorsqu'une partie allègue en justice que le pouvoir dont entendait se prévaloir son cocontractant n'existait pas, et ce, dans la mesure où sa jouissance était subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire qui, respectivement, a défailli ou s'est accomplie, il convient d'observer que cette allégation est fondée sur le présupposé selon lequel le mécanisme des conditions est compatible avec celui des pouvoirs contractuels. Ce présupposé qui n'a, *a priori*, rien d'évident, mérite d'être examiné plus précisément. Après avoir mis en évidence la compatibilité du mécanisme des conditions et

¹ Il convient alors de préciser qu'un pouvoir contractuel, comme, par exemple, le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, peut être mis en œuvre après le terme du contrat, dès lors que l'inexécution s'est produite avant ledit terme. Le pouvoir est alors invoqué relativement à une période temporelle où le contrat existait bel et bien. L'élément à prendre en compte étant ici la date de l'inexécution.

La question de la durée pendant laquelle le créancier peut résoudre unilatéralement le contrat est une question qui, pour sa part, se rapporte à l'exercice du pouvoir et qui doit être régie par le mécanisme de la prescription extinctive. Cependant, les dispositions du Code civil relatives à la résolution unilatérale n'enferment son exercice dans aucun délai de prescription. De plus, il semble délicat de se référer aux délais de prescription du Code civil énoncés aux articles 2224 et s. du C. civ. dans la mesure où ceux-ci ont été élaborés pour encadrer les actions en justice relatives aux droits réels et aux droits de créance. Or, les pouvoirs contractuels, qui sont des droits potestatifs, se passent d'une action en justice. Toutefois, si le législateur avait dans l'optique de faire de la résolution judiciaire et de la résolution unilatérale des mécanismes « égaux », peut-être faudrait-il assigner à l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale le même délai de prescription que celui qui enferme l'action en justice.

de celui des pouvoirs contractuels (A), il conviendra d'en tirer les conséquences quant à l'objet du contrôle judiciaire, c'est-à-dire qu'il s'agira de préciser les points à contrôler (B).

A. La compatibilité du mécanisme des conditions et de celui des pouvoirs contractuels.

366. **Deux mécanismes distincts.**- Le mécanisme des conditions et celui des pouvoirs contractuels sont, avant tout, deux mécanismes distincts.

Déjà, à l'occasion de la recherche d'une qualification adaptée aux pouvoirs contractuels, il a pu être montré que ces derniers ne pouvaient être assimilés à des conditions potestatives¹. Le caractère distinct des conditions potestatives et des pouvoirs contractuels a pu être mis en évidence au moyen de deux critères. Le premier critère tenait au domaine matériel de ces deux mécanismes, et le second, au rôle dévolu à la volonté dans chacun de ces mécanismes.

Étant donné que les conditions potestatives ne constituent qu'un type particulier de condition, une partie des conclusions qui ont pu être formulées précédemment au sujet du caractère distinct des conditions potestatives et des pouvoirs contractuels peuvent être, ici, reprises lorsqu'il s'agit de mettre en lumière le caractère distinct du mécanisme des conditions en général et de celui des pouvoirs contractuels.

Dans la mesure où les conditions potestatives ne se distinguent pas des autres conditions quant à leur domaine matériel, il est alors possible de reprendre à l'identique les conclusions précédemment formulées sur ce point². Si le mécanisme des conditions et celui des pouvoirs contractuels sont tous deux susceptibles d'affecter les effets du contrat³, il a néanmoins pu être montré que le domaine matériel des pouvoirs contractuels était plus large que celui réservé au mécanisme des conditions. En effet, il a pu être mis en évidence que les conditions, qui ne sont que des modalités d'aménagement d'un rapport juridique, disposent d'un caractère non-essentiel qui leur interdit de porter sur une condition de formation du contrat, comme le consentement ou l'objet⁴. À l'opposé, il a pu être montré que les pouvoirs contractuels peuvent porter sur ces éléments essentiels du contrat. Tel est le cas, par exemple, des pouvoirs de rétractation offerts aux consommateurs, ou encore, des pouvoirs issus des clauses de dédit ou de réméré qui portent sur le consentement. Tel est le cas également du pouvoir de détermination unilatérale du prix qui porte sur l'objet de l'obligation. Le mécanisme des conditions et le mécanisme des pouvoirs contractuels se distinguent donc sur le plan de leur domaine matériel d'application.

Si les conclusions précédemment dégagées grâce au critère du domaine matériel peuvent être ici reprises à l'identique dans la mesure où les conditions potestatives ne se distinguent pas des autres conditions sur ce point, il n'en va pas de même pour les conclusions dégagées à l'aide du critère relatif au rôle attribué à la volonté. En effet, les conditions potestatives constituent une catégorie particulière de conditions qui se singularisent par le rôle qu'elles reconnaissent à la volonté. Les conclusions doivent donc être adaptées au mécanisme des conditions en général.

¹ v. : *supra*, n° 211 et s., p. 234 et s.

² v. : *supra*, n° 212, p. 236 et s.

³ v. : *supra*, n° 201, p. 227.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 212, p. 234 et s.

La distinction entre le mécanisme des conditions en général et celui des pouvoirs contractuels sur la base du critère du rôle dévolu à la volonté doit donc être précisée. Aussi, le critère du rôle dévolu à la volonté permet de mettre en évidence deux points de divergence entre les pouvoirs contractuels et le mécanisme des conditions.

D'une part, il est possible d'observer que la volonté ne se voit pas toujours octroyer un rôle dans le cadre du mécanisme des conditions. En effet, lorsque la condition qui affecte les effets d'un contrat a la nature d'une condition casuelle, la volonté des parties n'est pas appelée à influencer sur sa réalisation ou sa défaillance. Ce n'est que dans le cadre particulier des conditions potestatives que la volonté du bénéficiaire de la condition pourra influencer sur la survenance ou la défaillance de l'événement érigé en condition. À l'opposé, la volonté se voit toujours octroyer un rôle en matière de pouvoirs contractuels dans la mesure où celle-ci est élément nécessaire à leur exercice.

D'autre part, il doit être constaté qu'une fois l'événement érigé en condition réalisé, le mécanisme des conditions produit ses effets de plein droit. Autrement dit, la modification des effets du contrat se réalise de manière automatique¹. À l'opposé, en matière de pouvoirs contractuels, la modification des effets du contrat ne se réalise jamais de manière automatique puisque celle-ci dépend d'une manifestation de volonté du titulaire du pouvoir. Certains pourraient alors objecter que ce raisonnement ne tient pas compte des conditions potestatives dans le cadre desquelles la volonté entretient un certain lien avec la modification des effets du contrat. Il a cependant pu être montré², en matière de conditions potestatives, que la volonté n'entretient qu'un rapport de type indirect avec la production des effets de droit, c'est-à-dire avec la modification de la situation juridique contractuelle. En effet, si la volonté influe directement sur la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition, c'est ensuite le mécanisme des conditions qui produit ses effets en modifiant automatiquement la situation juridique contractuelle. À l'opposé, en matière de pouvoirs contractuels, la volonté étant liée à leur exercice, elle entretient alors un rapport direct avec la production de leurs effets de droit. Le mécanisme des conditions et celui des pouvoirs contractuels se distinguent donc sur le plan du rôle qu'ils reconnaissent à la volonté.

Par conséquent, il ressort de l'analyse comparée du mécanisme des conditions et du mécanisme des pouvoirs contractuels que ceux-ci se distinguent tant sur le plan matériel que sur le plan volontaire. Pour autant, le caractère distinct du mécanisme des conditions et de celui des pouvoirs contractuels ne se présente pas comme un obstacle à leur compatibilité en ce sens que ce deux mécanismes peuvent être combinés.

367. Deux mécanismes pouvant être combinés.- La compatibilité du mécanisme des conditions et du mécanisme des pouvoirs contractuels tient au fait que ceux-ci peuvent être combinés. Autrement dit, bien qu'ils soient distincts, ces deux mécanismes peuvent être associés.

Afin de comprendre pourquoi et comment ces deux mécanismes peuvent être combinés, c'est-à-dire être associés, il convient, dans un premier temps, d'examiner de plus près l'objet

¹ v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1228, p. 1214.

² v. : *supra*, n° 213, p. 236 et s.

du mécanisme des conditions. Traditionnellement, la condition est présentée comme une modalité qui affecte l'existence d'une obligation¹. La réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition influant, alors, sur la création ou la disparition d'une obligation. Les textes issus de la réforme du droit des contrats ont d'ailleurs conservé cette présentation traditionnelle qui fait de l'obligation le seul objet possible du mécanisme des conditions².

Les avancées doctrinales ont cependant permis montrer que cette conception qui réduit l'objet du mécanisme des conditions aux effets obligationnels du contrat était trop restrictive. La majorité des auteurs retient, en effet, aujourd'hui, que la condition est une modalité qui est susceptible d'affecter les différents effets du contrat, qu'il s'agisse tant de ses effets obligationnels que de ses effets non-obligationnels³. Si le mécanisme des conditions est en mesure d'affecter les différents effets du contrat, encore faudrait-il que les pouvoirs contractuels puissent être qualifiés d'effets du contrat pour que ces deux mécanismes puissent être combinés.

Dès lors, afin de savoir si le mécanisme des conditions peut être associé avec celui des pouvoirs contractuels, il apparaît nécessaire, dans un second temps, d'examiner la nature des pouvoirs contractuels. Si les pouvoirs contractuels ont pu être identifiés comme étant des droits potestatifs accessoires qui appartiennent au contenu non-obligationnel du contrat, peuvent-ils également être qualifiés d'effets du contrat ? Autrement dit, leur jouissance est-elle procurée par le contrat ?

De manière très maladroite, il serait possible de répondre que seuls les pouvoirs contractuels dont la jouissance est conférée par une clause du contrat, comme ceux qui sont issus d'une clause résolutoire, d'une clause de réméré, ou encore, d'une clause de dédit, sont des effets du contrat. Dans une telle optique, les pouvoirs contractuels qui trouvent leur source dans la loi, la jurisprudence ou les usages ne seraient pas des effets du contrat.

Si cette réponse est maladroite, c'est dans la mesure où elle repose sur une conception obsolète des effets de l'acte juridique. En effet, elle est le fruit d'une analyse subjectiviste de l'acte juridique, basée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle la volonté individuelle doit être à l'origine de tous les effets du contrat.

Or, l'évolution du siècle dernier, qui a vu un recul du courant subjectiviste au profit d'une montée de l'objectivisme dans l'acte juridique, a permis de mettre en évidence que les effets d'un acte juridique sont régis par le droit objectif. Si la volonté doit prendre appui sur le

¹ v. not. pour une telle présentation : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1221, p.1205 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 438-439, p. 338-339.

² Les nouveaux articles 1304 et s. du C. civ. ne font, en effet, référence qu'à « l'obligation conditionnelle ».

³ Pour la plupart des auteurs, la notion d'obligation constitue un cadre d'analyse trop étroit parce que la condition est susceptible d'affecter tout effet du contrat et pas seulement les effets obligationnels. La soumission de l'effet translatif de droits réels du contrat à une condition suspensive ou résolutoire en est une illustration probante. L'obligation serait également un cadre d'analyse trop large car seules les obligations contractuelles peuvent faire l'objet d'une condition. v. en ce sens : M. LATINA, « *La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 – Libres propos* », JCP G. 2016, p. 875 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 760, p. 656 ; M. MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VIII)*, LPA, 2016, p. 4 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, « *Condition* » in *Rép. Civ. Dalloz*, m.à.j. février 2017 par J.-D. PELLIER, n° 2.

droit objectif pour produire des effets de droit¹, il n'en reste pas moins que le droit objectif, qui régit les effets de l'acte, peut attacher à la volonté des parties des effets que celles-ci pouvaient ne pas avoir eu en vue lors de l'élaboration de l'acte. De ce fait, les pouvoirs contractuels qui sont attachés par la loi, la jurisprudence, ou encore, les usages, au contrat sont, tout autant que les pouvoirs qui prennent naissance dans les stipulations des parties, des effets du contrat. Plus précisément, les pouvoirs contractuels font partie des effets non-obligationnels du contrat.

Par conséquent, si, d'une part, le mécanisme des conditions est susceptible d'affecter tous les effets du contrat, et si, d'autre part, les pouvoirs contractuels peuvent être identifiés comme des effets du contrat, il peut, semble-t-il, en être déduit que le mécanisme des conditions est susceptible d'affecter les pouvoirs contractuels. Le caractère distinct du mécanisme des conditions et de celui des pouvoirs contractuels ne constitue donc pas un obstacle à leur association.

La question qui se pose alors nécessairement, par la suite, est celle de savoir comment se réalise une telle association. Plus prosaïquement, il s'agit de se demander quel est le point de rencontre de ces deux mécanismes. Pour le savoir, il convient de rappeler que le mécanisme des conditions permet aux parties de choisir de subordonner l'existence de tel ou tel effet du contrat à la réalisation ou à la défaillance d'un événement futur incertain qu'elles auront, au préalable, déterminé. Lorsque les parties décident de subordonner l'existence d'un pouvoir contractuel à la réalisation ou à la défaillance d'un événement conditionnel, elles déterminent alors ses modalités de jouissance. Autrement dit, le point de rencontre du mécanisme des conditions et du mécanisme des pouvoirs se situe sur le plan de la jouissance de ces derniers². Le mécanisme des conditions permet ainsi aux parties de réaliser un aménagement conventionnel des modalités de jouissance des pouvoirs contractuels.

368. Point d'étape.- S'ils sont distincts, le mécanisme des conditions et le mécanisme des pouvoirs contractuels peuvent néanmoins être combinés. Le mécanisme des conditions étant en mesure d'affecter l'ensemble des effets qu'un contrat peut produire, il peut alors affecter les pouvoirs contractuels qui sont des droits potestatifs accessoires qui font partie des effets non-obligationnels du contrat. Les parties peuvent alors décider de faire dépendre la jouissance d'un pouvoir contractuel d'une condition suspensive ou résolutoire, casuelle ou potestative.

S'il s'avère possible d'associer le mécanisme des conditions et celui des pouvoirs contractuels, il convient alors d'en tirer les conséquences quant à l'objet du contrôle judiciaire. Autrement dit, il convient de préciser ce que le juge peut être amené à contrôler.

¹ Au sujet de la controverse relative au rôle de la volonté dans l'acte juridique, v. : *supra*, n° 162, p. 178 s.

² Le mécanisme des conditions-modalités étant lié à la jouissance des pouvoirs contractuels, il se distingue alors également du mécanisme de finalisation qui affecte, pour sa part, l'exercice des pouvoirs contractuels. La confusion entre les deux mécanismes pourrait naître du fait que le terme « condition » a été largement utilisé à l'occasion de l'analyse du mécanisme de finalisation (à propos de la notion de finalisation, v. : *supra*, n° 257, p. 290 et s.). En effet, le mécanisme de finalisation a été présenté comme un encadrement objectif des conditions de mise en œuvre du pouvoir. Il convient alors de ne pas confondre ces deux mécanismes qui jouent sur deux plans différents. D'un côté, le mécanisme des conditions-modalités permet d'aménager la jouissance des pouvoirs contractuels. De l'autre, le mécanisme de finalisation aménage l'exercice des pouvoirs contractuels.

B. Les points à contrôler.

369. **Réalisation ou défaillance de la condition.**- Lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel est assortie d'une condition, le juge peut être appelé à vérifier que l'événement érigé en condition s'est bien accompli, ce qui correspond à la réalisation de la condition, ou ne s'est pas accompli, ce qui correspond à la défaillance de la condition.

Par exemple, dans un contrat-cadre de concession commerciale, si les parties peuvent stipuler une clause qui confère au concédant le pouvoir de fixer le prix des contrats d'application, elles peuvent également décider d'assortir la jouissance du pouvoir qui en est issu d'une condition suspensive. Tant que la condition suspensive est pendante, c'est-à-dire pour la période d'incertitude, les parties peuvent, toujours dans le cadre de notre illustration, avoir convenu que le prix serait fixé par référence à un indice. Aussi, en fonction des termes de la convention des parties, la jouissance du pouvoir de détermination du prix peut-elle, par exemple, dépendre, soit, de la réalisation d'une condition suspensive de type casuelle, comme, l'apparition d'un nouveau concurrent, ou encore, l'apparition de nouveaux débouchés commerciaux pour les produits à écouler, soit, de la réalisation d'une condition suspensive potestative, telle que l'ouverture de nouveaux magasins par le concédant¹.

Dans cette situation, le juge pourra alors être invité à vérifier que l'événement érigé en condition casuelle ou potestative s'est bien réalisé ou, à l'opposé, ne s'est pas réalisé. Dans l'hypothèse où l'événement érigé en condition suspensive viendrait à se réaliser, la condition serait réputée accomplie et le concédant se verrait ici octroyer la jouissance du pouvoir de fixer le prix des contrats d'application². À l'opposé, dans l'hypothèse où l'événement érigé en condition suspensive ne viendrait pas à se réaliser, la condition serait réputée défaillie³ et le concédant ne se verrait pas octroyer la jouissance du pouvoir de fixer le prix des contrats d'application.

Si l'exemple ici présenté fait allusion à un pouvoir contractuel dont la jouissance est affectée par une condition suspensive, il est également tout à fait envisageable que les parties puissent choisir de faire dépendre la jouissance d'un pouvoir contractuel d'une condition résolutoire.

Par exemple, rien n'interdit aux parties de faire dépendre la jouissance du pouvoir de résiliation unilatérale aux risques et périls du créancier d'une condition résolutoire⁴. Les parties

¹ Ces illustrations ne sont absolument pas exhaustives.

² Le nouvel art. 1304-6 du Code civil ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la condition suspensive auparavant reconnu par l'ancien art. 1179 du Code civil. Il doit, néanmoins, être précisé que le nouvel art. 1304-6 a seulement la valeur d'une disposition supplétive. Les parties peuvent l'écarter en prévoyant que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. Autrement dit, dans l'hypothèse où la jouissance d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition suspensive et que l'événement érigé en condition suspensive vient à se réaliser, la partie bénéficiaire du pouvoir disposera de sa jouissance au jour de l'accomplissement de la condition, sauf disposition contraire.

³ Il y a défaillance de la condition suspensive, soit, lorsque le délai de réalisation de l'événement érigé en condition suspensive est expiré, soit, lorsqu'il est certain que cet événement ne pourra plus se réaliser. (v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1232, p. 1217).

⁴ En effet, en matière de résolution, la seule limite aux aménagements conventionnels réside en ce qu'il est impossible de priver l'une ou l'autre des parties du droit de s'adresser au juge, soit, pour obtenir le prononcé de la résolution du contrat (v. : le nouvel art. 1227 du Code civil), soit, pour que celui-ci constate que le pouvoir de

peuvent alors décider d'ériger en condition résolutoire un événement tel qu'une importante modification de l'environnement économique du contrat. Dans l'hypothèse où cet événement viendrait à se réaliser, la condition serait réputée accomplie et, dans la situation d'un contrat synallagmatique, chacune des parties viendrait à être privée de la jouissance, c'est-à-dire de la titularité, du pouvoir de résoudre seule le contrat. L'utilité d'une telle stipulation tient alors au fait que, dans un contexte de bouleversement économique, les parties peuvent préférer s'en remettre au juge pour résoudre le contrat dans l'éventualité où l'une d'elles viendrait, par la suite, à manquer à ses obligations de manière suffisamment grave.

Ainsi, lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel est assortie d'une condition, la vérification de la réalisation ou de la défaillance de la condition constitue un enjeu majeur dans la mesure où il est bien évident qu'une partie ne saurait se prévaloir des effets d'un pouvoir qui n'existe pas.

370. La distinction du contrôle des conditions de jouissance et des conditions d'exercice.- Il convient de ne pas confondre le contrôle du jeu du mécanisme des conditions-modalités, ici présenté, qui a pour objectif de s'assurer de l'existence d'un pouvoir contractuel, avec le contrôle de ses conditions d'exercice. En effet, la confusion pourrait naître de ce que le terme de « condition » peut être utilisé, soit, pour faire référence à mécanisme qui est susceptible de définir les modalités de jouissance d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire le mécanisme des conditions-modalités, soit, pour désigner les modalités d'exercice d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire ses « conditions » d'exercice.

Autrement dit, à l'occasion d'un contrôle judiciaire, il conviendra de bien distinguer deux types de questions. D'une part, les questions relatives au mécanisme des conditions-modalités, c'est-à-dire les demandes qui invitent le juge à s'intéresser à l'existence du pouvoir via la vérification de la réalisation ou de la défaillance de la condition. D'autre part, les questions relatives à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire les demandes qui invitent le juge à vérifier que les modalités substantielles et formelles d'exercice du pouvoir ont été respectées.

Dans le cadre du premier exemple ici développé où la jouissance du pouvoir de détermination du prix est affectée par une condition suspensive, deux types de questions pourront donc être successivement examinées par le juge.

Dans un premier temps, le juge pourra être invité à examiner la question de l'existence du pouvoir. À cette occasion, il s'agira pour le juge de vérifier que l'événement érigé en condition suspensive par les parties, tel que l'apparition d'un nouveau concurrent, ou encore, l'apparition de nouveaux débouchés commerciaux pour les produits à écouler, s'est réalisé ou non. Au demeurant, il convient de préciser que si l'existence du pouvoir n'est pas reconnue, la question d'un exercice correct de celui-ci n'aura même pas vocation à se poser.

Dans un second temps, si l'existence du pouvoir de fixation du prix est reconnue car la condition suspensive s'est accomplie, le juge pourra être amené à se pencher sur la question de l'exercice du pouvoir de détermination du prix. À cette occasion, le juge pourra notamment être invité à vérifier que le pouvoir de fixer le prix a été exercé conformément à sa cause finale

résolution unilatérale a été correctement exercé (à propos de ce dernier point et de l'adage « nul ne peut se faire justice soi-même », v. : *supra*, n° 186, p. 202 et s.).

objective qui peut-être de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché¹.

Dans le cadre du second exemple ici développé, où la jouissance du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est soumise à une condition résolutoire, le juge pourra être appelé à examiner les questions suivantes.

Dans un premier temps, le juge pourra être invité à s'intéresser au jeu du mécanisme des conditions afin de vérifier si le pouvoir de résolution dont entend se prévaloir l'une des parties existe bel et bien. Pour cela, le juge devra se demander si l'événement érigé en condition s'est réalisé ou non. Ici, il faudra alors se demander si une importante modification de l'environnement économique du contrat s'est produite ou non. En cas de réalisation de la condition résolutoire, l'existence du pouvoir de résolution ne sera pas reconnu à la partie qui entend s'en prévaloir. D'ailleurs, la question du contrôle de l'exercice n'aura même pas vocation à se poser si le pouvoir n'existe pas.

Dans un second temps, si la jouissance du pouvoir de résolution unilatérale est reconnue parce que la condition résolutoire a défailli, le juge pourra être appelé à examiner les conditions d'exercice du pouvoir. À cette occasion, le juge pourra notamment être invité à vérifier que le motif-efficient qui justifie l'exercice du pouvoir de résolution correspond bien à une inexécution suffisamment grave.

Ainsi, lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel est assortie d'une condition, le juge peut être appelé à se pencher sur la question de la réalisation ou de la défaillance de l'événement conditionnel. Cette question doit alors être bien distinguée de celle du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels. Le juge pourra également être invité à examiner un autre point qui est celui de l'immixtion des parties dans le jeu de la condition.

371. L'immixtion dans le mécanisme des conditions.- Lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel est assortie d'une condition casuelle, le juge pourra être invité à vérifier que l'une ou l'autre des parties ne s'est pas immiscée dans la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition. Si le nouvel article 1304-3 du Code civil sanctionne la manipulation du hasard, les hypothèses qu'il vise semblent, néanmoins, incomplètes.

Le premier alinéa de cet article dispose que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement ». Si cet alinéa reprend la règle formulée par l'ancien article 1178 du Code civil pour en étendre indistinctement l'application à chacune des parties², il omet, cependant, de traiter de l'hypothèse dans laquelle l'une des parties provoquerait l'accomplissement de la condition suspensive.

La réforme du droit des contrats n'a donc pas, sur ce point, codifié la jurisprudence antérieure qui s'était affranchie des limites de l'ancien article 1178 du Code civil en admettant, notamment, de sanctionner un créancier qui avait provoqué l'accomplissement d'une condition

¹ Au sujet de l'identification de la cause-finale du pouvoir de détermination unilatérale du prix, v. : *supra*, n° 297, p. 326 et s.

² L'ancien article 1178 du Code civil visait uniquement l'hypothèse où le débiteur empêche la réalisation d'une condition suspensive. Aujourd'hui, le nouvel art. 1304-3 al. 1^{er} fait référence la réalisation de la condition suspensive qui serait empêchée par « celui qui y avait intérêt ». Cette formulation permet alors d'étendre le domaine d'application du nouvel art. 1304 à chacune des parties.

suspensive¹. Dès lors, dans la situation où l'existence d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition suspensive de type casuelle, si le juge dispose d'un fondement textuel pour sanctionner le comportement de celui qui ferait obstacle à la réalisation de la condition, en revanche, il ne dispose pas d'un support textuel pour sanctionner le comportement de celui qui provoquerait la réalisation de la condition.

Néanmoins, à l'image de la jurisprudence antérieure qui s'était affranchie des limites posées par l'ancien article 1178 du Code civil, il est fort probable que la jurisprudence viendra à s'affranchir des limites posées par l'alinéa premier du nouvel article 1304-3 dans la perspective de sanctionner le comportement de celui qui provoquerait la réalisation d'une condition suspensive. La condition suspensive devant, alors, être considérée comme non-accomplie.

Aussi, il est possible d'observer que le comportement de celui qui s'immisce dans le jeu de la condition pour en provoquer l'accomplissement est, aujourd'hui, uniquement évoqué dans le cadre des conditions résolutoires.

Le second alinéa du nouvel article 1304-3 du Code civil dispose, en effet, que « la condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt ». En matière de conditions résolutoires, le juge dispose alors seulement d'un fondement textuel pour sanctionner le comportement de celui qui provoquerait la réalisation de la condition. Dans l'éventualité où l'existence d'un pouvoir dépendrait d'une condition résolutoire, le juge pourra donc sanctionner le comportement de celui qui provoquerait la réalisation de la condition. Par exemple, le sujet d'imputation passif des effets du pouvoir peut avoir tout intérêt à provoquer la réalisation de l'événement érigé en condition résolutoire afin d'être libéré du rapport de sujétion.

Si le juge dispose d'un fondement textuel pour sanctionner le comportement de celui qui provoquerait la réalisation de la condition résolutoire, il ne dispose cependant pas d'un support textuel pour sanctionner le comportement de celui qui empêcherait la réalisation de la condition résolutoire.

Bien que le second alinéa de l'article 1304-3 ne fasse pas allusion au comportement de celui qui empêcherait la réalisation de la condition résolutoire, il y a fort à parier que la jurisprudence viendra également à s'affranchir des limites que pose l'article afin de pouvoir sanctionner ce type de comportement, tout comme elle avait anciennement pu le faire². Cette application du principe de loyauté au-delà de la lettre du texte, permettrait, alors, de sanctionner le comportement de celui qui empêche la réalisation de la condition résolutoire. Ce contrôle apparaît, d'ailleurs, essentiel lorsque l'existence d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition résolutoire. En effet, le titulaire de ce pouvoir peut avoir tout intérêt à empêcher la réalisation de l'événement érigé en condition résolutoire afin de ne pas s'en retrouver privé.

¹ v. : Cass. req. 1^{er} mai 1889, DP. 1890, 1, p. 470 ; S. 1892, 1, p. 372 ; Cass. req. 10 février 1926, p. 129 ; S. 1926, 1, p. 60.

² v. sur ce point : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1227, spéc., p. 1213.

372. **Bilan.-** L'analyse comparée du mécanisme des conditions et du mécanisme des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence qu'il s'agit de deux mécanismes distincts qui peuvent être associés. Le mécanisme des conditions étant en mesure d'affecter l'ensemble des effets d'un contrat, il s'avère être en mesure d'affecter les pouvoirs contractuels qui sont des droits potestatifs accessoires qui font partie des effets non-obligationnels du contrat. Les parties peuvent, en conséquence, décider de faire dépendre la jouissance d'un pouvoir contractuel d'une condition suspensive ou résolutoire, casuelle ou potestative.

Dans l'éventualité où l'existence d'un pouvoir contractuel dépendrait d'une condition, le juge pourra, alors, être invité à contrôler la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition. Ce contrôle qui se rapporte à l'existence du pouvoir via la vérification de la réalisation ou de la défaillance de la condition doit, au demeurant, être bien distingué du contrôle des conditions d'exercice du pouvoir qui conduit le juge à vérifier que les modalités substantielles et formelles de mise en oeuvre du pouvoir ont été respectées¹.

De plus, dans l'hypothèse particulière où l'existence d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition casuelle, le juge pourra être invité à vérifier que l'une des parties ne s'est pas immiscée dans le jeu du hasard. Si, pour cela, le juge pourra prendre appui sur les nouvelles dispositions de l'article 1304-3 du Code civil, les hypothèses que visent cet article semblent cependant incomplètes. En effet, si le nouvel article 1304-3 du Code civil sanctionne le comportement de la partie qui empêche l'accomplissement condition suspensive ou qui provoque la défaillance de la condition résolutoire, il n'évoque pas le cas de la partie qui provoquerait l'accomplissement de la condition suspensive ou qui empêcherait la réalisation de la condition résolutoire. Pour que les hypothèses soient complètes, il reste donc ici à espérer que la jurisprudence s'affranchisse des limites posées par le nouvel article 1304 du Code civil, tout comme elle avait auparavant pu le faire avec l'ancien article 1178 du Code civil.

S'il a pu être montré que lorsque la question de l'existence d'un pouvoir contractuel vient à être soulevée dans le cadre d'une action en justice, celle-ci peut inviter le juge à examiner la durée de jouissance d'un pouvoir contractuel ou le conduire à s'intéresser au mécanisme conditions, qu'en est-il lorsqu'une partie soulèvera la question de la licéité d'un pouvoir contractuel ?

SECTION III : LE CONTRÔLE DE LA LICÉITÉ DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

373. **Deux causes d'illicéité.-** À l'occasion d'un contrôle judiciaire, le juge pourra être amené à vérifier que la clause attributive de pouvoir d'origine conventionnelle² dont entend se prévaloir une partie n'est pas contraire à certaines règles impératives. En effet, si la liberté contractuelle offre la possibilité aux parties de stipuler des clauses de pouvoir dans leur contrat,

¹ À propos du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 425 et s., p. 469 et s.

² S'il sera fait ici uniquement allusion au contrôle de la licéité des pouvoirs contractuels de source conventionnelle, c'est dans la mesure où le contrôle de la licéité des pouvoirs contractuels issus de la loi, de la jurisprudence, ou encore, des usages, n'est pas nécessaire. En effet, lorsque le droit objectif confère, lui-même, par principe, à l'une ou l'autre des parties un pouvoir contractuel, il reconnaît nécessairement que sa jouissance est licite.

cette liberté n'est pas absolue et ne saurait se mouvoir que dans les limites de l'ordre public¹. Le contrôle de la licéité des clauses attributives de pouvoir présente, alors, l'avantage de permettre de « remonter à la source » et, ce faisant, de priver l'une ou l'autre des parties d'un pouvoir contractuel dont la jouissance serait reconnue comme étant illicite. Deux causes d'illicéité, correspondant à deux angles d'analyse différents, peuvent alors être recensées.

D'une part, considérée isolément, la clause attributive de pouvoir ne doit pas être la source d'un pouvoir contractuel arbitraire. Comme il a été montré, l'arbitraire est l'ennemi de la structure contractuelle, et cela, dans la mesure où abandonner l'exercice d'un pouvoir contractuel aux considérations purement subjectives de son titulaire, revient à accepter le risque d'une mise en œuvre purement égoïste, faisant fi de l'intérêt du cocontractant. Or, comme la structure du contrat repose sur un équilibre entre des intérêts distincts, la mise en œuvre du pouvoir ne saurait se faire dans le mépris des intérêts du cocontractant, c'est-à-dire sans tenir compte, un minimum, de ses intérêts. En déclarant illicites les clauses qui confèrent un pouvoir contractuel arbitraire à leurs titulaires, « il s'agit alors pour les juges de veiller à ce que les sujétions ne heurtent pas un besoin élémentaire de justice en plaçant l'une des parties à la merci de l'autre »².

D'autre part, considérée, non plus isolément, mais au regard des autres clauses du contrat, la clause attributive de pouvoir ne doit pas être la source d'un déséquilibre contractuel excessif. En effet, le droit positif ne considère pas comme illicite la présence même d'un déséquilibre dans le contrat, mais l'existence d'un déséquilibre qualifié d'excessif ou de significatif. Dans la mesure où la stipulation d'une clause de pouvoir perturbe inévitablement l'équilibre de la convention³, le juge pourra être amené à contrôler que la clause de pouvoir ne crée pas un tel déséquilibre.

Relativement à la jouissance des pouvoirs contractuels, il apparaît ainsi possible de tracer les contours de l'ordre public en distinguant deux causes d'illicéité que le juge pourra être amené à contrôler. Dès lors, il conviendra de s'intéresser, en premier lieu, à l'illicéité liée à l'arbitraire (§ 1) et, en second lieu, à l'illicéité liée à la création d'un déséquilibre contractuel significatif (§ 2).

§ 1 - L'ILLICÉITÉ LIÉE À L'ARBITRAIRE.

374. **Les fondements de l'illicéité.**- Pour traquer et déclarer illicites les clauses qui donnent naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, la jurisprudence prenait classiquement appui sur les anciens articles 1129 et 1174 du Code civil. Cette manière d'expurger le contrat de

¹ Énoncée de manière générale à l'art 6 du C. civ., la règle selon laquelle il est interdit de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public, est aujourd'hui spécifiquement rappelée en matière contractuelle par le nouvel art. 1102 al. 2 du C. Civ. qui dispose que : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

² v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 679.

³ Pour une telle observation, v. not. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 7, spéc., p. 8. Pour plus de précisions au sujet de la manière dont ce déséquilibre est causé par une clause de pouvoir, v. : *infra*, n° 389, p. 425 et s.

l'arbitraire sera mise en évidence à l'occasion de l'étude des fondements traditionnels permettant de sanctionner l'arbitraire (A).

Cependant, ces fondements ont vu leur fonction d'instrument de lutte contre l'arbitraire être remise en cause, respectivement, par la jurisprudence et la doctrine. La réforme du droit des contrats réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016 se présentait alors comme l'occasion rêvée de remédier aux faiblesses du passé, notamment, en consacrant des dispositions spécifiquement adaptées à la lutte contre les clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires. Afin de savoir si le législateur a saisi l'opportunité qui se présentait à lui, il conviendra donc, par la suite, de se mettre à la recherche des fondements modernes permettant de sanctionner l'arbitraire (B).

A. Les fondements traditionnels permettant de sanctionner l'arbitraire.

375. L'utilisation des anciens articles 1129 et 1174 du Code civil.- Procéder à l'étude des fondements utilisés traditionnellement pour sanctionner l'arbitraire permet de mettre en évidence leur champ d'application et, ce faisant, d'identifier les pouvoirs contractuels dont ils assuraient le contrôle.

Aussi, il faut rappeler que ce contrôle n'avait pour objectif que de sanctionner les pouvoirs contractuels dont les conditions de mise en œuvre sont abandonnées aux considérations purement subjectives, c'est-à-dire, à l'arbitraire, de leurs titulaires. Autrement dit, il s'agissait, non pas de traquer la présence même d'une certaine part de subjectivisme dans la détermination des conditions de mise en œuvre du pouvoir, mais l'excès de subjectivisme, c'est-à-dire le subjectivisme absolu, outrancier, dans la définition desdites conditions de mise en œuvre. Cette précision effectuée, il conviendra de s'intéresser successivement à l'utilisation de l'ancien article 1129 (1) et de l'ancien article 1174 du Code civil (2).

1. L'utilisation de l'ancien article 1129 du Code civil.

376. La sanction de l'arbitraire dans la détermination de l'objet de l'obligation.- Sur le fondement de l'ancien article 1129 du Code civil, et plus précisément de son alinéa second qui posait une exigence de déterminabilité de la quotité de l'objet de l'obligation¹, la jurisprudence a pu procéder à la traque des clauses de pouvoir qui autorisaient leurs titulaires à déterminer arbitrairement ladite quotité de l'objet de l'obligation². En effet, abandonner à la volonté de l'une des parties la détermination de la quotité de l'objet de l'obligation au temps de l'exécution

¹ La formule exacte de l'ancien article 1129 al. 2 du C. civ. disposait que : « La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

² Il convient de préciser, qu'originellement, la traque de l'arbitraire dans la détermination du prix a été réalisée sur le fondement de l'article 1591 du Code civil (v. par ex. : Cass. com. 27 avril 1971, *Bull. civ.* IV, n° 107, p. 99). Cependant, cet article est apparu inadapté aux contrats-cadre, qui ne correspondent pas à des contrats de vente, mais qui ont pour objet l'organisation d'un courant d'affaires. Ce courant d'affaires prendra la forme de contrats d'application qui pourront, pour leur part, être de véritables contrats de vente. Dès lors la jurisprudence s'est tournée vers l'ancien article 1129 du Code civil pour procéder à la traque de l'arbitraire (pour la transition, v. par ex. : Cass. com. 11 octobre 1978, *Bull. civ.* IV, n° 225 ; D. 1979, p. 135, note R. HOUIN ; JCP 1978, II, n° 19034, note Y. LOUSSOUARN).

revenait à rendre celle-ci indéterminable au temps de la conclusion et empêchait, ce faisant, le contrat de jouer son rôle d'instrument de prévision¹.

Aussi, la jurisprudence a-t-elle pu tirer parti des dispositions de l'ancien article 1129 alinéa 2 du Code civil pour procéder à la traque des pouvoirs contractuels arbitraires, notamment² dans les contrats-cadre en matière de distribution. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que ne satisfaisaient pas à l'exigence de déterminabilité les contrats d'approvisionnement exclusif qui abandonnaient la détermination du prix de chaque fourniture à la discrétion, c'est-à-dire à l'appréciation purement subjective, du fournisseur³.

377. La « désactivation » de l'article 1129 en matière prix.- En déclarant inapplicable à la détermination du prix l'ancien article 1129 du Code civil, les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁴ ont remis en cause sa fonction d'instrument de lutte contre la présence de pouvoirs arbitraires dans le contrat. Aussi, ces arrêts ont-ils déplacé le centre de gravité du contrôle judiciaire. Alors qu'il s'agissait, auparavant, de traquer, au stade de la formation, l'existence même d'un pouvoir contractuel en raison de son caractère arbitraire, il s'agit, suite à ces arrêts, d'en contrôler l'exercice au stade de l'exécution du contrat, et cela, au moyen de la notion d'abus.

Ce déplacement de l'objet du contrôle a alors laissé un vide dans la mesure où, dans le cadre du système mis en place par la jurisprudence, le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à l'exercice du pouvoir de détermination du prix. Le contrôle de la jouissance est passé sous silence, alors que, précédemment, l'ancien article 1129 du Code civil était sollicité dans la perspective de mettre un terme à un rapport contractuel considéré comme invalide en raison de la présence même d'un pouvoir arbitraire. En effet, l'exigence de déterminabilité de la quotité de la chose objet de l'obligation n'était pas considérée comme satisfaite dans les contrats-cadre où la détermination du prix de chaque contrat d'application était abandonnée à la discrétion, c'est-à-dire à l'arbitraire, du fournisseur.

¹ Pour que le contrat puisse jouer son rôle d'instrument « d'appréhension du futur », l'exigence de déterminabilité de la quotité de l'objet de la prestation n'était satisfaite qu'à deux conditions. D'une part, les modalités de détermination ultérieure de la quotité devaient être initialement convenues lors de la conclusion du contrat, sous peine de nullité. D'autre part, les modalités de détermination de la quotité ne devaient pas dépendre de la volonté de l'une ou l'autre des parties, c'est-à-dire être unilatérales.

² L'ancien article 1129 du Code civil a également pu être sollicité en matière de prêt, v. : Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, n° 87-19106 ; D. 1991, p. 41 note Ch. GAVALDA ; RTD. civ. 1991, p. 111, obs. J. MESTRE ; où la Cour casse pour défaut de base légale un arrêt d'appel qui n'avait pas vérifié si le taux d'intérêt était déterminable par référence à des éléments du marché financier extérieurs à la volonté du prêteur.

³ v. par ex. : Cass. com. 27 avril 1981, *Bull. civ.* IV, n° 189, où la Cour casse un arrêt d'appel ayant refusé d'annuler un contrat de bière alors qu'aucune disposition du contrat ne déterminait ni ne rendait déterminable le prix des fournitures successives, de sorte que l'obligation d'acheter exclusivement au fournisseur laissait à celui-ci la possibilité de vendre à un prix dépendant de sa seule volonté ; Cass. com. 5 octobre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 298, où la Cour casse, pour défaut de base légale, un arrêt d'appel n'ayant pas suffisamment précisé en quoi le prix des marchandises livrées ne dépendait pas de la seule volonté du fournisseur ; Cass. com. 7 novembre 1983, *Bull. civ.* IV, n° 292, où la Cour de cassation a reconnu la nullité d'un contrat-cadre de distribution qui ne satisfaisait pas à l'exigence de déterminabilité dans la mesure où celui-ci ne dressait aucune liste des produits susceptibles d'être modifiés au cours de l'exécution et qu'il abandonnait, ce faisant, la détermination du prix de chaque fourniture à la discrétion du fournisseur.

⁴ Pour une analyse plus détaillée de ces arrêts, v. : *supra*, n° 59 et s., p. 79 et s.

Cependant, il doit être souligné que le contrôle de la jouissance et de l'exercice sont appelés à coexister dans la mesure où ils se complètent. En effet, il suffit d'observer qu'une clause du contrat peut conférer à l'une des parties un pouvoir de détermination du prix dont les conditions de mise en œuvre sont abandonnées au libre arbitre de son titulaire, mais que ce dernier peut en faire un exercice non-abusif dès lors que le prix fixé tient compte de l'intérêt de son cocontractant. Dans cette situation, si l'exercice du pouvoir ne saurait être critiqué, en revanche, sa jouissance pourrait être déclarée illicite¹.

Seulement, la désactivation de l'ancien article 1129 du Code civil suite aux arrêts d'Assemblée plénière ne permet plus de remonter à la source pour faire sanctionner la jouissance même du pouvoir en raison du non-respect de l'exigence de déterminabilité de la quotité de la chose et du grief d'arbitraire qui affecte alors le pouvoir².

Dès lors, il conviendra de voir si la réforme du droit des contrats a permis d'apporter un remède à ce problème en fournissant un fondement légal prohibant la stipulation de clauses de fixation unilatérale du prix qui confèrent à leurs bénéficiaires un pouvoir arbitraire. Mais avant cela, il convient de s'intéresser à un autre fondement largement utilisé par la jurisprudence dans sa traque des pouvoirs contractuels arbitraires, à savoir, l'ancien article 1174 du Code civil.

2. L'utilisation de l'ancien article 1174 du Code civil.

378. L'ancien fer de lance de la lutte contre l'arbitraire dans le contrat.- Le mécanisme des conditions potestatives, qui traduit la soumission d'un rapport de droit à la volonté de l'une des parties, a été longtemps considéré, par la jurisprudence et la majorité des auteurs, comme le seul outil technique susceptible d'expliquer le phénomène de l'unilatéralisme dans le contrat³. Dès lors, il semblait parfaitement naturel d'analyser toutes les manifestations de l'unilatéralisme contractuel en termes de conditions potestatives.

¹ Cette nécessité de maintenir un contrôle destiné à sanctionner la présence même de pouvoirs contractuels arbitraires au sein du contrat est évoquée par plusieurs auteurs. v. not. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 549, où l'auteur se demande s'il faut conclure à l'élimination du critère de la potestativité, c'est-à-dire de l'arbitraire, en matière de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre de distribution et dans les contrats de prêt. L'auteur répond à cette question par la négative en retenant que : « les clauses faisant référence au tarif du fournisseur ou du prêteur et les clauses de marché sont licites parce qu'elles recèlent un risque d'arbitraire somme toute limité. D'autres clauses de fixation du prix sont d'ailleurs envisageables, à partir du moment où l'une des parties ne s'arroge pas un pouvoir exorbitant. Mais si une stipulation entraînait un déséquilibre intolérable, qui plus est non justifié par des considérations d'opportunité, la licéité de la potestativité perdrait de sa légitimité ». L'auteur proposait alors de recourir aux dispositions de l'ancien article 1174 du Code civil pour « fonder l'annulation du contrat exposant la partie faible à un arbitraire caractérisé ». Adde, A. LAUDE, « *La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap* », D. aff. 1/1996, p. 3 et s., spéc., p. 5, où l'auteure énonce que : « si la Cour de cassation introduit plus de souplesse dans les critères de fixation du prix, il n'en demeure pas moins que toutes les clauses de prix n'échappent pas à tout risque de potestativité ».

² Autrement dit, il s'agit de sanctionner la jouissance d'un pouvoir dont les conditions de mise en œuvre ne feraient pas l'objet d'un encadrement objectif minimum. Rapp. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 734, où l'auteur observe que : « la jurisprudence retient le grief d'arbitraire et prononce la nullité de l'engagement qui dépend d'une appréciation ou de l'accomplissement d'un acte qu'il est impossible de contrôler à partir d'éléments objectifs ».

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 201, p. 227.

La jurisprudence avait alors pu voir dans l'ancien article 1174 du Code civil portant prohibition des conditions purement potestatives au bénéfice du débiteur, un formidable instrument de lutte contre la potestativité arbitraire et, ce faisant, un formidable outil de moralisation des rapports contractuel. Autrement dit, bien qu'originellement créé pour sanctionner un type particulier de potestativité arbitraire¹, l'ancien article 1174 du Code civil fut, par la suite, utilisé par la jurisprudence pour sanctionner toutes les manifestations de l'unilatéralisme contractuel dans lesquelles une partie est placée à la merci de son cocontractant².

Fer de lance de la lutte contre l'arbitraire dans le contrat, l'ancien article 1174 du Code civil fut, par conséquent, largement sollicité par la jurisprudence afin de sanctionner la présence de pouvoirs arbitraires dans le contrat. Quelques illustrations permettront de mettre en évidence cette utilisation.

379. La sanction des pouvoirs de résiliation arbitraires.- La jurisprudence s'est fondée sur la prohibition des conditions purement potestatives édictée par l'ancien article 1174 du Code civil afin de prononcer la nullité des contrats contenant des clauses conférant à l'une des parties un pouvoir de résiliation arbitraire. En d'autres termes, il s'agissait de sanctionner la présence de pouvoirs de résiliation dont la mise en œuvre ne peut être contrôlée à partir d'un minimum d'éléments objectifs.

Ce défaut d'encadrement objectif minimum des conditions d'exercice a notamment pu être sanctionné dans un contrat de concession exclusive, où une clause réservait la possibilité au concessionnaire de se délier, sur simple dénonciation, dans l'hypothèse où il ne parviendrait pas à écouler chaque année une certaine quantité d'appareils³. Bien que l'exercice du pouvoir de résiliation devait prendre appui sur un motif-efficient *a priori* objectivement défini, la non-réalisation d'un objectif de ventes⁴, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel ayant retenu la nullité de l'engagement dans la mesure où, « aucun contrôle, aucune vérification » n'était réservée au concédant, ce qui permettait au concessionnaire, « par une appréciation subjective

¹ L'ancien article 1174 du Code civil prévoyait la nullité des obligations contractées sous une condition suspensive purement potestative de la part du débiteur, et cela, dans la mesure où soumettre l'existence d'un engagement à une manifestation de volonté de celui qui s'oblige traduit un défaut de consentement à l'obligation, et donc, une absence d'obligation.

² Il convient de préciser que l'unilatéralisme, au sens « d'action d'un seul dans le contrat », n'est pas l'apanage des seuls pouvoirs contractuels. L'ancien article 1174 du Code civil servit alors à la jurisprudence, aussi bien pour sanctionner de véritables pouvoirs contractuels abandonnés à l'arbitraire de leurs titulaires, que des obligations affectées d'une condition suspensive purement potestative, c'est-à-dire des obligations dont la naissance est soumise à une manifestation arbitraire de volonté de l'une des parties. Sur ce dernier point, v. par ex. : Cass. soc. 12 avril 1995, n° 92-44484 C ; RJDA 10/1995, n° 1075 ; D. 1995, IR, p. 128. La Cour y sanctionne, sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, la possibilité reconnue à l'employeur de faire usage d'une clause de non-concurrence jusqu'à la rupture du contrat de travail.

³ v. : Cass. com. 28 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 405.

⁴ Il doit être ici précisé que si, dans les contrats d'intérêt commun, tels que le contrat de concession, les pouvoirs contractuels font l'objet d'un encadrement objectif plus poussé qui peut conduire à l'encadrement objectif des motifs-efficients de la résiliation.

et unilatérale », de refuser, en cours d'exécution, « de tenir les engagements par lui initialement pris »¹.

De manière comparable, a pu être déclaré nul un contrat de location de distributeurs automatiques de boissons et d'aliments qui contenait une stipulation conférant au bailleur le pouvoir de retirer lesdits appareils et de résilier le contrat « pour des raisons jugées par lui impératives ». La Cour de cassation a alors approuvé l'arrêt d'appel qui avait retenu la qualification de condition purement potestative².

380. La sanction des pouvoirs de modification de l'objet de l'obligation arbitraires.- L'ancien article 1174 du Code civil a également été sollicité par la jurisprudence pour sanctionner l'existence de pouvoirs de modification de l'objet de l'obligation dont les conditions d'exercice sont abandonnées à l'arbitraire de leurs titulaires.

Une illustration issue du domaine de la propriété littéraire et artistique permettra de mettre en évidence une telle utilisation. Sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, une Cour d'appel a pu prononcer la nullité d'un contrat d'édition prévoyant que l'éditeur « se réserve le droit d'apprécier, lors de la remise du manuscrit, si l'œuvre correspond bien au public et au but visé », et « dans la négative, que des modifications ne pourront être refusées par l'auteur, l'éditeur pouvant même demander une nouvelle rédaction du texte »³. Le pouvoir dont jouit l'éditeur de définir l'objet de l'obligation de l'auteur est alors sanctionné en raison de l'arbitraire qui l'affecte. La Cour retenant que : « la nature et l'étendue des prérogatives abandonnées à l'éditeur, livrait à son entière discrétion l'œuvre de l'auteur ».

381. La sanction des pouvoirs de prorogation du terme du contrat arbitraires.- La jurisprudence a encore pu avoir recours à l'ancien article 1174 du Code civil, et cela, dans la perspective de sanctionner des clauses conférant à l'une des parties le pouvoir de prolonger arbitrairement et indéfiniment les effets d'un contrat.

Fut ainsi déclarée illicite, par une cour d'appel, la clause stipulée dans un contrat de cession de droits d'auteur prévoyant que ces droits sont cédés pour une durée de quinze années à compter du premier passage en public de l'œuvre dans chaque pays où celle-ci serait diffusée⁴. Constatant qu'il « suffirait au cessionnaire d'assurer une nouvelle diffusion tous les quinze ans dans un pays différent pour prolonger indéfiniment les effets d'une cession qui n'avait donné lieu qu'à une simple rémunération forfaitaire », la Cour d'appel décida de censurer la clause conférant au cessionnaire un pouvoir de prorogation du terme du contrat en raison du grief d'arbitraire qui l'affecte, mais aussi en raison de grief de perpétuité qui pesait sur le contrat. En effet, hormis l'illicéité tenant à la possibilité offerte au *potentior* de fixer arbitrairement le terme

¹ Rappr. : C.A. Rennes, 22 décembre 1955, D. 1957, somm. p. 31, où la Cour d'appel avait sanctionné le droit pour un concessionnaire de cesser l'exploitation à son entière discrétion.

² v. : Cass. com. 17 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 165, p. 141.

³ v. : C.A. Paris, 25 avril 1989, D. 1989, IR, p. 161 ; D. 1990, somm. p. 58, obs. C. COLOMBET ; RTD. civ. 1990, p. 284, obs. J. MESTRE.

⁴ v. : C.A. Paris, 11 janvier 1989, D. 1989, somm., p. 298, obs. T. HASSLER ; RTD. civ. 1990, p. 284, obs. J. MESTRE.

extinctif du contrat, il ne pouvait être question de conférer audit *potentior* le pouvoir d'enchaîner son cocontractant dans des liens perpétuels.

Il est possible de constater que les juges d'appel, bien que se basant sur un grief de potestativité arbitraire, n'ont pas, pour autant, prononcé la nullité de l'engagement, alors que telle est la sanction prévue par l'ancien article 1174 du Code civil. Les juges ont préféré priver le *potentior* de son pouvoir en fixant le point de départ de la durée d'exploitation à la date de la première projection publique, tout en précisant que cette durée ne saurait être prorogée en raison de projections ultérieures dans d'autres pays. Le besoin éprouvé par les juges d'appel de prendre leurs distances par rapport aux dispositions de l'ancien article 1174 du Code civil, tend alors à mettre en évidence les limites de l'utilisation de cet article dans le cadre de la lutte contre les pouvoirs contractuels arbitraires.

D'ailleurs, ce phénomène qui consistait pour la jurisprudence à s'affranchir des dispositions de l'ancien article 1174 du Code civil pour sanctionner les pouvoirs contractuels arbitraires, a-t-il pu être dénoncé par la doctrine. En effet, cet affranchissement revenait à avouer que l'ancien article 1174 du Code civil est inadapté à la lutte contre les pouvoirs contractuels arbitraires.

382. Les critiques formulées à l'encontre de l'utilisation de l'ancien article 1174 du Code civil.- Bien que l'ancien article 1174 du Code civil fut largement utilisé dans le cadre de la traque de la pouvoirs contractuels arbitraires, cette utilisation a néanmoins été critiquée. En effet, et comme il a déjà montré¹, dans la perspective de sanctionner les pouvoirs contractuels arbitraires, la jurisprudence n'a pas hésité à faire subir des déformations à la notion de condition, ainsi qu'à étendre le champ d'application initial de l'ancien article 1174 du Code civil.

Pour rappel, selon l'analyse doctrinale classique, l'ancien article 1174 avait pour fonction de frapper de nullité les obligations contractées sous une condition suspensive purement potestative de la part du débiteur, et cela, dans la mesure où faire dépendre l'existence d'une obligation de la volonté de celui qui s'oblige équivaut à une absence de consentement à l'obligation, et donc, à une absence d'engagement.

Ainsi, l'application de l'ancien article 1174 du Code civil supposait, d'une part, la présence d'une « condition » et se limitait, d'autre part, à la phase de formation du contrat, dans la mesure où il s'agissait de sanctionner le défaut de consentement de celui qui s'engage.

La jurisprudence a alors pu déformer la notion de condition en sanctionnant, sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, certaines clauses, comme celles autorisant l'une des parties à modifier l'objet de l'obligation², qui ne peuvent pas être analysées comme

¹ Ces observations ont déjà été formulées à l'occasion de l'opération de qualification des pouvoirs contractuels. L'objectif était alors de démontrer que si les clauses attributives de pouvoirs contractuels étaient généralement analysées en termes de conditions potestatives, et cela, dans la perspective de les soumettre au contrôle de l'ancien article 1174 du Code civil, cette qualification se révélait cependant être inadaptée en raison des déformations qu'il s'agissait de faire subir audit article. Ces déformations infligées à l'ancien article 1174 du Code civil dans la perspective de sanctionner la jouissance des pouvoirs contractuels arbitraires qui sont, alors, révélatrices de son inaptitude à saisir lesdits pouvoirs contractuels, seront, ici, brièvement rappelées.

² Pour un exemple de clause conférant à l'une des parties un pouvoir de modification de l'objet de l'obligation sanctionnée sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, v. : *supra*, n° 380, p. 417, où il est question,

donnant naissance à de véritables « conditions », dans la mesure où elles se rapportent à un élément essentiel du contrat, ici, l'objet.

La jurisprudence s'était également affranchie du domaine initial de l'ancien article 1174 du Code civil en contrôlant, sur le fondement de cet article, les clauses de résiliation unilatérale¹, de prorogation du terme² ou de modification de l'objet de l'obligation³, qui sont des clauses mises en œuvre durant la phase d'exécution du contrat.

Pour la doctrine, le besoin éprouvé par la jurisprudence de s'affranchir des contraintes techniques posées par l'ancien article 1174 du Code civil se présentait comme un aveu des limites de l'utilisation de cet article dans le cadre de la lutte contre les pouvoirs contractuels arbitraires⁴. Dès lors, si la finalité de l'action jurisprudentielle, à savoir, sanctionner les rapports arbitraires de pouvoir dans le contrat, apparaissait en elle-même louable, en revanche, le fondement utilisé, autrement dit le moyen employé, était techniquement inadapté aux pouvoirs contractuels.

383. **Constat.-** Les deux fondements traditionnellement utilisés par la jurisprudence pour déclarer illicites les clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, à savoir, les anciens articles 1129 et 1174 du Code civil, ont vu leur fonction d'instrument de lutte contre l'arbitraire être remise en cause, respectivement, par la jurisprudence et les analyses doctrinales.

Antérieurement à la réforme du 10 février 2016, le droit des contrats semblait donc dépourvu de dispositions adaptées à la traque des clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires. La réforme du droit des contrats était alors l'occasion de consacrer des dispositions sanctionnant lesdites clauses qui créent des pouvoirs contractuels arbitraires. Dès lors, afin de savoir si le législateur a saisi l'opportunité qui se présentait à lui, il conviendra de se mettre à la recherche des fondements modernes qui permettent de sanctionner l'arbitraire.

B. La recherche des fondements modernes permettant de sanctionner l'arbitraire.

384. **La sanction des clauses renfermant des pouvoirs contractuels arbitraires suite à la réforme du droit des contrats.-** La réforme du droit des contrats était l'occasion de parfaire le régime du contrôle des pouvoirs contractuels en créant, notamment, des dispositions spécifiquement dédiées à la sanction des clauses qui confèrent, à l'une ou l'autre des parties, la jouissance de pouvoirs contractuels arbitraires. Occasion manquée, semble-t-il...

En effet, il est possible de déplorer l'absence de fondements textuels spécifiquement dédiés à la sanction de la jouissance des pouvoirs contractuels arbitraires (1). Aussi, pour

dans le cadre d'un contrat d'édition, d'un pouvoir permettant à l'éditeur d'imposer des modifications de l'œuvre réalisée par l'auteur.

¹ v. : *supra*, n° 379, p. 416.

² v. : *supra*, n° 381, p. 417.

³ v. : *supra*, n° 380, p. 417.

⁴ v. par ex. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 74 et s., où l'auteur met en évidence, et dénonce, les déformations subies par l'ancien article 1174 du Code civil dans la perspective de sanctionner les rapports de pouvoir arbitraires dans le contrat qui ne sauraient être analysés en termes de conditions potestatives.

remédier à cette carence, il semblerait nécessaire d'élaborer des dispositions sanctionnant la jouissance des pouvoirs contractuels arbitraires (2).

1. L'absence de fondements textuels spécifiquement dédiés à la sanction des pouvoirs contractuels arbitraires.

385. **Un constat de carence.-** La réforme du droit des contrats réalisée, pour sa majeure partie, à droit constant, n'a pas pris toute la mesure du phénomène de pouvoir contractuel auquel elle a, pourtant, donné une consécration officielle. En particulier, l'enjeu que constitue la lutte contre les clauses donnant naissance à des pouvoirs arbitraires, n'a pas été pris en compte, alors même que la jurisprudence s'est attelée, pendant des années, à sanctionner les clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires¹.

En effet, à la lecture des nouvelles dispositions du droit des contrats, force est de constater qu'aucun article n'est précisément dédié à la sanction des clauses attributives de pouvoir arbitraires.

Le législateur n'ayant pas pris le soin de consacrer un chapitre ou une section au phénomène de pouvoir contractuel, aucune disposition d'ordre général ne prohibe les clauses qui donnent naissance à des pouvoirs dont les conditions de mise en œuvre sont abandonnées aux considérations purement subjectives, c'est-à-dire à l'arbitraire, de leurs titulaires.

Ainsi, il n'a pas été tenu compte de ce que les dispositions de l'ancien article 1174 du Code civil, qui était devenu le principal outil de la lutte contre l'arbitraire dans le contrat, étaient inadaptées à la sanction des pouvoirs contractuels. En effet, le nouvel article 1304-2 du Code civil se contente de reprendre, sous une formulation légèrement différente, mais sans en dénaturer le sens, les dispositions de l'ancien article 1174 qui frappent de nullité les obligations contractées sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige². Aucun nouveau texte n'est donc venu pallier les insuffisances de l'ancien article 1174 du Code civil, devenu le nouvel article 1304-2 du même Code, qui concerne le seul mécanisme des conditions potestatives et qui ne saurait être assimilé au mécanisme des pouvoirs contractuels³.

Il doit également être observé que, parmi les dispositions issues de la réforme de février 2016 qui sont dédiées aux pouvoirs contractuels de source conventionnelle, tels que les pouvoirs issus des clauses résolutoires ou des clauses de détermination du prix dans les contrats-cadre, aucune d'elles n'envisage la sanction d'une clause qui donnerait naissance à un pouvoir arbitraire.

¹ Au sujet de la traque de l'arbitraire en jurisprudence, v. : *supra*, n° et s., p. et s.

² Le nouvel article 1304-2 du Code civil dispose expressément : « est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ». On retrouve ici la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige dans la mesure où la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur est traditionnellement qualifiée de « purement potestative ».

³ À propos des critères de distinction entre les conditions potestatives et les pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 211 et s., p. 233 et s.

Le nouvel article 1225 du Code civil, en son alinéa premier, exige, par exemple, que soit précisée la nature des engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. Si cet encadrement objectif d'une partie des motifs-efficients qui justifient l'exercice du pouvoir de résolution est destiné à prévenir un exercice arbitraire de ce dernier, rien n'est cependant mentionné, en cas de silence de la clause sur ce point, au sujet de la sanction applicable.

Dans le même ordre d'idées, le nouvel article 1164 du Code civil, qui autorise dans les contrats-cadre la stipulations de clauses conférant, à l'une ou l'autre des parties, le pouvoir de fixer le prix des contrats d'application, ne traite que des sanctions afférentes à l'exercice dudit pouvoir¹, sans évoquer les conditions de validité de ladite clause, ni les sanctions qui s'y rapportent. Or, il convient de rappeler que, pour ne pas donner naissance à un pouvoir arbitraire et donc pour être valide, il faut que la clause fournisse un encadrement objectif aux conditions d'exercice du pouvoir auquel elle donne naissance². Autrement dit, la clause échappera au grief d'arbitraire, si l'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir est formellement exprimé par la clause³, ou si celui-ci peut être déduit de sa *ratio stipulationis*. Cependant, rien n'est mentionné dans le nouvel article 1164 du Code civil à ce sujet, ni quant à une éventuelle sanction.

Face à cette carence de textes spécialement dédiés à la sanction des clauses qui sont source de pouvoirs contractuels arbitraires, on ne saurait donc, à l'heure actuelle, que militer en faveur de l'élaboration de dispositions adaptées à leur sanction.

2. La nécessité d'élaborer des dispositions sanctionnant la jouissance des pouvoirs contractuels arbitraires.

386. **Disposition générale ou retouches ponctuelles ?.-** Dans la perspective d'adapter l'arsenal législatif à la lutte contre les clauses qui donnent naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, l'introduction, en droit positif, de dispositions qui déclareraient illicites ces clauses apparaît nécessaire. Aussi, cette adaptation de l'arsenal législatif pourrait être réalisée de deux manières différentes.

La première manière de procéder consisterait à introduire, en droit des contrats, une disposition générale déclarant illicite toute clause attributive de pouvoir, dès lors que les conditions objectives qui encadrent son exercice ne sont pas mentionnées dans la clause ou ne peuvent pas être déduites de sa *ratio stipulationis*. Ainsi, il s'agirait de faire dépendre la validité de la clause de l'existence d'un encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir. Cette exigence permettrait de purger le contrat de toute clause qui confère, à l'une ou l'autre des parties, la jouissance d'un pouvoir dont les conditions de mise en œuvre sont abandonnées

¹ L'alinéa second du nouvel article 1164 du Code civil dispose, qu'en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat

² Si le nouvel article 1164 du C. civ. ne s'intéresse pas aux conditions de validité de la clause attributive du pouvoir de détermination du prix, il n'en demeure pas moins que l'énoncé des conditions objectives de mise en œuvre du pouvoir issu de la clause permettrait de mettre celle-ci à l'abri de toute action fondée sur l'arbitraire et qui serait destinée à en remettre en cause la validité.

³ Par exemple, la clause pourra formellement exprimer que le pouvoir de fixation du prix est destiné à répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, à adapter le prix aux évolutions du marché.

à l'arbitraire de son titulaire. L'édition d'une telle disposition générale viendrait alors consacrer la jurisprudence qui traque, depuis de nombreuses années, les clauses attributives de pouvoirs arbitraires.

Cependant, cette disposition générale n'aurait véritablement de sens que dans une section du droit des contrats consacrée au phénomène de pouvoir contractuel. Or, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, le législateur n'a pas pris le parti de dédier une section spécifiquement aux pouvoirs contractuels. L'introduction d'une disposition générale déclarant illicites les clauses donnant naissance à des pouvoirs arbitraires ne pourra donc se faire qu'à l'occasion d'une réforme d'envergure destinée à introduire, dans le droit des contrats, une section consacrée aux pouvoirs contractuels.

Toutefois, une refonte globale semble inenvisageable sitôt après la réforme du droit des contrats. En effet, celle-ci serait perçue comme un désaveu de la réforme de février 2016. Dès lors, il conviendrait d'envisager une seconde méthode pour adapter l'arsenal législatif à la traque des clauses de pouvoir touchées par l'arbitraire.

La seconde manière de procéder, plus modeste et plus réaliste, consisterait à apporter des retouches ponctuelles aux textes déjà existants qui se rapportent à la stipulation de certaines clauses de pouvoir. Ainsi, s'agirait-il de préciser que la clause attributive de pouvoir est illicite dès lors qu'elle est la source d'un pouvoir contractuel arbitraire. Autrement dit, la clause doit être sanctionnée dès lors que conditions objectives qui encadrent son exercice ne sont pas mentionnées dans la clause ou ne peuvent pas être déduites de sa *ratio stipulationis*.

Cette méthode aurait néanmoins le défaut de ne concerner que les clauses attributives de pouvoir qui sont reconnues par des dispositions législatives, telles que les clauses résolutoire¹, les clauses de fixation du prix dans les contrats-cadre², ou encore, les clauses de réméré³. Ce faisant, de nombreuses clauses de pouvoir consacrées par la pratique, mais non reconnues par des dispositions législatives, telles que les clauses d'essai ou de prorogation du terme, échapperaient au processus qui consiste à apporter des retouches ponctuelles aux textes déjà existants.

Si chacune des deux méthodes évoquées présente des avantages et des défauts, l'introduction de dispositions législatives spécialement dédiées à la traque des clauses qui donnent naissance à des pouvoirs arbitraires aurait l'incontestable avantage de faciliter l'office du juge en lui offrant des mesures directement adaptées au contrôle de l'arbitraire.

Une fois identifiées les méthodes qui permettraient d'adapter l'arsenal législatif à la lutte contre les clauses source de pouvoirs arbitraires, encore conviendrait-il de préciser la nature et la portée de la sanction que le juge pourrait être amené à prononcer, ou à constater, en vertu des dispositions adoptées.

387. Nature et portée de la sanction.- Les fondements traditionnellement utilisés par la jurisprudence pour lutter contre l'arbitraire, c'est-à-dire les anciens articles 1129 et 1174 du Code civil, devaient conduire celle-ci à prononcer la nullité de l'ensemble du contrat.

¹ Nouvel art. 1225 du C. civ.

² Nouvel art. 1164 du C. civ.

³ Articles 1659 à 1673 du Code civil.

En effet, et d'une part, la sanction de l'indétermination du prix sur le fondement de l'ancien article 1129 du Code civil devait aboutir au prononcé d'une nullité affectant l'intégralité de la convention, et cela, dans la mesure où ladite indétermination revenait à priver le contrat de l'un des ses éléments essentiels, à savoir, l'objet de l'une des obligations, ce qui constituait un obstacle à sa survie¹.

D'autre part, il doit être observé que l'ancien article 1174 du Code civil avait originellement pour fonction de frapper de nullité les obligations contractées sous une condition suspensive purement potestative de la part du débiteur, et cela, en raison de l'absence de consentement ferme et définitif de ce dernier. Les anciennes dispositions du Code civil mêlant les notions d'obligation et de contrat, le défaut de consentement à l'obligation était assimilé à un défaut de consentement au contrat ce qui conduisait à l'anéantissement total de ce dernier. Dès lors, la sanction de l'arbitraire sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil aurait dû conduire la jurisprudence à emprunter la sanction de cet article et, par conséquent, à prononcer la nullité de l'intégralité de la convention.

Cependant, la nullité de l'intégralité de la convention est apparue, dans certaines situations pratiques, comme une sanction excessive et donc inopportune. Il apparaissait, en effet, contestable qu'une clause d'importance restreinte, même arbitraire, puisse conduire à l'anéantissement de l'intégralité de la convention, alors que l'annulation de la seule clause litigieuse permet, le plus souvent, d'expurger le contrat de l'arbitraire. Ainsi, les inconvénients liés à la nullité intégrale du contrat ont-ils amené les juges à s'affranchir de cette sanction originellement attachée aux anciens articles 1129 et 1174 du Code civil, pour se tourner vers la nullité partielle.

Ce faisant, dans le domaine de l'indétermination du prix, c'est-à-dire sur le fondement de l'ancien article 1129 du Code civil, la jurisprudence a pu², par exemple, prononcer la nullité d'une clause contenue dans un contrat de prêt qui faisait varier le taux d'intérêt en fonction d'éléments qui dépendaient de la seule volonté du prêteur, tout en refusant d'étendre les effets de la nullité à l'intégralité de la convention³.

Sur le fondement de l'ancien article 1174 du Code civil, la jurisprudence a également pu se cantonner à prononcer la nullité d'une clause stipulée dans un contrat de cession de droits d'auteur qui conférait au cessionnaire le pouvoir de proroger arbitrairement et indéfiniment sa

¹ Pour un exemple de nullité affectant l'intégralité d'une convention-cadre et de tous les contrats d'application, v. : Cass. com. 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 249, p. 173 ; JCP. 1992, II, n° 21974, note M. BÉHAR-TOUCHAIS.

² Antérieurement à la désactivation de l'ancien article 1129 du Code civil par les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995.

³ v. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, *Bull. civ. I*, n° 54, p. 42 ; D. 1994, p. 605, note L. CASAUX ; Defrénois 1994, p. 1115, obs. D. MAZEAUD ; où la Cour énonce très clairement que « si la clause faisant varier le taux de l'intérêt en fonction d'éléments dépendant de la volonté du prêteur est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1129 du Code civil, une telle nullité n'entraîne pas celle du contrat de prêt ». Rapp. : Cass. com. 9 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 228, p. 160 ; D. 1992, p. 529 note Ch. GAVALDA ; JCP. E. II, p. 351, note J. STOUFFLET, où, dans le cadre d'un contrat de compte courant, la Cour confirme un arrêt d'appel qui avait prononcé la nullité de la seule clause qui faisait varier le taux d'intérêt sur le fondement de l'ancien article 1129 du Code civil. La nullité étant encourue dans la mesure où il n'avait pas été convenu entre les parties que le taux d'intérêt pouvait varier en fonction d'éléments précisément définis et objectifs, c'est-à-dire en fonction d'éléments qui ne dépendaient pas de la seule volonté de la banque.

durée, sans pour autant remettre en cause la validité de l'intégralité de la convention¹. Cette « mise à l'écart » de la sanction traditionnellement attachée à l'ancien article 1174 du Code civil se comprend d'autant plus qu'il ne s'agissait pas, ici, de sanctionner un défaut de consentement à l'engagement, ce qui était la fonction originellement dévolue à cet article², mais seulement d'expurger le contrat d'une clause de pouvoir arbitraire. Preuve s'il en est, encore une fois, du caractère inadapté des dispositions de l'ancien article 1174 à la lutte contre les clauses attributives de pouvoirs arbitraires.

Aussi, à l'heure actuelle, en l'absence de textes spécialement dédiés à la sanction des clauses qui donnent naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, la jurisprudence sera, très certainement, amenée à poursuivre la traque desdites clauses et à prononcer une nullité qui se cantonne seulement à celles-ci, c'est-à-dire une nullité partielle, sur le fondement du nouvel article 1304-2 du Code civil qui reprend les dispositions de l'ancien article 1174, et cela, alors même que cet article, au regard de sa fonction originelle, ne permet pas le prononcé d'une telle sanction.

D'ailleurs, et comme il a été observé³, la nullité n'affectera le contrat dans son ensemble que si la clause litigieuse est nécessaire à l'existence même du contrat et que la lacune provoquée par la suppression de la clause ne peut être comblée par la disposition impérative enfreinte ou par une disposition supplétive⁴.

Toutefois, dans l'hypothèse où des dispositions législatives propres à la sanction des clauses qui donnent naissance à des pouvoirs arbitraires viendraient à être adoptées, il n'est pas certain que la nullité, qu'elle soit partielle ou non, soit la sanction à privilégier. Il conviendrait, plutôt, de se tourner vers l'éradication, autrement dit le « réputé non-écrit », qui, à l'instar de la nullité partielle, permet d'assurer le maintien du contrat⁵, mais dispose d'avantages supplémentaires. En effet, la sanction que représente le « réputé non-écrit » est une forme

¹ v. : C.A. Paris, 11 janvier 1989, D. 1989, somm., p. 298, obs. T. HASSLER ; RTD. civ. 1990, p. 284, obs. J. MESTRE.

² Rappr. les observations formulées par : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 787 : « Que la nullité de la condition entraîne celle de l'obligation, puis celle du contrat se comprend si la potestativité traduit un défaut d'engagement [...] ».

³ v. en ce sens : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 789.

⁴ À la lumière de telles observations, cela signifie que si la jurisprudence en vient, un jour, sur le fondement du nouvel art. 1304-2 du C. civ., à prononcer, dans un contrat-cadre, la nullité d'une clause de pouvoir de fixation du prix en raison de ce qu'elle serait la source d'un pouvoir arbitraire – c'est-à-dire dans l'hypothèse où les conditions objectives qui encadrent son exercice ne seraient pas mentionnées dans la clause ou ne pourraient pas être déduites de sa *ratio stipulationis* –, il conviendra de se demander si cette nullité affecte seulement la clause ou s'étend à l'intégralité de la convention. Autrement dit, il conviendra de vérifier si, amputé de la clause de pouvoir, le contrat répond toujours à l'exigence de déterminabilité posée par le nouvel article 1163 code civil. Ainsi, dans l'éventualité où la quotité du prix ne pourrait être déduite du contrat, ou par référence aux usages, ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord ne soit nécessaire, la prestation ne répondrait pas à l'exigence de déterminabilité, ce qui reviendrait à priver le contrat de l'une de ses conditions de validité et conduirait, ce faisant, à son anéantissement intégral.

⁵ La fiction légale du « réputé non-écrit » limite son effet à la clause elle-même. À la différence de la nullité, le caractère déterminant de la clause réputée non écrite n'a pas à être examiné. Comme il a été observé (v. : J. KULLMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », D. 1993, Chron. p. 59 et s.) : « Le juge n'a pas, en principe, à s'interroger sur la portée de cette éradication à l'égard du contrat qui est en principe parfait sans la clause ».

d'inexistence¹ qui opère d'elle-même, c'est-à-dire sans avoir besoin d'être prononcée par un juge, ce qui la distingue de la nullité. Aussi, le caractère extrajudiciaire du « réputé non écrit » rend inutile toute action en justice destinée à obtenir le prononcé de cette sanction, ce qui permet alors de la faire échapper au mécanisme de la prescription extinctive, et par conséquent, de la rendre imprescriptible². En outre, le « réputé non-écrit » permet d'inverser la charge de l'action en justice dans la mesure où ce sera à celui qui entend bénéficier de la clause d'agir en justice pour voir constatée sa licéité, le cocontractant la tenant, pour sa part, pour inexistante. Dans l'hypothèse, où le demandeur se prévaudrait de la clause pour en demander l'exécution, le juge sera seulement amené à constater que le contrat est amputé de la clause en vertu de la fiction légale.

388. **Bilan.-** La carence de textes spécialement dédiés à la sanction des clauses de pouvoir arbitraires est révélatrice de ce que la réforme du droit des contrats n'a pas pris toute la mesure du phénomène de pouvoir contractuel. Pour remédier à cette carence, qui complexifie l'office du juge, il semblerait donc opportun d'élaborer des dispositions spécialement consacrées à la sanction des clauses de pouvoir arbitraires.

Cependant, même en l'absence de textes spécifiquement dédiés à la sanction de telles clauses, tout espoir de sanction n'est pas perdu. Bien qu'il ne soit pas possible de sanctionner directement les clauses de pouvoir arbitraires en l'absence de textes visant expressément ce grief, il semble possible de sanctionner ces clauses de manière indirecte. Pour cela, il s'agirait se fonder sur le déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties qu'une clause de pouvoir arbitraire est susceptible de générer. En effet, le droit positif offre plusieurs fondements dont l'utilisation paraît pertinente pour sanctionner le déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir. Si ce déséquilibre excessif peut-être lié au caractère arbitraire d'une clause de pouvoir, il sera, néanmoins, possible de voir qu'il ne s'agit pas de la seule raison qui peut conduire le juge à reconnaître qu'une clause de pouvoir est à l'origine d'un déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties.

§ 2 - L'ILLICÉITÉ LIÉE À LA CRÉATION D'UN DÉSÉQUILIBRE EXCESSIF.

389. **Déséquilibre et clauses de pouvoir.-** Il est souvent affirmé que les clauses de pouvoir sont de nature à créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Cependant, avant même de s'intéresser à la question de la sanction de ce déséquilibre, encore semble-t-il nécessaire d'identifier, d'une part, ce qu'est un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties, et d'autre part, comment celui-ci peut être causé par une clause de pouvoir.

¹ v. en ce sens : J. KULLMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », art. préc., spéc., p. 61 ; J. ROCHFELD, « *Cause* » in *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2012, m.à.j. juin 2016, spéc., n° 131.

² v. en ce sens : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 231 et s. ; J. KULLMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », art. préc., spéc., p. 62 et s.

Comme certains ont pu le montrer¹, le déséquilibre se présentant comme une rupture de l'équilibre, l'idée même de « déséquilibre entre les droits et les obligations des parties » ne peut se comprendre que par référence à ce que serait une situation d'équilibre entre les droits et les obligations des parties. Autrement dit, il doit être dégagé un modèle de référence qui correspondrait à un état d'équilibre entre les droits et les obligations des parties et qui représenterait l'état normal d'un rapport contractuel donné. Il a pu être montré que ce « modèle de normalité » est représenté par l'ensemble des règles supplétives applicables au contrat². En l'absence de stipulations particulières des parties, le contrat serait, ainsi, à son état d'équilibre dit « normal »³.

Dès lors, si le contrat est à son état d'équilibre « normal » en l'absence de stipulations particulières des parties, l'introduction de clauses dérogeant aux dispositions supplétives⁴ du contrat est susceptible de créer un état de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. À ce propos, Mme GRATTON a pu préciser que, pour qu'un état de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties soit caractérisé⁵, il faut que la stipulation qui déroge au droit supplétif vienne placer l'une des parties dans une situation moins favorable que celle qui résulterait de l'application de la règle supplétive⁶. Cette conception du déséquilibre peut être qualifiée de « négative » dans la mesure où elle repose sur l'idée d'une stipulation qui viendrait diminuer les droits de l'une des parties. En effet, lorsqu'une clause prévoit une diminution des droits de l'une des parties, sans prévoir nécessairement une augmentation corrélative des droits du cocontractant, il en résulte, toujours, une situation de déséquilibre. Les clauses de renonciation unilatérales à un droit en constituent alors l'exemple topique⁷ dans la mesure où, lorsqu'une partie renonce à l'un de ses droits, une situation de déséquilibre se crée

¹ v. not. : L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », D 2016, p. 22 et s., spéc., p. 26.

² v. en ce sens : C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, où l'auteure considère que la règle supplétive est « l'incarnation symbolique d'une normalité » (n° 458), ou encore, l'expression « des vues idéales de l'ordre juridique et notamment de la normalité contractuelle » (n° 583). *Adde*, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat, op. cit.*, n° 399 où l'auteure estime que les règles supplétives seraient « l'expression de la normalité attachée à un contrat donné ».

³ Rapp. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 367, où l'auteur constate que les dispositions supplétives : « visent à permettre à l'opération contractuelle de se développer de manière équilibrée ».

⁴ Il est possible d'observer que le critère de « la dérogation au droit supplétif » est généralement utilisé pour identifier des clauses abusives. Pour une utilisation de ce critère en droit de la consommation, v. not. : l'arrêt de la CJUE du 14 mars 2013, aff. C-415/11, « *AZIZ c/ CatalunyaCaixa* ». Ce critère de la « dérogation au droit supplétif » peut se rapprocher de la notion de « clauses insolites » dégagée par la jurisprudence suisse (v. au sujet de ces clauses : P. ANCEL, « *Un aperçu des évolutions récentes du droit suisse en matière de contrôle des clauses abusives* », RDC 2010, p. 307 et s., spéc. n° 3, p. 312). Cependant, le seul critère de la dérogation au droit supplétif ne permet pas d'affirmer qu'une clause est abusive. Affirmer le contraire reviendrait à remettre en cause le principe même de la liberté contractuelle. En plus de déroger au droit supplétif, la clause litigieuse doit créer un déséquilibre qualifié de « significatif » entre les droits et les obligations des parties.

⁵ C'est-à-dire pour que le déséquilibre existe.

⁶ v. : L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », art. préc., spéc., p. 28, où l'auteure conclut son paragraphe dédié à la notion de « déséquilibre » en retenant que : « le déséquilibre entre les droits et obligations des parties à un contrat pourrait résulter de ce qu'une clause s'écarte du modèle d'équilibre qu'incarnent les règles supplétives applicables au contrat, et ce, de manière défavorable à l'une des parties seulement »

⁷ Ainsi, peut-il s'agir, par exemple, d'une clause par laquelle une partie renonce à son droit de demander la résolution judiciaire du contrat. La validité de ces clauses ayant été reconnue par la Cour de cassation. v. sur ce point : Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011, *Bull. civ.* III, n° 178 ; RDC 2012, p. 402, note Y.-M. LAITHIER ; D. 2012, p. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

naturellement. À cette conception dite « négative » du déséquilibre, peut s'ajouter une conception « positive » du déséquilibre qui repose sur l'idée d'une augmentation des droits de l'une des parties. Aussi, ces deux conceptions du déséquilibre peuvent être combinées dans l'hypothèse où une clause du contrat viendrait diminuer les droits de l'une des parties tout en augmentant de manière corrélative ceux de son cocontractant.

Au regard de ces enseignements relatifs au déséquilibre entre les droits et les obligations des parties, il est possible d'affirmer que les clauses attributives de pouvoir sont susceptibles de créer un déséquilibre car celles-ci viennent déroger aux règles supplétives applicables au contrat. En effet, il suffit d'observer, par exemple, que la stipulation d'une clause résolutoire peut permettre aux parties de déroger à la disposition supplétive qui exige un manquement grave pour autoriser la résolution. De même, il est possible de constater que les parties peuvent aménager conventionnellement le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat en stipulant des clauses de dédit¹ ou de réméré dans les contrats de vente, ou encore, en stipulant, dans des contrats à durée déterminée, des clauses de résiliation unilatérale.

Si les clauses attributives de pouvoir peuvent potentiellement créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties en dérogeant aux dispositions supplétives du contrat, pour que l'existence de ce déséquilibre soit avérée il est nécessaire de constater, soit, une diminution de droits de l'une des parties, soit, une augmentation des droits de l'une des parties, soit, une diminution des droits de l'une des parties corrélative à l'augmentation des droits de l'autre.

Le déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir appartient à cette dernière catégorie. En effet, d'une part, la partie qui endosse le rôle de sujet d'imputation passif des effets du pouvoir voit ses droits diminuer dans la mesure où celle-ci se retrouve dans une situation de sujétion. Elle se voit donc tenue de subir une modification des effets du contrat alors qu'auparavant, en vertu du principe du consensualisme et de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, celle-ci pouvait refuser de consentir à toute modification. D'autre part, le titulaire du pouvoir voit, quant à lui, ses droits augmenter, dans la mesure où il lui est désormais possible d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat, ce qui lui était auparavant impossible en raison des mêmes principes qui viennent d'être évoqués. Il doit d'ailleurs être précisé que les clauses de pouvoir peuvent être à l'origine d'un déséquilibre dans deux situations. La première est celle dans laquelle la jouissance du pouvoir est conférée à une seule des parties, et cela, dans la mesure où la bilatéralisation de la jouissance du même pouvoir neutralise le déséquilibre². La seconde situation est celle dans laquelle la jouissance du pouvoir est conférée à chacune des parties, mais où les conditions de mise en œuvre du pouvoir ne sont pas identiques pour les parties.

¹ Rapp. : L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », art. préc., spéc., p. 27, où l'auteur retient que : « La clause de dédit dans le contrat à durée déterminée, par exemple, pourrait être analysée comme un contournement des principes posés aux deux premiers alinéas de l'article 1134 du code civil ».

² À propos de cette idée selon laquelle la bilatéralisation de la jouissance d'un pouvoir contractuel peut garantir le respect de l'équilibre contractuel, v. : J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 9, spéc., p. 755 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « *Unilatéralité et consentement* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., n° 26 et s., p. 29 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « *L'anéantissement unilatéral du contrat* » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., n° 6, p. 63.

390. **Sanction du déséquilibre excessif.**- Si la stipulation d'une clause de pouvoir peut venir perturber l'équilibre du contrat, l'avantage octroyé au titulaire du pouvoir ne doit cependant pas être à l'origine d'un déséquilibre contractuel excessif. En effet, le droit positif ne considère pas comme illicite la présence même d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat. En revanche, il sanctionne l'existence d'un déséquilibre « excessif » ou d'un déséquilibre « significatif » entre les droits et les obligations des parties dans la mesure où celui-ci porte atteinte à la structure même du contrat qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts. La jouissance d'un pouvoir contractuel peut alors se révéler être illicite lorsqu'elle est à l'origine d'un déséquilibre « excessif » ou « significatif » entre les droits et les obligations des parties.

Aussi, à l'heure actuelle, plusieurs dispositions légales, tant de droit commun que spéciales, permettent, semble-t-il, de sanctionner le déséquilibre « excessif » ou le déséquilibre « significatif »¹ qui serait induit par la stipulation d'une clause de pouvoir. Dès lors, il conviendra de s'intéresser, dans un premier temps, aux mécanismes de contrôle du droit commun (A). Puis, dans un second temps, aux mécanismes de contrôle du droit spécial (B).

A. Les mécanismes de contrôle du droit commun.

391. **Identification des dispositions susceptibles d'être utilisées.**- Si le droit commun des contrats ne sanctionne pas le principe même d'un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties², il sanctionne néanmoins ce déséquilibre lorsqu'il se révèle être excessif. Plusieurs textes de droit commun sont ainsi dédiés à la sanction du déséquilibre contractuel excessif.

Parmi ces textes, il est d'abord possible de citer le nouvel article 1143 du Code civil qui sanctionne, sur la base des vices du consentement, et plus précisément de la violence, l'avantage manifestement excessif dont pourrait bénéficier une partie suite à l'exploitation abusive de l'état de dépendance de son cocontractant.

¹ La terminologie n'est pas fixée entre « l'excessif » et le « significatif ». Si certaines dispositions peuvent se référer au déséquilibre ou à l'avantage « excessif » (v. par ex. : le nouvel art. 1143 du C. civ.), d'autres font, quant à elles, allusion au déséquilibre « significatif » (v. : le nouvel art. 1171 du C. civ., l'art. L. 212-1 du C. consom. et l'article L. 442-6, I, 2° du C. com.). Aussi, existe-t-il une incertitude quant à l'équivalence des termes « excessif » et « significatif ». Cette incertitude, qui trouve son origine en droit de la consommation, est liée à la loi du 1^{er} février 1995 qui a substitué au déséquilibre « excessif » de la loi du 10 janvier 1978 le terme de déséquilibre « significatif ». La question de l'équivalence des standards que sont le déséquilibre « significatif » et le déséquilibre « excessif » se pose-t-elle alors. Si, pour certains le déséquilibre « significatif » serait, d'un point de vue sémantique, doté d'un degré d'intensité inférieur au déséquilibre « excessif », ce qui viendrait abaisser le seuil du déséquilibre, pour la plupart des auteurs ces standards sont identiques. (Pour une présentation de cette controverse, v. not. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. Paris 2, 2013, n° 320 et s., p. 250 et s.)

² Le droit positif ne sanctionne pas, par principe, la lésion. Autrement dit, il ne fait pas de l'équilibre objectif entre les prestations une condition de validité du contrat. L'équivalence entre les prestations est simplement subjective, ce qui laisse une certaine place au déséquilibre. Cette règle selon laquelle la lésion n'est pas sanctionnée était anciennement énoncée par l'art. 1118 du Code civil. Aujourd'hui, le nouvel article 1168 du Code civil dispose : « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

Ensuite, il est possible de faire référence au nouvel article 1169 du Code civil qui reprend la fonction anciennement dévolue à la cause objective dans les contrats synallagmatiques, à savoir, sanctionner les engagements sans contrepartie, ou plus précisément, les obligations dont la contrepartie est illusoire ou dérisoire.

De même, il est possible de faire allusion au nouvel article 1170 du Code civil qui répute non-écrites les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

Enfin, il convient de ne pas oublier le nouvel article 1171 du Code civil qui est venu introduire en droit commun des contrats la technique dite « des clauses abusives », et ce, afin de sanctionner les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce texte constitue, d'ailleurs, l'un des apports majeurs de la réforme du droit des contrats puisqu'originellement le législateur avait choisi de réserver cette technique aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels¹. Autrement dit, auparavant, le choix avait été fait de privilégier un critère d'application de type personnel et économique, ce qui correspondait à une approche tenant compte du déséquilibre structurel induit par la qualité des parties au contrat. Pour leur part, les dispositions du nouvel article 1171 du Code civil privilégient un critère d'application de type matériel en choisissant de s'appliquer aux contrats d'adhésion, ce qui correspond à une approche tenant compte du déséquilibre structurel induit par le mode d'élaboration du contrat². Ce faisant, coexistent, aujourd'hui, deux dispositifs de lutte contre les clauses abusives. Le premier, contenu dans le droit de la consommation aux articles L. 212-1 et suivants, qui est fondé sur un critère personnel et économique. Le second, contenu dans la partie générale du droit des contrats à l'article 1171 du Code civil, qui est fondé sur un critère matériel. Ces deux dispositifs peuvent, d'ailleurs, être amenés à se recouper dans la mesure où les contrats conclus entre professionnels et consommateurs sont généralement, sinon exclusivement, des contrats d'adhésion³, ce qui, au demeurant, est susceptible de soulever la question de leur articulation⁴.

¹ La loi SCRIVENER n° 78-23 du 10 janvier 1978 qui a introduit en droit positif la notion de « clause abusive » faisait référence, en son article 35, aux clauses abusives stipulées dans les contrats conclus entre « professionnels et non-professionnels, ou consommateurs ».

² Comme il a été souligné, celui qui « tient la plume » et qui détermine unilatéralement le contenu du contrat d'adhésion, tout en excluant la possibilité pour l'autre partie de discuter les termes du contrat, est en position de force et va, naturellement, chercher à s'avantager. (Rappr. : Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771 et s., spéc., n° 7). S'il existe donc un déséquilibre structurel lié au mode d'élaboration du contrat, celui-ci ne doit pas permettre à la partie en position de force d'en tirer un avantage excessif. L'avantage excessif étant illicite, la clause source de ce déséquilibre significatif sera alors réputée non-écrite.

³ Le dernier alinéa de l'art. L. 212-1 du C. consom. qui précise le champ d'application du dispositif de lutte contre les clauses abusives dispose que celui-ci s'applique aux contrats : « contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ». Cela signifie que le champ d'application matériel du dispositif du droit de la consommation s'étend aux contrats d'adhésion mais aussi aux contrats de gré à gré. Cependant, l'hypothèse d'un contrat de gré à gré conclu entre un professionnel et un consommateur reste rare en pratique.

⁴ L'adage *specialia generalibus derogant* ne semble pas permettre de résoudre le problème de l'articulation des articles 1171 du C. civ. et L. 212-1 du C. consom. Si cet adage permet de résoudre un conflit de normes au moyen d'une hiérarchisation entre une norme qui serait reconnue comme étant le support d'un principe et une norme qui serait reconnue comme étant le support d'une exception, son application nécessite la réunion de trois conditions. Les normes qu'il s'agit d'articuler doivent, d'abord, traiter du même sujet. Ensuite, l'une doit disposer d'un champ d'application plus restreint que l'autre. Enfin, ces normes doivent offrir des solutions antinomiques.

En ce qui concerne la première condition, les articles 1171 du C. civ. et L. 212-1 du C. consom. traitent bien du même sujet, à savoir le problème des clauses qui ne sont pas relatives aux obligations principales et dont

À l'heure actuelle, quatre textes de droit commun des contrats apparaissent ainsi dédiés à la sanction du déséquilibre contractuel excessif, à savoir l'article 1143, l'article 1169, l'article 1170 et l'article 1171 du Code civil. Aussi, étant donné que ces articles appartiennent au droit commun des contrats, ceux-ci sont-ils rédigés en termes généraux. La généralité de leurs termes fait qu'il est alors possible de se demander si ces différents articles permettent de sanctionner le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir ?

La réponse ne saurait être, ici, uniforme. En effet, toutes les dispositions susmentionnées ne semblent pas adaptées à la sanction du déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir.

En particulier, tel paraît être le cas du nouvel article 1169 du Code civil dont la fonction est de sanctionner l'absence de contrepartie au moment de la formation du contrat. L'article 1169 du Code civil étant un outil de contrôle des obligations, son domaine d'application matériel ne semble pas lui permettre de saisir les pouvoirs contractuels, puisque ceux-ci sont des droits potestatifs qui ne font pas partie du contenu obligationnel du contrat.

Néanmoins, lorsqu'une partie détient le pouvoir d'anéantir le rapport d'obligation ou de modifier l'objet de l'obligation, certains se sont demandés si la jouissance d'un tel pouvoir n'aurait pas pour effet de rendre illusoire ou dérisoire l'existence même de la contrepartie au jour de la formation du contrat¹.

la stipulation induit un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Si la première condition est remplie, il ne semble pas en aller de même pour les deux suivantes.

Relativement à la seconde condition, il ne paraît pas possible de dire que l'un des deux textes dispose d'un champ d'application plus large que l'autre dans la mesure où leurs champs d'application ne privilégient pas les mêmes critères. L'art. 1171 du C. civ. privilégie un critère matériel : il s'applique aux seuls contrats d'adhésion, mais il ne tient pas compte de la qualité des parties. À l'opposé, l'art. L. 221-1 du C. consom. privilégie un critère personnel : il s'applique à tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, peu important que ces contrats aient été librement négociés (contrat d'adhésion) ou non. Ce faisant, le champ d'application de l'art. 1171 du C. civ. est, sur le plan matériel, plus restreint que celui de l'art. L. 221-1 du C. consom., alors que, sur le plan personnel, le champ d'application de l'art. 1171 du C. civ. est plus large que celui de l'art. L. 221-1 du C. consom. Dès lors, il ne semble pas possible de dire que l'une des deux normes ait un champ d'application plus large que l'autre, ce qui exclut toute idée de principe et d'exception.

Enfin, les normes en question ne semblent pas offrir de solutions antinomiques. Aussi bien l'art. 1171 du C. civ. que l'art. L. 221-1 du C. consom. prévoient-ils qu'une clause abusive sera sanctionnée par l'éradication. L'application de l'une des normes ne contredit pas les prévisions de l'autre (sur la question de l'antinomie dans le cadre d'un conflit entre le droit commun et le droit spécial, v. : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Préf. Y. LEQUETTE, 2009, n° 384 et s.). La seule différence réside dans le fait que les dispositions du droit de la consommation offrent des listes de clauses abusives et des directives d'interprétation que l'art. 1171 ne fournit pas. Pour autant, cela ne semble pas permettre de caractériser une antinomie : le résultat de l'application de ces normes étant identique. Par conséquent, les articles 1171 du c. civ. et L. 221-1 du C. consom. semblent être le siège de deux dispositifs concurrents dans la mesure où l'un ne peut être regardé comme une exception de l'autre. Une option entre ces deux dispositifs serait-elle ainsi offerte aux plaideurs (v. not. en ce sens : L. GRATTON, *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, D. 2016, p. 22, spéc., p. 23). Par conséquent, dans l'hypothèse où une clause attributive de pouvoir serait suspectée de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, il semblerait que le demandeur puisse se placer, soit, sur le fondement de l'art. L. 221-1 du C. consom., soit, sur le fondement de l'art. 1171 du C. Civ. Le choix d'agir sur le fondement du droit de la consommation serait, au plan stratégique, certainement le plus intéressant dans la mesure où certaines clauses attributives de pouvoir font partie des listes noires et grises de clauses abusives, ce qui allège le fardeau probatoire du consommateur ou du non-professionnel (v. : *infra*, n° 407 et s., p. 445 et s.).

¹ v. not. en ce sens : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 24, où l'auteure se demande si : « de la même façon qu'une prestation

S'il est vrai que la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut avoir pour résultat de priver l'une ou l'autre des parties au contrat de la contrepartie convenue, il convient cependant d'observer que ce résultat est, au jour de la conclusion du contrat, tout à fait incertain. En effet, dans la mesure où la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dépend de la volonté de son titulaire, qui est libre d'en faire usage ou non, il existe seulement, au jour de la formation du contrat, un risque d'absence de contrepartie. Or, la sanction qu'édicte l'article 1169 du Code civil n'est applicable qu'en cas d'absence certaine de contrepartie au moment de la formation du contrat.

Dès lors, l'article 1169 du Code civil n'apparaît pas adapté à la sanction du déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir. Pour sanctionner le déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir, il semblerait, en revanche, possible de recourir à l'article 1143 du Code civil (1), tout comme à l'article 1170 du Code civil (2), sans oublier l'article 1171 du même Code (3).

1. L'article 1143 du Code civil.

392. Une utilisation possible mais délicate.- Le recours au nouvel article 1143 du Code civil pour sanctionner le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir semble possible au regard des termes que cet article utilise. Cependant, après avoir montré que le nouvel article 1143 du Code civil contient des termes adaptés à la sanction des clauses de pouvoir (a), il conviendra de voir que le nombre de conditions requises pour l'application de ce texte peut rendre sa mise en œuvre délicate en pratique (b).

a. Des termes adaptés.

393. Analyse des termes du nouvel article 1143 du Code civil.- En raison des termes qu'il emploie, le nouvel article 1143 du Code civil paraît, sur le plan théorique, tout à fait adapté à la sanction du déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir.

En effet, il est possible de constater que cet article sanctionne tout « avantage manifestement excessif » qui résulterait de l'exploitation abusive de la situation de dépendance du cocontractant. En faisant référence à la notion « d'avantage » sans plus de précisions, le nouvel article 1143 du Code civil permet, alors, de saisir indistinctement toute forme de situation préférentielle dans le contrat. Peu importe, donc, que cet « avantage » puise sa source dans les obligations principales des parties, c'est-à-dire dans le cœur de l'échange économique, ou qu'il trouve son origine dans les droits et les obligations accessoires au contrat. À la lumière de ces observations, il semble donc possible d'affirmer que les pouvoirs contractuels, en qualité de droits potestatifs accessoires au contrat, font donc partie des « avantages » susceptibles d'être sanctionnés sur le fondement du nouvel article 1143 du Code civil¹.

pouvant être modifiée par la volonté d'un seul pourrait être considérée comme indéterminée sur le fondement de l'article 1163, ne pourrait-elle apparaître illusoire sur celui de l'article 1169 ? ».

¹ Rapp. : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 22, où l'auteur retient : « En visant l'« avantage manifestement excessif », l'article

Si, sur le plan théorique, il semble donc tout à fait possible de recourir au nouvel article 1143 du Code civil pour sanctionner l'avantage excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir, la mise en œuvre de cet article peut, en pratique, se révéler être assez délicate, et ce, en raison du nombre de conditions qu'il requiert.

b. *Une mise en œuvre délicate en pratique.*

394. **Trois conditions requises.**- Bien que les dispositions du nouvel article 1143 du Code civil puissent faire songer au vice de violence économique dégagé par la Cour de cassation¹, les conditions énoncées dans cet article ne sont pas exactement identiques à celles énoncées par la jurisprudence. Toujours est-il que leur nombre peut rendre délicat, en pratique, le recours au nouvel article 1143 du Code civil, y compris lorsqu'il s'agit de l'invoquer pour obtenir la sanction de l'avantage excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir. En effet, lorsqu'une partie désirera obtenir le prononcé de la nullité du contrat et l'octroi de dommages intérêts sur le fondement de ce texte, le juge devra vérifier que trois conditions sont bien réunies.

395. **Situation de dépendance.**- D'abord, le juge devra contrôler que la partie qui se prévaut de l'article 1143 du Code civil démontre bien qu'elle se trouvait, lors de la conclusion du contrat, dans un « état de dépendance », c'est-à-dire une situation dans laquelle elle se retrouvait privée de son autonomie². Ici, il est d'ailleurs possible de constater que la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 est venue apporter une précision au sujet de l'origine de la situation de dépendance. Là où la version de l'article 1143 issue de l'ordonnance ne distinguait pas selon l'origine de la situation de dépendance, la loi de ratification est venue préciser que la situation de dépendance doit trouver son origine dans le rapport entre les parties.

En effet, la nouvelle version de l'article 1143 du Code civil exige dorénavant que le cocontractant doit être dans une situation de dépendance à l'égard de la partie qui a profité de cette situation pour se procurer un avantage manifestement excessif. En cela, la loi de ratification du 20 avril 2018 est venue réduire drastiquement les hypothèses de mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil. Cette loi n'est cependant pas allée jusqu'à préciser la nature de la situation de dépendance permettant l'application de l'article 1143. De la sorte, cela doit vouloir signifier que cet article est en mesure de saisir, non seulement les situations de dépendance économique qui étaient auparavant les seules visées par la jurisprudence, mais

1143 a également vocation à englober les droits potestatifs, dans le cas de la violence par abus d'état de dépendance ».

¹ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109 ; D. 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; D. 2001, Somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; RTD. civ. 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, où la Cour reconnaît que « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84 ; D. 2002, p. 1860 concl. J. P. GRIDEL ; *Ibid*, p. 2844, note D. MAZEAUD ; Defrénois 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX.

² La « dépendance » est en effet l'antonyme de « l'autonomie ».

également d'autres situations de dépendance¹ comme des situations de dépendance psychique ou sentimentale².

396. **Exploitation abusive de l'état de dépendance.**- Ensuite, le juge devra vérifier que la partie qui entend se prévaloir des dispositions du nouvel article 1143 du Code civil apporte bien la preuve que son cocontractant ait abusé de l'état de dépendance dans lequel celle-ci se trouvait à son égard.

Autrement dit, il s'agit de démontrer qu'il existe, entre la situation de dépendance, en amont, et l'avantage manifestement excessif, en aval, un comportement répréhensible, c'est-à-dire une faute, de la partie qui a obtenu cet avantage. Cette faute n'étant d'ailleurs pas caractérisée par la seule exploitation de l'état de dépendance d'une partie, mais par une exploitation qui se révélerait être abusive.

Certains auteurs doutent cependant de l'autonomie de cette condition tenant à la faute dans la mesure où, en pratique, le juge pourra considérer que l'existence du comportement fautif se déduit de l'avantage « manifestement excessif » obtenu³, c'est-à-dire de la troisième condition requise.

397. **Avantage « manifestement excessif ».**- Enfin, le juge devra contrôler l'existence d'un avantage « manifestement excessif ». Il ne s'agit donc pas seulement de constater, en aval, l'existence d'un « profit » au bénéfice d'une partie, comme l'exigeait antérieurement la jurisprudence⁴. Le « profit », c'est-à-dire l'avantage obtenu, doit excéder un certain seuil en se révélant être « manifestement excessif ». Il est alors possible de se demander à partir de quel moment l'avantage conféré par une clause de pouvoir franchit ce seuil et constitue, alors, un avantage « manifestement excessif ». Autrement dit, une définition *a priori* de ce seuil est-elle envisageable ?

Il semblerait malheureusement que non. La définition du seuil de l'illicéité par référence à l'adverbe « manifestement » qui, dans le langage juridique, appartient à la catégorie des standards, vient s'opposer à toute définition précise de celui-ci. En effet, il convient d'observer que les standards, qui sont des notions auxquelles le législateur peut faire appel dans le cadre d'énoncés normatifs, présentent deux traits caractéristiques.

Le premier trait caractéristique d'un standard est d'être une notion au contenu indéterminé, ce qui signifie que le contenu d'un standard ne peut pas être explicité au moyen d'une définition préalable et précise. Il est, au demeurant, impossible de remédier à l'indétermination structurelle du standard dans la mesure où un standard ne peut être défini que

¹ L'article 1143 du Code civil tend alors à se présenter comme un instrument de protection des personnes vulnérables, comme le souligne le rapport au Président de la République.

² v. sur ce point : O. DESHAYES, « *La formation des contrats* », RDC 2016, Hors-série, p. 21 et s., spéc., p. 27.

³ v. en ce sens : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 46 ; O. DESHAYES, « *La formation des contrats* », art. préc., *loc. cit.*

⁴ v. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, préc., où la Cour n'exige, parmi les conditions requises pour caractériser le vice de violence économique, que le fait de « tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne », sans exiger que ce profit excède un certain seuil.

par référence à des standards synonymes¹. Ainsi, l'avantage « manifestement » excessif, serait-il celui qui est « ostensiblement » excessif, « assurément » excessif, « franchement » excessif, « indiscutablement » excessif... La multiplication des synonymes ne fait que « déplacer le problème » et ne permet pas de dégager précisément son contenu. L'indétermination structurelle du standard empêche donc de donner à l'avance une définition précise du seuil à partir duquel le déséquilibre induit par une clause de pouvoir pourra être sanctionné

Cette indétermination structurelle du standard vient, de la sorte, priver la règle de droit qui contient un tel terme de son caractère directement opérationnel. Préalablement à l'application d'une règle de droit contenant un standard, il s'avère, en effet, nécessaire d'interpréter ce dernier. Cette opération d'interprétation est d'ailleurs liée au second trait caractéristique d'un standard.

Le second trait caractéristique d'un standard est d'être une notion qui opère un renvoi à un ordre de valeurs². En interprétant le standard, il s'agit alors de découvrir l'ordre de valeurs auquel celui-ci renvoie. Ici, il doit être constaté que « l'avantage manifestement excessif » se rapporte à un état de déséquilibre du contrat. Ce standard ne se comprend, donc, que par rapport à un état d'équilibre. Plus précisément, il renvoie à l'état d'équilibre normal du contrat qui est instauré par les règles supplétives applicables à celui-ci. Dans la mesure où chaque type de contrat fait appel à des règles supplétives différentes, l'état d'équilibre normal sera différent, ce qui requerra alors une appréciation au cas par cas.

Par conséquent, pour savoir si l'avantage procuré par une clause de pouvoir peut être qualifié de « manifestement excessif », il est nécessaire de procéder en deux temps.

Dans un premier temps, il s'agit, dans chaque espèce, de déterminer l'état d'équilibre normal du contrat au regard des règles supplétives qui lui sont applicables.

Puis, dans un second temps, il s'agit d'apprécier si l'avantage procuré par la clause de pouvoir en question porte une atteinte telle à l'idéal d'équilibre véhiculé par les dispositions supplétives qu'il doit être qualifié de « manifestement excessif » et être sanctionné. Dans le cadre de cette appréciation, le juge devra donc rechercher si l'avantage procuré par la clause de pouvoir se trouve être suffisamment compensé pour ne pas se révéler être « manifestement excessif ».

Mais que faut-il prendre en compte à l'occasion de cet examen de l'équilibre, ou plutôt, du déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir ? Étant donné que le nouvel article 1143 du Code civil ne fournit aucune indication sur la nature des éléments à mettre en balance, il semblerait que l'avantage « manifestement excessif » doive s'apprécier au regard de l'ensemble des dispositions du contrat, c'est-à-dire tant au regard des stipulations relatives aux obligations principales des parties que des stipulations relatives aux droits et obligations accessoires.

¹ Rappr. : P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », art. préc., p. 1066 : « l'une des caractéristiques du standard est probablement d'échapper à toute définition véritable, en ce sens qu'on ne peut en expliciter le contenu par une définition qui ne comprendrait pas à son tour un terme standard ou une expression équivalente ».

² À propos de cette observation, v. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 381, p. 279.

Le juge sera donc amené à rechercher si l'avantage procuré par une clause de pouvoir est suffisamment compensé, soit en valeur, par une obligation à la charge du titulaire du pouvoir, soit de manière juridique, par l'octroi au cocontractant d'un avantage de nature extrapatrimoniale, tel qu'un pouvoir susceptible de répondre au premier. Cette approche dite « clause par clause » devra se doubler d'une approche « globale » dans la mesure où le caractère « manifestement excessif » de l'avantage doit s'apprécier au regard de l'ensemble des dispositions du contrat. Plus précisément, il s'agira pour le juge de vérifier si l'avantage procuré par la clause de pouvoir est suffisamment compensé par l'ensemble des avantages en valeurs et juridiques dont bénéficie le cocontractant soumis aux effets du pouvoir.

Bien qu'il soit ici question d'apprécier au cas par cas le caractère « manifestement excessif » de l'avantage procuré par une clause de pouvoir, il semble cependant permis de penser que l'avantage procuré par une clause de pouvoir arbitraire ne peut jamais être compensé. En effet, il convient d'observer qu'une clause de pouvoir qui abandonne sa mise en œuvre aux considérations purement subjectives de son titulaire autorise ce dernier à en faire usage au regard de ses seuls intérêts, ce qui peut conduire à la négation des intérêts du cocontractant. Dès lors qu'une clause de pouvoir offre la possibilité à son titulaire de priver l'autre partie de l'intérêt qu'elle pouvait espérer retirer de la conclusion du contrat, cette clause doit, semble-t-il, toujours être regardée comme étant à l'origine d'un avantage « manifestement excessif ». Même si la réforme du droit des contrats n'a consacré aucune disposition sanctionnant directement les clauses de pouvoir arbitraires¹, les dispositions du nouvel 1143 du Code civil permettent, semble-t-il, de les appréhender indirectement en prenant appui sur l'avantage manifestement excessif qu'elles sont de nature à procurer.

Au terme de son analyse, si le juge estime que les conditions requises pour l'application du nouvel article 1143 du Code civil sont réunies, il lui sera possible de prononcer la nullité du contrat et octroyer des dommages-intérêts².

Bien que la mise en œuvre du nouvel article 1143 du Code civil puisse se révéler délicate, il apparaît tout à fait possible de recourir à cet article pour sanctionner le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir. L'article 1143 du Code civil n'est cependant pas le seul texte du droit commun des contrats qui semble permettre sanctionner le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir. En effet, le déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties pourrait également résulter d'une clause de pouvoir autorisant une partie à vider son engagement de son contenu. Pour sanctionner une telle clause, le nouvel article 1170 du Code civil semblerait, alors, tout indiqué.

¹ À ce sujet, v. : *supra*, n° 385 et s., p. 420 et s.

² Certains auteurs (N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 47) se sont demandés si le juge pourrait avoir recours à l'alinéa 4 de l'article 1178 du Code civil pour octroyer seulement des dommages-intérêts en cas de violence. En effet, en matière de vices du consentement, et plus particulièrement en cas de dol, la Cour de cassation a déjà pu autoriser un acquéreur de parts sociales à solliciter uniquement une réduction du prix. (v. : Cass. civ. 3^{ème}, 6 juin 2012, n° 11-15.973 ; RDC, 2012, p. 1180, note Th. GÉNICON).

2. L'article 1170 du Code civil.

398. **Un domaine d'application a priori adapté aux clauses de pouvoir.**- Le nouvel article 1170 du Code civil consacre l'esprit de la célèbre jurisprudence « Chronopost » de 1996¹ qui sanctionne les clauses contredisant la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Plus précisément, le texte répute non-écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ».

Le nouvel article 1170 du Code civil se présente ainsi comme une manifestation du principe de cohérence². En particulier, il confère une assise textuelle à sa fonction de contrôle de l'équilibre contractuel³ en interdisant qu'une partie puisse reprendre d'une clause ce qu'elle a consenti d'une autre. Dans les contrats synallagmatiques, le nouvel article 1170 du Code civil permet, alors, de prévenir la création d'un déséquilibre excessif en sanctionnant les engagements qui, en raison de certaines stipulations, se révéleraient être dépourvus de contrepartie.

Bien qu'il soit rédigé en termes généraux et qu'il ne fasse donc pas spécifiquement référence aux clauses de pouvoir, le nouvel article 1170 du Code civil semble être en mesure d'appréhender et de sanctionner ces clauses lorsqu'elles autorisent une partie à modifier le contrat pour reprendre d'une main ce qu'elle s'était engagée à donner de l'autre. En effet, tant le domaine matériel (a) que le domaine temporel (b) d'application de du nouvel article 1171 du Code civil paraissent être adaptés aux clauses de pouvoir.

a. Un domaine matériel adapté aux clauses de pouvoir.

399. **La référence à « toute clause ».**- La jurisprudence Chronopost et ses suites concernaient des clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Même si le nouvel article 1170 du Code civil est généralement présenté⁴ comme l'héritier de la jurisprudence

¹ L'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, obs. A. SÉRIAUX ; D. 1997, somm. p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP. G. 1997, I, n° 4025, obs. G. VINEY ; JCP. G. 1997, I, n° 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN) a donné lieu à toute une saga jurisprudentielle dont l'épilogue est associé à l'arrêt Faurecia II (Cass. com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; D. 2010, p. 1832, obs. X. DELPECH ; D. 2010, p. 1697, édito. F. ROME, note D. MAZEAUD ; JCP. G. 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF).

² Dans sa thèse, M. HOUTCIEFF (v. : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001, 2 vol., n° 484 et s.) a notamment pu mettre en évidence que le rétablissement de l'équilibre contractuel au moyen de la notion d'obligation essentielle constituait l'une des manifestations du principe de cohérence en matière contractuelle. La notion d'obligation essentielle ne serait, en effet, pas autre chose que « le masque du principe de cohérence », qui interdit qu'une partie puisse vider la promesse qu'il a faite de sa substance en stipulant une clause qui contredit la portée de son engagement. Le nouvel article 1170 du Code civil qui reprend la notion d'obligation essentielle afin de sanctionner les clauses qui privent de sa substance la portée de l'engagement du débiteur apparaît donc comme la simple consécration légale d'une fonction qui se rapporte au principe de cohérence et qui a déjà été mise en lumière il y a bien longtemps.

³ Le principe de cohérence n'a pas pour seule fonction de rétablir l'équilibre contractuel. (À propos des différentes fonctions du principe de cohérence, v. : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*). Il peut également prendre la forme d'un devoir qui impose aux parties d'adopter un comportement stable. Au sujet de l'utilisation de cette norme comportementale dans le cadre du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 454 et s., p. 518 et s.

⁴ v. par ex. : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, spéc., p. 69 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 436, p. 359.

« Chronopost » et de ses suites, il ne limite cependant pas son champ d'application matériel à ces seules clauses. En effet, les termes employés par le nouvel article 1170 du Code civil invitent à raisonner plus loin que les seules clauses limitatives ou élusives de responsabilité étant donné qu'ils font allusion à « toute clause ». En cela, le nouvel article 1170 du Code civil ne se présente pas comme une consécration littérale de la jurisprudence Chronopost, mais une consécration de son esprit, qu'il vient étendre à toute clause du contrat.

D'ailleurs, en faisant indistinctement référence à « toute clause » du contrat, cet article est alors, au plan matériel, susceptible de s'appliquer aux clauses accessoires que sont les clauses de pouvoir¹. Cependant, pour que les clauses de pouvoir puissent être sanctionnées sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil, encore doit-il s'agir de clauses qui « privent de sa substance l'obligation essentielle ».

400. L'atteinte à la substance de l'obligation essentielle.- Les clauses de pouvoir ne seront sanctionnées sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil que si elles « privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Cette formule contient alors deux conditions qui viennent encadrer l'application de cet article.

La première condition tient dans la nécessité de porter sur « l'obligation essentielle du débiteur ». Mais qu'est-ce que « l'obligation essentielle » ? La notion d'obligation essentielle², qui fut préférée à celle d'obligation fondamentale³, désignerait le « noyau dur »⁴ intangible⁵ du contrat, c'est-à-dire l'obligation qui se rapporte au cœur de l'opération économique réalisée par le contrat. L'obligation essentielle correspondrait ainsi à l'obligation principale mise à la charge du débiteur.

Cette première condition posée par le nouvel article 1170 du Code civil crée alors une discrimination parmi les clauses de pouvoir.

En effet, les clauses de pouvoir qui n'ont pas pour objet une obligation, comme, par exemple, les clauses de variation d'horaires et de mobilité géographique dans les contrats de travail⁶, ou encore, celles qui portent sur des obligations accessoires, n'entrent pas dans le champ d'application matériel de l'article 1170 du Code civil⁷.

¹ D'ailleurs, toute interprétation restrictive qui viserait à exclure du champ d'application matériel de l'article 1170 du Code civil tel ou tel type de stipulation serait condamnée par l'adage *ubi lex non distinguit...* Si l'article 1170 du Code civil permet d'appréhender les clauses limitatives de responsabilité et les clauses de pouvoir, il semble également en mesure de saisir les clauses pénales, les clauses attributives de juridiction ou encore les clauses d'arbitrage. (Sur ces dernières clauses, v. : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 69-70).

² Pour des essais de définition, v. : M.-P. BAUDIN-MAURIN, « Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat (à partir de l'exemple du contrat Chronopost) », RRJ, 2002, p. 1859 ; Ch. DESLAURIERS-GOULET, « L'obligation essentielle dans le contrat », in Les Cahiers de droit, 2014, n° 554, p. 923.

³ Pour une analyse de la notion d'obligation fondamentale, v. not. : R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, op. cit.

⁴ Pour cette expression, v. : Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1981, n° 132.

⁵ v. : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 437, spéc., p. 360.

⁶ À propos de ces clauses, v. : *supra*, n° 137 et s., p. 154 et s.

⁷ À propos de cette observation, v. : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », art. préc., spéc., n° 26 : « le contrôle ne concernerait que les prérogatives obérant le plus fortement l'équilibre du contrat, celles qui privent de substance l'obligation essentielle du débiteur ».

Seules entrent dans le champ d'application matériel de l'article 1170 du Code civil les clauses de pouvoir qui portent sur l'obligation essentielle. Tel est le cas, par exemple, des clauses résolutoires ou des clauses de résiliation unilatérales qui anéantissent le rapport d'obligation principal, c'est-à-dire au cœur de l'opération économique réalisée par les parties¹. Tel est également le cas des clauses de détermination unilatérale du prix qui permettent au créancier de déterminer la quotité de l'objet de l'obligation principale du débiteur, à savoir, payer le prix.

Si, seules les clauses de pouvoir qui affectent l'obligation essentielle peuvent être sanctionnées sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil, l'application de la sanction prévue par cet article exige qu'une autre condition soit également remplie.

La seconde condition tient en ce que la clause de pouvoir doit venir « priver de sa substance » l'obligation essentielle du débiteur. La formulation de cette seconde condition, qui est relative à la portée de la clause, diffère, alors, des formulations antérieurement retenues par la jurisprudence. En effet, la jurisprudence faisait référence à la clause qui « contredit la portée de l'engagement pris »², ou encore, à la clause qui « contredit la portée de l'obligation essentielle »³. Là où la formule jurisprudentielle évoquant la « portée » de l'engagement semblait renvoyer à une approche finaliste, la formule légale, qui fait référence à la « substance » de l'obligation, désignerait, pour sa part, le contenu de l'obligation⁴, c'est-à-dire la prestation.

Autrement dit, pour être sanctionnée sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil, une clause doit venir priver, c'est-à-dire vider, de son contenu l'obligation essentielle du débiteur. Avec cet article, il ne s'agit donc pas de remettre en cause la validité d'une clause de pouvoir dès l'instant qu'elle porterait sur l'obligation principale du débiteur, mais uniquement lorsque celle-ci autoriserait son titulaire à s'affranchir de son obligation essentielle en réduisant à rien sa prestation⁵.

Aussi, il convient d'observer que la formule « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle » est porteuse d'une exigence de certitude. Cette exigence de certitude concerne le résultat de la mise en œuvre de la clause. Cela signifie que le résultat de la mise en œuvre de la clause doit nécessairement conduire à vider de son contenu l'obligation essentielle du débiteur. Dans l'éventualité où le juge viendrait à être saisi sur le fondement de l'article 1170 du Code civil au sujet d'une clause de pouvoir, il lui appartiendra donc, dans chaque situation particulière, d'apprécier si les conditions de mise en œuvre de la clause litigieuse sont telles que

: point de contrôle, notamment, des prérogatives afférentes aux obligations accessoires ou celles qui n'ont pas d'incidence sur une obligation ».

¹ Au sujet des effets produits au plan matériel par les pouvoirs de résolution et de résiliation, v. : *supra*, n° 114, p. 131 et s.

² Formule employée par l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996, préc.).

³ Formule employée par l'arrêt Faurecia II (Cass. com. 29 juin 2010, préc.).

⁴ À propos de cette différence de formulation et de ses conséquences, v. : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 438, spéc., p. 361.

⁵ v. en ce sens : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 26 : « Plus encore, l'article 1170 paraît exiger que l'obligation essentielle soit réduite à rien [...] ».

son exercice privera, à coup sûr, l'obligation principale de son contenu¹. Le principe de cohérence se manifeste alors ici en interdisant qu'une partie puisse reprendre d'une main ce qu'elle s'était engagée à donner de l'autre.

Ainsi, par exemple, une clause dont la mise en œuvre permettrait au débiteur de réduire à rien sa prestation en modifiant les caractéristiques du bien à livrer, c'est-à-dire la qualité de l'objet de sa prestation, pourrait être réputée non-écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil².

Au final, s'il semble bel et bien que les critères qui définissent le champ d'application matériel de l'article 1170 du Code civil soient adaptés aux clauses de pouvoir, il doit être précisé, d'une part, qu'ils ne permettent de saisir que les clauses de pouvoir qui portent sur l'obligation essentielle du débiteur et, d'autre part, que celles-ci ne seront sanctionnées que si leur mise en œuvre conduit, avec certitude, à priver de sa substance ladite obligation essentielle du débiteur. Ces précisions faites sur le plan matériel, qu'en est-il sur le plan temporel ?

b. *Un domaine temporel adapté aux clauses de pouvoir.*

401. L'appréhension des clauses susceptibles de jouer au stade de l'exécution.- À la différence du nouvel article 1169 du Code civil qui sanctionne l'absence de contrepartie

¹ Qu'advierait-il dans l'hypothèse où le juge serait confronté à une clause de pouvoir arbitraire ? Devrait-il considérer que les conditions de mise en œuvre de cette clause privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ? Lorsque les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir sont abandonnées aux considérations purement subjectives de son titulaire, il existe un fort risque que le résultat de cette mise en œuvre vienne priver l'obligation essentielle du débiteur de son contenu ou de son utilité. Cependant, même s'il existe un « fort risque », il n'existe pas de certitude absolue. Par exemple, dans l'hypothèse où l'une des parties serait investie du pouvoir de fixer le prix de sa prestation, et que la clause de pouvoir serait arbitraire, si le titulaire de ce pouvoir est libre de fixer le prix qu'il désire, celui-ci peut en faire un usage qui tient compte de l'intérêt du cocontractant en fixant un prix non-excessif, qui ne vide alors pas l'obligation dont il est débiteur de sa substance, de son utilité. Autrement dit, l'arbitraire ne semble pas pouvoir être sanctionné sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. Cependant, lorsqu'une partie s'autorise à reprendre, à sa guise, d'une main ce qu'elle s'était engagée de l'autre, il est fort probable que le juge vienne à faire appel au principe de cohérence, indépendamment de toute référence à l'article 1170 du Code civil, pour sanctionner cette clause.

² Il est également possible de se demander si, dans les contrats de franchise et de concession conclus pour une durée déterminée, la stipulation d'une clause de résiliation anticipée pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 1170 du Code civil ? En effet, dans ces contrats, la durée d'exécution doit être suffisamment longue pour permettre au franchisé et au concessionnaire de bénéficier d'une certaine rentabilité. La mise en œuvre d'un pouvoir de résiliation avant l'expiration d'un terme donné serait-elle, alors, de nature à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ?

Tout dépend ici du sens que l'on donne à la notion de « substance ». Si la notion de « substance » désigne simplement le contenu matériel de l'obligation, la mise en œuvre du pouvoir de résiliation ne vide pas nécessairement de son contenu matériel l'obligation du concédant ou du franchiseur dès lors que celui-ci a, au moins quelque temps, mis à disposition une enseigne, un nom commercial et, en particulier dans la franchise, un savoir-faire. La clause de pouvoir ne pourrait donc pas être sanctionnée sur le fondement de l'article 1170 dans la mesure où sa mise en œuvre ne prive pas nécessairement l'obligation essentielle du débiteur de son contenu matériel. Si la notion de « substance » désigne, dans une approche finaliste, l'utilité attendue de l'obligation, la clause qui autorise le franchiseur ou le concédant à résilier le contrat avant que le franchisé ou le concessionnaire n'ait eu le temps de l'exploiter suffisamment longtemps pour en retirer l'utilité escomptée pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. L'interprétation ici donnée se rapprocherait alors de la jurisprudence Chronopost qui permettait de neutraliser les clauses qui contredisent l'économie du contrat, l'utilité attendue de celui-ci. (Rappr. : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 26, au sujet de l'article 1170 du Code civil et des clauses de résiliation).

uniquement au moment de la formation du contrat, le nouvel article 1170 du Code civil, qui est également dédié à la sanction des engagements qui se révèlent être dépourvus de contrepartie, ne contient pas, quant à lui, de restriction sur le plan temporel.

En cela, l'article 1170 du Code civil ne se présente pas comme une simple consécration de la théorie classique de la cause objective qui sanctionne l'absence de contrepartie lors de la formation du contrat. L'article 1170 du Code civil va plus loin en ce qu'il permet d'appréhender les clauses qui jouent au stade de l'exécution du contrat¹ et qui vident l'obligation principale du débiteur de son contenu.

Si l'article 1170 du Code civil exige de la certitude en ce qui concerne les conséquences résultant de la mise en œuvre de la clause litigieuse², exige-t-il également de la certitude en ce qui concerne le principe même de la mise en œuvre de cette clause ? Autrement dit, l'article 1170 du Code civil permet-il d'appréhender les clauses qui sont simplement susceptibles de jouer au stade de l'exécution ?

Cette question n'est pas dénuée d'importance en matière de clause de pouvoir étant donné que leur mise en œuvre dépend de la volonté de son titulaire et se révèle, donc, être incertaine au stade de l'exécution. Dans l'éventualité où l'article 1170 du Code civil exigerait que la mise en œuvre de la clause litigieuse soit certaine au stade de l'exécution, les clauses de pouvoir ne pourraient pas être appréhendées sur ce fondement.

Les termes de l'article 1170 du Code civil ne permettent pas de répondre à cette question. En effet, ces derniers visent seulement les conséquences de la clause litigieuse en exigeant que sa mise en œuvre « prive de sa substance l'obligation essentielle ».

Pour y répondre, il convient, semble-t-il, de se tourner vers la jurisprudence Chronopost dont cet article est issu. Dans ce célèbre arrêt, il était question d'une clause limitative de responsabilité. Si cette clause fut sanctionnée parce que sa mise en œuvre contredisait, avec certitude, la portée de l'engagement pris par le débiteur, en revanche il convient d'observer que la mise en œuvre d'une telle clause n'est absolument pas certaine lors de l'exécution du contrat. En effet, c'est uniquement en cas d'inexécution que cette clause trouvera à s'appliquer. La jurisprudence Chronopost ne commande donc pas que la clause litigieuse doive trouver à s'appliquer avec certitude au cours de l'exécution du contrat.

Le nouvel article 1170 du Code civil, qui se veut être l'héritage de la jurisprudence Chronopost, doit, dès lors, permettre de sanctionner les clauses qui sont simplement susceptibles de jouer au stade de l'exécution³. Parmi ces clauses, si l'on compte les clauses limitatives de responsabilité, les clauses pénales et les clauses attributives de juridiction, il est également possible de recenser les clauses de pouvoir. Le domaine d'application temporel de l'article 1170 du Code civil apparaît ainsi tout à fait adapté aux clauses de pouvoir.

¹ v. en ce sens : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 25, où l'auteur, au sujet de l'article 1170 du Code civil retient : « En réputant non écrite toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, cette disposition a certes vocation à englober les clauses jouant au stade de l'exécution du contrat ».

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 400, spéc., p. 438.

³ Le caractère certain de la mise en œuvre de la clause litigieuse au cours de l'exécution du contrat ne serait donc pas un critère déterminant dans l'application du nouvel article 1170 du Code civil. Autrement dit, si l'article 1170 du Code civil exige de la certitude en ce qui concerne les conséquences résultant de la mise en œuvre de la clause litigieuse, il n'exigerait pas de la certitude sur le principe de la mise en œuvre de cette clause

Étant donné que les critères qui définissent tant le champ d'application matériel que temporel de l'article 1170 du Code civil se révèlent être adaptés aux clauses de pouvoir, il semble alors tout à fait possible de faire appel à cet article pour sanctionner ces clauses dès lors que leur mise en œuvre conduit, avec certitude, à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

3. *L'article 1171 du Code civil.*

402. **Les clauses abusives dans le contrat d'adhésion.**- À l'origine simple création doctrinale dégagée par SALEILLES¹, la figure du contrat d'adhésion est devenue, à l'occasion de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, une catégorie contractuelle reconnue par la loi.

D'une part, le contrat d'adhésion a bénéficié d'une définition légale. Délaissant toute référence à la qualité des parties, le nouvel article 1110 du Code civil définit le contrat d'adhésion autour de trois critères. Celui-ci doit comporter « un ensemble de clauses »². Mais ce n'est pas tout. Cet ensemble de clauses doit être « non négociable »³. Et les clauses qui

¹ L'éminent auteur considérait le contrat d'adhésion comme une forme dégradée de contrat par rapport au contrat de gré à gré. v. sur ce point : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, R. PICHON, 1901, spéc., p. 229.

² La version de l'art. 1110 du C. civ. issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats faisait référence au terme de « conditions générales ». L'emploi de ce critère semblait suggérer une approche quantitative désignant la « majorité des stipulations », la « plupart des clauses » (v. en ce sens : Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771 et s., spéc., n° 8). En ce sens, au regard de la version de l'art. 1110 issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la qualification de contrat d'adhésion semblait exiger que les clauses de ce dernier aient été, pour leur majorité, déterminées par une seule des parties et à soustraites à la négociation. En outre, le critère des « conditions générales » soulevait la question de savoir si ces clauses devaient avoir été élaborées pour un nombre indéterminé de contrats. Autrement dit, l'enjeu était de savoir s'il fallait adjoindre au premier critère quantitatif, un second critère, de type qualitatif, limitant la qualification de contrat d'adhésion aux « documents standardisés », rédigés sur la base de « formulaires » ou de « contrats types ». Une réponse affirmative aurait eu pour conséquence d'exclure de la catégorie des contrats d'adhésion les contrats dont les clauses, bien que rédigées pour leur majorité par une seule partie et soustraites à la négociation, n'auraient eu vocation à s'appliquer que dans une seule relation contractuelle. Une telle solution aurait également conduit à créer une catégorie intermédiaire (v. en ce sens : M. LATINA, « *Contrat : généralités* » in *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2017, n° 210) entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré. En effet, le contrat dont la majorité des clauses auraient soustraites à la négociation, mais qui n'auraient pas vocation à être appliquées à une pluralité de relations contractuelles, n'entrerait pas dans la première catégorie au regard du critère de « standardisation », ni dans la seconde dans la mesure où son contenu n'a pas été librement discuté. Cette solution, contraire à la *summa divisio* de l'art. 1110 qui distingue, d'un côté, les contrats de gré et à gré et de l'autre les contrats d'adhésion, n'était pas plébiscitée. (v. not. en ce sens : Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », art. préc., n° 10). La version de l'art. 1110 issue de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, en faisant une référence plus neutre à un « ensemble de clauses », semble être venue dissiper ces incertitudes. L'idée d'un « ensemble de clauses », fait, certes, référence à l'idée de « groupe » de clauses et donc à une certaine quantité de celles-ci, mais n'implique pas que cet ensemble de clauses soit nécessairement majoritaire par rapport aux stipulations librement négociées. De plus, là où le critère « des conditions générales » semblait impliquer une certaine standardisation de celles-ci, le critère d'un « ensemble de clauses » ne renvoie pas à cette idée. De la sorte, la qualification de contrat d'adhésion ne devrait pas être exclue même si cet ensemble de clause non négociables n'a été rédigé que pour un seul contrat. Est ainsi évitée, la création d'une catégorie intermédiaire entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion.

³ L'idée de clauses « non négociables » ne semble pas uniquement faire allusion à une absence de négociation, mais à une impossibilité de négociation. Autrement dit, il faudrait que la négociation de la majorité des clauses ait été rendue factuellement impossible par l'une des parties. C'est alors l'analyse du contexte socio-économique de la conclusion du contrat, c'est à dire, l'étude des circonstances entourant la conclusion du contrat, qui devra

composent cet « ensemble de clauses non négociables » doivent avoir « déterminées à l'avance par l'une des parties »¹.

D'autre part, la loi a précisé le régime du contrat d'adhésion. Parmi les dispositions qui constituent le régime du contrat d'adhésion, celles de l'article 1171 du Code civil s'apparentent aux dispositions relatives aux clauses abusives en droit de la consommation. Or, les termes de cet article semblent permettre d'appréhender le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir.

Dès lors, après avoir montré que les termes des dispositions dédiées aux clauses abusives dans les contrats d'adhésion sont adaptés aux clauses qui confèrent à l'une ou l'autre des parties des pouvoirs contractuels (a), il conviendra de s'intéresser à l'appréciation du déséquilibre significatif sur le fondement de ces dispositions (b).

a. *Des termes adaptés.*

403. Analyse des termes de l'article 1171 du Code civil.- Le nouvel article 1171 du Code civil qui étend le mécanisme des clauses abusives à tous les contrats d'adhésion, semble permettre, au regard des termes qu'il emploie, de saisir les clauses de pouvoir et de les sanctionner lorsque leur stipulation induit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

En effet, si l'alinéa premier du nouvel article 1171 du Code civil sanctionne par l'éradication, c'est-à-dire par le « réputé non-écrit », toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'alinéa second de cet article précise que le déséquilibre significatif ne porte, ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation. Cela veut dire que le déséquilibre significatif ne s'apprécie pas au regard du cœur de l'échange économique, autrement dit, au regard des obligations principales des parties.

Les dispositions du nouvel article 1171 du Code civil ont dès lors vocation à porter sur le déséquilibre induit par les stipulations accessoires du contrat, qu'il s'agisse de clauses

permettre de prouver que l'une des parties a été placée, par son cocontractant, dans l'impossibilité matérielle de négocier. Ainsi, l'une des parties pourra-t-elle avoir tiré profit de sa situation de domination économique – contrat de concession ou de franchise –, ou encore de la rareté du bien ou du service proposé, pour soustraire la majorité des clauses du contrat à la négociation. (Sur ces points, v. : Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », art. préc., n° 11 et 12).

¹ Deux éléments semblent venir composer le critère de la « détermination préalable ». D'une part, au plan temporel, la détermination des clauses, c'est-à-dire leur rédaction, semble devoir être antérieure à la conclusion du contrat. Sur ce point, il a pu être précisé que, les conditions générales doivent avoir été élaborées « avant l'engagement du processus susceptible de conduire à la conclusion d'un contrat, autrement dit avant l'émission d'une offre » (v. en ce sens : Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », art. préc., n° 17). D'autre part, en ce qui concerne la source des clauses, celles-ci doivent avoir fait l'objet d'une détermination unilatérale. Dans l'hypothèse où l'une des parties ne serait pas l'auteur intellectuel des clauses, c'est-à-dire dans la situation où elle aurait eu recours à un modèle de contrat fourni par un tiers – tel un avocat –, un contrat-type établi par décret, ou encore, un modèle de contrat fourni par un organisme professionnel, la qualification de contrat d'adhésion doit-elle être exclue ? Il semblerait que non dans la mesure où, si l'idée de « détermination des clauses par l'une des parties » peut faire référence à l'idée « d'élaboration », elle peut également faire référence à l'idée de « choix ». Dès lors, même si l'une des parties n'est pas l'auteur intellectuel des clauses, en choisissant de les utiliser elle détermine bien, de manière unilatérale, le contenu du contrat. (Rappr. : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 148, p. 128 ; Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », art. préc., n° 19).

donnant naissance à des obligations accessoires ou à des droits accessoires distincts du contenu obligationnel. Or, les pouvoirs contractuels d'origine conventionnelle ont pu être identifiés comme étant des prérogatives accessoires distinctes du contenu obligationnel¹. Par conséquent, les termes employés par l'article 1171 paraissent être en mesure de saisir les clauses du contrat qui sont attributives de pouvoirs², et partant, de les éradiquer dès lors qu'elles induiraient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

b. *L'appréciation du déséquilibre significatif.*

404. **Appréciation guidée ?**- Si les termes du nouvel article 1171 du Code civil permettent d'appréhender les clauses de pouvoir, le déséquilibre que ces clauses sont susceptibles de créer entre les droits et les obligations des parties ne sera sanctionné que s'il se révèle être « significatif ». Ce faisant, les dispositions du nouvel article 1171 du Code civil définissent de la même manière que les dispositions du droit de la consommation le seuil qui conditionne l'application de la sanction. Elles font référence au terme « significatif » qui appartient à la catégorie des standards.

L'indétermination structurelle du standard fait qu'il est impossible de donner à l'avance une définition précise du seuil à partir duquel le déséquilibre induit par une clause de pouvoir pourra être sanctionné. L'appréciation du déséquilibre devra donc se faire au cas par cas.

Il est alors possible de se demander si cette appréciation du déséquilibre « significatif » peut être guidée ?

À ce propos, il convient d'observer que le dispositif de lutte contre les clauses abusives du nouvel article 1171 du Code civil se distingue de celui du droit de la consommation en ce qu'il ne fournit aucune directive d'interprétation légale du déséquilibre, ni ne fait référence à aucune liste de clauses qui seraient présumées abusives.

Malgré ces différences, les mécanismes de lutte contre les clauses abusives de l'article 1171 du Code civil et de l'article L. 212-1 du Code de la consommation restent très proches. D'abord, ils font appel à un même standard pour définir le seuil qui conditionne l'application de la sanction. Ensuite, l'appréciation du déséquilibre se fait au regard d'éléments de nature relativement équivalente. En effet, si les dispositions du droit de la consommation permettent, de manière exceptionnelle, de soumettre les stipulations relatives aux obligations principales au contrôle du déséquilibre significatif lorsque leur rédaction est obscure³, le déséquilibre s'apprécie, par principe, dans le cadre des dispositions du droit de la consommation, au regard des stipulations accessoires du contrat, tout comme il en va dans le cadre de l'article 1171 du Code civil. Enfin, les dispositions du droit de la consommation et de l'article 1171 du Code

¹ v. : *supra*, n° 4, spéc., p. 9.

² Rappr. : A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », art. préc., n° 22, où l'auteure considère que : « La réforme offre à l'évidence, pour les contrats structurellement déséquilibrés, de nouvelles possibilités de contrôle du déséquilibre en pouvoirs résultant des droits potestatifs. Ceux-ci, emblématiques des clauses abusives des contrats de consommation, pourraient ainsi être éradiqués dans les contrats d'adhésion sur le fondement de l'article 1171 ».

³ v. : *infra*, n° 408, p. 446.

civil sanctionnent de la même manière les clauses qui sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties en ayant recours à l'éradication.

Dès lors, dans la mesure où le mécanisme de lutte contre les clauses abusives mis en place par le nouvel article 1171 du Code civil est très proche de celui du droit de la consommation, les critères d'identification des clauses abusives dégagés par les études doctrinales en droit de la consommation¹ semblent pouvoir être réutilisés dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 1171 du Code civil². Autrement dit, afin de savoir si le déséquilibre induit par une clause de pouvoir peut être qualifié de significatif, le juge pourra avoir recours au critère de l'arbitraire et au critère dit du « défaut de réciprocité »³. L'utilisation des mêmes critères d'appréciation du déséquilibre crée alors une certaine unité entre les dispositions du droit de la consommation et celles de l'article 1171 du Code civil.

405. **Constat.-** Le droit commun des contrats semble ainsi comporter trois dispositions auxquelles il semble possible de faire appel pour sanctionner le déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties qui résulterait de la stipulation de clauses de pouvoir, à savoir, les articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil. S'il en va ainsi des dispositions de droit commun, qu'en est-il sur le plan du droit spécial ?

B. Les mécanismes de contrôle du droit spécial.

406. **Identification des différentes dispositions spéciales.-** Le risque que certains contractants puissent profiter de leur situation de domination économique pour s'arroger un avantage excessif a conduit le législateur à élaborer des dispositions spéciales qui sanctionnent le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties dans certaines relations contractuelles.

Tel est, d'une part, le cas, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels⁴ où le législateur est intervenu au moyen de la technique

¹ Bien que la formulation et le nombre des critères qui permettent d'identifier les clauses abusives soit susceptible de varier selon les auteurs, il est malgré tout possible de constater que bon nombre de critères sont communs à tous les auteurs. Au nombre de ces critères communs qui permettent d'identifier les clauses abusives, il est possible de citer, d'une part, les clauses qui confèrent un avantage dépourvu de toute contrepartie ou de toute réciprocité et, d'autre part, les clauses qui donnent naissance à des pouvoirs arbitraires. Ces critères ont été dégagés à partir d'une analyse comparée des études de : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 423 et s., p. 343 et s. ; C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 395 et s., p. 313 et s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus* », CCC 2008, étude n° 7, spéc., n° 26 et s., où l'auteure recense les clauses abusives qui créent un déséquilibre significatif dans tous les types de contrats ; X. LAGARDE, « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique* », JCP E 2006, I, p. 1663, spéc., n° 11 .

² En guise d'illustration, il est possible de citer l'article de : L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », art. préc., spéc., p. 28, où l'auteure, dans le cadre d'une étude dédiée aux clauses abusives en droit commun des contrats, reprend deux des critères dégagés par la doctrine pour identifier les clauses abusives en droit de la consommation, à savoir, l'absence de contrepartie au déséquilibre et l'existence d'une prérogative arbitraire.

³ À propos de ce deux critères, v. : *infra*, n° 417, p. 454 et s.

⁴ La loi SCRIVENER n° 78-23 du 10 janvier 1978 qui a introduit en droit positif la notion de « clause abusive » faisait référence, en son article 35, aux clauses abusives stipulées dans les contrats conclus entre « professionnels et non-professionnels, ou consommateurs ».

dite « des clauses abusives » pour sanctionner les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

D'autre part, conscient de ce que « le label de professionnel n'est pas un antidote à l'inégalité et à l'injustice contractuelle »¹, le législateur a pu consacrer, à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, une disposition spéciale qui sanctionne la création ou la volonté de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats conclus entre professionnels.

Bien que ces différentes dispositions spéciales ne visent pas précisément le déséquilibre significatif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir, les termes employés par ces dispositions, ou encore l'interprétation qui en est donnée, permettent, semble-t-il, de saisir ce type de déséquilibre. En cela, les différents dispositifs spéciaux ici recensés seraient adaptés au contrôle et à la sanction des clauses attributives de pouvoir lorsque leur stipulation induit un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties.

Dès lors, il conviendra d'examiner successivement, les dispositions du droit de la consommation (1), et les dispositions relatives aux contrats conclus entre professionnels (2).

1. Les dispositions du droit de la consommation.

407. Les dispositions dédiées aux clauses abusives.- Parmi les dispositions du droit de la consommation qui régissent les contrats conclus entre des professionnels² et des

¹ v. : D. MAZEAUD, « *Droit du marché et droit commun des obligations* », RTD. Com. 1998, p. 95 et s., spéc., n° 16.

² L'article liminaire du Code de la consommation définit le professionnel comme étant : « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». Au plan personnel, les critères employés se dédoublent dans la mesure où l'ordonnance prévoit que la qualité de professionnel peut s'appliquer à « toute personne physique ou morale » et à toute personne « publique ou privée ». D'une part, la qualité de professionnel est donc susceptible de s'appliquer à une personne physique qui agit dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, mais également aux sociétés qui ont pour objet la réalisation de l'une des activités précitées, sans oublier les associations qui ont une activité économique. D'autre part, la qualité de professionnel s'étend aux personnes privées ou publiques. Cependant, toutes les personnes publiques ne semblent pas pouvoir bénéficier de la qualité de professionnel. Tel est le cas des personnes morales de droit public qui ont la charge de services publics administratifs, comme le maintien de l'ordre et la justice. La réserve d'intérêt général permet également au juge administratif de ne pas traiter l'exploitant d'un service public comme un professionnel et à écarter le dispositif de lutte contre les clauses abusives lorsque celui-ci n'est pas compatible avec les caractéristiques particulières du service. Au plan matériel, pour définir la qualité de professionnel, l'ordonnance prend appui sur un critère objectif, celui de l'activité. Il s'agit donc de vérifier s'il existe un lien entre la finalité de l'acte accompli et l'activité professionnelle.

consommateurs¹ ou entre des professionnels et des non-professionnels², celles dédiées aux clauses abusives semblent permettre de sanctionner le déséquilibre significatif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir.

Après avoir montré que les termes des dispositions dédiées aux clauses abusives sont adaptés aux pouvoirs contractuels (a), il conviendra de s'intéresser à l'appréciation du déséquilibre significatif sur le fondement de ces dispositions (b).

a. *Des termes adaptés.*

408. Analyse des termes de l'art. L. 212-1 du Code de la consommation.- Les termes employés par le nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation, qui définit la nature des clauses susceptibles d'être réputées abusives, semblent permettre de saisir les clauses attributives de pouvoir.

En effet, si l'alinéa premier du nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation répute abusives les clauses qui ont « pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », le troisième alinéa de cet article précise que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte « ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la

¹ La notion de consommateur introduite dans l'article liminaire du Code de la consommation, est définie, autour de critères personnels et matériels étroits. Au plan personnel, la qualité de consommateur est réservée aux seules personnes physiques. Cette conception étroite est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (v. : Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; RDC 2005. 740, chron. D. FENOUILLET) qui, afin de se mettre en conformité avec la jurisprudence de la CJCE (v. : CJCE, 22 novembre 2001, « *Cape Snc* », aff. C-541/99 et C-542/99, D. 2002. A.J., p. 90, obs. C. RONDEY), avait exclu les personnes morales de la catégorie des consommateurs. Au plan matériel, la qualité de consommateur est réservée aux personnes qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Le critère matériel retenu par la loi, se réfère, comme la jurisprudence antérieure, à l'élément objectif qu'est l'activité (v. : Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 55 ; et Cass. Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, *Bull. civ. I*, n° 9 ; JCP 1996, I, n° 3929, n° 1, obs. F. LABARTHE ; D. 1996, p. 228, note G. PAISANT, où la Cour fait appel au critère du « rapport direct avec l'activité ») et non au critère subjectif de la compétence (même si, dernièrement, un arrêt très critiqué avait semblé ressusciter le critère subjectif de la compétence, v. : Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2016, n° 14-29347). Plus précisément, dans la mesure où il n'existe pas d'acte de consommation par nature, il s'agit de contrôler l'existence d'un lien entre la finalité de l'acte accompli et l'activité professionnelle.

² La qualité de non-professionnel, introduite en droit positif dès la loi du 10 janvier 1978, mais inconnue du droit communautaire, désigne, depuis la loi du 21 février 2017 : « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». La formule n'est pas dénuée d'ambiguïté. En effet, comment comprendre, l'exigence négative qui tient au fait de « ne pas agir » à des fins professionnelles ? L'ambiguïté tient ici au fait que cette exigence peut faire référence à deux types de personnes morales. D'une part, elle peut faire référence aux personnes morales qui n'ont pas du tout vocation à agir à des fins professionnelles. Autrement dit, il s'agirait de désigner les personnes morales qui n'exercent aucune activité professionnelle, au sens d'activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Dans le cadre d'une telle interprétation, il serait possible de faire entrer dans la catégorie des non-professionnels : les fondations, les syndicats de copropriétaires et les comités d'entreprise. D'autre part, l'exigence de « ne pas agir » à des fins professionnelles pourrait être satisfaite dans l'hypothèse des personnes morales dont l'objet social viserait à la fois la réalisation d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, autrement dit, la réalisation d'une activité professionnelle, et la réalisation d'une activité qui ne fait pas partie de celles précitées, autrement dit, une activité non-professionnelle. En effet, ces personnes morales pourraient bénéficier de la qualité de non-professionnel lorsqu'elles agissent dans le cadre de cette seconde activité qui ne correspond pas à leur activité professionnelle. (v. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-13236 ; AJ Contrat 2016, p. 436, obs. Y. PICOD ; JCP G 2016, p. 924, note G. PAISANT ; où la Cour se montre donc favorable à une application distributive de la qualité de professionnel et de non-professionnel pour une personne morale selon que l'activité en cause se rattache ou non à son objet social).

rémunération au bien vendu ou au service offert, pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

Au regard de ce troisième alinéa, le déséquilibre significatif n'a pas, par principe, vocation à être apprécié au regard des clauses qui fixent les obligations principales des parties. Les stipulations relatives aux obligations principales ne peuvent être soumises au contrôle du déséquilibre significatif que dans l'hypothèse où leur rédaction serait ni claire ni compréhensible, c'est-à-dire « obscure ». Une telle réserve traduit alors la volonté du législateur de ne pas ouvrir trop largement les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels au contrôle de la lésion¹.

Autrement dit, sur le fondement du nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation, le contrôle a essentiellement vocation à porter sur le déséquilibre induit par les stipulations accessoires du contrat, qu'il s'agisse de clauses donnant naissance à des obligations accessoires ou à des droits accessoires distincts du contenu obligationnel. Or, dans la mesure où les clauses attributives de pouvoir sont des clauses qui donnent naissance à des droits accessoires distincts du contenu obligationnel, celles-ci entrent naturellement dans le champ du contrôle du nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation.

b. *L'appréciation du déséquilibre significatif.*

409. **Deux situations.**- Si les termes de l'article L. 212-1 du Code de la consommation permettent de saisir les clauses attributives de pouvoir, cela signifie que, dans l'hypothèse où l'une des parties viendrait à saisir le juge, celui-ci pourra être amené² à contrôler qu'une telle clause n'a pas pour objet ou pour effet³ de créer un déséquilibre significatif entre les droits et

¹ Ce n'est que si la clause est affectée d'un défaut de transparence, autrement dit qu'elle est critiquable sur le plan de sa forme, que le juge pourra éventuellement être appelé à corriger un « déséquilibre lésionnaire ». (v. sur ce point : G. CHANTEPIE, *La lésion*, Préf. G. VINEY, LGDJ, 2006, n° 236 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, in *Rép. Civ. Dalloz*, juin 2014, m.à.j. février 2017, spéc., n° 45). Le juge pourra alors se référer au prix courant ou aux usages. (v. en ce sens : Ch. LACHÈZE, « *Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée* », LPA n° 131, 2 juill. 2002, p. 4, spéc. p. 7).

² Si les parties peuvent, dans leurs conclusions, inviter le juge à examiner le caractère abusif d'une clause, la question de savoir si le juge peut relever d'office ledit caractère abusif d'une clause a pu se poser. La réponse est ici venue de la Cour de justice de l'union européenne. Dans un premier temps, la Cour de justice a reconnu au juge national, saisi d'un litige dans lequel le caractère abusif d'une clause n'aurait pas été invoqué, la faculté d'en examiner d'office la nature éventuellement abusive (v. : CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98). Dans un second temps, cette simple « faculté » est devenue une obligation. Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cette appréciation. (v. : CJCE 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 et surtout CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, aff. C-243/08 ; D. 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; RDC 2009, p. 1467, note C. AUBERT DE VINCELLES).

³ Il convient d'observer que la référence faite aux clauses qui ont « pour objet ou pour effet » de créer un déséquilibre significatif, indique que la loi n'entend pas limiter la qualification de clause abusive aux seules clauses qui créent un déséquilibre significatif dont l'existence est avérée – ici, sont visées les clauses ayant pour « objet » de créer un déséquilibre significatif –. La qualification de clause abusive est susceptible de s'étendre aux clauses qui détiennent la potentialité de créer un déséquilibre significatif – ici sont visées les clauses ayant pour « effet » de créer un déséquilibre significatif dans le futur –. Ainsi que l'a mis en évidence M. VALORY (v. : S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 748) : « L'observation n'est pas neutre en ce qui concerne la potestativité. En effet, une clause conférant au professionnel un droit potestatif dont la mise en œuvre induirait une forte inégalité entre les contractants pourra être censurée quand bien même il n'en aura pas été fait usage ». L'auteur en conclut alors que : « Ce qui est condamnable n'est donc pas seulement l'exercice de la

obligations des parties au contrat. Deux situations différentes peuvent alors se présenter selon que la clause attributive de pouvoir appartient ou non aux listes réglementaires. Il conviendra donc de s'intéresser, d'une part, à l'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir appartient aux listes réglementaires (i), et d'autre part, à l'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir n'appartient pas aux listes réglementaires (ii).

- i. L'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir appartient aux listes réglementaires.

410. **Clauses de pouvoir et listes réglementaires.**- Le pouvoir réglementaire a élaboré deux listes de clauses abusives. L'une, dite « noire », contient des clauses qui sont présumées abusives de manière irréfragable. L'autre, dite « grise », contient des clauses qui sont présumées abusives de manière simple. Dans l'hypothèse où le juge serait appelé à apprécier le caractère abusif d'une clause attributive de pouvoir, cette catégorisation contraignante pourra venir guider son contrôle¹. En effet, certaines clauses qui donnent naissance à des pouvoirs contractuels font partie des listes « noire » et « grise » établies par décret.

Avant d'essayer d'identifier les différentes clauses attributives de pouvoir qui sont visées par les listes « noire » et « grise », il convient d'observer que le pouvoir réglementaire n'a pas cherché à expurger de toute forme de pouvoir les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels². Seules certaines clauses attributives de pouvoir sont présumées abusives, ce qui montre bien qu'une place est reconnue au phénomène de pouvoir contractuel tant que celui-ci ne vient pas créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

411. **Pouvoirs de modification du contenu du contrat.**- Parmi les clauses attributives de pouvoir visées par les listes établies par décret se trouvent, d'abord, les stipulations contractuelles qui permettent au professionnel de modifier seul le contenu du contrat. Appartiennent à la liste « noire » et sont ainsi présumées abusives de manière irréfragable, les clauses qui confèrent au professionnel le pouvoir de modifier unilatéralement les stipulations du contrat relatives à sa durée, les stipulations relatives aux caractéristiques du bien à livrer ou

potestativité mais également sa simple présence illégitime dans un contrat de consommation ». Autrement dit, la jouissance même d'un pouvoir contractuel peut se révéler être illicite dès lors que son exercice futur peut avoir pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

¹ Si le dispositif réglementaire constitue une catégorisation contraignante qui peut venir, dans le cadre d'une instance judiciaire, guider le travail de qualification dévolu au juge, ce dispositif a également vocation à jouer en dehors de toute instance judiciaire. En effet, et d'une part, la création de listes réglementaires de clauses présumées abusives permet d'inciter les professionnels à ne pas utiliser ces stipulations. En cela, le dispositif réglementaire serait-il doté d'une vertu prophylactique (v. en ce sens : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, in *Rép. Civ. Dalloz*, préc., spéc., n° 52). D'autre part, la sanction attachée aux clauses présumées abusives, à savoir le « réputé non-écrit », n'a pas besoin d'être prononcée en justice et assure la survie du contrat amputé de la clause illicite.

² Rapp. : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, in *Rép. Civ. Dalloz*, préc., spéc., n° 55, où l'auteure considère que l'on peut : « [...] approuver le pouvoir réglementaire de n'avoir pas systématiquement suspecté les clauses accordant un tel pouvoir ».

au du service à rendre, ou encore, les stipulations relatives au prix des biens et services¹. Lorsque la clause attributive de pouvoir permet au professionnel de modifier des éléments relatifs aux droits et obligations des parties autres que ceux précités, la clause appartient à la liste dite « grise » et son caractère abusif fait alors l'objet d'une présomption simple². Il existe cependant des exceptions à l'application de ces présomptions.

La première exception a une portée générale puisqu'il s'agit de reconnaître, dans toutes les situations contractuelles, la validité des clauses qui permettent au professionnel d'apporter des modifications au contrat justifiées par les évolutions techniques, dès lors que celles-ci sont dépourvues d'incidence sur le prix, la qualité et les caractéristiques qui avaient déterminé le consentement du consommateur³.

Les deux autres exceptions ont un champ d'application plus modeste. D'une part, il s'agit, dans les contrat portant sur des services financiers, de reconnaître au professionnel le pouvoir de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes charges afférentes à des services financiers⁴. Toutefois, la licéité de la clause attribuant ce pouvoir est subordonnée à deux conditions. D'un côté, doit être mise à la charge du professionnel l'obligation d'informer, dans les meilleurs délais, son cocontractant de la mise en œuvre de son pouvoir. De l'autre, le consommateur ou le non-professionnel doit bénéficier d'un pouvoir de résilier immédiatement le contrat. Autrement dit, le déséquilibre induit par la jouissance du pouvoir du professionnel doit être compensé par un encadrement objectif de ses conditions d'exercice et par l'attribution au consommateur d'un pouvoir de résiliation. D'autre part, il s'agit, dans les contrats à durée indéterminée, de reconnaître au professionnel le pouvoir de modifier unilatéralement le prix du bien à livrer ou du service à rendre⁵. À l'instar de l'exception précédente, la validité de la clause attributive du pouvoir de fixer le prix est subordonnée à un encadrement objectif de ses conditions d'exercice. Le professionnel, alors titulaire du pouvoir, se devant d'avertir le consommateur ou le non-professionnel de son intention de modifier le prix pour que ce dernier puisse, s'il le désire, faire usage de son pouvoir de résilier le contrat.

412. Pouvoirs de résiliation.- Au nombre des clauses attributives de pouvoir visées par les listes établies par décret se trouvent, ensuite, les stipulations qui offrent au professionnel un pouvoir de résiliation unilatérale. Font partie de la liste « noire » et sont ainsi présumées abusives de manière irréfragable les clauses qui confèrent au professionnel le pouvoir de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur⁶. Ici encore, il est possible d'observer que la clause peut être valable si le déséquilibre induit par l'attribution d'un pouvoir au professionnel est compensée par l'attribution d'un pouvoir au consommateur ou au non-professionnel. Font partie de la liste « grise » les clauses qui confèrent au

¹ Art. R. 212-1-3° du C. consom.

² Art. R. 212-2-6° du C. consom.

³ Art. R. 212-4 al. 4 du C. consom.

⁴ Art. R. 212-4 al. 1 du C. consom.

⁵ Art. R. 212-4 al. 3 du C. consom.

⁶ Art. R. 212-1-8° du C. consom.

professionnel le pouvoir de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable¹. Ici, le défaut d'encadrement des modalités de mise en œuvre du pouvoir sur le plan temporel conduit à présumer, de manière simple, son caractère abusif. Dans chacune de ces deux situations, le déséquilibre significatif est sanctionné quelle que soit la durée du contrat. Mais le dispositif réglementaire prévoit que ledit déséquilibre peut être corrigé, soit, en encadrant plus strictement les conditions de mise en œuvre du pouvoir en cause, soit, en bilatéralisant sa jouissance.

Lorsque chacune des parties se voit conférer un pouvoir de même nature, c'est-à-dire lorsque la jouissance d'un même pouvoir est bilatéralisée, le déséquilibre induit par les clauses qui encadrent plus rigoureusement l'exercice du pouvoir dont jouit le consommateur que l'exercice du pouvoir dont jouit le professionnel est sanctionné. Font ainsi partie de la liste « grise » les clauses qui soumettent l'exercice du pouvoir de résolution ou de résiliation à des modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel².

Il convient toutefois de préciser que les clauses qui affectent, dans les contrats à durée indéterminée, certaines modalités particulières d'exercice du pouvoir de résiliation sont plus sévèrement sanctionnées. Appartiennent, en effet, à la liste « noire », les clauses qui soumettent la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel³, ou encore, les clauses qui subordonnent la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel⁴.

Échappent cependant à toute forme de présomption les clauses contenues dans les contrats à durée indéterminée portant sur des services financiers qui confèrent au professionnel le pouvoir de résilier le contrat, et ce, sans préavis en cas de motif légitime, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer immédiatement le consommateur ou le non-professionnel⁵. Ici, l'exigence d'un motif légitime dans l'hypothèse où le professionnel désirerait résilier le contrat sans délai de préavis ainsi que la nécessité d'informer immédiatement le consommateur ou le non-professionnel quel que soit le cas de mise en œuvre du pouvoir de résiliation, fournissent un encadrement objectif aux conditions d'exercice dudit pouvoir de résiliation qui permet, aux yeux du pouvoir réglementaire, d'empêcher la création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

413. Pouvoirs de cession du contrat.- Enfin, au rang des clauses attributives de pouvoir visées par les listes établies par décret, il est également possible de compter les clauses de cession de contrat. Ces clauses font partie de la liste « grise » lorsqu'elles permettent au professionnel de céder le contrat sans l'accord de consommateur ou du non-professionnel et que cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits de ces derniers⁶. Autrement dit, ce n'est pas l'existence même d'un pouvoir de cession du contrat au profit du professionnel qui conduit à présumer que la clause est abusive. En cela, le droit de la consommation s'aligne-t-il sur le droit commun des contrats qui reconnaît, en jurisprudence, la

¹ Art. R. 212-2-4° du C. consom.

² Art. R. 212-2-8° du C. consom.

³ Art. R. 212-1-10° du C. consom.

⁴ Art. R. 212-1-11° du C. consom.

⁵ Art. R. 212-4 al. 2 du C. consom.

⁶ Art. R. 212-2-5° du C. consom.

validité des clauses de cession de contrat¹. La clause est présumée abusive seulement dans l'hypothèse où l'exercice du pouvoir de cession peut conduire à une diminution des droits du consommateur ou du non-professionnel.

414. **Rôle du juge.**- L'élaboration des listes réglementaires de clauses présumées abusives présente l'avantage de permettre de guider le travail du juge qui consiste, à l'occasion d'une instance judiciaire, à apprécier le déséquilibre induit par la clause litigieuse. Plus précisément, si la clause litigieuse appartient aux clauses qui font partie des listes « noire » ou « grise », le rôle du juge se limite, dans un premier temps, à un travail de qualification.

Dans l'hypothèse où le juge viendrait à identifier une clause attributive de pouvoir qui fait partie de la liste « noire », celui-ci perd tout pouvoir d'appréciation². La clause attributive de pouvoir est présumée abusive de manière irréfragable. Autrement dit, cette clause est présumée créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sans qu'il soit possible d'en apporter la preuve contraire. Lié par la qualification, le juge sera simplement tenu, dans un second temps, de constater que la clause est réputée non-écrite³, cette sanction produisant d'elle-même ses effets⁴ et n'ayant pas à être prononcée. L'existence du contrat ne sera pas remise en cause si celui-ci peut subsister sans la clause litigieuse⁵.

Dans l'hypothèse où le juge viendrait à identifier une clause attributive de pouvoir qui appartient à la liste « grise », son caractère abusif sera présumé de façon simple. Il appartiendra alors au professionnel d'apporter la preuve du caractère non-abusif de la clause. Autrement dit, il s'agira pour lui de prouver que la clause attributive de pouvoir ne crée pas, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Dans cette situation, si le juge perd, dans un premier temps, son pouvoir d'appréciation, il le retrouve, dans un second temps, au stade de l'examen de la preuve contraire apportée par le professionnel.

Aussi, pour apprécier la nature du déséquilibre qui résulte de la stipulation d'une clause de pouvoir qui fait partie de la liste « grise », le juge sera amené à suivre une méthode d'appréciation du déséquilibre qui est la même que lorsque la clause litigieuse n'appartient pas aux listes réglementaires.

¹ À propos des pouvoirs de cession de contrat, v. : *supra*, n° 131, p. 148 et s.

² S'il s'agit ici de la conséquence attachée au constat d'une clause appartenant à la liste « noire » dans le cadre d'un contentieux judiciaire, en dehors d'un tel contentieux l'identification d'une stipulation appartenant à la liste « noire » peut permettre au cocontractant de faire pression sur le professionnel pour obtenir à l'amiable une issue favorable.

³ La sanction qu'est l'éradication est prévue par l'art. L. 241-1 al. 1^{er} du C. consom.

⁴ v. en ce sens : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.*, n° 134, où l'auteure fait observer que la référence faite, par l'article 6.1 de la directive n° 93/13, à la clause abusive qui « ne lie pas le consommateur », traduite en droit français par l'idée de clause réputée non-écrite, correspond à une sanction qui « produit d'elle-même ses effets ».

⁵ Cette réserve est prévue par l'art. L. 241-1 al. 2 du C. consom. Elle permet d'éviter que le contrat subsiste notamment si son contenu diffère trop de celui voulu par les parties. v. sur ce point : J. MESTRE, « Le point sur la lutte contre les clauses abusives », RTD. Civ. 1995, p. 360, où l'auteur constate : « [qu'] au-delà d'un certain nombre de clauses jugées abusives, c'est quand même bien l'équilibre général du contrat qui se trouve remis en cause, et sa survie dans sa nouvelle version judiciaire qui peut sembler quelque peu ... abusive ! ».

- ii. L'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir n'appartient pas aux listes réglementaires.

415. **Caractère significatif du déséquilibre.**- Si les clauses attributives de pouvoir sont à même de créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties, celui-ci ne sera sanctionné sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation que s'il se révèle être « significatif ». L'identification de ce critère est alors déterminant puisqu'il constitue le seuil qui conditionne l'application de la sanction de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire l'éradication de la clause à l'origine du déséquilibre significatif.

Or, ce seuil est défini par le terme « significatif » qui, dans le langage juridique, appartient à la catégorie des standards¹. À ce propos, les standards sont des notions juridiques contenues dans des règles de droit qui disposent, comme il a déjà été montré, de deux traits caractéristiques.

Le premier est celui de ne pas pouvoir faire l'objet d'une définition générale *a priori*. Le standard se présente alors comme une notion au contenu indéterminé. D'ailleurs, il ne peut être remédié à l'indétermination structurelle du standard dans la mesure où son contenu ne peut être explicité qu'au moyen de notions qui sont elles-mêmes des standards synonymes². Autrement dit, il est possible de « multiplier à l'envi »³ les standards synonymes qui évoquent les aspects tant quantitatifs que moraux⁴ du déséquilibre « significatif » sans pour autant expliciter précisément le contenu de cette notion. Ainsi, le déséquilibre « significatif » serait-il celui qui, quantitativement, est « important », « substantiel » ou « disproportionné », et ce faisant, celui qui, au plan moral, serait « injuste », « inéquitable », ou encore « abusif ».

L'indétermination structurelle du déséquilibre « significatif » liée à sa qualité de standard lui confère alors une certaine plasticité qui lui permet de saisir différentes situations de déséquilibre sans avoir à les définir chacune précisément à l'avance. Cependant, cette imprécision structurelle prive la règle de droit contenant un standard de son caractère directement opérationnel. Pour appliquer une règle de droit qui contient un standard, il est alors indispensable d'interpréter celui-ci. Aussi, cette opération d'interprétation est-elle liée au second trait caractéristique de tout standard.

Le second trait caractéristique d'un standard est d'être une notion qui opère par renvoi à un ordre de valeurs. L'opération d'interprétation du standard consiste alors à découvrir l'ordre de valeurs auquel celui-ci renvoie. En matière de clauses abusives, il a pu être montré⁵ que le

¹ v. not. en ce sens : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. Paris 2, 2013, n° 297 et s., p. 231 et s.

² Rapp. : P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », art. préc., p. 1066 : « l'une des caractéristiques du standard est probablement d'échapper à toute définition véritable, en ce sens qu'on ne peut en expliciter le contenu par une définition qui ne comprendrait pas à son tour un terme standard ou une expression équivalente ».

³ Bien que cela ne permette pas, semble-t-il, d'y voir beaucoup plus clair... v. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 401, p. 329, où l'auteur constate que s'il est possible de « multiplier à l'envi » les synonymes, « leur pertinence ne le disputerait qu'à leur obscurité ».

⁴ Rapp. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 402 et s., p. 330 et s., où l'auteur présente une conception économique et une conception morale du déséquilibre significatif.

⁵ v. en ce sens : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 306, p. 241. Adde, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 457, p. 360-361. L'auteur émet toutefois des réserves au sujet de cette analyse.

standard du déséquilibre significatif s'apprécie à l'aune de l'équilibre normal du contrat qui est instauré par les règles supplétives. Autrement dit, l'ordre de valeurs auquel le déséquilibre significatif renvoie et à l'aune duquel il doit s'apprécier est celui de l'équilibre idéal du contrat établi par les dispositions légales supplétives¹.

Pour qualifier un déséquilibre de « significatif », il convient donc de s'interroger sur « le seuil au-delà duquel les valeurs incarnées par le droit supplétif sont mises à mal de telle sorte que la clause doive être écartée »². Toutefois, il a pu être mis en évidence qu'il est impossible de définir une fois pour toutes et à l'avance ce seuil³. Deux raisons s'y opposent. La première est qu'il existe un seuil différent pour chaque type de contrat dans la mesure où ceux-ci font appel à des normes supplétives différentes qui renvoient chacune à des valeurs particulières. La seconde tient au fait que ce seuil est exprimé sous la forme d'un standard ce qui exclut toute définition précise et *a priori* de celui-ci.

Par conséquent, s'il est impossible de donner à l'avance une définition précise du seuil à partir duquel le déséquilibre induit par une clause qui déroge au droit supplétif sera qualifié de « significatif », cela signifie que l'appréciation du déséquilibre, qui peut notamment être induit par la stipulation d'une clause de pouvoir, devra se faire au cas par cas.

Bien qu'il soit question, pour le juge, d'apprécier, dans chaque situation contractuelle particulière, l'intensité de l'atteinte portée par la clause litigieuse à l'idéal d'équilibre promu par le droit supplétif, il semble néanmoins que cette appréciation puisse être guidée.

416. Appréciation guidée par les directives d'interprétation légales.- Lorsque le juge est amené à apprécier le déséquilibre induit par la stipulation d'une clause dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, cette appréciation est guidée par les directives d'interprétation posées par la loi.

Si ces directives d'interprétation pourront être utilisées lorsque la clause de pouvoir litigieuse appartient à la liste « grise », elles pourront également être sollicitées pour les clauses qui n'appartiennent ni à la liste « noire » ni à la liste « grise ». En effet, la Cour de cassation a pu reconnaître aux juges du fond le pouvoir d'apprécier le déséquilibre induit par des clauses non préalablement visées par décret et de constater leur caractère non-écrit dans l'éventualité où celles-ci se révéleraient être abusives⁴.

Ces directives d'interprétation, qui sont issues de la loi du 1^{er} février 1995 qui procédait à la transposition de l'article 4.1 de la directive du 5 avril 1993, puis qui ont été reprises par l'ordonnance du 14 mars 2016 et qui sont, aujourd'hui, énoncées au nouvel article L. 212-1 du

¹ v. en ce sens : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 303 et s., p. 238 et s.

² v. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 317, p. 249.

³ *Ibid*, loc. cit.

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, « *Lorthioir* », Bull. civ. I, n° 153, p. 101. Cet arrêt, qui conféra au juge le pouvoir de déclarer abusive, au sens de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, une clause qui n'était pourtant pas visée par le décret du 24 mars 1978, a été qualifié de véritable « coup d'État » (v. : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV : Les obligations, PUF, 2000, 22^{ème} éd., n° 81).

Code de la consommation, conduisent, d'ailleurs, le juge à apprécier *in concreto*¹ le déséquilibre induit par la clause litigieuse.

Afin d'apprécier le déséquilibre, le juge doit ainsi tenir compte, d'une part, de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat, et d'autre part, de toutes les autres clauses contenues dans le contrat. Le juge doit également tenir compte des clauses stipulées dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre².

Si le juge doit se conformer aux directives d'appréciation légales du déséquilibre, il semblerait que son appréciation puisse être également guidée par les critères dégagés par la doctrine.

417. Appréciation guidée par les critères dégagés par la doctrine.- Certes, il peut paraître quelque peu paradoxal de vouloir se mettre en quête des critères du déséquilibre significatif après avoir énoncé que sa nature de standard faisait obstacle à toute détermination précise et *a priori*³.

Cependant, il est possible de constater que certaines études réalisées en droit de la consommation ont pu prendre appui sur l'observation de la longue pratique des clauses abusives, pour dégager *a posteriori* et de manière empirique quelques critères qui permettent d'ordonner la qualification de clause abusive⁴. Autrement dit, si la nature de standard du « déséquilibre significatif » s'oppose à l'élaboration *a priori* d'une liste finie de critères qui permettent d'identifier les clauses qui sont à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, elle ne s'oppose pas à la découverte *a posteriori* de critères qui permettent de réunir certaines clauses qui ont été reconnues comme étant abusives⁵. Toutefois, il doit être bien précisé que ces critères, en raison de leur origine doctrinale, ne disposent d'aucune valeur contraignante. De ce fait, ils viennent seulement guider l'appréciation du juge et ne peuvent se substituer à celle-ci⁶.

¹ v. sur ce point : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, in *Rép. Civ. Dalloz*, préc., spéc., n° 51.

² Il convient d'ajouter que le juge pourra aussi prendre en considération les recommandations de la Commission des clauses abusives, même si celles-ci sont dépourvues de caractère contraignant.

³ Ce paradoxe a été mis en lumière par : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 393, p. 311.

⁴ v. en ce sens : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 393 et s., p. 311 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 423 et s., p. 343 et s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus* », CCC 2008, étude n° 7 ; X. LAGARDE, « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique* », JCP E 2006, I, p. 1663.

⁵ Le législateur, le juge et la Commission des clauses abusives étant tous à même de se fonder sur des critères autres que ceux mis en évidence dans le cadre de l'approche empirique pour qualifier d'abusives certaines clauses dans le futur.

⁶ Rapp. les remarques formulées par : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., p. 343, note n° 1538 au sujet des « critères » d'identification des clauses abusives. L'auteur préfère retenir le terme de « considérations » qui doivent guider le juge et non « de critères au sens scientifique du terme » dans la mesure où ceux-ci ne sont pas « susceptibles d'emporter à tout coup la qualification de clause abusive ». L'auteur fait alors observer que cette qualification « reste, en tout état de cause, largement dépendante de l'impression subjective que se fera celui qui a le pouvoir de supprimer la clause ».

Parmi ces critères d'identification des clauses abusives, deux en particulier doivent permettre de guider le juge¹.

Le premier de ces critères dégagés par la doctrine est celui de « l'arbitraire ». Avant de comprendre pourquoi la stipulation d'une clause de pouvoir arbitraire est nécessairement à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, il convient d'observer que le mécanisme des clauses abusives a pour fonction de sanctionner les clauses qui créent un déséquilibre qui prive l'une des parties de l'intérêt qu'elle pouvait espérer retirer de la conclusion du contrat. Or, la clause attributive de pouvoir qui abandonne sa mise en œuvre aux considérations purement subjectives de son titulaire autorise ce dernier à en faire usage au regard de ses seuls intérêts, ce qui peut conduire à la négation des intérêts du cocontractant. En ce qu'elle offre à son titulaire la possibilité de priver le cocontractant de l'intérêt qu'il pouvait espérer retirer de la conclusion du contrat, une clause de pouvoir arbitraire est alors de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Si la traque des clauses de pouvoir arbitraires est un thème récurrent, les dispositions relatives aux clauses abusives en droit de la consommation, qui ne sont pourtant pas spécifiquement dédiées à leur sanction, permettent, néanmoins, de les appréhender, en raison du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qu'elles sont de nature à créer. Dès lors qu'une clause attributive de pouvoir stipulée dans un contrat est soumise à l'examen du juge, il appartiendra, alors, à ce dernier de vérifier si celle-ci ne donne pas naissance à un pouvoir arbitraire. Autrement dit, il s'agira pour le juge de vérifier si les conditions de mise en œuvre du pouvoir issu de la clause litigieuse disposent d'un encadrement objectif minimum². Cet encadrement objectif, qui permet de contraindre le titulaire du pouvoir à l'exercer en tenant compte de l'intérêt de son cocontractant, est alors de nature à écarter l'arbitraire et donc la qualification de clause abusive au regard de ce critère.

Cependant, même si la clause litigieuse ne donne pas naissance à un pouvoir arbitraire, la stipulation d'une clause de pouvoir peut être à l'origine d'un déséquilibre contractuel suffisamment important pour que celui-ci soit qualifié de « significatif ».

Afin d'apprécier l'importance de ce déséquilibre et d'éventuellement conclure au caractère abusif de la clause attributive de pouvoir, le juge pourra s'appuyer sur un second critère d'identification des clauses abusives dégagé par la doctrine.

Ce second critère est celui dit du « défaut de réciprocité ». À travers le critère du « défaut de réciprocité », il s'agit de vérifier si le déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir est suffisamment compensé. Un tel critère invite alors le juge, dans un premier temps, à procéder à une analyse « clause par clause » du contrat afin de vérifier si le déséquilibre induit par la clause attributive de pouvoir est suffisamment compensé, soit en valeur, par une obligation à la charge du titulaire du pouvoir³, soit de manière juridique, par l'octroi au

¹ Rappr. : C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. préc., n° 397 et s., p. 315 et s.

² v. par ex. : C.A. Aix en Provence, 18 septembre 1995 ; CCC 1995, n° 190, obs. G. RAYMOND ; où la Cour a pu constater le caractère non-écrit d'une clause de fixation du prix qui ne faisait pas référence à des éléments objectifs.

³ v. par ex. : TGI Brest, 21 décembre 1994 ; RTD. Civ. 1995, p. 360, obs. J. Mestre ; où le Tribunal, prenant appui sur la recommandation n° 87-03 de la Commission des clauses abusives (BOCC 16 déc. 1987), a pu constater le caractère non-écrit de certaines clauses contenues dans un contrat-type d'abonnement à un club sportif. Parmi

cocontractant du même pouvoir¹ ou d'un pouvoir de nature différente susceptible de répondre au premier.

Toutefois, cette analyse « clause par clause » n'est pas toujours praticable. En effet, il a pu être observé que la plupart des contrats ont plus « l'allure d'un *imbroglio* de prestations, sur lequel un accord global s'est fait, que la rigueur géométrique d'un jardin à la française »², ce qui empêche de mettre directement en corrélation telle clause avec telle autre. Dans l'hypothèse où cette première méthode d'analyse « clause par clause » ne serait pas concluante, il s'agira pour le juge de procéder, dans un second temps, à une analyse dite « globale » dont il convient ici de préciser les contours. Étant donné que dans le cadre de l'article L. 212-1 du Code de la consommation le déséquilibre induit par la stipulation litigieuse ne s'apprécie pas au regard des prestations principales des parties, cela signifie que le juge devra rechercher si le déséquilibre induit par la clause de pouvoir peut être compensé en prenant en considération l'ensemble des obligations accessoires et des droits distincts du contenu obligationnel³.

Dès lors qu'à l'issue de son contrôle le juge estimerait que la clause attributive de pouvoir donne naissance à un pouvoir arbitraire ou que le déséquilibre qu'elle induit n'est pas suffisamment compensé et se révèle être « significatif », il ne lui appartiendrait pas de déclarer la clause attributive de pouvoir non-écrite, mais seulement de constater le caractère non-écrit de celle-ci⁴. Le déséquilibre significatif induit par la clause de pouvoir abusive étant de nature à priver la partie qui doit en subir les effets de son intérêt au contrat, l'éradication de ladite clause permet alors de restituer à cette partie l'intérêt qu'elle pouvait espérer retirer de la conclusion du contrat⁵.

celles-ci, il est possible d'observer la présence d'une clause qui donnait naissance à un pouvoir de résiliation au profit du professionnel qui lui permettait d'exclure, sans aucun dédommagement, toute personne dont l'attitude ou le comportement risquerait de gêner la communauté.

¹ v. par ex. : Trib. com. Fréjus, 1^{er} mars 1993 ; JCP 1994, II, n° 22194, note M.-F. COUTANT et J.-J. ALEXANDRE, où le tribunal a censuré une clause contenue dans un contrat d'adhésion qui liait le groupement d'intérêt économique Cartes bancaires à un commerçant et qui conférait à chacune des parties un pouvoir de résiliation. Le tribunal a considéré que cette clause induisait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties dans la mesure où le commerçant n'avait aucun intérêt à exercer son droit de résiliation, de sorte que la clause de résiliation réciproque masquait, en réalité, une clause de résiliation unilatérale au profit du professionnel.

² v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 396, p. 325

³ v. par ex. : une demande d'avis émanant du tribunal d'instance de Villefranche-sur-Saône (TI Villefranche-sur-Saône, avis, 28 novembre 2016, n° 16011, concl. M. SASSOUST, rapp. M. VITSE). Le juge d'instance suspectait trois clauses relatives à la mise en œuvre de sûretés assortissant l'achat à crédit d'un véhicule. La seconde clause conférait au prêteur une réserve de propriété à laquelle celui-ci pouvait renoncer à tout moment en faveur d'un gage sans dépossession. Autrement dit, le prêteur disposait du pouvoir de modifier le contenu du contrat. Or, les clauses qui confèrent au professionnel le pouvoir de modifier les prestations autres que l'objet et le prix font partie de la liste grise et sont donc présumées abusives de façon simple (art. R. 212-2-6° du C. consom.). Dans son avis, la Cour de cassation a estimé que si cette clause n'est pas en elle-même et à elle seule abusive, « le cumul des garanties [...], surtout lorsque le professionnel a le pouvoir de modifier unilatéralement et discrétionnairement le contrat ou de réduire les droits du consommateur caractérise [...] un abus, en créant un déséquilibre significatif au détriment dudit consommateur ». L'avis rendu met-il alors bien en valeur le procédé qui consiste à apprécier le caractère abusif d'une clause de manière « globale », c'est-à-dire au regard des autres clauses du contrat.

⁴ Au sujet du rôle du juge en matière d'éradication, v. not. : J. KULLMANN, « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », art. préc., spéc., p. 61, où l'auteur constate : « On ne demande pas au juge de déclarer celle-ci non écrite, mais plus directement de constater que le contrat a été exécuté de façon incorrecte »

⁵ v. sur ce point : J. ROCHFELD, « *Cause* » in *Rép. Civ. Dalloz*, 2012, m.à.j. mars 2014, spéc., n° 131, où l'auteure met en évidence que la fonction de l'éradication est de : « réintégrer l'intérêt au contrat, sur le fondement d'une analyse de la véritable rencontre des volontés des parties, nouée sur un minimum intangible et qui ne peut pas intégrer ce qui vient le contredire ».

Si le déséquilibre significatif qui résulte de la stipulation d'une clause de pouvoir peut être sanctionné sur le fondement des dispositions relatives aux clauses abusives en droit de la consommation, il semblerait qu'un tel déséquilibre puisse également être sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui régit les rapports entre professionnels.

2. Les dispositions relatives aux contrats conclus entre professionnels.

418. **Appréhension des clauses de pouvoir.**- Issues de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce furent modifiées pour viser une nouvelle pratique restrictive de concurrence, laquelle consiste, pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers « à soumettre ou [à] tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Si l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a vocation à sanctionner l'exploitation abusive d'une situation de dépendance entre professionnels¹, quel que soit le type de contrat², l'esprit de ce texte, plus que sa lettre, doit permettre, semble-t-il, de saisir le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties qui pourrait être induit par la stipulation d'une clause de pouvoir. Après avoir montré qu'en faisant appel à l'esprit de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, il apparaît possible d'appréhender le déséquilibre significatif qui résulterait d'une clause de pouvoir, il s'agira de s'intéresser à l'appréciation du déséquilibre significatif sur le fondement de cet article (b).

a. L'appel à l'esprit de l'article L. 442, I, 2° du Code de commerce.

419. **Analyse des termes de l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.**- Les termes de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce font allusion au déséquilibre significatif qui

¹ Autrement dit, le domaine de la responsabilité édictée par l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en cas d'exploitation abusive d'une situation de dépendance est défini sur la base de critères personnels. En effet, d'une part, l'auteur du préjudice doit avoir la qualité « de producteur », « de commerçant », « d'industriel » ou « personne immatriculée au répertoire des métiers », ce qui tend à désigner une personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle. D'autre part, la victime du préjudice doit avoir la qualité de « partenaire commercial », ce qui tend à désigner une personne physique ou morale qui agit dans le cadre de relations d'affaire, c'est-à-dire une personne qui agit également dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle.

² v. en ce sens : M. CHAGNY, « *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?* », RTD. com. 2013, p. 500 et s., spéc., p. 501. Le fait que l'article et L. 442-6, I, 2° du C. com. trouve à s'appliquer dans tout type de contrat signifie, au demeurant, que celui-ci peut être appelée à jouer concurremment avec le nouvel article 1171 du C. civ. dans l'hypothèse où le déséquilibre significatif interviendrait dans un contrat d'adhésion conclu entre professionnels. Or, la question de l'articulation des articles 1171 du C. civ. et L. 442-6, I, 2° du C. com. divise la doctrine. (Pour les auteurs favorables à l'application exclusive de L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce en cas de concours avec l'art. 1171 du C. civ., v. not. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Le déséquilibre significatif dans la Code civil* », JCP. G 2016, p. 391 et s. ; A. HONTEBEYRIE, « *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance* », D. 2016, p. 2180 ; pour les auteurs favorables à une option ou à une application cumulative en cas de concours, v. not. : X. LAGARDE, « *Questions autour de l'article 1171 du Code civil* », D. 2016, p. 2174 ; A. LECOURT, « *Article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce et article 1171 du Code civil : exclusion ou complémentarité* », RLDA 2016/121, n° 6076).

résulterait « d'obligations » que l'une des parties a imposées ou a tenté d'imposer à son cocontractant¹.

Par la référence faite aux « obligations », cet article permet d'appréhender le déséquilibre significatif qui prend place dans le contenu obligationnel du contrat, c'est-à-dire le déséquilibre qui affecte l'échange économique réalisé par les obligations du contrat², ce qui, cumulé au comportement de la partie qui a exploité ou tenté d'exploiter la situation de dépendance de son cocontractant, ouvre la voie au contrôle de la lésion qualifiée³.

Pour autant, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce exclut-il toute appréciation du déséquilibre significatif qui résulterait de stipulations qui n'appartiennent pas au contenu obligationnel du contrat ? Autrement dit, les termes de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce écartent-ils la prise en compte du déséquilibre significatif de type juridique qui serait lié, par exemple, à la stipulation d'une clause attributive de juridiction, d'une clause de renonciation à un droit, ou encore, d'une clause attributive de pouvoir ?

Apporter une réponse positive à cette question méconnaîtrait, certainement, l'esprit de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En effet, s'il est souvent fait allusion à la volonté du législateur de sanctionner, par le biais de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, le déséquilibre significatif qui affecterait les obligations principales des parties⁴, il semble que ce texte soit plus largement destiné à sanctionner toute forme de déséquilibre significatif dans le contrat. Il importerait donc peu que le déséquilibre significatif soit lié à une clause appartenant au contenu obligationnel ou au contenu non-obligationnel du contrat. Dès lors, il semblerait que la référence aux seules « obligations » dans l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce soit le fruit d'une simple maladresse rédactionnelle héritée de la conception classique du contrat qui réduit ses effets à la production d'obligations.

¹ L'article L. 442-6, I, 2° du C. com. ne limitant pas l'appréciation du déséquilibre significatif aux seules obligations accessoires, celui-ci peut porter sur les obligations principales des parties. Cet article se distingue alors, d'une part, du dispositif de lutte contre les clauses abusives de l'article 1171 du C. civ. qui ne permet de saisir que le déséquilibre qui est issu de droits et d'obligations accessoires. L'art. L. 442-6, I, 2° du C. com. se distingue, d'autre part, du dispositif de lutte contre les clauses abusives de l'art. L. 212-1 du C. consom. qui ne permet d'apprécier le déséquilibre au regard des obligations principales des parties que de manière exceptionnelle, c'est-à-dire plus précisément lorsque leur rédaction est obscure. Rapp. : F. CHÉNEDÉ, « *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* », D. 2015, p. 1226, spéc. n° 7 : « C'est l'occasion de souligner à quel point le parallèle régulièrement fait entre la protection consumériste (art. L. 132-1 C. consom.) [aujourd'hui L. 212-1 C. consom.] et la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence (art. L. 442-6 c. com.) est erroné et trompeur. À la différence de l'article L. 132-1 du code de la consommation [aujourd'hui L. 212-1 C. consom.], l'article L. 442-6 du code de commerce ne limite pas l'appréciation du déséquilibre aux clauses accessoires. Pour quelle raison ? Tout simplement parce que cette règle a été conçue en contemplation, non pas des contrats d'adhésion, mais des contrats de dépendance, dans lesquels il ne s'agit pas de protéger un consommateur contre les déséquilibres cachés dans le détail, mais de sanctionner un distributeur pour des déséquilibres arrachés souvent sur le principal ».

² Les obligations ont, en effet, pour fonction de réaliser un transfert de valeurs d'un patrimoine à un autre au moyen de l'accomplissement d'une prestation. (v. : *supra*, n° 102, p. 121).

³ À propos de l'introduction de la lésion qualifiée en droit positif via l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com., v. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels* », CCC, 2009, p. 202 et s. ; D. MAZEAUD, « *Lésion* », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2012, m.à.j. juin 2016, n° 55.

⁴ L'article L. 442-6, I, 2° du C. com. étant « destiné à contrebalancer la libre négociabilité des tarifs et des conditions de vente » (pour un énoncé de cette *ratio legis*, v. not. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels* », CCC, 2009, p. 202 et s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, in *Rép. Civ. Dalloz*, préc., spéc., n° 102), il a donc naturellement vocation à s'appliquer au déséquilibre significatif affectant les obligations principales des parties.

Un telle interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui conduit à apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties tant au regard du contenu obligationnel que du contenu non-obligationnel du contrat, peut se retrouver sous la plume de certains auteurs¹. Aussi, selon cette interprétation, les pouvoirs contractuels, qui appartiennent au contenu non-obligationnel du contrat, devront être pris en compte dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre significatif.

La jurisprudence a d'ailleurs fait sienne cette lecture de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans la mesure où elle a pu considérer que des clauses attributives de pouvoir pouvaient être à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

En guise d'illustration, il est possible de citer deux décisions dans lesquelles les juges du fond ont pu estimer que des clauses dites « de résiliation pour sous-performance », autrement dit des clauses résolutoires, stipulées dans des contrats de distribution, étaient de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Bien que la jouissance du pouvoir de résiliation conféré par ces clauses était bilatéralisée, il fut relevé, dans la première espèce, que la mise en œuvre de ce pouvoir par le distributeur n'était pas subordonnée à un manquement grave de la part du fournisseur et que ledit pouvoir lui offrait ainsi la possibilité de déréférencer un fournisseur unilatéralement sans préavis et sans indemnisation, ce qui était de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties².

Dans la seconde espèce³, en sus du fait que l'exercice du pouvoir de résiliation par le distributeur ne dépendait pas d'un manquement grave de la part du fournisseur, il fut relevé, premièrement, que les conditions de mise en œuvre du pouvoir ne tenaient pas compte de l'ancienneté de la relation, deuxièmement, que la possibilité de corriger le manquement avant la résiliation n'était pas offerte au fournisseur, et enfin troisièmement, que la réciprocité dans la mise en œuvre de la clause restait largement théorique. Au regard de ces éléments, les juges

¹ v. not. : M. CHAGNY, « *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?* », RTD. com. 2013, p. 500 et s., spéc., p. 504, où l'auteure propose de définir le déséquilibre significatif de l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com. comme : « “un avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie”, précision étant faite que cet “avantage peut résulter d'une stipulation isolée ou d'un ensemble de clauses, être d'ordre financier ou consister notamment dans l'octroi d'un pouvoir unilatéral discrétionnaire, la privation d'un droit, le transfert d'une obligation, une sanction disproportionnée au manquement ou, à l'inverse, l'absence de toute sanction” ».

² v. : Trib. com. Meaux, 6 décembre 2011, RLC 2012/31, n° 2038, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS. Il est intéressant d'observer que cet arrêt conduit à exiger une hausse du degré d'encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir issu d'une clause résolutoire lorsque celle-ci est stipulée dans un contrat de distribution. En effet, si classiquement les parties peuvent définir la gravité du manquement justifiant la mise en œuvre du pouvoir issu de la clause résolutoire – ce manquement pouvant alors être véniel ce qui renforce alors l'aspect punitif de la clause –, dans les contrats de distribution intégrée, et plus précisément ici, dans les contrats de concession commerciale qui appartiennent à la catégorie des contrats-coopération (v. : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, op. cit.*, n° 283 et s., p. 202 et s.), les intérêts du cocontractant doivent être davantage pris en considération, ce qui justifie un encadrement objectif plus poussé des conditions d'exercice du pouvoir de résiliation. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'exercice du pouvoir issu d'une clause résolutoire stipulée dans un contrat de distribution ne dépendrait pas d'un manquement suffisamment grave, cette clause pourrait être de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

³ v. : C.A. Paris, 20 novembre 2013, RG n° 12/04791.

du fond ont pu estimer que la clause créait manifestement un déséquilibre significatif dans la relation distributeur-fournisseur.

Si la jurisprudence considère que les clauses attributives de pouvoir peuvent être appréhendées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, tel est également le cas de la Commission d'examen des pratiques commerciales. En effet, dans un avis relatif aux « nouvelles conditions générales d'achat » proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles¹, ladite Commission a pu estimer que certaines clauses attributives de pouvoirs, telles que celles qui autorisent le constructeur à modifier discrétionnairement les conditions contractuelles en matière de quantités et de fréquences de livraisons ou à résilier tout ou partie du contrat en cas d'inexécution par le fournisseur de l'une quelconque de ses obligations contractuelles, sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce.

Par conséquent, il est possible d'observer que même si les termes de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce, font allusion au déséquilibre significatif qui résulterait « d'obligations » que l'une des parties a imposé ou a tenté d'imposer à son cocontractant, la doctrine, la jurisprudence et la Commission d'examen des pratiques commerciales ne se sont pas arrêtées à une approche littérale du texte. Plus attachées à l'esprit du texte qu'à sa lettre, ces dernières en ont donné une lecture qui conduit à apprécier le déséquilibre significatif tant au regard du contenu obligationnel que du contenu non-obligationnel du contrat, ce qui permet, notamment, d'appréhender le déséquilibre qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir qui aurait été imposée par l'une des parties à son cocontractant.

Si l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permet d'appréhender le déséquilibre induit par la stipulation d'une clauses de pouvoir, encore convient-il de savoir comment apprécier ce déséquilibre.

b. *L'appréciation du déséquilibre significatif.*

420. Appréciation du déséquilibre à l'aune d'un standard.- Si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permettent de saisir les clauses de pouvoir, le déséquilibre que ces clauses sont susceptibles de créer ne sera sanctionné que s'il se révèle être significatif. Ainsi, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce font-elles appel, tout comme les dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et celles de l'article 1171 du Code civil, au standard du « déséquilibre significatif » pour définir le seuil qui conditionne l'application de la sanction de ce déséquilibre.

Or, il déjà pu être fait allusion à l'indétermination structurelle des standards juridiques à laquelle il ne peut, d'ailleurs, pas être remédié². En effet, un standard juridique ne peut pas faire l'objet d'une définition précise *a priori* dans la mesure où son contenu ne peut être

¹ v. : Avis CEPC, n° 14-06 du 30 septembre 2014, relatif à une demande d'avis d'un syndicat de fabricants du secteur automobile sur les nouvelles conditions générales d'achat proposées à ses membres par un constructeur français d'automobiles.

² v. : *supra*, n° 324, p. 351.

explicité qu'au moyen d'expressions qui contiennent des notions qui sont elles-mêmes des standards synonymes¹.

Pour illustrer ce phénomène, il est possible de citer, par exemple, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 23 mai 2013 qui a voulu définir le « déséquilibre significatif » de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en faisant référence à « une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce [que le cocontractant] donne »². Il est également possible de citer une définition doctrinale qui définit le déséquilibre significatif comme : « un avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie »³. Dans le cadre de chacune de ces définitions, il est ainsi possible d'observer l'utilisation de standards synonymes comme la disproportion « importante » et la disproportion « manifeste ». Cependant, ces standards synonymes ne fournissent pas plus de précisions que le standard originel sur le seuil à partir duquel le déséquilibre induit par une clause de pouvoir pourra être sanctionné.

En raison de l'indétermination structurelle du standard, il s'avère donc impossible de donner à l'avance une définition précise du seuil à partir duquel le déséquilibre induit par une clause de pouvoir pourra être sanctionné. Ce faisant, l'appréciation du déséquilibre devra se faire au cas par cas.

421. Appréciation guidée ?.- Dès lors que l'on reconnaît que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce permet de sanctionner le déséquilibre significatif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir, la question des modalités d'appréciation de ce déséquilibre peuvent se poser. Autrement dit, il est possible de se demander si cette appréciation du déséquilibre « significatif » peut être guidée ?

Bien qu'il soit question d'apprécier le déséquilibre « significatif » au regard de l'ensemble des dispositions du contrat⁴, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne fournit pas, pour autant de directives d'interprétation afin d'apprécier ce déséquilibre. En cela, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce se distinguent de celles de l'art. L. 212-1 du Code de la consommation qui fournissent des directives d'interprétation du déséquilibre « significatif » et qui renvoient à des listes de clauses qui sont présumées abusives⁵.

Cependant, même en l'absence de directives d'appréciation légales du déséquilibre, il est possible d'observer que la jurisprudence et la Commission d'examen des pratiques commerciales, lorsqu'elles sont confrontées à l'utilisation de ce texte, utilisent des critères

¹ Rappr. P. ORIANNE, « *Les standards et les pouvoirs du juge* », art. préc., spéc., p. 1066.

² v. : C.A. Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

³ v. : M. CHAGNY, « *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?* », art. préc., spéc., p. 504.

⁴ Dans le cadre de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com., peu importe que le déséquilibre significatif puise sa source dans une stipulation accessoire ou dans les obligations principales des parties. L'appréciation du déséquilibre se fait alors au regard de l'ensemble des dispositions du contrat. Pour une illustration, v. : Trib. com. d'Évry, 6 février 2013, RG 2009F00727. Les juges du fond ont rappelé que le déséquilibre prohibé devait s'apprécier au niveau de l'ensemble du contrat. Ainsi, ont-ils reproché au Ministre d'avoir considéré « que le déséquilibre du contrat proviendrait de clauses considérées isolément, dont la force ou la nocivité seraient telles qu'elles pourraient à elles seules, peu important les autres clauses du contrat, déséquilibrer l'ensemble ».

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 409 et s., p. 447 et s.

d'appréciation du déséquilibre « significatif » qui sont identiques à ceux mis en évidence dans le cadre de la mise en œuvre de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Le premier de ces critères est celui de l'arbitraire. Par exemple, dans le cadre d'un avis rendu au sujet des « nouvelles conditions générales d'achat » proposées à ses membres par un constructeur d'automobiles¹, la Commission a pu estimer que les clauses attributives de pouvoirs qui autorisent le constructeur à modifier discrétionnairement, c'est-à-dire arbitrairement, les conditions contractuelles en matière de quantités et de fréquences de livraisons sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce.

Le second de ces critères est celui du « défaut de réciprocité ». Ce critère invite alors à rechercher si le déséquilibre induit par la clause de pouvoir est suffisamment compensé. À l'occasion de cette recherche, il s'agit alors de combiner une approche clause par clause et une approche globale.

Dans le cadre de l'approche clause par clause, il est question de rechercher si déséquilibre induit par la clause attributive de pouvoir peut être compensé, soit, par des dispositions présentes au sein même de ladite clause², soit par une autre clause du contrat. En effet, d'une part, les dispositions de la clause attributive de pouvoir peuvent conférer sa jouissance à chacune des parties, ce qui n'influe pas sur l'équilibre du contrat dès lors que les conditions d'exercice du pouvoir conféré sont identiques pour chacun des cocontractants. D'autre part, les dispositions contenues dans une autre clause du contrat peuvent venir contrebalancer le déséquilibre induit par une clause de pouvoir, que ce soit par l'octroi d'un avantage en valeur ou par l'attribution d'un pouvoir susceptible de répondre au premier³.

À cette première approche clause par clause se joint généralement une approche globale dans la mesure où l'appréciation du déséquilibre doit se faire au regard de l'ensemble des dispositions du contrat. Dans le cadre de cette approche globale, il s'agit alors d'apprécier si le déséquilibre induit par la clause de pouvoir est compensé tant par des avantages économiques, c'est-à-dire des avantages en valeur issus du contenu obligationnel du contrat, que par des

¹ v. : Avis CEPC, n° 14-06 du 30 septembre 2014, préc.

² v. par ex. : C.A. Paris, 20 novembre 2013, préc., où les juges du fond ont examiné le déséquilibre induit par une clause de résiliation pour « non-performance » stipulée dans un contrat de distribution au profit du distributeur. Pour ces juges, la clause créait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties dans la mesure où sa mise en œuvre ne dépendait pas d'un manquement grave de la part du fournisseur, que cette mise en œuvre ne tenait pas compte de l'ancienneté de la relation, que la possibilité de corriger le manquement avant la résiliation n'était pas offerte au fournisseur, et que la réciprocité dans la mise en œuvre de la clause restait largement théorique. Si les juges du fond ont estimé que cette clause créait un déséquilibre significatif dans la relation distributeur fournisseur, ils ont précisé : « qu'aucune compensation à celui-ci ne peut être trouvée dans l'étude des autres dispositions de l'article 7.3 de la convention », ce qui est caractéristique de l'approche clause par clause.

³ Par exemple, dans un contrat à exécution successive à durée déterminée, la jouissance d'un pouvoir de détermination du prix peut être compensée par la jouissance d'un pouvoir de résiliation. Le contractant mécontent du prix fixé pouvant alors se délier.

avantages juridiques, c'est-à-dire des avantages issus du contenu non-obligationnel du contrat¹².

Si les hypothèses ici présentées évoquent le déséquilibre qui serait induit seulement par une clause de pouvoir, comment apprécier le déséquilibre dans l'hypothèse où plusieurs clauses sont visées dans le cadre d'une action en justice et que l'une d'entre elles est une clause attributive de pouvoir ? Faut-il apprécier le déséquilibre induit par chacune des clauses litigieuses prises séparément, ou convient-il de les regrouper pour apprécier le déséquilibre qu'elles sont ensemble susceptibles de créer ? À cette question, le Tribunal de commerce d'Évry a pu répondre que le déséquilibre pourrait résulter de l'accumulation « de clauses parfaitement licites dont seul le nombre ou le poids créerait l'excès prohibé »³. Aussi, au terme d'une analyse combinant l'approche clause par clause et l'approche globale, la Cour d'appel de Paris a-t-elle pu estimer qu'une clause attributive de pouvoir combinée à une autre clause du contrat pouvait être la cause d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties⁴.

Dans le cadre d'une instance judiciaire, si, au terme de son contrôle, le juge en vient à estimer que la clause de pouvoir est à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

¹ Parmi les avantages issus du contenu non-obligationnel du contrat, il est possible de compter ceux résultant d'une clause attributive de juridiction, d'une clause de renonciation à un droit, ou encore, d'une clause attributive de pouvoir qui serait susceptible de compenser les avantages de la clause de pouvoir litigieuse.

² Pour une illustration de cette approche globale, v. : C.A. Paris, 27 avril 2011, RG n° 08/21750. En l'espèce, la Cour était invitée à examiner le déséquilibre induit par une clause de pouvoir stipulée dans un contrat d'approvisionnement conclu entre un diffuseur de journaux et une société de presse qui se trouvait être en situation d'exclusivité puisque cette dernière était la seule à approvisionner les points de vente concernés. La clause litigieuse conférait à la société de presse le pouvoir de résilier *ad nutum*, c'est-à-dire de manière discrétionnaire, le contrat la liant au diffuseur de journaux, et cela, dans un délai de quarante-huit heures. L'appréciation globale du déséquilibre tient en ce que la Cour a, d'une part, observé que la clause de pouvoir au bénéfice de la société de presse, qui était dans une position dominante, ne trouvait, dans le contenu obligationnel du contrat aucune « contrepartie clairement identifiable », ce qui signifie qu'aucun avantage économique ne venait compenser la jouissance du pouvoir de résiliation au profit de la société de presse. D'autre part, la Cour a observé, dans le contenu non-obligationnel du contrat, que « l'article 10 du contrat stipule que le diffuseur ne peut mettre fin au contrat que dans des cas spécifiés, renonciation à la vente de journaux, vente ou transfert du fonds de commerce avec préavis d'un mois et obligation de présentation, en cas de cession, du candidat à la succession un mois avant la réalisation de la vente ». Autrement dit, le pouvoir conféré à la société de presse n'était pas compensé par un pouvoir de résiliation de même nature conféré au diffuseur de journaux. Au regard de ces différents éléments, la Cour a pu estimer que la clause créait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

³ v. : Trib. com. d'Évry, 27 juin 2013, RG n° 2009F00729

⁴ v. : C.A. Paris, 11 septembre 2013, RG n° 11/17941. En l'espèce, il était question d'un contrat de distribution qui contenait une clause dite « de révision tarifaire » et une clause dite de « taux de service ». En vertu de cette première clause le distributeur pouvait exiger un préavis minimum et des justifications en cas de hausse des tarifs du fournisseur, tandis qu'en cas de baisse des coûts, il pouvait dénoncer unilatéralement et à tout moment la convention si le fournisseur ne diminuait pas ses tarifs. La clause de « révision tarifaire » contenait-elle ainsi un pouvoir de résiliation destiné à contrebalancer le pouvoir de détermination du prix des fournisseurs. La seconde clause dite « taux de service », qui mesure en pourcentage l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons, imposait aux fournisseurs un taux de service minimum de 98,5% sanctionné par des pénalités importantes en cas de manquement. Autrement dit, il s'agissait d'une clause pénale (v. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Quand la clause pénale s'appelle "clause de taux de service"* », RDC 2012, p. 145). Après avoir examiné chacune des clauses, les juges du fond ont pu, dans le cadre d'une approche globale, estimer que la clause relative à la révision de prix et la clause relative taux de service créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des fournisseurs. La centrale de référencement ne justifiant pas que d'autres clauses contenues dans le contrat puissent permettre un rééquilibrage de celui-ci.

l'autorisent à condamner la partie qui est à l'origine de ce déséquilibre à réparer le préjudice alors causé à son cocontractant. Bien que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne fassent référence qu'à un seul type de sanction, à savoir la responsabilité civile, il est possible d'observer que les juridictions du fond se sont arrogées le pouvoir de purger les contrats conclus entre professionnels des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties lorsqu'elles sont saisies sur le fondement de ce texte. Il existe, néanmoins, une incertitude au sujet de la nature de la sanction. La jurisprudence ayant reconnu, dans certaines espèces, le caractère non-écrit de la clause¹, alors que dans d'autres elle en a prononcé la nullité².

422. **Bilan.-** Le droit positif offre ainsi deux dispositifs spéciaux qui permettent de sanctionner le déséquilibre significatif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir.

Le premier de ces dispositifs est celui dédié aux clauses abusives en droit de la consommation. Ce dispositif est tout à fait adapté à l'appréhension du déséquilibre induit par les clauses accessoires de pouvoir, et cela, dans la mesure où, sur le fondement du nouvel article L. 212-1 du Code de la consommation, le contrôle a essentiellement vocation à porter sur le déséquilibre induit par les stipulations accessoires du contrat. D'ailleurs, afin de saisir le déséquilibre prenant place dans les stipulations accessoires du contrat, les dispositions du droit de la consommation invitent à se référer, d'une part, aux listes réglementaires qui recensent, déjà, un certain nombre de clauses de pouvoir présumées simplement ou irréfragablement abusives et, d'autre part, à des directives d'interprétation légales.

Le second dispositif qui doit permettre de sanctionner le déséquilibre significatif qui résulterait de la stipulation d'une clause de pouvoir est celui de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dédié à la sanction de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance entre professionnels. Ce dispositif se distingue, alors, de celui du droit de la consommation au regard son domaine d'application, mais aussi en ce que l'appréciation du déséquilibre « significatif » se fait à l'aune de l'ensemble des dispositions du contrat, sans oublier le fait qu'il ne fournit aucune directive d'interprétation pour apprécier ledit déséquilibre.

Si ces dispositifs spéciaux se distinguent par leur champ d'application, par la nature des éléments qu'ils mettent en balance dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre, et par le fait que l'appréciation de ce déséquilibre est guidée dans le premier et non dans le second, ils tendent néanmoins à se rapprocher sur deux points.

Le premier point de rapprochement concerne les critères d'appréciation du déséquilibre significatif. En effet, tant dans le cadre du dispositif du droit de la consommation que de celui de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, l'arbitraire et le défaut de réciprocité semblent être des critères appelés à guider l'appréciation du déséquilibre issu d'une clause de pouvoir.

Le second point de rapprochement concerne, quant à lui, les sanctions applicables. Même si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ont mis en place un mécanisme de responsabilité civile, il est possible d'observer que les juridictions du fond se sont arrogées le pouvoir de purger les contrats conclus entre professionnels des clauses qui

¹ v. par ex. : C.A. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 et 16 décembre 2015, n° 13/11879

² v. par ex. : C.A. Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 ; 29 octobre 2014, n° 13/11059 et 24 mars 2011, n° 10/02616

créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. En cela, la sanction du déséquilibre significatif, qui serait notamment issu d'une clause de pouvoir, pourrait être la même sur le fondement de de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et des dispositions du droit de la consommation dans la mesure où ces dernières dispositions ont également mis au point un système de purge, à savoir, le réputé non-écrit.

423. Conclusion de la Section III.- Traditionnellement, le contrôle de la licéité d'une clause attributive de pouvoir permettait au juge d'examiner celle-ci sous deux angles différents.

En premier lieu, le juge pouvait s'intéresser isolément à la clause attributive de pouvoir afin de vérifier si celle-ci ne donnait pas naissance à un pouvoir arbitraire. Pour traquer et déclarer illicites les clauses qui donnent naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, la jurisprudence prenait-elle, alors, classiquement appui sur les anciens articles 1129 et 1174 du Code civil.

En second lieu, le juge pouvait s'intéresser à la clause attributive de pouvoir, non plus de manière isolée, mais au regard des autres clauses du contrat, et ce, afin de vérifier si celle-ci était la source d'un déséquilibre contractuel excessif.

Toutefois, la réalisation de cette double démarche ne semble plus, aujourd'hui, envisageable en raison de l'absence de fondements adaptés à l'accomplissement du premier type de contrôle. En effet, les deux fondements utilisés traditionnellement par la jurisprudence pour déclarer illicites les clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires, à savoir, les anciens articles 1129 et 1174 du Code civil, ont vu leur fonction d'instrument de lutte contre l'arbitraire être remise en cause, respectivement, par la jurisprudence et les analyses doctrinales. Par ailleurs, la réforme du droit des contrats n'a pas remédié à la carence de textes permettant de sanctionner directement les clauses de pouvoir arbitraires.

Pour autant, cela ne signifie pas, qu'à l'heure actuelle, le droit positif soit dépourvu de fondements permettant de sanctionner les clauses donnant naissance à des pouvoirs contractuels arbitraires.

En effet, même s'il n'est pas concevable de sanctionner directement les clauses de pouvoir arbitraires en l'absence de textes visant expressément ce grief, il semble toutefois possible de sanctionner ces clauses de manière indirecte en se fondant sur les mécanismes de droit positif dédiés à la traque des clauses qui créent un déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties. Autrement dit, à l'heure actuelle, la sanction de l'arbitraire apparaît absorbée dans le second procédé de contrôle qui consiste à s'intéresser au déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir et à sanctionner celui-ci dès lors qu'il se révèle excessif.

Au sujet du contrôle du déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir, il a pu être montré que ce dernier peut, aujourd'hui, être réalisé sur le fondement des articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil, mais aussi sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

Dans le cadre de ce contrôle, il a, certes, pu être constaté qu'une clause de pouvoir donnant naissance à un pouvoir arbitraire doit être reconnue comme étant à l'origine d'un déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties. En effet, dès lors qu'une

clause de pouvoir abandonne sa mise en œuvre aux considérations purement subjectives de son titulaire et lui offre, ainsi, la possibilité de priver son cocontractant de l'intérêt qu'il pouvait espérer retirer de la conclusion du contrat, cette clause doit, nécessairement, être regardée comme étant à l'origine d'un avantage « manifestement excessif ».

Mais ce n'est pas tout, car un second critère, celui dit « du défaut de réciprocité » peut également venir guider l'appréciation du déséquilibre induit par la stipulation d'une clause de pouvoir. Un tel critère invite, alors, le juge à vérifier si le déséquilibre induit par la clause attributive de pouvoir est suffisamment compensé, soit en valeur, par une obligation à la charge du titulaire du pouvoir, soit de manière juridique, par l'octroi au cocontractant du même pouvoir ou d'un pouvoir de nature différente susceptible de répondre au premier.

Dès lors qu'à l'issue de son contrôle le juge estimerait que la clause attributive de pouvoir est à l'origine d'un pouvoir arbitraire ou que le déséquilibre qu'elle induit n'est pas suffisamment compensé et se révèle être « significatif », la jouissance d'une telle prérogative devrait, alors, être déclarée illicite et sanctionnée¹.

424. Conclusion du Chapitre I.- Les développements consacrés au contrôle judiciaire de la jouissance des pouvoirs contractuels ont permis de préciser les trois points sur lesquels le contrôle du juge peut être amené à se développer.

Si le juge peut, d'abord, être conduit à contrôler la compétence du titulaire du pouvoir, autrement dit, à vérifier l'aptitude de ce dernier à recueillir de telles prérogatives, il a pu être montré que ce contrôle était appelé à avoir un domaine assez restreint. En effet, il a été constaté que ce n'est que par exception que l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière. En outre, il a pu être observé que les hypothèses dans le cadre desquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dépend de la détention d'une qualité spécifique semblent se concentrer autour de l'utilisation d'une technique en particulier, celle de la délégation de pouvoir.

Si le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels peut conduire le juge à s'intéresser à la compétence de leurs titulaires, ce contrôle peut, ensuite, amener le juge à vérifier que le pouvoir dont entendait se prévaloir l'une des parties existait bel et bien. À ce propos, il a pu être montré que le contrôle de l'existence des pouvoirs contractuels est susceptible de se développer à la fois sur le plan temporel et sur le plan matériel.

Sur le plan temporel, il a été observé que, sauf stipulation contraire des parties², la durée de jouissance des pouvoirs contractuels est calquée sur la durée du contrat en raison de leur caractère de prérogatives accessoires. Le juge pourra, dès lors, être invité à vérifier que le pouvoir est invoqué relativement à une période temporelle où le contrat existait de manière effective. Et, dans l'hypothèse où les parties ont entendu restreindre la durée de jouissance de ce pouvoir, le juge pourra être invité à contrôler que ledit pouvoir a été invoqué relativement à une période temporelle où sa jouissance était réservée.

¹ Au sujet des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels, v. : *infra*, n° 545 et s., p. 666 et s.

² Au sujet de la validité des aménagements conventionnels de la durée de jouissance des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 363, p. 400 et s.

Sur le plan matériel, il a été mis en évidence que l'existence des pouvoirs contractuels peut se trouver affectée par la mécanique des conditions. Cela signifie que, dans l'éventualité où l'existence d'un pouvoir contractuel viendrait à dépendre d'une condition, le juge pourrait être invité à contrôler la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition. En outre, dans la situation particulière où l'existence d'un tel pouvoir dépendrait d'une condition casuelle, le juge pourrait être conduit à contrôler que l'une des parties ne s'est pas immiscée dans le jeu du hasard sur le fondement du nouvel article 1304-3 du Code civil¹.

Enfin, le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels peut conduire le juge à examiner la licéité de la clause dont ceux-ci peuvent être issus. Aujourd'hui, le contrôle de la licéité des clauses attributives de pouvoirs semble en mesure d'être réalisé sur le fondement des articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil, mais également sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En effet, comme il a été montré, ces articles qui sont dédiés, d'une manière générale, à la sanction du déséquilibre contractuel excessif, sont adaptés à la sanction des clauses attributives de pouvoirs qui induisent un déséquilibre excessif dans le contrat.

Au final, la définition des contours du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels a permis de préciser une partie du nouveau rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels. Pour autant, le rôle du juge ne doit pas se limiter au contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels. Afin de s'assurer de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, encore faut-il en contrôler l'exercice.

¹ Au sujet du caractère incomplet des hypothèses visées par cet article, v. : *supra*, n° 369 et s., p. 406 et s.

Chapitre II

Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels.

425. **Deux points à contrôler.**- Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels doit permettre au juge de vérifier que la mise en œuvre de ces prérogatives s'est déroulée dans des conditions respectueuses des intérêts du cocontractant.

À ce propos, il a pu être mis en évidence que le respect des intérêts du cocontractant est garanti, sur le plan substantiel, c'est-à-dire au fond, par le mécanisme de finalisation. Pour rappel, le mécanisme de finalisation se traduit par un encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels¹. Cela signifie que le juge pourra être amené à contrôler que le titulaire d'un pouvoir contractuel a bien respecté les conditions objectives de mise en œuvre de sa prérogative, c'est-à-dire les conditions de fond qui en encadrent l'exercice.

Mais ce n'est pas tout. En effet, dans l'optique de garantir un exercice respectueux des intérêts du cocontractant, le législateur et la jurisprudence ont pu imposer l'accomplissement de certaines formalités au titulaire d'un pouvoir contractuel lorsque celui-ci décide d'en faire usage. Mises bout à bout, ces différentes formalités tendent, d'ailleurs, à former une véritable procédure qui encadre l'exercice des pouvoirs contractuels.

Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels est donc appelé à se développer sur ces deux points que sont, d'une part, le fond, et, d'autre part, la procédure. Seront, par conséquent, ici, successivement examinés, le contrôle des conditions de fond (Section I) et le contrôle de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels (Section II).

SECTION I : LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE FOND.

426. **L'identification des instruments du contrôle.**- Afin d'asseoir, au fond, le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, les auteurs font généralement appel aux deux notions que sont l'abus et la bonne foi². Bien que ces deux notions soient fréquemment présentées comme les instruments privilégiés du contrôle judiciaire de l'exercice des pouvoirs contractuels, elles sont également, parfois, accusées de permettre au juge se substituer aux parties dans

¹ À propos du mécanisme de finalisation, v. : *supra*, n° 257 et s., p. 289 et s.

Au sujet de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 273 et s., p. 303 et s.

Au sujet des différents degrés d'objectivation offerts par le mécanisme de finalisation en matière de pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

² v. not. en ce sens : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., spéc., p. 223.

l'appréciation de l'intérêt et de l'utilité du contrat¹. Si la doctrine nourrit quelque crainte vis-à-vis de l'utilisation des notions d'abus et de bonne foi pour contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels, c'est en raison des contours incertains de ces notions.

Dès lors, avant même d'aller plus loin, il s'avère nécessaire d'identifier ce que recouvrent les notions d'abus et de bonne foi lorsqu'elles sont utilisées dans le cadre du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels. Autrement dit, il s'agit de déterminer ce que ces notions permettent de contrôler ainsi que les rapports qu'elles entretiennent. Une définition précise des outils de contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels permettrait de minimiser le risque d'une ingérence du juge dans les affaires des parties. Risque que fait naturellement courir l'emploi d'une notion aux contours plus flous.

Dans la mesure où il s'agit, ici, de déceler et de sanctionner l'usage abusif des pouvoirs contractuels, le point de départ de l'analyse se situe inévitablement dans une définition de « l'abus ». Prosaïquement, l'abus se définit comme « l'usage excessif d'une prérogative juridique », c'est à dire comme « l'action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir ou d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite »². L'abus est donc synonyme d'exercice illicite d'un droit subjectif ou d'un pouvoir.

La question qui se pose alors nécessairement, par la suite, est celle de savoir si les notions d'abus et de bonne foi sont toujours liées ? Autrement dit l'exercice abusif, illicite, d'un droit subjectif ou d'un pouvoir est-il toujours un exercice réalisé de mauvaise foi ?

Selon la nature de la prérogative juridique en question, la réponse semble être différente. Or, dans la mesure où les pouvoirs contractuels appartiennent à l'une de ces deux catégories de prérogatives juridiques, il convient d'envisager succinctement les rapports qu'entretiennent l'abus et la bonne foi dans le cadre du contrôle de l'exercice de chacune d'entre elles. Cela permettra, par la même occasion, de mettre en évidence la différence de techniques de contrôle en matière de droit subjectif et de pouvoir.

427. Abus, mauvaise foi et droit subjectif.- Dans la théorie du droit subjectif, l'abus et la mauvaise foi sont généralement associés car la théorie de l'abus de droit a été élaborée, par la jurisprudence, à partir du critère de l'intention de nuire, qui constitue le *summum* de la mauvaise foi. En développant la théorie de l'abus de droit, la jurisprudence ne s'est d'ailleurs jamais départie de la logique qui consiste à procéder à un contrôle de type subjectif, c'est-à-dire à un contrôle centré sur l'individu, dans la perspective de sanctionner la mauvaise foi dans l'exercice d'un droit subjectif³.

¹ À propos de cette observation, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 10, spéc., p. 14.

² v. : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, op. cit., V° Abus, sens n°1.

³ En effet, la jurisprudence ne s'est pas contentée du seul critère de l'intention de nuire pour caractériser et sanctionner l'exercice abusif d'un droit subjectif. Ce critère s'étant vite révélé insuffisant, ou plutôt trop restrictif, pour couvrir toutes les hypothèses que les tribunaux désiraient sanctionner. Si la jurisprudence a pu se référer à des critères tels que le défaut d'utilité personnel, la faute lourde, l'erreur grossière, ou encore, la légèreté blâmable, il s'agit toujours, au travers de ces critères, de procéder à un contrôle de type subjectif, qui vise à saisir le comportement déloyal d'un individu ou ses intentions malveillantes, en somme, sa mauvaise foi dans l'exercice de ses droits subjectifs. Rappr. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 48, p. 40, où l'auteur montre que l'intention de nuire, et donc la mauvaise foi, est restée le « point d'ancrage » de tout le système de contrôle des droits subjectifs.

En matière de droits subjectifs, la notion d'abus ne renvoie donc pas à une technique de contrôle objective¹, centrée sur le contenu du droit, mais à une technique de contrôle subjective, centrée sur l'individu, dans le cadre de laquelle il s'agit de s'intéresser au titulaire du droit subjectif en portant un jugement de valeur sur son comportement ou sur son état d'esprit, c'est-à-dire sur ses mobiles. Ce jugement de valeur, qui correspond à un contrôle de moralité, vise, alors, à déceler et à sanctionner les intentions malveillantes ou le comportement déloyal du titulaire d'un droit subjectif, c'est-à-dire la mauvaise foi, dans l'exercice de celui-ci². Les notions d'abus et de mauvaise foi sont, en conséquence, toujours liées en matière de droits subjectifs. Si, dans le cadre des droits subjectifs, le contrôle de l'abus revêt uniquement une dimension éthique, c'est-à-dire uniquement une dimension subjective, en va-t-il de même en matière de pouvoir ?

428. Abus, mauvaise foi et pouvoir.- En matière de pouvoir, l'exercice abusif qui s'accompagne de mauvaise foi est classiquement qualifié de détournement de pouvoir. La notion de détournement de pouvoir trouve ses origines en droit administratif où elle constitue un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Le contrôle du détournement de pouvoir s'y présente alors comme une technique de contrôle subjective³, dans le cadre de laquelle il s'agit de s'intéresser à la moralité⁴ de l'action administrative en sondant les mobiles de l'auteur de l'acte édicté⁵, c'est-à-dire ses intentions, pour les confronter au but poursuivi par la norme attributive de pouvoir.

¹ Bien qu'il ait pu être proposé de se référer au critère du « détournement du droit de sa finalité sociale » pour caractériser l'exercice abusif d'un droit subjectif (v. : L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, op. cit., n° 291 et s., p. 394 et s.), ce critère qui vise à imprimer une finalité objective (de type « sociale ») à chaque droit subjectif et, donc, à faire de l'abus de droit une technique de contrôle objective, c'est-à-dire une technique centrée sur le contenu du droit, n'a pas eu le succès escompté en jurisprudence (v. not. sur ce point : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 54, p. 43-44, et spéc., en note n° 122, où l'auteur constate que la théorie de JOSSERAND et la jurisprudence ont développé leurs critères dans une indifférence réciproque). Ce peu de succès semble, d'ailleurs, s'expliquer par le fait que les droits subjectifs ne sont pas des prérogatives finalisées, c'est-à-dire des prérogatives dont les conditions de mise en œuvre font l'objet d'une prédétermination objective (sur ce point, v. : *supra*, n° 243 et s., p. 271 et s.). En effet, si les droits subjectifs ne sont pas des prérogatives finalisées, c'est à dire des prérogatives dont les conditions de mise en œuvre font l'objet d'une prédétermination objective, le contrôle de l'abus de droit ne peut prendre la forme d'un contrôle de type objectif, centré sur le contenu du droit, dans le cadre duquel il s'agirait de s'assurer que le but, les moyens, ou encore, les motifs-efficents, qui conditionnent sa mise en œuvre, ont bien été respectés.

² Peu important, d'ailleurs, que l'exercice du droit subjectif prenne la forme d'un acte matériel ou d'un acte juridique.

³ C'est-à-dire à une technique de contrôle centrée sur le titulaire du pouvoir.

⁴ Comme HAURIU le relevait (v. : note sous C.E. 16 novembre 1900, « MAUGRAS », S. 1901, 3, p. 57), il y a, dans le cadre du détournement de pouvoir une connotation de moralité administrative. Adde, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd., coll. DOMAT Droit public, n° 1242, où l'auteur constate que la censure d'un acte sur le fondement du détournement de pouvoir revêt : « le caractère d'une condamnation de l'administration » ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, n° 795, Montchrestien, 2006, 4^{ème} éd., coll. DOMAT Droit public, p. 460-461). Si certains auteurs, avec HAURIU, (v. not. : G. WELTER, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, Étude de doctrine et de jurisprudence*, Préf. G. RENARD, Sirey, 1929, p. 154) ont pu estimer que le contrôle du détournement de pouvoir, en qualité de contrôle de moralité, dépassait le simple contrôle de la légalité, il est aujourd'hui reconnu que ces auteurs avaient une vue du contrôle de légalité trop étroite dans la mesure où celle-ci englobe le contrôle de moralité (v. sur ce point : J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 2006, 21^{ème} éd., coll. Précis, n° 635, p. 553).

⁵ Dans la mesure où le détournement de pouvoir se présente comme une technique de contrôle subjective, c'est-à-dire de technique de contrôle qui s'attache aux mobiles du titulaire d'une prérogative juridique, certains auteurs

En d'autres termes, l'abus de pouvoir par détournement se caractérise par un manquement à la finalité objective assignée au pouvoir commis de mauvaise foi, c'est-à-dire sciemment¹. Si les mobiles du titulaire du pouvoir peuvent être mis en évidence par son comportement², la preuve de la mauvaise foi dans l'exercice d'un pouvoir reste, néanmoins, une preuve délicate à rapporter étant donné qu'il s'agit de caractériser un état d'esprit, c'est-à-dire une intention. Cela explique, en conséquence, que le détournement de pouvoir ne soit que rarement reconnu en pratique.

Il convient cependant d'observer que le contrôle de l'abus de pouvoir ne se réduit pas au seul contrôle du détournement de pouvoir, c'est-à-dire qu'il ne se limite pas à un contrôle de type subjectif visant à déceler et à sanctionner les intentions malveillantes ou le comportement déloyal du titulaire du pouvoir. S'intéresser au comportement ou aux mobiles du titulaire d'un pouvoir ne constitue qu'une partie, c'est-à-dire qu'une dimension, du contrôle de l'exercice d'un pouvoir.

En effet, dans la mesure où les pouvoirs sont des prérogatives finalisées, c'est-à-dire des prérogatives dont les conditions d'exercice font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle de l'exercice d'un pouvoir revêt également une dimension purement objective dans le cadre de laquelle il s'agit de s'assurer que le titulaire du pouvoir n'a pas commis d'abus en s'écartant du but, des motifs-efficients, ou encore, des moyens à employer, qui encadrent sa mise en œuvre³. Autrement dit, l'abus de pouvoir, au sens d'exercice illicite d'un pouvoir, n'est pas toujours synonyme d'exercice réalisé de mauvaise foi. Les notions d'abus et de bonne foi ne sont donc pas indéfectiblement liées en matière de pouvoir.

n'ont pas hésité à rapprocher celui-ci du contrôle de l'abus de droit en matière de droits subjectifs. v. en ce sens : L. DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, p. 295 et s., où l'auteur considère que « l'abus de droit apparaît comme la théorie sœur du détournement de pouvoir. Comme ce dernier, il permet de sanctionner le détournement d'une prérogative de la fin qui lui est assignée ». S'il est vrai que l'abus de droit et le détournement de pouvoir peuvent être rapprochés en qualité de techniques de contrôle subjectives, c'est-à-dire de technique de contrôle des mobiles, le rapprochement doit, semble-t-il, s'arrêter ici. Il apparaît, en effet, plus contestable de voir dans l'abus de droit un mécanisme de contrôle de nature téléologique, étant donné que les droits subjectifs ne sont pas des prérogatives finalisées.

¹ La référence à la « mauvaise foi » traduit l'idée selon laquelle le manquement à la finalité objective assignée au pouvoir a été réalisé sciemment, c'est-à-dire volontairement. Ce manquement volontaire à la finalité objective assignée au pouvoir est généralement commis par le titulaire du pouvoir dans le but de s'avantager personnellement. (Au sujet des mobiles généralement appréhendés, v. : *infra*, n° 461, p. 532 et s.)

² Après avoir exigé que le détournement de pouvoir apparaisse dans les termes mêmes de l'acte attaqué, le Conseil d'État a assoupli ses exigences au plan probatoire en admettant que la preuve des intentions de l'administration résulte des divers éléments du dossier, comme les autres pièces écrites, les circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu, ou encore, l'inexactitude des motifs allégués. Le juge administratif cherchant moins une preuve manifeste qu'à établir une conviction qui peut résulter d'un faisceau d'indices convergents. L'attitude de l'administration, le contexte de la décision, les incidents ayant pu déterminer son édicton peuvent ainsi dévoiler les intentions, les mobiles, de l'autorité administrative et permettre, alors, de caractériser l'existence d'un détournement de pouvoir. (Sur ces points, v. : P. GONOD et M. GUYOMAR, « *Détournement de pouvoir et de procédure* », in *Rép. de contentieux administratif Dalloz*, octobre 2008, m.à.j. octobre 2010, n° 56 et s. ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 637, p. 554-555).

³ Si l'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir se traduit nécessairement par l'assignation d'un but objectivement défini à l'action du titulaire dudit pouvoir, c'est-à-dire par l'assignation d'une cause-finale objective à son action, cet encadrement objectif est également susceptible de s'étendre aux motifs-efficients qui justifient l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire à la cause-efficiente de l'action du titulaire du pouvoir, ou encore, aux moyens à employer qui seront, alors, eux aussi, objectivement définis.

Comme le met en évidence le droit administratif, le titulaire d'un pouvoir peut, de toute bonne foi, avoir fait un usage abusif de son pouvoir, dès lors qu'il s'est écarté, même involontairement, des conditions objectives qui enserrant son exercice. Par exemple, il peut avoir malencontreusement commis une erreur de fait, une erreur de droit, ou une erreur de qualification juridique des faits qui doivent constituer les motifs-efficients justifiant l'exercice du pouvoir. Il peut également avoir employé des moyens qui se révèlent être disproportionnés, ou encore, il peut avoir mal apprécié la finalité objective de son pouvoir.

Si cette dimension objective de l'abus de pouvoir est parfois perçue en droit privé, elle y est toutefois occultée par la terminologie employée. Toute forme d'abus de pouvoir y est, en effet, qualifiée de détournement de pouvoir, qu'il s'agisse, du manquement à la finalité assignée au pouvoir commis de mauvaise foi¹, ou encore, du pur manquement aux conditions objectives d'exercice du pouvoir détaché de toute référence à la moralité du titulaire².

En conséquence, et comme l'y invite le droit administratif, il apparaît nécessaire de distinguer deux formes d'abus de pouvoir, liées elles-mêmes à deux types de contrôle dont la dénomination doit être différenciée.

D'une part, il existe un abus de pouvoir de type subjectif qui correspond à un manquement à la finalité assignée au pouvoir commis de mauvaise foi. Le contrôle de cette première forme d'abus suppose de porter un jugement de valeur sur la qualité morale du titulaire du pouvoir dans l'exercice de sa prérogative et invite, de ce fait, à s'intéresser à ses mobiles. Les mobiles du titulaire du pouvoir peuvent, d'ailleurs, être mis en évidence par son comportement, ce qui peut conduire le juge à s'y intéresser. Ce contrôle de type subjectif, c'est-à-dire centré sur le titulaire du pouvoir, qui relève alors d'une approche éthique, prend traditionnellement le nom de contrôle du détournement de pouvoir.

D'autre part, il existe un abus de pouvoir de type objectif qui correspond à un simple non-respect des conditions objectives d'exercice du pouvoir. Le contrôle de cette seconde forme d'abus n'implique pas de s'intéresser au titulaire du pouvoir, mais seulement au contenu de sa prérogative. Ce contrôle relève alors d'une approche purement technique³ dans le cadre de laquelle il s'agit uniquement de vérifier que le pouvoir a été exercé conformément au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui encadrent sa mise en œuvre. La question qui peut

¹ Parmi les auteurs qui sont restés fidèles à une conception subjective du détournement de pouvoir, c'est-à-dire centrée sur l'individu, dans le cadre de laquelle la caractérisation de l'abus par détournement suppose de porter un jugement de valeur sur la qualité morale du titulaire du pouvoir, autrement dit sur ses intentions, il est notamment possible de citer : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 149, p. 97, où l'auteur retient que : « Le contrôle du détournement de pouvoir est un contrôle d'ordre subjectif, un contrôle d'intention ».

² Certains auteurs adoptent ainsi une conception « objective » du détournement de pouvoir, détachée de toute référence à la moralité du titulaire, dans le cadre de laquelle il s'agit uniquement de vérifier que le pouvoir a été exercé conformément à sa finalité, c'est-à-dire conformément à ses conditions objectives de mise en œuvre. v not. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 249, où l'auteur, après avoir expliqué qu'il y a détournement de pouvoir chaque fois que le titulaire d'un droit-fonction met celle-ci « au service d'une fin autre que celle de sa fonction », précise ensuite : « pas n'est besoin d'ailleurs d'un dol, d'une fraude, d'une intention méchante : le seul détournement suffit. [...] le titulaire en a mal usé, par méconnaissance, volontaire ou involontaire, de la destination assignée au droit ». Adde, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 731, spéc., p. 534, où l'auteur considère que : « caractériser l'abus par détournement de finalité ne nécessite pas qu'on porte un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du titulaire du droit ».

³ La distinction entre approche éthique et approche technique est empruntée à : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 731, spéc., p. 534.

alors se poser est celle de la dénomination de ce contrôle de type objectif. Dans la mesure où il s'agit, ici, de vérifier que les limites objectives d'exercice du pouvoir n'ont pas été outrepassées, la qualification la plus opportune semble être celle de contrôle du dépassement des limites objectives d'exercice du pouvoir, ou plus simplement, de contrôle du dépassement de pouvoir¹.

429. Abus, mauvaise foi et pouvoirs contractuels.- Étant donné que les pouvoirs contractuels appartiennent à la catégorie des pouvoirs² et non à celle des droits subjectifs³, le mécanisme de contrôle des pouvoirs contractuels ne doit pas se développer dans une seule dimension mais dans deux dimensions : l'une objective, l'autre subjective.

Ce faisant, le mécanisme de contrôle des pouvoirs contractuels doit venir s'inspirer du mécanisme de contrôle qui est à l'œuvre en droit administratif. Ce rapprochement est d'autant plus compréhensible que la technique de contrôle du droit administratif a été spécifiquement élaborée pour saisir l'exercice des prérogatives juridiques particulières que sont les pouvoirs.

Autrement dit, afin de déceler l'abus en matière de pouvoirs contractuels, il apparaît nécessaire de procéder à deux types de contrôles.

L'un, de type objectif, implique de s'intéresser au contenu du pouvoir contractuel. Dans le cadre de cette approche purement technique, il s'agit, alors, pour le juge, de vérifier que les limites objectives d'exercice du pouvoir contractuel n'ont pas été outrepassées, c'est-à-dire de s'assurer que le pouvoir a été exercé conformément au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui encadrent sa mise en œuvre. Ce premier type de contrôle est celui du dépassement de pouvoir. Comme son nom l'indique, ce contrôle vise à déceler « l'abus de pouvoir par dépassement », c'est-à-dire le non-respect des limites objectives du pouvoir.

L'autre contrôle, de type subjectif, implique de s'intéresser au titulaire du pouvoir contractuel et, plus précisément, à son éthique lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Dans le cadre de cette approche subjective, il s'agit traditionnellement pour le juge de sonder les mobiles du titulaire du pouvoir contractuel afin de déceler si ce dernier a fait preuve de mauvaise foi lors de l'exercice de sa prérogative. Dans la mesure où la preuve de cette mauvaise foi peut être apportée par le comportement du titulaire du pouvoir, le juge pourra être amené à s'y intéresser. L'adoption d'un comportement déloyal pouvant, en effet, être la preuve des intentions du titulaire du pouvoir. Si les intentions du titulaire du pouvoir peuvent être prouvées et qu'il est établi que celui-ci s'est écarté sciemment, c'est-à-dire volontairement, du but poursuivi par la norme attributive du pouvoir, un détournement de pouvoir sera, alors,

¹ La distinction entre le dépassement de pouvoir et le détournement de pouvoir est également perceptible dans les nouveaux textes du droit civil dédiés à la représentation. Le nouvel art. 1156 du C. civ. fait référence notamment à l'acte accompli par le représentant « au-delà de ses pouvoirs » et le nouvel art. 1157 du C. civ. fait allusion au représentant qui « détourne ses pouvoirs ». Bien qu'il ne soit pas ici question de pouvoirs de représentation, mais de pouvoirs contractuels, la référence aux mêmes éléments notionnels pour désigner deux mêmes formes d'abus de pouvoir est révélatrice de l'unité conceptuelle du mécanisme de pouvoir. En outre, il est possible de constater que les nouveaux textes du Code civil consacrés à la représentation font également référence à « l'absence de pouvoir » qui se rapporte à la jouissance du pouvoir, autrement dit à sa titularité ou, plus exactement, au fait de ne pas en être titulaire (en effet, le nouvel art. 1156 du C. civ. fait allusion au représentant qui agit « sans pouvoir »). Cette question de la titularité du pouvoir a, dans le cadre de l'étude ici entreprise, été évoquée dans le Chapitre I consacré à la jouissance des pouvoirs contractuels (v. : *supra*, n° 340 et s., p. 380 et s.).

² À propos de l'adoption de la qualification de pouvoir, v. : *supra*, n° 270 et s., p. 301 et s.

³ Au sujet du rejet de la qualification de droit subjectif, v. : *supra*, n° 245 et s., p. 273 et s.

caractérisé¹. Ce second type de contrôle se présente, donc, comme celui du détournement de pouvoir. Comme son nom l'indique, il vise à déceler un « abus de pouvoir par détournement ».

Si le mécanisme de contrôle des pouvoirs contractuels doit venir s'inspirer du droit administratif, il ne doit pas, pour autant, négliger les apports du droit privé. Le mécanisme de contrôle des pouvoirs contractuels se doit notamment de tenir compte des avancées de la jurisprudence qui admet de sanctionner, sur le fondement de la bonne foi, le comportement déloyal qui accompagne l'exercice d'un pouvoir contractuel. En d'autres termes, dans le cadre de l'approche éthique, c'est-à-dire de l'approche subjective, il conviendra de montrer que si le comportement déloyal du titulaire du pouvoir contractuel constitue un moyen permettant de prouver l'existence d'un détournement de pouvoir, ce comportement déloyal peut, également, être sanctionné en lui-même, c'est à dire de manière autonome, en ce qu'il constitue ce que certains auteurs appellent un « abus par déloyauté »². Plus précisément, il sera possible de voir que si la caractérisation d'un détournement de pouvoir, c'est-à-dire la mise en évidence « d'un abus par détournement », constitue le point d'aboutissement du contrôle de type subjectif, la mise en évidence d'un abus par déloyauté, joue, en quelque sorte, un rôle de palier intermédiaire.

Aussi, loin de s'exclure, les deux dimensions du contrôle, objectives et subjectives, se complètent-elles. En effet, après avoir vérifié si les limites objectives d'exercice du pouvoir ont été méconnues, il apparait tout à fait naturel de se demander si le titulaire du pouvoir a fait preuve de mauvaise foi lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Cette démarche qui propose de dissocier l'approche technique et l'approche éthique présente, d'ailleurs, l'avantage de permettre de faire le départ entre, d'un côté, le titulaire d'un pouvoir contractuel qui s'est trompé de toute bonne foi dans l'appréciation des conditions de mise en œuvre de sa prérogative et qui a, de ce fait, seulement commis un dépassement de pouvoir, et de l'autre, le titulaire d'un pouvoir contractuel qui a fait preuve de mauvaise foi et qui peut, dès lors, avoir commis jusqu'à un détournement de pouvoir.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déceler l'abus dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir contractuel, il convient de procéder successivement à deux types de contrôle que l'on désignera par rapport à leur point d'aboutissement. Le premier de ces contrôles est celui du dépassement de pouvoir (§ 1). Le second est celui du détournement de pouvoir (§ 2).

§ 1 - LE CONTRÔLE DU DÉPASSEMENT DE POUVOIR.

430. Les différents points du contrôle de type objectif.- Dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir, qui se présente comme un contrôle de type objectif, le juge est invité

¹ Si le contrôle du détournement de pouvoir est axé sur le titulaire du pouvoir, il convient néanmoins de préciser que ce contrôle n'est pas, pour autant, dénué de lien avec les limites objectives du pouvoir. En effet, le détournement de pouvoir correspond à un manquement volontaire au but, c'est-à-dire à la finalité, assigné(e) au pouvoir. Autrement dit, bien qu'il mette au premier plan le titulaire du pouvoir, le détournement de pouvoir associe, en réalité, un élément subjectif à un élément objectif. Mais dans la mesure où ce dernier élément apparait en arrière-plan, le détournement de pouvoir est, de manière traditionnelle, davantage envisagé comme un contrôle de type subjectif.

² Le terme est emprunté à Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., v. not. n° 178 et s., p. 167 et s.

à s'intéresser au contenu du pouvoir contractuel. Plus précisément, à l'occasion de ce contrôle, il s'agit, pour le juge, de vérifier que les conditions objectives qui enserrent l'exercice du pouvoir ont été respectées.

À ce propos, il a pu être mis en évidence que si l'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel se traduit nécessairement par l'assignation d'un but objectivement défini à l'action de son titulaire¹, autrement dit par l'assignation d'une cause-finale objective à son action, il a également pu être montré que cet encadrement objectif était susceptible de s'étendre à d'autres éléments de l'action du titulaire du pouvoir.

Si l'encadrement objectif des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel ne saurait s'étendre à l'opportunité de leur mise en œuvre puisque la faculté de décider, et donc, de choisir d'agir ou non, est de l'essence même du pouvoir², en revanche, cet encadrement objectif est susceptible de s'étendre aux moyens³ qui doivent être mis en œuvre par le titulaire d'une telle prérogative, ainsi qu'aux motifs qui en justifient l'exercice⁴. Les motifs constituent alors les antécédents objectifs sur lesquels la volonté du titulaire du pouvoir doit prendre appui afin que sa mise en œuvre puisse produire des effets de droit⁵. Plus prosaïquement, les motifs constituent le « parce-que » expliquant l'action du titulaire du pouvoir. Tournés vers le passé, les motifs se rattachent, alors, au concept de cause-efficiente. En cela, les motifs, qu'il est possible de qualifier d'efficients, doivent être distingués des mobiles qui correspondent aux buts personnels, c'est-à-dire aux intentions subjectives poursuivies par l'auteur d'un acte juridique⁶. Tournés vers le futur, les mobiles se rattachent, pour leur part, au concept de cause-finale subjective. À propos des mobiles, il convient de rappeler que ces derniers ne seront pas étudiés dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir. En effet, les mobiles ne relèvent pas du contrôle du dépassement de pouvoir, qui se présente comme un contrôle de type objectif, centré sur le contenu du pouvoir, mais du contrôle du détournement de pouvoir qui se présente comme un contrôle de type subjectif, centré sur les intentions du titulaire du pouvoir.

L'étendue du contrôle du dépassement de pouvoir sera donc amenée à varier selon le degré d'encadrement objectif du pouvoir contractuel. Lorsque les motifs-efficients et les

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 288 et s., p. 319 et s.

² Rappr. les observations de : Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, 1982, n° 50, p. 248, où l'auteur énonce que la faculté de prendre des décisions : « ne constitue pour son titulaire un véritable pouvoir, un pouvoir personnel, que si elles sont un acte de son libre arbitre juridique, de sa volonté personnelle. Elles ne le sont au contraire pas si elles sont prescrites, *imposées par une règle de droit qui en prévoit l'intervention comme obligatoire* lorsque telles conséquences précisément déterminées sont données ». (Nous soulignons). Ainsi, pour l'auteur, le caractère obligatoire d'une action exclurait-il l'idée même de pouvoir. Cela tend, semble-t-il, à signifier que l'essence du pouvoir réside dans la possibilité de choisir d'agir ou non.

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 310 et s., p. 338 et s.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 301 et s., p. 330 et s.

⁵ C'est-à-dire pour qu'elle puisse, plus précisément, ici, permettre une modification des effets du contrat.

⁶ Rappr. : L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928. Bien que l'auteur reconnaisse que « la ligne de démarcation ne saurait être tracée toujours et nettement entre le passé et l'avenir et qu'un même mobile se réfère parfois à la genèse du contrat en même temps qu'à son but » (p. 26), il insiste néanmoins sur la nécessité de distinguer les motifs et les mobiles. L'auteur définit alors les motifs comme les « antécédents de l'acte » qui disposent d'un caractère « nettement causal » (p. 25) – au sens de causalité efficiente –. En ce qui concerne les mobiles, l'auteur considère que ceux-ci « apparaissent comme les divers sentiments, les divers intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée ; avec eux, nous pénétrons vraiment dans le for intérieur des parties, nous touchons à la finalité de leurs actes et à leur détermination » (p. 18).

moyens font l'objet d'un encadrement objectif, le juge pourra être invité à vérifier que le titulaire du pouvoir contractuel s'y est bien conformé. Il procédera, par conséquent, à ce que l'on peut appeler un contrôle des motifs-efficients (A) et à un contrôle des moyens (B). Si ces deux contrôles ne sont pas systématiques, puisque tous les pouvoirs contractuels ne voient pas leur mise en œuvre subordonnée à des motifs-efficients ou à des moyens prédéfinis de manière objective, le contrôle du respect du but assigné au pouvoir relève, pour sa part, d'une logique différente. Dans la mesure où tous les pouvoirs contractuels répondent à un but objectivement défini, le juge pourra toujours être amené à vérifier que le titulaire du pouvoir a bien respecté le but assigné à son pouvoir (C).

A. Le contrôle des motifs-efficients.

431. **Trois points de contrôle.**- Le contrôle des motifs-efficients concerne seulement les pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre dépend de la réalisation d'un événement objectivement prédéfini. Les motifs-efficients se présentent alors comme les raisons objectives sur lesquelles doit s'appuyer la volonté du titulaire du pouvoir pour que celui-ci puisse produire ses effets. Le contrôle des motifs-efficients invite, par conséquent, le juge, à vérifier que la volonté du titulaire d'un pouvoir contractuel a bien pris appui sur les antécédents objectifs qui en justifient l'exercice. Autrement dit, ce contrôle conduit le juge à s'intéresser à la cause-efficiente, au « parce que » de l'action du titulaire du pouvoir. Or, s'intéresser à la cause-efficiente d'un acte juridique ne constitue pas une démarche traditionnelle en droit des contrats.

En effet, dans la théorie civiliste classique de l'acte juridique, la cause renvoie à l'idée de but. Elle y est synonyme de cause-finale, tournée vers le futur, et non de cause-efficiente, tournée vers le passé. Bien qu'il ait pu être démontré que la cause d'un acte juridique réside dans la combinaison d'une cause-efficiente et d'une cause-finale¹, le poids de la tradition est tel que les auteurs de droit privé ont tendance à nier l'autonomie des motifs-efficients, qui correspondent à la cause-efficiente de l'acte, pour les incorporer aux mobiles, c'est-à-dire à la cause finale de l'acte². Comme l'avait observé en son temps VEDEL, le droit privé « considère ces éléments objectifs comme incorporés aux pensées subjectives du sujet de droit »³. La cause-

¹ v. : J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique, op. cit.* L'auteur y démontre que la notion de cause, entendue comme la combinaison d'une cause finale comprise comme la volonté du titulaire du droit, et d'une cause-efficiente comprise comme regroupant les éléments du droit objectif et de la réalité matérielle, constitue le critère catégorique de l'acte juridique (sur ce point, v. : n° 155, p. 503). La volonté, élément subjectif doit, dans la perspective de créer une situation nouvelle – cause finale –, se combiner au droit objectif et à la réalité matérielle – cause-efficiente –. De cette combinaison résulte alors un acte juridique.

² Il existe donc en droit privé un phénomène dit de « compénétration des motifs et des mobiles ». Pour une mise en évidence de ce phénomène, v. : D. LOCHAK, « *Réflexions sur la notion de discrimination* », *Dr. soc.* 1987, p. 778 et s., spéc., p. 789, note n° 38, où l'auteure montre que, dans un acte juridique, « buts et motifs se télescopent, le but poursuivi rétroagissant sur les “motifs” théoriquement antécédents ».

³ v. : G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, 1934, p. 313. L'auteur ajoute : « Il existe des nécessités objectives ; mais le droit n'en connaitra que comme “besoins subjectifs”, à la satisfaction desquels doit tendre le contrat ».

efficiente est alors traditionnellement passée sous silence, au plan théorique, en droit privé des contrats¹.

Si, en droit privé, la cause-efficientie est laissée de côté sur le plan théorique, il est néanmoins possible d'observer que le juge judiciaire procède, en pratique, à son contrôle dans certaines situations. Tel est le cas, en particulier, lorsqu'il est confronté à un pouvoir contractuel dont les motifs-efficientes ont fait l'objet d'une prédétermination objective. En effet, il est possible de constater que la jurisprudence procède, de manière traditionnelle, au contrôle des motifs qui ont, par exemple, justifié la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, d'une clause résolutoire, ou encore, de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

L'objectif sera alors, ici, de formaliser sur le plan théorique les étapes que suit le juge lorsqu'il procède, en pratique, au contrôle des motifs qui ont justifié l'exercice d'un pouvoir contractuel.

Pour cela, un rapprochement avec le droit administratif peut sembler opportun. En effet, en droit administratif, la cause-efficientie occupe une place centrale. Reconnue au plan théorique², la cause-efficientie est également contrôlée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir lorsque le juge procède à un contrôle des motifs des actes unilatéraux adoptés par l'administration. Ce faisant, le droit administratif a mis au point une méthode pour contrôler les motifs-efficientes justifiant l'exercice de certains pouvoirs et qui vient se diviser en trois étapes.

Étant donné que le juge judiciaire comme son homologue administratif peuvent être confrontés au même type de prérogative juridique, à savoir à des pouvoirs dont les motifs-efficientes ont fait l'objet d'une prédétermination objective, la méthode de contrôle des motifs qu'ils sont tous deux amenés à suivre en pratique doit, semble-t-il, être la même.

Ainsi, à l'instar de ce qui se passe dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le contrôle des motifs-efficientes qui justifient l'exercice de certains pouvoirs contractuels doit également venir se diviser en trois étapes.

La première étape du contrôle consiste à s'assurer de l'existence matérielle des motifs de fait sur lesquels s'est fondé, en l'espèce, le titulaire du pouvoir. Le juge est donc, d'abord, appelé à procéder à un contrôle de l'existence matérielle des faits (1). Ensuite, la seconde étape suppose d'examiner la norme attributive du pouvoir afin d'identifier la nature des motifs de

¹ Il est possible, ici, d'observer que la disparition de la notion de cause, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, a été seulement compensée par la consécration de dispositions reprenant les fonctions traditionnellement attachées à la cause-finale. Plus précisément, le droit des contrats comprend aujourd'hui des dispositions reprenant les fonctions attachées, d'une part, à la cause finale objective, à savoir un rôle de protection individuelle à travers le contrôle de l'existence d'une contrepartie (v. : le nouvel art. 1169 du C. civ.), et, d'autre part, à la cause finale subjective, à savoir, un rôle de protection sociale à travers le contrôle de la licéité des mobiles (v. : le nouvel art. 1162 du C. civ.). Ces outils de contrôle du « but » du contrat sont inadaptés, en raison de leur nature même, au contrôle des antécédents objectifs, c'est-à-dire au contrôle des motifs-efficientes. Autrement dit, il n'existe pas, à l'heure actuelle, en droit des contrats, de disposition générale permettant de fonder le contrôle de la cause-efficientie d'un acte juridique. C'est, semble-t-il, la conséquence de la mise à l'écart de la cause-efficientie sur le plan théorique.

² C'est notamment la thèse de G. VEDEL qui a mis en évidence le rôle primordial joué par la cause-efficientie dans le cadre des actes administratifs (v. : G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, op. cit., spéc., p. 459). L'auteur y montre que la cause-efficientie, qu'il qualifie simplement de « cause », est appelée à jouer un rôle aux côtés de la cause-finale, qu'il qualifie de « but », lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des actes administratifs. *Adde*, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Préf. J.-J. BIENVENU, 2003, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, n° 892, p. 772.

droit qui justifient sa mise en œuvre. Pour reprendre la terminologie du droit administratif, cette seconde étape correspond à un contrôle des motifs de droit (2). Enfin, la dernière étape, consiste à mettre en rapport les motifs de fait invoqués, en l'espèce, par le titulaire du pouvoir, avec les motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir dans le cadre d'un contrôle de la qualification juridique des faits (3).

1. Le contrôle de l'existence matérielle des faits.

432. **Le contrôle de la réalité matérielle des motifs de fait.**- Lorsque la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dépend de la réalisation d'un événement objectivement prédéfini, le juge pourra, dans un premier temps, être amené à vérifier que ledit événement s'est bel et bien produit.

Par exemple, en ce qui concerne les pouvoirs de sanction de l'inexécution tels que le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, ou encore, le pouvoir de suspendre l'exécution issu du mécanisme de l'exception d'inexécution, le juge pourra être invité à vérifier que l'inexécution contractuelle qui justifie leur mise en œuvre a effectivement bien eu lieu. Au sujet de l'exception d'inexécution, il convient de préciser que lorsque celle-ci est invoquée de manière anticipée¹, c'est à ce stade du contrôle judiciaire que devra être vérifié le caractère « manifeste » du risque d'inexécution². Autrement dit, le juge devra, ici, s'assurer du caractère certain ou évident de la survenance de l'inexécution dans le futur.

Des illustrations peuvent également être trouvées du côté des pouvoirs de résiliation dont la mise en œuvre dépend de la réalisation d'un événement objectivement prédéfini. En ce qui concerne le pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai stipulée dans un contrat de travail, s'il a pu être montré que son exercice ne peut être justifié que par des considérations relatives aux qualités du salarié³, cela signifie que le juge pourra être invité à contrôler la réalité des insuffisances professionnelles du salarié. Pour rester dans le cadre des contrats de travail, il est possible d'observer que lorsque la résiliation d'un tel contrat prend la forme d'un licenciement, la loi invite le juge à contrôler, notamment, le caractère réel de la cause de licenciement⁴, c'est-à-dire l'existence matérielle des faits invoqués par l'employeur pour mettre un terme au contrat de travail.

¹ C'est-à-dire sur le fondement du nouvel art. 1220 du C. civ.

² La mise en œuvre du pouvoir de suspendre l'exécution de sa prestation par anticipation dépend également d'une condition de gravité. Les conséquences de l'inexécution future du débiteur doivent se présenter comme étant « suffisamment graves » pour le créancier. Étant donné qu'il s'agit, avec cette seconde condition, de mettre en rapport les faits matériels avec le standard du « suffisamment grave » contenu dans la norme attributive du pouvoir, ce point relève du contrôle de la qualification juridique des faits et ne sera donc pas abordé ici.

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 305, p. 331 et s.

⁴ Le contrôle du caractère réel de la cause de licenciement constitue l'une des exigences posées par l'article L. 1235-1 al. 3 du Code du travail. Cet article exige également qu'il soit procédé à un contrôle de la procédure de licenciement et à un contrôle du caractère sérieux de la cause de licenciement. Des éléments de la procédure de licenciement seront évoqués dans la Section II dédiée au contrôle de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Le contrôle du caractère sérieux de la cause de licenciement sera évoqué dans le cadre du contrôle de la qualification juridique des faits (v. : *infra*, n° 435, p. 483 et s.)

De même, lorsque la mise en œuvre d'un pouvoir de modification du contenu du contrat dépend de la réalisation d'un événement prédéfini, le juge pourra être invité à contrôler la réalité matérielle des faits invoqués. Par exemple, si le titulaire d'un pouvoir de détermination du prix invoque une hausse du cours de certains produits pour justifier l'augmentation du prix qu'il fixe, le juge pourra être amené à vérifier la réalité matérielle de cette hausse de cours.

Si le juge peut être invité à contrôler l'existence matérielle des faits qui sont de nature à fonder l'exercice d'un pouvoir contractuel, la question qui se pose, alors, par la suite, est celle de savoir sur qui pèse la charge de la preuve de ces faits.

433. La question de la charge de la preuve.- En matière de pouvoirs contractuels, y a-t-il lieu de faire application des règles classiques qui régissent la charge de la preuve et, notamment, du principe premier en vertu duquel la charge et le risque de la preuve reposent sur le demandeur à l'allégation – *actori incumbit probatio* – ?

Il convient d'observer, qu'en droit des contrats, ce principe classique, anciennement énoncé à l'article 1315 du Code civil et aujourd'hui consacré par le nouvel article 1353 du même Code, régit la preuve des obligations. En effet, le nouvel article 1353 du Code civil, reprenant mot pour mot les dispositions de l'ancien article 1315, prévoit, en son alinéa premier, que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver », et, en son alinéa second, que « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Autrement dit, les dispositions du nouvel article 1353 du Code civil régissent la charge de la preuve lorsque la réalité des faits à établir correspond à l'existence d'une obligation inexécutée ou à l'extinction d'une obligation par le biais d'un paiement ou de tout autre événement. Or, il est possible de constater qu'il s'agit, ici, des faits matériels qui conditionnent, pour partie¹, l'exercice des pouvoirs de sanction de l'inexécution. Les pouvoirs de sanction de l'inexécution entrent, ainsi, dans le domaine d'application du nouvel article 1353 du Code civil².

Par conséquent, cela signifie que si le débiteur entend contester, dans le cadre d'une instance judiciaire, la mise en œuvre, par exemple, d'une clause résolutoire, de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier³, ou encore, de l'exception d'inexécution, en

¹ La mise en œuvre de certains de ces pouvoirs de sanction, comme le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et le pouvoir issu du mécanisme de l'exception d'inexécution, exige, en sus de la preuve de l'existence d'une obligation inexécutée, la preuve d'un manquement d'une gravité suffisante. Dans la mesure où s'interroger sur la gravité du manquement suppose de mettre en rapport les faits matériels d'inexécution avec les motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir, cette question sera examinée dans le cadre du contrôle de la qualification juridique des faits (v. : *infra*, n° 435 et s., p. 485 et s.).

² Rapp. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 379, p. 301, où l'auteure considère que la charge de la preuve de l'existence matérielle des faits qui justifient l'exercice d'un pouvoir de sanction de l'inexécution est régie par principes classiques gouvernant la charge de la preuve en matière contractuelle, autrement dit, par les dispositions de l'ancien article 1315 du Code civil.

³ En matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, il convient de bien distinguer ce qui ressort de la preuve de l'existence des faits qui ont servi de motifs à la résolution de ce qui ressort de la preuve de la gravité de l'inexécution. En effet, il doit être observé que le nouvel art. 1226 al. 4 reverse la charge de la preuve uniquement en ce qui concerne la gravité de l'inexécution. Il n'appartient, dès lors, pas au débiteur qui se plaint de la résolution décidée unilatéralement par le créancier de prouver la gravité de l'inexécution. La charge de cette

alléguant que l'obligation qu'il devait exécuter n'existe pas ou qu'il n'y a pas eu d'inexécution, il lui appartiendra, alors, en qualité de demandeur à cette allégation, de démontrer que l'obligation qu'il devait exécuter s'est éteinte ou qu'aucun fait matériel d'inexécution n'a eu lieu.

De son côté, si le créancier désire obtenir la constatation judiciaire de la résolution qu'il a lui-même prononcée en vertu d'une clause résolutoire ou du pouvoir de résolution unilatérale que lui confère la loi, il lui appartiendra de prouver l'existence de l'obligation inexécutée, c'est-à-dire la réalité des faits matériels qui justifient l'exercice de son pouvoir.

Si les dispositions du nouvel article 1353 du Code civil régissent la charge de la preuve des pouvoirs de sanction de l'inexécution, ces mêmes dispositions peuvent-elles s'appliquer à d'autres pouvoirs contractuels ?

Ici, il doit être observé que les termes mêmes employés par l'article 1353 du Code civil viennent limiter son extension. En effet, comme il a été évoqué, les dispositions du nouvel article 1353 du Code civil régissent la charge de la preuve des obligations. Or, il existe un certain nombre de pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre ne dépend pas de l'exécution ou de l'inexécution d'une obligation. Tel est le cas par exemple, du pouvoir de détermination du prix¹, du pouvoir issu d'une clause d'agrément², ou encore, du pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai stipulée dans un contrat de travail³. En toute rigueur, cela signifie que les pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre ne dépend pas de l'exécution ou de l'inexécution d'obligations n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 1353 du Code civil.

Si ces pouvoirs contractuels échappent à l'article 1353 du Code civil, rien ne semble cependant leur permettre d'échapper au principe général contenu dans l'adage *actori incumbit probatio*. En conséquence, à l'occasion d'une instance judiciaire, la charge et le risque de la preuve doivent, par principe, peser sur la partie qui allègue la présence ou l'absence des faits qui fondent l'exercice d'un pouvoir contractuel. Ce principe général connaît néanmoins quelques exceptions.

Dans certains cas, le risque de la preuve peut être déplacé. Ainsi en va-t-il, par exemple, en matière de licenciement où le risque de la preuve ne pèse pas sur le salarié qui conteste son licenciement, mais sur l'employeur⁴. En effet, dans le cadre de la procédure inquisitoire mise en place par la loi⁵, si chacune des parties supporte la charge de la preuve de ses allégations, le

preuve pèse, aujourd'hui, sur le créancier qui a résolu le contrat. En revanche, cet article ne précise rien au sujet de la charge de la preuve de l'existence des faits qui ont servi de motifs à la résolution. En conséquence, si le débiteur allègue que l'obligation qu'il devait exécuter n'existe pas ou qu'il n'y a pas eu d'inexécution, celui-ci supportera la charge de la preuve de ses allégations, conformément aux règles de droit commun.

¹ Le pouvoir de détermination du prix doit, semble-t-il, être motivé par des considérations relatives à la conjoncture économique. Sur ce point, v. : *supra*, n° 308, p. 336 et s.

² En matière de pouvoir d'agrément, le refus d'agrément peut être justifié par des considérations relatives aux qualités du candidat à l'agrément, mais pas uniquement. Sur ce point, v. : *supra*, n° 306, p. 334.

³ L'exercice du pouvoir issu de la clause d'essai ne peut être justifié que par des considérations relatives aux qualités du salarié. Sur ce point, v. : *supra*, n° 305, p. 333.

⁴ L'article L 1235-1 al. 5 du C. trav. dispose, en effet, que « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

⁵ C'est la loi du 13 juillet 1973 qui a substitué une procédure inquisitoire à la procédure accusatoire antérieurement en vigueur. Le juge se voit alors confier la charge d'établir le preuve du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement. Il dispose pour cela de larges pouvoirs dans la mesure où peut ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Ces règles sont aujourd'hui présentées à l'art. L. 1235-1 al. 3 du C. trav.

doute pèse, *in fine*, sur l'employeur. Cela signifie que, si, au terme des débats, un doute subsiste notamment sur le caractère réel de la cause de licenciement, celui-ci profitera au salarié.

Parfois, c'est la charge de la preuve, elle-même, qui peut être déplacée. Tel est le cas, par exemple, lorsque le prix est fixé par l'une des parties dans un contrat-cadre ou dans un contrat de prestation de service. La loi prévoit, en effet, qu'en cas de contestation, la charge de la preuve sera supportée par le titulaire du pouvoir de fixer le prix¹. Cela signifie que, dans le cadre d'un procès, la charge de la preuve ne pèsera pas sur la partie qui allègue, dans ses demandes, que le montant du prix est abusif, mais sur le défendeur à cette allégation qui, en qualité de titulaire du pouvoir de fixation du prix, devra prouver l'existence matérielle des faits qui justifient le montant fixé.

Après s'être assuré de l'existence matérielle des faits qui ont servi de motifs à l'exercice d'un pouvoir contractuel, le juge devra examiner la norme attributive du pouvoir afin de déterminer la nature des motifs de droit qui justifient sa mise en œuvre.

2. *Le contrôle des motifs de droit.*

434. **L'examen de la norme attributive du pouvoir.-** La seconde étape du contrôle des motifs se présente comme une phase d'interprétation de la norme attributive du pouvoir dans le cadre de laquelle il s'agit, pour le juge, d'identifier la nature des motifs de droit qui justifient la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Autrement dit, lors de cette seconde phase du contrôle, il s'agit, pour le juge, de s'abstraire des faits de l'espèce afin de déterminer, d'une manière générale, quel type de motifs est susceptible d'accueillir la norme attributive du pouvoir. À l'occasion de cette seconde étape du contrôle, le juge va donc être amené à contrôler l'interprétation des motifs de droit retenue par le titulaire du pouvoir en la confrontant à sa propre interprétation des mêmes motifs contenus dans la norme attributive du pouvoir.

Comme il a été montré, cette phase d'interprétation constitue un passage obligé pour le titulaire du pouvoir lorsque les motifs qui en justifient l'exercice contiennent un terme qui appartient à la catégorie des standards². Tel est le cas, par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier³ et en matière d'exception d'inexécution⁴, où l'inexécution qui justifie la résolution doit présenter un caractère « suffisamment grave ».

Étant donné que le standard se présente comme une technique de renvoi à un ordre de valeurs⁵, le titulaire du pouvoir se doit d'interpréter le standard auquel il est confronté pour découvrir l'ordre de valeurs auquel celui-ci renvoie, et cela, dans l'optique de déterminer la nature des motifs susceptibles de justifier l'exercice du pouvoir. Le juge pourra alors procéder à un contrôle de cette opération d'interprétation.

¹ Dans les contrats-cadre, si le nouvel article 1164 du C. civ. reconnaît que la titularité du pouvoir de détermination du prix peut être confiée à l'une ou l'autre des parties, il précise, alors, que c'est « à charge pour [cette partie] d'en motiver le montant en cas de contestation ». De son côté, le nouvel art. 1165 du C. civ. relatif aux contrats de services, prévoit que si la titularité du pouvoir de fixer le prix peut être confiée au créancier, c'est également « à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ».

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 326, p. 353 et s.

³ v. : le nouvel art. 1224 du C. civ.

⁴ v. : le nouvel art. 1219 du C. civ.

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 326, p. 353 et s.

Il a pu être mis en évidence¹ que le standard de l'inexécution « suffisamment grave » renvoie à des valeurs d'ordre patrimonial et extrapatrimonial, accueillant, de cette manière, des motifs de type objectif tenant à la nature de l'obligation inexécutée ainsi que des motifs de type subjectif tenant au comportement du débiteur. Dans le cadre de son contrôle de l'interprétation des motifs de droit, le juge pourra, par exemple, considérer que les valeurs comportementales auxquelles fait référence le standard ne sont pas aussi strictes que celles qu'avait pu identifier le créancier de l'obligation inexécutée. En conséquence, le juge censurera l'interprétation des motifs de droit retenue par le titulaire du pouvoir.

Si le juge peut venir contrôler l'interprétation que le titulaire d'un pouvoir contractuel aura faite d'un standard, il pourra également être appelé à contrôler l'interprétation donnée à des termes autres que des standards qui composent les motifs de droit justifiant l'exercice d'un pouvoir.

Par exemple, lorsque le juge sera confronté à la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, c'est à ce stade du contrôle que le juge pourra être amené à se demander si « l'inexécution », qui fonde la résolution, doit être interprétée comme englobant les hypothèses où celle-ci est due à un cas de force majeure.

La question peut venir se poser dans la mesure où la formulation du motif de droit qui fonde l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier a changé suite à la réforme du droit des contrats.

Antérieurement à la réforme du droit des contrats, la jurisprudence faisait référence à « la gravité du comportement » du débiteur². La référence expresse au comportement du débiteur était alors interprétée comme excluant le jeu de cette sanction unilatérale en cas d'inexécution non-imputable au débiteur, c'est-à-dire lorsque celle-ci se présentait comme la conséquence d'un cas de force majeure³.

Aujourd'hui, le nouvel article 1224 du Code civil, en faisant référence à « l'inexécution suffisamment grave », ne fait plus expressément allusion au comportement du débiteur. Cela doit-il alors être interprété comme permettant le recours à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier même lorsque l'inexécution n'est pas imputable au débiteur ? Autrement dit, cette sanction de l'inexécution serait utilisable quelle que soit la cause de l'inexécution, seul comptant son caractère « suffisamment grave » ? Il semblerait que non. En effet, il est possible d'observer que les nouvelles dispositions du Code civil traitent séparément des sanctions de l'inexécution et de l'empêchement d'exécuter résultant d'un cas de force majeure⁴.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 326, p. 353.

² v. par ex. les célèbres arrêts : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300 et Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 25, où la Cour énonce que : « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

³ v. not. en ce sens : Ch. LACHIÈZE, « *Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat* », JCP G., 2004, II, n° 10108, spéc., n° 5 et s. ; E. GARAUD, « *La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant* », RLDC, 2004/2, p. 5 et s. ; E. BAZIN, « *La résolution unilatérale du contrat* », RRJ, 2000/4, vol. 1, p. 1381 et s. ; Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 565, p. 402-403, où l'auteur constate que : « tels qu'ils sont formulés, les arrêts empêchent d'admettre la résolution unilatérale si l'inexécution est due à la force majeure, car alors on ne peut guère faire état de la "gravité du comportement" du débiteur, que semble bien exiger la Cour de cassation ».

⁴ Dans le nouveau Chapitre IV du Code civil dédié aux effets du contrat, les deux premiers articles de la section V consacrée à l'inexécution du contrat reprennent la distinction entre, d'un côté, les sanctions de l'inexécution, c'est-

Dès lors que le Code associe à l'empêchement d'exécuter résultant d'un cas de force majeure un régime propre, distinct de celui des sanctions de l'inexécution, cela tend à signifier que les sanctions de l'inexécution, telles que l'exception d'inexécution, la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ou encore, la résolution unilatérale en vertu d'une clause résolutoire¹, ne peuvent pas être invoquées pour remédier à une inexécution résultant d'un cas de force majeure².

En conséquence, l'inexécution suffisamment grave qui sert de motif à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier se doit, semble-t-il, d'être interprétée comme une inexécution imputable au débiteur. Partant, si la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est mise en œuvre dans une hypothèse où l'inexécution n'est pas imputable au débiteur, le juge devra alors sanctionner cette interprétation erronée de la norme attributive du pouvoir. Celle-ci n'accueillant pas des cas d'inexécution non-imputables au débiteur.

Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel donne une interprétation erronée des motifs de droit contenus dans la norme dont est issue son pouvoir, il commet alors, pour reprendre la terminologie usitée en droit administratif, une erreur de droit par fausse interprétation. Cette erreur de droit par fausse interprétation conduit le titulaire du pouvoir à sortir des limites objectives qui en gouvernent l'exercice, et donc, à commettre un dépassement de pouvoir que le juge viendra sanctionner³.

Une fois que le juge a contrôlé l'existence matérielle des motifs de faits invoqués par le titulaire du pouvoir et qu'il a identifié la nature des motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir, il lui appartient, dans une troisième et dernière étape, de rapprocher ces deux types de motifs dans le cadre d'un contrôle de la qualification juridique des faits.

à-dire les moyens de remédier à une inexécution imputable au débiteur (art. 1217 du C. civ.), et de l'autre, l'empêchement d'exécuter résultant d'un cas de force majeure, c'est-à-dire les conséquences d'une inexécution non-imputable au débiteur (art. 1218 du C. civ.). Le Code attache alors à l'empêchement d'exécuter résultant d'un cas de force majeure un régime distinct de celui des sanctions de l'inexécution.

¹ Les nouvelles dispositions du Code civil viennent alors s'inscrire dans la continuité dans la mesure où, traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine considèrent que, sauf stipulation contraire, les clauses résolutoires ne peuvent jouer qu'en cas d'inexécution imputable au débiteur. Sur ce point : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 71 et s., p. 73 et s. Pour un exemple en jurisprudence, v. : Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 2010, *Bull. civ.* III, n° 47, où le preneur à bail d'un local à usage commercial s'était acquitté avec retard du paiement d'une échéance de loyer en raison d'une défaillance du système informatique de la banque chargée de procéder au virement. La Cour de cassation rejette alors le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel qui avait refusé le jeu de la clause résolutoire invoquée par le bailleur après avoir relevé l'existence de tous les éléments constitutifs d'un cas de force majeure. Hormis le fait que l'événement était « la seule cause de la défaillance », il était, d'abord, « imprévisible » dès lors notamment « qu'aucun incident n'avait eu lieu pendant dix-sept mois », ensuite, il était « irrésistible » car survenu « la période estivale et de fin de semaine [...] empêchant tout paiement par un autre moyen avant le terme fixé », et enfin « totalement extérieur » au débiteur car « survenu dans le système informatique de la banque ». Si la clause résolutoire ne peut, par principe, être mise en œuvre en cas d'inexécution non-imputable au débiteur, les parties peuvent néanmoins stipuler expressément que la clause résolutoire pourra être mise en œuvre quelle que soit la cause de l'inexécution. À propos de l'opportunité d'une telle stipulation, v. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 349, p. 252.

² Le système mis en place par la réforme du droit des contrats se distingue alors notamment de celui retenu par les Principes du droit européen des contrats qui offrent au créancier de l'obligation inexécutée suite à un cas de force majeure les mêmes outils qu'en cas d'inexécution imputable au débiteur, à l'exception, bien entendu, de l'exécution forcée en nature et de la demande de dommages intérêts (v. : l'art. 8 :101 al. 2 des PDEC).

³ Rapp. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 196, p. 125, où l'auteur constate que : « L'incompétence et l'erreur de droit sont, en effet, saisies par le juge judiciaire sous le contrôle de la Cour de cassation, au titre du dépassement de pouvoir ». (Nous soulignons).

3. Le contrôle de la qualification juridique des faits.

435. **L'objet du contrôle.**- La troisième et dernière étape du contrôle des motifs prend la forme d'un contrôle de la qualification juridique des faits. Dans le cadre cette étape, il s'agit, alors, pour le juge, de vérifier que les motifs de fait sur lesquels s'est fondé, en l'espèce, le titulaire du pouvoir, correspondent bien aux motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir. Trois exemples, non-exhaustifs, seront ici pris afin d'illustrer cette dernière phase du contrôle.

Tout d'abord, le contrôle de la qualification juridique des faits en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Ce contrôle conduit le juge, de vérifier si les manquements du débiteur peuvent être qualifiés de « suffisamment graves ». Comme il a été montré¹, le standard de l'inexécution « suffisamment grave » renvoie à des valeurs d'ordre patrimonial et extrapatrimonial. La résolution pouvant, de cette manière, être fondée à la fois sur des motifs de type objectif tenant à la nature de l'obligation inexécutée ainsi que sur des motifs de type subjectif tenant au comportement du débiteur. Autrement dit, le juge va être amené à apprécier la nature des obligations inexécutées ainsi que le comportement du débiteur afin de déterminer si l'inexécution revêt un degré de gravité suffisant pour justifier la résolution².

À ce stade du contrôle, il est alors possible de se demander sur qui pèse la charge de démontrer le caractère « suffisamment grave » de l'inexécution ? Le nouvel article 1226 al. 4 du Code civil fait peser la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution, non pas sur le débiteur qui saisit le juge pour contester le jeu de la résolution unilatérale, mais sur le créancier³. Les nouvelles dispositions du Code civil procèdent, ici, à un renversement de la charge de la preuve puisque ce n'est pas au débiteur qui allègue que ses manquements ont un caractère véniel d'en rapporter la preuve, mais au créancier de l'obligation inexécutée de prouver la gravité des manquements de son débiteur. En conséquence, il appartiendra au créancier de démontrer que la nature des obligations inexécutées par le débiteur porte une atteinte telle à ses intérêts patrimoniaux, c'est-à-dire à l'utilité économique qu'il espérait retirer du contrat, que ces manquements peuvent être qualifiés de suffisamment graves⁴, ou encore, que le comportement

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 326, p. 353.

² Il est possible d'observer que le standard de l'inexécution « suffisamment grave » conditionne également la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Bien qu'il s'agisse de la référence au même standard, il semblerait, néanmoins, que le degré de gravité justifiant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution soit inférieur à celui de la résolution unilatérale. Cette différence de degré de gravité semble clairement perceptible dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar (C.A. Colmar, 23 mars 1979, D. 1980, I.R., p. 192). Dans le cadre de cet arrêt, ladite Cour a, en effet, pu retenir que le concédant peut résilier unilatéralement le contrat car son concessionnaire : « manque si gravement et si durablement à ses obligations essentielles que le concédant sous peine de subir un préjudice irréparable par sa nature ou son ampleur, ne peut limiter sa riposte à l'exception d'inexécution ».

³ Le nouvel art. 1226 al. 4 du C. civ. dispose expressément : « Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. *Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ». (Nous soulignons).

⁴ Dans le cadre de la dimension économique de la résolution, afin d'apprécier si le seuil de gravité justifiant la résolution est atteint, il est généralement procédé à une comparaison entre l'utilité attendue du contrat par le créancier et celle qui lui sera effectivement procurée. Comme constaté, le contrat sera maintenu s'il présente « une utilité certes moindre que celle qui était attendue ou méritée, mais tout de même assez satisfaisante pour considérer

du débiteur s'écarte si ouvertement à la norme comportementale de bonne foi qui gouverne l'exécution du contrat que le manquement commis peut être qualifié de suffisamment grave. Les deux types de preuve pouvant, d'ailleurs, être combinés pour parvenir au seuil de gravité justifiant la résolution.

Ensuite, il s'agira de s'intéresser au pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire. Le contrôle de la qualification juridique des faits doit conduire le juge à vérifier si les manquements reprochés font bien partie de ceux qui entrent dans les prévisions de la clause résolutoire. En effet, une clause résolutoire ne peut jouer qu'en cas d'inexécution d'une obligation qu'elle vise expressément. Ainsi, par exemple, lorsqu'une clause résolutoire est stipulée dans un contrat de bail et vise le non-paiement des loyers, la Cour de cassation retient que celle-ci ne peut être mise en œuvre par le bailleur pour faire sanctionner le non-paiement d'une indemnité d'occupation¹. Le non-paiement d'une indemnité d'occupation ne pouvant être qualifié de non-paiement des loyers.

La question qui peut également se poser ici est de savoir sur qui pèsera la charge de prouver le caractère inexact de la qualification. Dans la mesure où les nouvelles dispositions du Code civil dédiées à la clause résolutoire ne font aucunement allusion à la question de la charge de la preuve, celle-ci doit répondre aux règles de droit commun. En conséquence, ce sera à la partie qui allègue que les manquements reprochés ne font pas partie de ceux visés par la clause résolutoire d'en rapporter la preuve.

Enfin, il est possible de faire allusion au contrôle de la qualification juridique des faits en matière de licenciement. Lors de cette étape du contrôle, le juge pourra, notamment, être amené à vérifier que la cause de licenciement invoquée par l'employeur revêt un degré de gravité suffisant pour être qualifiée de « sérieuse ». Le seuil de gravité défini par le standard du « sérieux » s'appréciant par rapport à l'intérêt de l'entreprise. Plus précisément, la cause « sérieuse » a pu être définie comme celle « revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement »².

Ici encore, il est possible de se demander sur laquelle des parties pèse la charge de rapporter la preuve du caractère sérieux de la cause de licenciement. En raison du caractère inquisitoire de la procédure mise en place par la loi, la charge de la preuve ne pèse pas plus particulièrement sur l'employeur ou sur le salarié, chacune des parties supportant la charge de la preuve de ses propres allégations. C'est au juge qu'il appartient, en réalité, d'établir la preuve du caractère sérieux de la cause de licenciement, au besoin, en ordonnant toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Au regard des éléments fournis par les parties et de ceux qu'il aura lui-même recueillis, le juge appréciera, alors, si la cause de licenciement invoquée par l'employeur, comme, par exemple, la faute du salarié, son insuffisance professionnelle, ou encore, son inaptitude physique, revêt une gravité telle qu'elle rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du contrat de travail. Au terme des débats, si un doute subsiste

qu'il est préférable que le contrat ait été conclu plutôt que non ». (v. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 439).

¹ v. Cass. civ. 3^{ème}, 24 février 1999, *Bull. civ.* III, n° 47, p. 32 ; RDI, 1999, p. 470, note J. DERRUPÉ.

² v. : JOAN 30 mai 1973, p. 1699.

quant à la qualification de cause « sérieuse », celui-ci bénéficiera au salarié, l'employeur supportant le risque de la preuve¹.

436. **L'intensité du contrôle.**- Dès lors que le juge peut être amené à contrôler la qualification juridique des faits, la question qui se pose est celle de l'intensité de ce contrôle. Autrement dit, et pour reprendre la terminologie du droit administratif, le juge doit-il procéder à un contrôle « restreint » de la qualification juridique des faits et, en conséquence, ne sanctionner que les erreurs manifestes d'appréciation, c'est-à-dire les erreurs grossières de qualification, ou doit-il procéder à un contrôle « entier » et ainsi sanctionner toute erreur ou toute insuffisance de qualification, même minimale ?

Ici, il n'apparaît pas possible de formuler une réponse qui prendrait la forme d'un principe général. L'intensité du contrôle semble être appelée à varier en fonction du contenu de la norme attributive du pouvoir et de l'interprétation qu'en donnera le juge². L'interprétation de la norme attributive du pouvoir permet, en effet, au juge d'identifier la marge d'appréciation subjective qu'il s'agit de laisser au titulaire du pouvoir dans le choix des motifs-efficients qui en justifient l'exercice, ce qui va, alors, venir influencer sur l'intensité du contrôle.

Dans l'hypothèse où le juge estimerait que la norme attributive du pouvoir entend laisser une large marge d'appréciation subjective au titulaire du pouvoir dans le choix des motifs-efficients, et cela, dans la perspective de favoriser l'expression de ses intérêts³, le juge ne procédera qu'à un contrôle « restreint » de la qualification juridique des faits.

Cette situation semble se rencontrer, par exemple, en matière de pouvoirs d'agrément. Si les juges du fond sont invités à procéder à un contrôle systématique des motifs avancés par le titulaire du pouvoir⁴, la Cour de cassation ne donne cependant pas de définition précise ni de directive d'interprétation claire qui permettrait d'identifier la nature des « motifs légitimes » susceptibles de justifier un refus d'agrément. La Cour, ayant, en effet, admis que les motifs du refus pouvaient correspondre à des considérations relatives aux qualités du candidat à l'agrément, tout comme à des considérations étrangères à celui-ci⁵, sans pour autant donner plus

¹ v. : l'article L 1235-1 al. 5 du C. trav.

² Rappr. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 813 et s., p. 470 et s., où les auteurs constatent, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, que les variations dans l'intensité du contrôle « résultent d'un subtil dosage entre les règles fixées par les textes eux-mêmes et l'interprétation qu'en fait le juge ». En droit privé, lorsqu'il s'agit de procéder au contrôle d'un pouvoir, il semble alors logique de retrouver les mêmes facteurs de variation.

³ Il convient, en effet, d'observer que la marge d'appréciation subjective laissée au titulaire du pouvoir est en corrélation avec l'équilibre des intérêts dans le cadre du rapport de pouvoir. Plus la marge d'appréciation subjective dans le choix des motifs-efficients qui justifient l'exercice du pouvoir est importante, plus la mise en œuvre du pouvoir sera facilitée, ce qui favorisera, alors, l'expression des intérêts du titulaire du pouvoir au détriment de ceux du cocontractant appelé à en subir les effets.

⁴ Le droit positif ne considère pas le pouvoir d'agrément comme un pouvoir discrétionnaire. Les motifs qui justifient l'exercice de ce pouvoir font l'objet d'un encadrement objectif. Ils ne sont pas abandonnés aux considérations purement subjectives, c'est-à-dire à l'arbitraire, du titulaire du pouvoir. (Sur ce point, v. : *supra*, n° 306, p. 334 et s.).

⁵ v. : Cass. com. 5 octobre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 181, p. 208. En l'espèce, une cour d'appel avait pu retenir que le pouvoir d'agrément avait été détourné de sa finalité dans la mesure où, notamment, le refus d'agrément n'avait pas été motivé par la personne du candidat. La Cour de cassation censure alors cette décision en retenant : « qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à établir que le refus d'agrément critiqué, lequel pouvait être fondé sur

de précisions sur ce dernier point. La volonté d'ouvrir assez largement la catégorie « motifs légitimes » susceptibles de justifier un refus d'agrément semble, ici, s'accompagner de la volonté de restreindre l'intensité du contrôle en ne donnant pas de directives d'interprétation précises. Armés de peu de directives d'interprétation, les juges du fond paraissent ainsi conduits à ne sanctionner que les motifs de refus d'agrément qui ne peuvent manifestement pas être qualifiés de légitimes.

À l'opposé, dans l'hypothèse où le juge estimerait que la norme attributive du pouvoir entend réduire la marge d'appréciation subjective laissée au titulaire du pouvoir en ce qui concerne le choix des motifs-efficients, et cela, dans l'optique de favoriser la protection des intérêts de son cocontractant¹, le juge procèdera à un contrôle « entier » de la qualification juridique des faits.

Tel semble être le cas, par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Les juges du fond paraissent, en effet, appelés à contrôler l'exacte adéquation des motifs de fait sur lesquels s'est fondé, en l'espèce, le titulaire du pouvoir, aux motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir. La Cour de cassation sanctionnant toute erreur ou toute insuffisance de qualification².

Si le contrôle du dépassement de pouvoir peut conduire le juge à s'intéresser aux motifs-efficients lorsque ceux-ci font l'objet d'un encadrement objectif, ce contrôle peut également être l'occasion pour le juge de s'intéresser aux moyens employés par le titulaire du pouvoir lorsque ceux-ci font, également, l'objet d'un encadrement objectif.

B. Le contrôle des moyens employés.

437. Deux points de contrôle.- Lorsque les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle du juge peut se développer sur deux points.

En premier lieu, le juge pourra être amené à vérifier que le titulaire du pouvoir a bien fait usage des moyens mis à sa disposition par les normes qui enserrent l'exercice de sa prérogative. En cela, le premier point du contrôle s'apparente à un contrôle de la nature des moyens employés (1).

Dans un second temps, lorsqu'une partie bénéficiant d'un pouvoir contractuel ou de plusieurs pouvoirs contractuels se retrouve avec différents moyens à sa disposition, autrement dit lorsqu'elle bénéficie de la possibilité de choisir les moyens à employer, le juge pourra,

des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément, était illégitime, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹ Limiter la marge d'appréciation subjective du titulaire du pouvoir dans le choix des motifs-efficients qui en justifient l'exercice permet, d'un point de vue quantitatif, de réduire les hypothèses de mise en œuvre du pouvoir et, d'un point de vue qualitatif de sélectionner des motifs davantage respectueux des intérêts du cocontractant.

² v. par ex. le célèbre arrêt : Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 25, où la Cour reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le comportement du débiteur revêtait une gravité suffisante pour justifier la résolution et censure, dès lors, leur arrêt pour défaut de base légale. *Adde*, dans le même sens : Cass. com. 31 mars 2009, n° 07-20991 ; RTD civ. 2009, p. 320-321, note B. FAGES. Dans sa note, M. FAGES constate, d'ailleurs, le contrôle « relativement poussé que la Cour de cassation opère sur la gravité du comportement allégué par l'auteur de la rupture » (spéc., p. 321).

semble-t-il, être amené à vérifier que cette dernière a choisi une mesure proportionnée. Le second point du contrôle correspondrait, ainsi, au contrôle de la proportionnalité des moyens employés (2).

1. *Le contrôle de la nature des moyens employés.*

438. **L'utilisation des moyens prédéfinis.-** Lorsque les moyens qui accompagnent l'exercice d'un pouvoir contractuel font l'objet d'une prédétermination objective, le juge peut être amené à vérifier que le titulaire du pouvoir s'est bien conformé auxdits moyens qui sont contenus dans les normes qui encadrent l'exercice de sa prérogative.

Il a notamment pu être montré que cet encadrement objectif est susceptible de concerner les sommes que peuvent être appelés à verser les titulaires de certains pouvoirs de rétractation ou de résiliation à l'occasion de leur mise en œuvre¹. Ainsi, le juge pourra être invité à vérifier que le titulaire du pouvoir s'est bien acquitté des sommes prédéterminées par la loi, comme il en va en matière de réméré² et dans le cadre de la résiliation du marché à forfait³, ou par la convention des parties, comme il en va en matière de dédit stipulé à titre onéreux, ou encore, parfois, dans le cadre de la révocation du mandat stipulé irrévocable⁴.

Il a également pu être montré que cette prédétermination objective des moyens à employer s'appliquait aux sanctions disciplinaires à la disposition de l'employeur⁵. En effet, hormis le licenciement et la rupture anticipée du contrat à durée déterminée⁶, seules les sanctions prévues par le règlement intérieur peuvent être prononcées par l'employeur⁷. Pour prendre l'exemple de la mise à pied disciplinaire, qui est l'expression d'un pouvoir contractuel, le juge pourra donc être amené à vérifier que cette sanction fait bien partie de celles mises à sa disposition par le règlement intérieur⁸.

Qu'il s'agisse de l'objectivation des moyens pécuniaires ou des moyens de sanction mis à la disposition de l'employeur, il convient d'observer que chaque fois que le titulaire du

¹ v. : *supra*, n° 312, p. 339 et s.

² Le premier alinéa de l'art. 1673 du C. civ. dispose que le vendeur qui exerce son pouvoir d'anéantir le contrat doit : « rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation ».

³ L'art. 1794 du C. civ. dispose que lorsque le maître de l'ouvrage résilie le marché à forfait, celui-ci doit dédommager « l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

⁴ v. sur ce point : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 681, p. 460. Il convient d'ajouter que dans l'hypothèse où le montant de la somme à verser par le mandant n'aura pas été conventionnellement prédéterminée, les parties pourront s'accorder sur son montant. En cas de désaccord, l'une ou l'autre des parties pourra saisir le juge afin qu'il fixe le montant de l'indemnité due au mandataire.

⁵ v. : *supra*, n° 311, p. 338 et s.

⁶ Ces pouvoirs échapperaient à l'exigence d'une inscription dans le règlement intérieur en raison de leur appartenance au régime légal du contrat de travail. (v. en ce sens : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 740, p. 797).

⁷ v. : Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ. V*, n° 243, préc.

⁸ Originellement, la Cour de cassation avait pu retenir que l'employeur pouvait prononcer une mise à pied disciplinaire, même si cette sanction n'était pas prévue par le règlement intérieur. Pour cela, la Cour se fondait sur l'idée selon laquelle cette sanction est « inhérente au pouvoir disciplinaire de l'employeur » (v. : Cass. soc., 25 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 423 ; Dr. soc. 1988. 258, obs. J. SAVATIER). Ce n'est que par la suite que la Cour de cassation a pu refuser qu'une mise à pied disciplinaire puisse être prononcée si celle-ci n'est pas prévue par le règlement intérieur (v. : Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ. V*, n° 243, préc.).

pouvoir ne fait pas usage des moyens contenus dans les normes qui encadrent l'exercice de sa prérogative, celui-ci sort des limites objectives de son pouvoir et commet, de ce fait, un dépassement de pouvoir qui pourra être sanctionné.

Si le dépassement de pouvoir peut être caractérisé par l'utilisation de moyens qui ne font pas partie de ceux mis à la disposition du titulaire du pouvoir, il semblerait que le dépassement de pouvoir puisse, également, être caractérisé en cas d'utilisation de moyens disproportionnés.

2. Le contrôle de la proportionnalité des moyens employés.

439. **L'objet du contrôle de proportionnalité.**- Ces dernières années, la notion de proportionnalité a connu un essor remarqué, tant en droit public, qu'en droit privé. Bien que l'existence d'un principe général de proportionnalité en droit privé soit, encore, à l'heure actuelle, une question débattue, il est néanmoins possible de constater que l'exigence de proportionnalité s'y est largement développée, et cela, notamment en droit des contrats¹. L'exigence de proportionnalité pourrait, d'ailleurs, être appelée à jouer un rôle en matière de pouvoir contractuels. Afin de déterminer le rôle que pourrait jouer l'exigence de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels et, de ce fait, mettre en lumière ce que le juge pourrait être amené à contrôler, il apparaît nécessaire d'identifier, au préalable, ce que recouvre la notion de proportionnalité.

Si, la proportionnalité peut se définir comme « le fait d'établir un rapport de mesure entre deux grandeurs »² ou, plus simplement, entre deux éléments, des divergences doctrinales apparaissent cependant lorsqu'il s'agit d'identifier la nature précise dudit « rapport de mesure » que promeut, en droit, l'exigence de proportionnalité.

À ce propos, il a pu être mis en évidence par un certain nombre d'auteurs que ces divergences doctrinales sont liées au fait que la notion de proportionnalité dispose d'une double acception³. En effet, l'idée de « proportionnalité » peut faire référence, soit, à ce qui est « proportionnel », soit, à ce qui est « proportionné »⁴.

¹ L'une des illustrations les plus notables de la progression de l'exigence de proportionnalité en droit des contrats est la possibilité offerte au juge, depuis 1975, de réviser le montant des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires.

² Cette définition correspond au sens couramment donné à la proportionnalité (Rappr. : la définition donnée par *Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° proportionnalité, sens n° 1). Elle est généralement retenue comme point de départ des études dédiées à la proportionnalité en droit (v. not. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 405, p. 322 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf., J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 710, p. 428).

³ À propos du caractère polysémique de la notion de « proportionnalité » qui perturbe souvent le dialogue doctrinal, v. not. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Conclusion », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 68 et s., spéc., p. 69, où l'auteure constate que : « Pour certains, le principe de proportionnalité serait un principe d'équilibre objectif dans le contrat. Pour d'autres, il serait un principe de juste mesure, un principe d'adéquation des moyens employés au but poursuivi ».

⁴ Pour la mise en évidence de cette double acception, v. not. : J.-P. GRIDEL, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Acte du colloque organisé par le Centre de recherche juridique de l'Université de la Réunion, 4-5 juin 2007, LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 113 et s., spéc., p. 113 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2000, p. 46 et s.

Lorsque la notion de proportionnalité est associée au terme « proportionnel », celle-ci se présente comme un rapport d'adéquation mathématique entre deux éléments. Dans cette situation, il a pu être montré que la proportionnalité apparaît davantage comme un instrument de mesure au service d'un dispositif plus large, qu'un principe autonome¹. La proportionnalité, conçue comme un simple rapport mathématique entre deux éléments, serait, par exemple, à la base du mécanisme de la lésion. Elle serait également au service de l'équilibre voulu par les parties lorsque celles-ci font appel au mécanisme de la rémunération proportionnelle, ou encore, à celui de la réduction du prix².

Lorsque la notion de proportionnalité est associée au terme « proportionné », l'exigence de proportionnalité se conçoit comme un rapport de « juste mesure »³, c'est-à-dire comme un rapport d'adéquation « raisonnable »⁴ entre les moyens employés et le but poursuivi⁵. Il a, d'ailleurs, pu être constaté que c'est lorsqu'elle est appréhendée sous l'angle d'un rapport de « juste mesure » que l'exigence de proportionnalité se présenterait, en droit, comme un concept autonome⁶. Ainsi, la nature du « rapport de mesure » que promouvrait l'exigence de proportionnalité en droit serait, donc, celle d'un rapport de « juste mesure ». Autrement dit, l'exigence de proportionnalité ne supposerait pas d'établir un rapport d'adéquation « arithmétique », mais un rapport d'adéquation « géométrique »⁷, ou plutôt, à géométrie

¹ v. not. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 3 et s., spéc., n° 6, où l'auteure observe que : « parmi les applications de la notion de proportion qui existent en droit privé, on trouve des cas où la proportionnalité est ainsi conçue comme un simple rapport mathématique constant. Il s'agit alors d'une proportionnalité purement mathématique, qui peut être utilisée comme un simple instrument, et qui ne me paraît pas correspondre à l'essence du principe de proportionnalité ».

² Le mécanisme de la réduction du prix procède, en effet, à une diminution de la quotité de la chose due par l'acheteur « proportionnellement » à la diminution de la valeur fournie par le vendeur. À ce propos, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 406, p. 323.

³ v. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., spéc., n° 12, où l'auteure constate que : « L'idée de juste mesure est au cœur du principe de proportionnalité. « Qui dit proportionné dit juste » devrait être la nouvelle maxime ». Rapp. : S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., où l'auteure considère que : « La proportionnalité permet d'instaurer un équilibre qui ne mène pas à une équivalence stricte mais plutôt à une recherche du raisonnable, autrement dit à la découverte de justes proportions ». (L'auteure souligne).

⁴ Pour l'emploi de ce standard, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 407, p. 325.

⁵ À propos de cette idée selon laquelle la proportionnalité consiste à rechercher s'il existe une adéquation des moyens employés au but poursuivi, v. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 1 et n° 12 où l'auteure considère qu'il faut retenir une approche finaliste de la proportionnalité.

⁶ v. not. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 6, où l'auteure retient : « on peut penser qu'on est en présence d'une application du principe de proportionnalité chaque fois que c'est l'exigence de proportionnalité au sens d'exigence de juste mesure, qui expliquera ou justifiera la conséquence que l'on tire de la règle de droit ».

⁷ v. not. en ce sens : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Préf. F. TULKENS et F. OST, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, n° 1034, p. 725, où l'auteur conclut ses développements en faisant observer que la proportionnalité : « est moins attachée à l'algèbre du rationnel qu'à la géométrie du raisonnable ». Adde, J.-P. MARGUÉNAUD, « Conclusions générales », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, Acte du colloque organisé par le Centre de recherche juridique de l'Université de la Réunion, 4-5 juin 2007, LPA 5 mars 2009, p. 119 et s., spéc., p. 120, où l'auteur retient : « il vaut mieux, [...] rattacher les figures du contrôle de proportionnalité à des figures géométriques ».

variable. En effet, ce rapport d'adéquation étant apprécié à l'aune de standards tels que le « juste » et le « raisonnable », leur souplesse permet, alors, d'imposer tantôt, une proportionnalité stricte, tantôt, une proportionnalité relative entre les moyens employés et les objectifs poursuivis¹.

Aussi, est-ce cette conception de l'exigence de proportionnalité qui serait sollicitée lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère « proportionné » des moyens choisis et employés par le titulaire d'un pouvoir. L'exigence d'un rapport d'adéquation raisonnable entre les moyens employés et la cause de l'exercice du pouvoir se présentant, en effet, comme un principe de limitation du pouvoir² dont il serait possible d'observer des manifestations en droit de l'Union européenne³, en droit administratif⁴, mais également en droit des contrats⁵. En qualité de principe de limitation du pouvoir susceptible de jouer en matière contractuelle, l'exigence de proportionnalité pourrait, donc, avoir pour rôle de venir encadrer l'exercice d'un pouvoir contractuel. Cet encadrement prendrait, alors, la forme d'un rapport de juste mesure entre les moyens choisis par le titulaire du pouvoir et la cause de son exercice.

S'il est ici fait référence à l'existence d'un rapport de juste mesure entre les moyens choisis par le titulaire du pouvoir et la « cause » de son exercice, il apparaît toutefois nécessaire de préciser la nature de l'élément au regard duquel il convient d'apprécier le caractère proportionné des moyens choisis par le titulaire d'un pouvoir.

Il est intéressant d'observer que, pour les auteurs de droit privé, le rapport d'adéquation s'apprécie entre les moyens employés et le but poursuivi par l'auteur de l'acte⁶, c'est-à-dire entre les moyens et la cause-finale, alors que pour les auteurs de droit administratif, le rapport

¹ Rappr. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Rapport introductif* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 17 où l'auteure conçoit la proportionnalité comme : « un principe de juste mesure, qui met en oeuvre une proportionnalité finalisée, et non pas seulement mathématique, par rapport aux objectifs légitimes poursuivis, ou à ceux que l'on devait poursuivre, et qui impose tantôt une proportionnalité stricte, tantôt une proportionnalité relative, consistant en la sanction des seuls excès manifestes ».

² À propos de cette idée selon laquelle l'exigence de proportionnalité se présenterait comme un principe de limitation du pouvoir, v. not. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Conclusion* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, art. préc., p. 69. Pour une reprise de cette idée, v. : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 399, p. 291.

³ v. par ex. : l'Art. 5 § 4 du Traité sur l'Union européenne, relatif aux compétences de l'Union, c'est-à-dire à l'exercice de ses pouvoirs, qui dispose : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

⁴ L'exigence de proportionnalité serait, par exemple, à la base du célèbre arrêt « BENJAMIN » (C.E., 19 mai 1933, Rec. LEBON, p. 541), dans lequel le Conseil d'État a considéré que si le maire doit prendre dans sa commune les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, ce dernier doit néanmoins concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion qui est garantie par la loi. Elle transparait également dans la méthode du bilan coût/avantages développée par le juge administratif depuis l'arrêt « Ville Nouvelle-Est » (C.E., 28 mai 1971, Rec. LEBON, p. 409).

⁵ v. not. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Conclusion* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, art. préc., p. 68 et s., spéc., p. 70, estime que : « Dès lors [que] la notion de pouvoir n'est pas absente du droit positif des contrats [...] il ne faut donc pas s'étonner que la proportionnalité soit utilisée pour modérer l'exercice de ce pouvoir ».

⁶ v. not. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Rapport introductif* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., spéc., n° 1, où l'auteure retient que dans le cadre de la proportionnalité : « il s'agit donc de rechercher s'il existe une adéquation des moyens employés au but poursuivi ». Adde, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 408, p. 325, où l'auteure considère que contrôler la proportionnalité de la sanction prononcée par les parties au contrat suppose de mesurer l'adéquation au but poursuivi par son auteur ainsi qu'au but qu'il était tenu de poursuivre en vertu du pouvoir.

d'adéquation s'apprécie entre les moyens employés et les motifs-efficients de l'acte¹, autrement dit, entre les moyens et la cause-efficiente.

Si cette divergence d'analyse est révélatrice de ce que les auteurs de droit privé et de droit public n'attachent pas une importance identique aux mêmes éléments de l'acte juridique et de ce qu'ils ne retiennent pas la même conception de la notion de cause², il semblerait que ces deux analyses ne soient pas, pour autant, exclusives l'une de l'autre. Chacune d'elles semblant détenir une part de vérité. En effet, afin de déterminer si le titulaire d'un pouvoir a eu recours à des moyens proportionnés, il apparaît nécessaire d'apprécier ceux-ci tant au regard des motifs-efficients qui l'ont poussé à agir³, que du but que celui-ci était tenu de poursuivre.

En conséquence, il semblerait que le contrôle de proportionnalité doive se développer dans deux directions. L'objet de ce contrôle résidant, alors, dans la mesure d'un rapport d'adéquation raisonnable, d'une part, entre les moyens choisis par le titulaire du pouvoir et les motifs-efficients qui justifient son action, et, d'autre part, entre les moyens choisis par le titulaire du pouvoir et le but qu'il devait poursuivre.

440. Le domaine du contrôle de proportionnalité.- Étant donné que le contrôle de proportionnalité suppose de s'intéresser au « choix » des moyens utilisés par le titulaire d'un pouvoir, il n'apparaît, bien entendu, possible de procéder à ce contrôle en matière de pouvoirs contractuels que lorsque le titulaire d'un tel pouvoir disposera de la possibilité de choisir les moyens à employer.

Cette situation se rencontre, notamment, chaque fois que l'une des parties dispose d'un éventail de moyens qui lui permettent de sanctionner unilatéralement son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, en ce qui concerne les sanctions de l'inexécution. En effet, en cas d'inexécution, il est possible de constater que le droit positif offre au créancier le pouvoir d'y remédier à l'aide de différents moyens tels que l'exception d'inexécution, le remplacement, ou encore, la résolution unilatérale à ses risques et périls⁴. Cet éventail de moyens de sanction se rencontre aussi en matière disciplinaire. Par exemple, lorsque l'employeur fait usage de son pouvoir disciplinaire, ce dernier dispose d'un vaste choix de sanctions. Cette sanction pouvant, entre autres, prendre la forme d'une mise à pied disciplinaire ou d'un licenciement⁵.

La possibilité de choisir les moyens à employer ne se limite toutefois pas à la seule catégorie des pouvoirs de sanction. Celle-ci semble également offerte à la partie qui détient le pouvoir de déterminer unilatéralement le prix. En effet, le titulaire d'une telle prérogative dispose de la possibilité de définir différents prix qui tendent, alors, à se présenter comme autant

¹ v. par ex. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 806, p. 465-466, où les auteurs considèrent que le contrôle de proportionnalité suppose de s'interroger sur : « l'adéquation, la proportion, entre le contenu de la décision et les caractéristiques des faits de l'espèce », c'est-à-dire avec ce qu'ils dénomment la « condition de l'action », ce qui correspond aux motifs-efficients, à la cause-efficiente de l'acte.

² À propos de cette différence de conceptions de la cause en droit public et en droit privé, v. : *supra*, n° 431, p. 477 et s.

³ Les motifs-efficients constituent les antécédents objectifs sur lesquels le titulaire du pouvoir s'est appuyé. Ils correspondent au « parce que » de son action.

⁴ En d'autres termes, le droit positif offre au créancier plusieurs pouvoirs de sanction qui constituent autant de moyens de remédier à l'inexécution.

⁵ S'il est, ici, fait allusion à la mise à pied disciplinaire et au licenciement disciplinaire, c'est dans la mesure où ces sanctions constituent l'expression de pouvoirs contractuels.

de moyens à sa disposition. Ou encore, il apparaît possible de faire allusion au pouvoir issu d'une clause de mobilité géographique qui offre la possibilité à l'employeur de définir les modalités du changement du lieu de travail, et ce, dans le cadre d'un secteur géographique objectivement prédéfini.

Dans la mesure où ces différents pouvoirs contractuels offrent la possibilité à leurs titulaires de choisir les moyens à employer, ceux-ci peuvent, *a priori*, être concernés par un contrôle de proportionnalité. Mais qu'en est-il véritablement en l'état actuel du droit positif ?

Pour l'heure il est possible d'observer qu'il n'existe que très peu de textes spéciaux qui fondent directement la possibilité d'un contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels. Parmi les exemples précités, seulement deux pouvoirs contractuels semblent, en effet, visés par des dispositions légales autorisant un contrôle de proportionnalité.

Le premier de ces pouvoirs est le pouvoir disciplinaire de l'employeur dont la mise en œuvre est susceptible de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité en vertu de l'article L. 1333-2 du Code du travail. Cette disposition légale autorisant expressément le conseil des prud'hommes à annuler la sanction prononcée en raison de son caractère disproportionné¹.

Le second de ces pouvoirs est celui issu des clauses de mobilité géographiques dont l'exercice est, aujourd'hui, contrôlé par la jurisprudence sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail². Ce texte, dont la finalité est de garantir le respect des droits fondamentaux du salarié doit, ici, permettre au juge de vérifier que la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie personnelle et familiale du salarié.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité assuré sur le fondement de cette disposition légale, il est alors intéressant de souligner que la mesure du rapport d'adéquation raisonnable ne doit pas se faire uniquement entre les moyens choisis, les motifs-efficients et le but poursuivi par l'employeur, mais aussi au regard de l'atteinte portée aux droits fondamentaux du salarié. Le contrôle de proportionnalité intègre alors ainsi, dans cette situation particulière, une composante supplémentaire. La prise en compte des droits fondamentaux du salarié, qui connaît un essor remarquable en droit du travail, se présentant, ici, comme nouvelle limite objective au pouvoir de l'employeur³.

¹ L'art. L. 1333-2 du C. trav. dispose que : « Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou *disproportionnée* à la faute commise ». (Nous soulignons). Il convient toutefois de préciser que le contrôle de proportionnalité n'est possible que dans les cas où une sanction autre qu'un licenciement est prononcée. (v. sur ce point l'art. L. 1333-3 du C. trav. ; pour une illustration jurisprudentielle, v. : Cass. soc. 14 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 375, p. 287 ; Dr. soc. 2001, 207, obs. J. SAVATIER).

² v. not. : Cass. soc. 14 octobre 2008, LPA, 3 avril 2009, n° 65, p. 5, note V. FRAISSINIER-AMIOT ; RDT 2008, p. 731, note G. AUZERO ; JCP G. 2008, II, 10201, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; RDC 2009, p. 175, note Ch. RADÉ. *Adde*, Cass. soc., 13 janvier 2009, JCP S. 2009, 1169, note B. BOSSU ; D. 2009, p. 1799, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; JCP E. 2010, 1309, note S. BÉAL ; Cass. soc., 12 juillet 2010, n° 08-44363 ; Cass. soc., 23 mars 2011 n° 09-69127. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte portée au droit à la vie personnelle et familiale du salarié apparaît possible y compris lorsque le changement du lieu de travail s'opère dans le même secteur géographique. Cette possibilité semble pouvoir être déduite d'une lecture *a contrario* de l'arrêt Cass. soc., 29 octobre 2014, n° 13-21192.

³ La question de la nature de la sanction applicable en cas de non-respect de cette limite objective reste néanmoins discutée. Certains auteurs considèrent que la violation des droits fondamentaux du salarié devrait conduire au prononcé de la nullité de la mesure prise par l'employeur (v. not. : J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003 ; I. MEYRAT, « *La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique* », in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 41 et s.) ainsi que de l'éventuel licenciement subséquent qui pourrait

En dehors de ces deux dispositions légales, il ne semble cependant pas exister de textes spéciaux autorisant un contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels.

Doit-on alors penser que le domaine du contrôle de proportionnalité est très réduit en matière de pouvoirs contractuels et que l'absence de dispositions textuelles constitue un obstacle à son développement ? Rien n'est moins sûr. Si l'existence d'un principe général de proportionnalité est encore discutée, les manifestations de ce principe tendent à se multiplier en jurisprudence. Les juges n'hésitant d'ailleurs pas à se passer de fondement textuel pour dégager de nouvelles exigences de proportionnalité¹. La généralisation du contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels semble donc tout à fait envisageable même en l'absence de dispositions textuelles en ce sens.

Deux raisons viennent, en outre, militer en faveur d'une généralisation du contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels.

La première de ces raisons est relative à la nature intrinsèque des pouvoirs contractuels ici évoqués. Certains auteurs ont, par exemple, pu montrer que l'exigence de proportionnalité est au cœur du mécanisme de la fixation unilatérale du prix². La fixation d'un prix disproportionné constituerait, en effet, une forme d'abus dans l'exercice de ce pouvoir³. Le juge pourrait donc être amené à prendre appui sur l'exigence de proportionnalité afin de vérifier que le moyen choisi, est en adéquation, d'une part, avec le motif-efficient qui le justifie, et, d'autre part, avec la finalité attachée au pouvoir⁴.

être prononcé en cas de refus du salarié de se soumettre aux effets de la clause de mobilité (v. en ce sens : C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 619, p. 535 et s.) Mais en l'état actuel des choses, il semblerait que la jurisprudence préfère prononcer l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement en se fondant, soit, sur le régime de la modification du contrat de travail, soit, sur le fondement de l'abus de droit. Pour une illustration, v. par ex. : C.A. Paris, 16 novembre 2011, où la Cour a retenu que « L'atteinte qui en résultait à la vie personnelle et familiale de la salariée, mère de six enfants, dont certains étaient encore mineurs, caractérise une application déloyale du contrat de travail. Dans ce contexte, le refus de la salariée de rejoindre sa nouvelle affectation alors qu'elle demandait simplement à la société PEI, entreprise de plus de mille salariés, un réexamen de sa situation et une affectation sur un poste ne comportant qu'une seule vacation, ne saurait être fautif ». En conséquence la Cour d'appel a conclu à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

¹ L'une des plus célèbres illustrations de ce phénomène est l'arrêt Macron (Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188) qui fonde, en matière de cautionnement, une exigence de proportionnalité en dehors des situations légalement régies par le Code de la consommation.

² v. not. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 16 ; N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, p. 21 et s., spéc., n° 16.

³ v. en ce sens : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 16 : « l'abus pourra être le fait non pas de fixer un prix objectivement excessif, mais de fixer un prix disproportionné par rapport au but commun des parties au contrat-cadre »

⁴ Par exemple, lorsque le pouvoir de fixation unilatérale du prix prend place dans un contrat-cadre, il a pu être montré que l'exercice de ce pouvoir devait être motivé par des considérations relatives à la conjoncture économique (v. : *supra*, n° 308, p. 336 et s., à propos des motifs-efficients qui justifient l'exercice du pouvoir) et qu'il pouvait avoir pour finalité, notamment, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché (v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s., à propos des différentes finalités du pouvoir de fixation du prix). Le contrôle de proportionnalité doit-il, ainsi, conduire le juge à apprécier le rapport d'adéquation entre, d'une part, le prix fixé et les considérations objectives relatives à la conjoncture économique qui le justifient, et, d'autre part, entre le prix fixé et la finalité associée au pouvoir qui peut être de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché.

L'exigence de proportionnalité serait également au cœur des pouvoirs contractuels de sanction. En effet, dans la mesure où l'exigence de proportionnalité paraît inhérente au mécanisme de la sanction en général¹, celle-ci doit, semble-t-il, se retrouver nécessairement au cœur des pouvoirs contractuels de sanction². Autrement dit, le contrôle de proportionnalité serait, par principe³, susceptible de concerner tous les pouvoirs contractuels de sanction⁴. En conséquence, à l'occasion d'un contrôle judiciaire, le juge devrait-il pouvoir se fonder sur l'exigence de proportionnalité afin de vérifier qu'il existe bel et bien un rapport d'adéquation entre le moyen de sanction employé, la gravité du manquement et la finalité attachée au pouvoir⁵.

La seconde raison qui plaide en faveur de la généralisation du contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels tient en ce que ce contrôle trouverait son fondement dans le principe de force obligatoire du contrat et permettrait d'en assurer le respect. Deux points doivent, ici, être précisés. D'une part, il convient d'observer que soumettre l'exercice de certains pouvoirs contractuels à une exigence de proportionnalité revient à affubler le choix des moyens à employer d'un encadrement objectif. D'autre part, il doit être rappelé que dans la mesure où les pouvoirs contractuels se présentent comme des effets du contrat, l'encadrement objectif de leurs conditions de mise en œuvre se trouve régi par le principe de force obligatoire du contrat.

Cela signifie, donc, que soumettre l'exercice de certains pouvoirs contractuels à une exigence de proportionnalité revient à affubler le choix des moyens à employer d'un encadrement objectif qui trouve sa source dans le principe de force obligatoire du contrat. Le contrôle de la proportionnalité des moyens employés permettrait, ainsi, au juge, de vérifier que

¹ L'art. 8 de la DDHC qui édicte le principe de proportionnalité des peines semble disposer d'un champ d'application très vaste dans la mesure où il ne distingue pas selon la nature de la peine en question. Si le principe de proportionnalité s'applique aux sanctions pénales et aux sanctions fiscales (v. par ex. : DC n° 97-395 du 30 décembre 1997), il doit également venir s'appliquer aux sanctions prononcées par les parties au contrat, peu important, d'ailleurs, que celles-ci soient unilatérales ou conventionnelles. (v. très nettement en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 404, p. 321-322, où l'auteure se montre favorable à une généralisation du contrôle de la proportionnalité de la sanction prononcée par les parties au contrat).

² Rappr. : F. TERRÉ, « *La proportionnalité comme principe ?* », JCP. G. 2009, p. 52 et s., spéc., n° 3 : « on peut observer que l'exigence de proportion a trait à des hypothèses dans lesquelles une personne est en mesure de se faire justice à elle-même ».

³ Ce principe peut néanmoins connaître des exceptions. L'une des plus notables est la résolution prononcée en vertu d'une clause résolutoire qui échappe à l'exigence de proportionnalité. Les raisons qui lui permettent d'être soustraite au contrôle de proportionnalité seront évoquées dans les développements ci-après.

⁴ Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 428 et s., p. 338 et s., où l'auteure met en évidence que l'exigence de proportionnalité serait au cœur de pouvoirs de sanction tels que l'exception d'inexécution et la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

Adde, spécifiquement au sujet de l'exigence de proportionnalité qui serait au cœur du mécanisme de l'exception d'inexécution : J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution, op. cit.*, n° 210, p. 207 ; N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », art. préc., n° 17 : « On pourrait encore invoquer [...] le contrôle de proportionnalité qui opère en matière d'exception d'inexécution, puisqu'il repose sur l'idée qu'elle constitue, en certaines hypothèses, une sanction excessive infligée par le créancier à son débiteur ».

⁵ Le juge procéderait d'ailleurs déjà à un tel contrôle de proportionnalité lorsqu'il refuse le jeu de l'exception d'inexécution en cas de manquement minime (v. par ex. : Cass. com. 30 janvier 1979, *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 33). Ce dernier estimant que le moyen de sanction mis en œuvre est excessif tant au regard de la gravité du manquement commis, que du but que le créancier entend poursuivre, à savoir, faire pression sur le débiteur.

le titulaire du pouvoir n'a pas manqué à la force obligatoire du contrat¹ en sortant des limites objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative. Or, sortir des limites objectives qui enserrment l'exercice d'un pouvoir contractuel revient à commettre un dépassement de pouvoir².

Si le principe de force obligatoire peut servir de fondement à la généralisation du contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels, il est possible d'observer que ce même principe peut également être à l'origine d'exceptions à ce contrôle. En d'autres termes, le principe de force obligatoire constituerait à la fois le fondement et la limite du contrôle de proportionnalité. En effet, il convient de rappeler que si les parties sont tenues de respecter le principe de force obligatoire du contrat, ce même principe s'impose également au juge.

Autrement dit, dans les situations particulières où le rapport d'adéquation entre les moyens utilisés, les motifs-efficients et le but qui doit guider l'exercice du pouvoir, aura été défini conventionnellement par les parties, le juge ne pourra pas venir apprécier le choix des moyens utilisés en procédant à un contrôle de proportionnalité. Ainsi, est-ce au nom du respect du principe de force obligatoire³ qu'il est, par exemple, traditionnellement fait interdiction au juge de contrôler la proportionnalité de la résolution prononcée en vertu d'une clause résolutoire⁴. Les clauses résolutoires étant, alors, exclues du domaine de contrôle de proportionnalité dans la mesure où les parties ont entendu y définir conventionnellement le rapport d'adéquation entre le moyen de sanction utilisé, à savoir la résolution, avec la gravité du manquement commis et la finalité attachée au pouvoir⁵.

Au terme de ces développements, il semble permis de penser que malgré le faible nombre de textes qui fondent directement la possibilité d'un contrôle de proportionnalité en matière de pouvoirs contractuels, ce contrôle pourra être amené à se généraliser. Cette généralisation pouvant être justifiée tant par la nature intrinsèque des prérogatives qui peuvent se trouver concernées par ce contrôle, qu'en raison de la nécessité de faire respecter la force obligatoire du contrat. Le principe de force obligatoire étant, d'ailleurs, appelé à définir les contours du domaine du contrôle de proportionnalité dans la mesure où celui-ci est susceptible de constituer à la fois le fondement et la limite de ce contrôle.

¹ Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 435, p. 341, où l'auteure conclut ses développements dédiés au contrôle de la proportionnalité de la sanction prononcée par les parties au contrat en retenant : « [qu'] avec ce contrôle de proportionnalité, le juge s'assure ainsi de ce que cet acte de justice privée est élaboré dans le respect de la force obligatoire du contrat ».

² Le contrôle de proportionnalité se présente-t-il donc comme un contrôle de type objectif. Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 412, p. 329, où l'auteure considère également que le contrôle de proportionnalité se présente comme un contrôle de type objectif.

³ v. par ex. pour une telle affirmation : J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD. Civ. 1957, p. 433 et s., spéc., n° 8 et n° 23, où l'auteur constate que le choix de valider les clauses résolutoires entraîne, au nom du principe de force obligatoire du contrat, l'interdiction faite au juge de méconnaître cette loi des parties.

⁴ Pour une illustration jurisprudentielle, v. not. : Cass. civ. 3^{ème}, 20 juillet 1989, Bull. civ. III, n° 172, p. 93 ; Defrénois 1990, p. 361, note J.-L. AUBERT ; RTD. civ. 1990, p. 75, obs. J. MESTRE ; où la Cour retient notamment que : « la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué ». *Adde*, Cass. com. 14 décembre 2004, n° 03-14380 ; CCC 2005, n° 61, note L. LEVENEUR.

⁵ La finalité des clauses résolutoires est généralement punitive et comminatoire. Sur ces points, v. not. : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., p. 46 et p. 117 et s.

441. **L'intensité du contrôle de proportionnalité.**- Si le contrôle de proportionnalité est appelé à se développer en matière de pouvoirs contractuels, toute la question est alors de savoir selon quelle intensité le juge doit contrôler le rapport d'adéquation entre les moyens utilisés, les motifs-efficients et le but qui doit guider l'exercice du pouvoir.

Sous la plume des auteurs qui se sont intéressés aux manifestations du phénomène de pouvoir en droit privé, il est courant de retrouver l'idée selon laquelle le contrôle de proportionnalité doit seulement permettre de sanctionner le choix de moyens manifestement disproportionnés¹. Pour reprendre la terminologie du droit administratif, il s'agirait, donc, pour ces auteurs, de procéder uniquement à un contrôle « restreint » de l'adéquation des moyens utilisés par rapport aux motifs-efficients et au but qui doit guider l'exercice du pouvoir. Le contrôle « restreint » n'étant destiné qu'à sanctionner les erreurs manifestes dans le choix des moyens utilisés.

Il convient alors d'observer que derrière cette prise de position doctrinale qui appelle à modérer l'intensité du contrôle de proportionnalité, se trouve la volonté de ne pas obérer de manière trop importante la marge d'appréciation subjective, c'est-à-dire la marge d'opportunité, laissée au titulaire du pouvoir dans le choix des moyens à utiliser.

Pour un certain nombre d'auteurs, cette limitation de l'intensité du contrôle trouverait écho en droit du travail, lorsqu'il s'agit, pour le juge, d'apprécier la proportionnalité des sanctions prononcées par l'employeur dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir disciplinaire². Pour prendre l'exemple de la mise à pied disciplinaire, qui est l'expression d'un pouvoir contractuel, le juge serait ainsi conduit à ne sanctionner que celles qui apparaissent comme étant manifestement disproportionnées³.

¹ v. par ex. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 208 et s., p. 133 et s. où l'auteur considère que le contrôle de l'adéquation des moyens utilisés par rapport au but poursuivi par le titulaire du pouvoir ne doit permettre de sanctionner que les « erreurs manifestes d'appréciation », autrement dit, les disproportions manifestes ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 415, p. 330 où l'auteure énonce que « le contrôle de proportionnalité ne doit être qu'un contrôle à la marge permettant la sanction de la disproportion manifeste ». Cette idée est reprise avec insistance plus loin au n° 417, p. 331, où l'auteure retient qu'il « est impératif de limiter la sanction à la seule disproportion manifeste », peu important, d'ailleurs, que ladite sanction soit conventionnelle ou unilatérale. *Adde*, N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », art. préc., spéc., n° 10, où l'auteur relève « que l'exigence de proportionnalité reste le plus souvent exceptionnelle, en ce sens qu'elle n'est sanctionnée que dans les cas de déséquilibre manifeste ou excessif ».

² v. not. en ce sens : J. SAVATIER et J. MOULY, « *Droit disciplinaire* », in *Rép. de droit du travail*, Dalloz, octobre 2013, m.à.j. juin 2017, n° 304 et s. où les auteurs considèrent que le contrôle de la proportionnalité des sanctions disciplinaires introduit par la loi du 4 août 1982 doit se limiter au contrôle des sanctions manifestement disproportionnées dans la mesure où « l'esprit général de la loi est que le pouvoir disciplinaire appartient à l'employeur, et non au juge ». Pour étayer leur position, ces auteurs font observer que même si « l'adverbe "manifestement" a disparu dans le texte définitif de l'article L. 122-43 (devenu L. 1333-2) du code du travail », « lors des débats parlementaires, le ministre du Travail avait déclaré : " le conseil de prud'hommes, quant à lui, devra vérifier si la sanction est disproportionnée à la faute, et non si elle est proportionnée ; c'est là plus qu'une différence de vocabulaire" (JOAN 18 mai 1982, p. 2317) ». *Adde*, dans le même sens, A. MAZEAUD, « *La proportionnalité en droit social* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque préc., spéc., n° 3.

³ v. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 212, spéc., p. 136. Les juges doivent alors préciser en quoi la sanction serait disproportionnée par rapport à la faute commise, v. : Cass. soc. 23 avril 1986, *Bull. civ. V*, n° 160, p. 127 ; D. 1988, Somm. p. 98, obs. J. PELISSIER.

Il semble également permis de penser que cette limitation de l'intensité du contrôle doit jouer lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère proportionné du prix unilatéralement fixé dans les contrats de service et les contrats-cadre. En effet, la consécration du déséquilibre structurel entre les parties, en raison de la reconnaissance d'un rapport de pouvoir, semble interdire de déclarer le prix abusif en cela seul qu'il ne serait pas parfaitement équilibré, c'est-à-dire en cela seul qu'il ne serait pas strictement proportionné.

L'idée qui consiste à vouloir modérer l'intensité du contrôle de proportionnalité dispose donc de forts appuis, que ce soit en droit du travail ou en ce qui concerne le pouvoir de fixation du prix. Étant donné que cette idée dispose de forts appuis, il est alors possible de se demander si celle-ci doit être généralisée à tous les pouvoirs contractuels. Autrement dit, en matière de pouvoirs contractuels, est-il possible d'affirmer, de manière générale, que l'intensité du contrôle de proportionnalité doit se réduire à un contrôle des disproportions manifestes ?

Il n'apparaît pas opportun de formuler une telle réponse de principe dans la mesure où la réalité du contrôle de proportionnalité semble être faite de nuances. En effet, dans certaines situations, comme par exemple en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, il semblerait que le juge exige que soit démontrée la stricte adéquation du moyen utilisé par rapport aux motifs-efficients et au but poursuivi par le titulaire du pouvoir¹.

Tout comme l'intensité du contrôle de la qualification juridique des faits², l'intensité du contrôle de proportionnalité semble, donc, être appelée à varier³ en fonction du contenu de la norme attributive du pouvoir et de l'interprétation qu'en donnera le juge. En d'autres termes, l'intensité du contrôle va dépendre de la marge d'appréciation subjective qu'entendent laisser la norme attributive du pouvoir et le juge au titulaire du pouvoir dans le choix des moyens à utiliser.

S'il ressort de l'interprétation de la norme attributive du pouvoir que celle-ci entend laisser une large marge d'appréciation subjective au titulaire du pouvoir dans le choix des moyens à utiliser, le juge ne procédera qu'à un contrôle « restreint » de leur adéquation par rapport aux motifs-efficients et au but qui doit guider l'exercice du pouvoir. Ici, le juge ne sera appelé à sanctionner que le choix de moyens manifestement disproportionnés. À l'opposé, s'il ressort de l'examen de la norme attributive du pouvoir que celle-ci entend laisser une marge d'appréciation subjective réduite au titulaire du pouvoir dans le choix des moyens à utiliser, le juge procédera à un contrôle de leur entière adéquation par rapport aux motifs-efficients et au

¹ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. civ. I*, n° 211, p. 166 ; Defrénois, 2004, n° 5, p. 378 et s. note R. LIBCHABER. Ici, la Cour de cassation censure, pour défaut de base légale, un arrêt d'appel qui n'a pas assez justifié en quoi l'inexécution de ses obligations contractuelles par le débiteur au cours des deux mois précédents revêtait une « gravité suffisante » susceptible de fonder la résolution unilatéralement décidée par le créancier. Dans cet arrêt il semblerait que la Cour de cassation veille à la stricte proportionnalité du moyen de sanction choisi, ici, la résolution, par rapport à la gravité du manquement et au but poursuivi, à savoir sanctionner le cocontractant.

² v. : *supra*, n° 436, p. 487 et s.

³ Rappr. : M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Rapport introductif* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* art. préc., n° 17, où l'auteure conçoit la proportionnalité comme : « un principe de juste mesure, qui met en oeuvre une proportionnalité finalisée, et non pas seulement mathématique, par rapport aux objectifs légitimes poursuivis, ou à ceux que l'on devait poursuivre, et qui impose tantôt une proportionnalité stricte, tantôt une proportionnalité relative, consistant en la sanction des seuls excès manifestes... ». (Nous soulignons). Adde, A. MAZEAUD, « *La proportionnalité en droit social* », art. préc., n° 4, où l'auteur reconnaît la possibilité de variations d'intensité en matière de proportionnalité : « Il y aurait ainsi une *graduation* dans le principe de proportionnalité ». (Nous soulignons).

but qui doit guider l'exercice du pouvoir. Le juge viendra, alors, sanctionner toute mesure qui ne lui paraît pas strictement proportionnée.

Si le contrôle du dépassement de pouvoir peut amener le juge à s'intéresser aux motifs-
efficaces et aux moyens employés par le titulaire du pouvoir lorsque ceux-ci font l'objet d'un
encadrement objectif, ce contrôle peut aussi conduire le juge à vérifier que le but assigné au
pouvoir contractuel mis en œuvre n'a pas été méconnu.

C. Le contrôle du respect du but assigné au pouvoir.

442. **Un contrôle objectif toujours envisageable.**- Dans la mesure où tous les pouvoirs
contractuels répondent à un but objectivement défini¹, le juge peut, en toute hypothèse², être
invité à vérifier que le titulaire d'un tel pouvoir a bien exercé sa prérogative conformément au
but qui lui était assigné.

Le contrôle auquel il s'agit de procéder se présente, alors, comme un contrôle de type
purement objectif puisqu'il est seulement question, en cet endroit, de vérifier que le titulaire du
pouvoir n'a pas dépassé les limites objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative en la
mettant au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée. Si la nature du contrôle
auquel il convient de procéder doit être précisée, c'est dans la mesure où le contrôle du
dépassement de pouvoir ne doit pas être confondu, dans cette situation, avec celui du
détournement de pouvoir.

En effet, la confusion pourrait naître du fait que le contrôle du dépassement de pouvoir
conduit, ici, à s'intéresser à la finalité assignée au pouvoir, tout comme il en va lorsqu'il s'agit
de procéder à un contrôle du détournement de pouvoir³. Cependant, quand bien même le
contrôle du dépassement de pouvoir et le contrôle du détournement de pouvoir pourraient avoir
en commun de conduire le juge à s'intéresser à la finalité d'un pouvoir, ces deux types de
contrôle demeurent, quoi qu'il en soit, très différents.

Comme il a été montré, le contrôle du dépassement de pouvoir se présente comme un
contrôle de type objectif, alors que le contrôle du détournement de pouvoir se présente comme
un contrôle de type subjectif⁴.

Autrement dit, là où le premier type de contrôle conduit le juge à emprunter une
démarche purement technique dans le cadre de laquelle il s'agit seulement de vérifier si les
limites objectives d'exercice du pouvoir, telles que son but, n'ont pas été outrepassées, sans
porter un quelconque jugement de valeur la qualité du comportement du titulaire du pouvoir, le
second conduit le juge à emprunter une démarche plus éthique dans le cadre de laquelle il
convient d'apprécier la qualité du comportement du titulaire du pouvoir. Plus précisément, le
contrôle du détournement de pouvoir suppose de sonder les mobiles du titulaire du pouvoir

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 288 et s., p. 319 et s.

² C'est-à-dire quelle que soit la nature du pouvoir contractuel.

³ Le contrôle du détournement de pouvoir consiste, en effet, à sonder les mobiles du titulaire du pouvoir pour les
confronter au but poursuivi par la norme qui lui confère la jouissance de ce pouvoir. Autrement dit, ce contrôle
suppose également de s'intéresser à la finalité du pouvoir.

⁴ À ce propos, v. : *supra*, n° 428, p. 471 et s.

contractuel afin de déceler si ce dernier a fait preuve de mauvaise foi en méconnaissant sciemment la finalité attachée à son pouvoir¹.

L'intérêt qu'il y a, alors, à distinguer, en cette situation, le contrôle du dépassement de pouvoir de celui du détournement de pouvoir est d'ouvrir une possibilité de sanction même lorsque le titulaire du pouvoir n'a pas manqué sciemment à la finalité attachée à son pouvoir. En raison de son caractère purement objectif, le contrôle du détournement de pouvoir permet, en effet, de sanctionner le titulaire d'un pouvoir contractuel qui a méconnu le but qui doit guider l'exercice de sa prérogative, peu important que celui-ci ait été, à cette occasion, de bonne ou de mauvaise foi.

Ainsi, par exemple, lorsque le juge sera saisi par une partie à un contrat-cadre qui se plaint du montant du prix fixé par son cocontractant, celui-ci pourra être invité à vérifier que le titulaire du pouvoir n'a pas méconnu la finalité assignée à sa prérogative qui peut être de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché². Dans l'éventualité où un manquement à cette finalité serait constaté, un cas de dépassement de pouvoir serait, alors, caractérisé, peu important que ce manquement ait été commis involontairement, c'est-à-dire de bonne foi³, ou sciemment, c'est-à-dire de mauvaise foi.

Étant donné que tous les pouvoirs contractuels sont conférés à leurs titulaires dans la perspective de réaliser un but objectivement défini, les hypothèses de mise en œuvre de ce contrôle peuvent être multipliées à l'envi. Afin de ne pas s'étendre outre mesure, il conviendra de ne solliciter que deux illustrations supplémentaires.

En ce qui concerne, par exemple, les clauses d'essai stipulées dans les contrats de travail, il a pu être montré que leur mise en œuvre doit répondre à un but objectivement défini qui est de sanctionner l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté. Si le pouvoir de résiliation conféré à l'employeur est mis au service d'une finalité autre que celle qui lui est assignée, le juge pourra, alors, constater l'existence d'un dépassement de pouvoir, indépendamment de toute considération relative à la bonne ou mauvaise foi de son titulaire.

De même, lorsqu'une clause confie à un acteur le pouvoir d'agréer le scénario définitif du film qu'il s'est engagé à tourner, s'il est constaté que ce pouvoir n'a pas été utilisé dans le but de préserver sa sensibilité artistique, mais dans but économique, un dépassement de pouvoir sera caractérisé, peu important la bonne ou mauvaise foi dudit acteur⁴.

¹ Il est possible de constater que même si le contrôle du détournement de pouvoir est centré sur le titulaire du pouvoir, celui-ci n'est pas, pour autant, dénué totalement de lien avec l'approche technique qui s'intéresse aux limites objectives du pouvoir. En effet, le détournement de pouvoir se présente comme un manquement volontaire à la finalité assignée au pouvoir. La finalité assignée au pouvoir constitue, alors, le référentiel objectif auquel sont confrontés les mobiles subjectifs du titulaire du pouvoir. Bien qu'axé sur le titulaire du pouvoir, le contrôle du détournement de pouvoir associe, en vérité, une approche subjective et une approche objective. En d'autres termes, le détournement de pouvoir serait un dépassement de pouvoir, plus précisément, un non-respect du but assigné au pouvoir commis de mauvaise foi.

² À propos de la finalité objective assignée au pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

³ Le titulaire du pouvoir peut, en effet, s'être trompé de toute bonne foi dans l'appréciation du but assigné à sa prérogative, surtout si celui-ci n'est pas formellement exprimé par la norme qui lui en confère la jouissance.

⁴ v. par ex. : CA Paris, 30 mai 1961, préc. Dans cette affaire, l'acteur CURD JURGENS avait refusé de donner son agrément au scénario du film dans lequel il s'était engagé à figurer, et cela, afin de répondre positivement à une proposition mieux rémunérée qui lui avait été faite ultérieurement. En faisant usage de son pouvoir dans un but

443. **Bilan.-** Le contrôle du dépassement de pouvoir doit permettre au juge de vérifier que les conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel ont été respectées. Ce contrôle est donc susceptible de concerner chacune des conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel.

Dans la mesure où tous les pouvoirs contractuels sont destinés à réaliser un but objectivement défini, le juge pourra, toujours, être amené à vérifier que le titulaire du pouvoir n'a pas dépassé les limites objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative en la mettant au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée.

Si tous les pouvoirs contractuels sont destinés à réaliser un but objectivement défini, pour certains, le processus d'encadrement objectif peut, également, s'étendre aux motifs-efficients qui justifient l'action du titulaire, ou encore, aux moyens que celui-ci doit utiliser.

Lorsque les motifs-efficients qui justifient l'exercice d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle du dépassement de pouvoir pourra conduire le juge à examiner trois points. D'abord, le juge pourra contrôler que le titulaire du pouvoir n'a pas outrepassé les limites objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative en la mettant en œuvre alors que les faits qui doivent en justifier l'exercice n'existent pas. Ensuite, le juge aura la possibilité de vérifier que le titulaire du pouvoir n'a pas méconnu les limites objectives de sa prérogative en commettant une erreur de droit, c'est-à-dire en interprétant mal les motifs contenus dans la norme attributive du pouvoir. Enfin, le juge pourra être invité à contrôler que les limites objectives qui encadrent l'exercice du pouvoir contractuel n'ont pas été excédées suite à une erreur dans la qualification juridique des faits.

Lorsque les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle du dépassement de pouvoir sera susceptible de se développer sur deux points. D'une part, le juge pourra être appelé à vérifier que le titulaire du pouvoir a bien fait usage des moyens mis à sa disposition par les normes qui en encadrent l'exercice de sa prérogative. D'autre part, il semblerait que le juge puisse, également, être amené à vérifier que le titulaire du pouvoir n'a pas excédé les limites de sa prérogative en faisant usage de moyens disproportionnés.

Dans l'éventualité où contrôle des motifs-efficients, des moyens ou du but permettrait de mettre en évidence un dépassement de pouvoir, ce manquement aux conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel pourra être sanctionné. Il sera, en effet, possible de voir que le non-respect des conditions objectives qui encadrent la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel constitue une atteinte à la force obligatoire du contrat qui, en tant que telle, pourra être sanctionnée. Il sera également possible de constater que la validité de l'acte

économique et non dans le but de sauvegarder ses intérêts moraux, l'acteur n'avait pas respecté la finalité objective assignée à son pouvoir. Un cas de dépassement de pouvoir était donc caractérisé en l'espèce. Cette affaire permettait également d'aller plus loin. La mauvaise foi du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire la déloyauté comportementale qui accompagnait la mise en œuvre de pouvoir, trahissait la volonté de méconnaître sciemment la finalité attachée à sa prérogative, ce qui permettait de caractériser un détournement de pouvoir (Au sujet de cette forme d'abus de pouvoir, v. : *infra*, n° 444 et s., p. 502 et s.).

accompli par le titulaire du pouvoir qui n'a pas respecté les conditions objectives de mise en œuvre de sa prérogative pourra être remise en cause¹.

Cependant, avant de se préoccuper des sanctions et, plus largement, des mesures à la disposition du juge, il convient de s'intéresser au titulaire du pouvoir contractuel et, plus précisément, à son éthique lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Autrement dit, il s'agit de délaissé, ici, l'approche objective tournée exclusivement vers le contenu du pouvoir contractuel pour se tourner vers une approche subjective, c'est-à-dire une approche centrée sur le titulaire du pouvoir, et cela, afin de déceler si ce dernier a fait preuve de mauvaise foi à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Ce second type de contrôle, qui consiste à juger de la moralité du titulaire du pouvoir, a pour point d'aboutissement la mise en évidence d'un détournement de pouvoir, d'où son appellation.

§ 2 - LE CONTRÔLE DU DÉTOURNEMENT DE POUVOIR.

444. **Les différents points du contrôle de type subjectif.**- Le contrôle de l'abus de pouvoir peut prendre une dimension éthique et conduire le juge à apprécier la moralité du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative. En d'autres termes, le juge peut être amené à rechercher si le titulaire d'un pouvoir contractuel a fait preuve de mauvaise foi dans le cadre de l'exercice de sa prérogative.

Lorsque le contrôle de l'abus de pouvoir délaissé l'approche purement objective, tournée exclusivement vers le contenu du pouvoir, pour se centrer sur son titulaire, ce contrôle prend alors le nom de « contrôle du détournement de pouvoir » par référence à son point d'aboutissement. L'idée de « point d'aboutissement » se rapporte au fait que le détournement de pouvoir correspond au manquement le plus grave qui puisse être caractérisé lors du contrôle de type éthique. Le contrôle du détournement de pouvoir constitue donc, en quelque sorte, le point d'orgue du contrôle de type éthique et en marque le terme.

Cependant, parvenir à démontrer l'existence d'un détournement de pouvoir n'est pas chose aisée. En effet, la caractérisation d'un détournement de pouvoir suppose de prouver que le titulaire du pouvoir s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative. Autrement dit, pour qu'un abus de pouvoir puisse être qualifié de détournement de pouvoir, il est nécessaire de rapporter la preuve des intentions, c'est-à-dire des mobiles, du titulaire du pouvoir².

Or, démontrer l'existence d'un mobile est une entreprise délicate³ dans la mesure où il est rarement possible d'en rapporter directement la preuve. Seul le cas de l'aveu⁴, paraît constituer un mode de preuve direct des mobiles. Toutefois, cette hypothèse sera très peu fréquente en pratique⁵. Le titulaire du pouvoir étant, en effet, généralement peu enclin à livrer à son cocontractant les raisons exactes qui ont guidé l'exercice de sa prérogative lorsque celles-

¹ Au sujet des sanctions du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 566 et s., p. 691 et s.

² À propos de cette exigence, v. : *supra*, n° 428, p. 471 et s.

³ Au sujet de cette difficulté v. not. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 783, p. 571.

⁴ C'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle le titulaire du pouvoir livre à son cocontractant les raisons exactes qui en ont guidé l'exercice.

⁵ v. cep. pour une illustration : *infra*, n° 462, spéc., p. 534.

ci sont inavouables. Dans la majorité des cas, la preuve des mobiles du titulaire du pouvoir ne pourra, en conséquence, être rapportée que de manière indirecte. Pour apporter indirectement la preuve des intentions du titulaire du pouvoir, la jurisprudence s'intéresse, alors, généralement au comportement que ce dernier a pu adopter à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Une attitude déloyale de la part du titulaire du pouvoir pouvant être, ici, révélatrice de ses intentions profondes et, plus précisément, de sa volonté de mettre sciemment sa prérogative au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée.

Dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir, il est ainsi possible d'observer que le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir se présente comme un moyen de preuve des mobiles de ce dernier. L'étape qui consiste à s'intéresser au comportement du titulaire du pouvoir y est-elle, alors, associée à l'étape du contrôle des mobiles.

Mais il ne semble pas toujours en aller de la sorte dans le cadre de l'approche éthique. Si le comportement déloyal adopté par le titulaire du pouvoir constitue un moyen permettant de prouver ses mobiles et, de ce fait, de mettre en évidence l'existence d'un détournement de pouvoir, il convient d'observer que ce même comportement peut, également, être sanctionné de manière autonome. Autrement dit, le contrôle du comportement peut être dissocié du contrôle des mobiles.

En effet, il suffit de constater que, dans l'optique de moraliser les relations contractuelles, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner, sur le fondement de la bonne foi, le comportement déloyal qui accompagne l'exercice d'un pouvoir contractuel¹. Ainsi, l'abus par déloyauté², dont la gravité est moindre qu'un abus par détournement³, constituerait-il un manquement à la bonne foi, autrement dit une faute comportementale accompagnant l'exercice d'un pouvoir contractuel susceptible d'être sanctionnée de manière autonome dans le cadre du contrôle qui s'intéresse à l'éthique du titulaire du pouvoir.

Le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir apparaît donc appelé à jouer un double rôle dans le cadre de l'approche éthique. Si ce contrôle peut servir à appréhender la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir en elle-même, il doit également permettre d'aller plus loin dans l'échelle des sanctions en fournissant des éléments de preuve dans la perspective de mettre en évidence l'existence d'un détournement de pouvoir⁴.

L'importance acquise par l'étape du contrôle du comportement du titulaire du pouvoir dans le cadre de l'approche éthique invite, alors, à traiter séparément cette étape de celle du contrôle des mobiles. Le contrôle de type subjectif, c'est-à-dire le contrôle centré sur le titulaire

¹ Il suffit de songer, par exemple, à la jurisprudence qui sanctionne la déloyauté comportementale dans le cadre de la mise en œuvre des clauses résolutoires depuis bientôt près d'un demi-siècle. À propos de cette moralisation du jeu des clauses résolutoires, v. par ex. : Cass. com. 7 janvier 1963, *Bull. civ.* IV, n° 16 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 janvier 1983, *Bull. civ.* III, n° 21 ; RTD. civ. 1985, p. 163 et s., obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 1987, *Bull. civ.* III, n° 108, p. 63 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999 ; *Bull. civ.* I, n° 52, p. 35.

² La terminologie empruntée à Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, v. not. n° 178 et s., p. 167 et s.

³ L'abus par détournement suppose qu'un élément intentionnel soit caractérisé, et cela, à la différence de l'abus par déloyauté, ce qui fait de ce second type d'abus un manquement d'une gravité moindre.

⁴ Rapp. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 732, p. 534, où l'auteur constate que : « Ce n'est qu'une fois le motif véritable de son attitude décelé qu'il sera possible d'aboutir à la qualification d'abus par détournement en sus de celle d'abus par déloyauté ».

du pouvoir¹, qui est destiné à déceler la mauvaise foi de ce dernier lors de la mise en œuvre de sa prérogative, doit-il, en conséquence, venir se diviser en deux étapes. Dans un premier temps, le juge peut, donc, être amené à procéder au contrôle du comportement du titulaire du pouvoir (A). Puis, dans un second temps, le juge peut être conduit à contrôler les mobiles du titulaire du pouvoir (B).

A. Le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir.

445. **L'exigence de loyauté dans le cadre de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.**- Lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le titulaire d'une telle prérogative n'échappe pas à l'exigence de bonne foi. En effet, il convient d'observer que tant l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil que le nouvel article 1104 al. 1^{er} du même Code qui, respectivement, fondait et fonde l'exigence de bonne foi en matière contractuelle, ne réservent pas cette exigence comportementale à l'exécution des obligations, mais l'étendent au contrat dans son entier².

En d'autres termes, cela signifie que la réalisation de l'ensemble des effets du contrat est soumise à l'exigence de bonne foi. Or, dans la mesure où les pouvoirs contractuels sont des effets du contrat, leur mise en œuvre, qui participe à l'exécution de la convention, ne saurait, en conséquence, être soustraite à cette exigence³. Plus précisément, la bonne foi, en qualité

¹ Il convient de préciser que si ce contrôle est qualifié de subjectif, c'est uniquement par référence à son sujet qu'est le titulaire d'un pouvoir contractuel et non par référence aux outils de contrôle utilisés que sont la bonne foi et le détournement de pouvoir. En effet, la bonne foi, qui est utilisée pour apprécier le comportement du titulaire du pouvoir se présente comme une norme objective de conduite (v. spéc. sur ce point : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 67, p. 76 et s.) et le détournement de pouvoir repose également sur une base objective en ce qu'il s'agit d'un mécanisme de contrôle qui conduit à confronter les mobiles du titulaire du pouvoir à la finalité assignée à sa prérogative par la norme attributive du pouvoir en question.

² L'ancien art. 1134 al. 3 disposait que les conventions « [...] doivent être exécutées de bonne foi ». Le nouvel art. 1104 al 1^{er} dispose quant à lui : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Dans chacune des deux versions du texte, l'exigence de bonne foi s'étend à l'ensemble du contrat.

³ v. not. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 503, p. 264, où l'auteur reconnaît que l'ancien article 1134 al. 3 du C. Civ. constitue : « un instrument de contrôle au service du juge, relativement à l'exercice et à la mise en œuvre des prérogatives » ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2012, n° 58, p. 72, où l'auteur constate que : « la bonne foi du créancier trouve son domaine d'application le plus étendu, dans la phase d'exécution, en matière d'exercice des clauses contractuelles ».

d'exigence comportementale, serait à l'origine¹ d'un devoir² de loyauté entre les contractants³ qui viendrait régir notamment la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. L'exigence de loyauté qui pèse sur les épaules du titulaire d'un pouvoir contractuel lui impose alors de faire preuve de droiture, de probité, lors de l'exercice de sa prérogative. Aussi, il doit être précisé que la finalité du devoir de loyauté est de contraindre ce dernier à adopter un comportement respectueux des intérêts de son cocontractant⁴.

Si le titulaire d'un pouvoir contractuel est tenu de faire preuve de loyauté, c'est-à-dire de droiture, de probité, à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, encore convient-il d'identifier la nature et le contenu de ce devoir. En effet, dans une perspective de contrôle, il paraît indispensable d'avoir une connaissance précise des exigences comportementales qui pèsent sur le titulaire d'un pouvoir contractuel lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Il apparaît donc nécessaire, dans un premier temps, de chercher à identifier les contours de l'exigence de loyauté en matière contractuelle (1). Puis, dans une optique de prévisibilité, il peut sembler opportun de tenter de dresser une typologie des comportements déloyaux susceptibles d'être contrôlés (2) et, par la suite, sanctionnés⁵.

1. Les contours de l'exigence de loyauté.

446. Nature délictuelle ou contractuelle ?.- Dans la mesure où l'exigence de loyauté qui doit assortir l'exercice d'un pouvoir contractuel est issue de la bonne foi, la nature des exigences

¹ Rappr. : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. COUTURIER, LGDJ, 1989, n° 66 et s., p. 84 et s. et n° 78, p. 91, où l'auteur considère que si la bonne foi correspond à un principe juridique, la loyauté constituerait un standard qui découle de ce principe. *Contra*, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 445, p. 249, où l'auteur retient que la loyauté englobe la bonne foi.

² Si la doctrine fait souvent allusion à l'existence d'une « obligation contractuelle de loyauté », le concept d'obligation ne semble cependant pas adapté pour saisir cette exigence comportementale. En effet, l'obligation permet de procéder à la réalisation d'un transfert de valeurs via l'accomplissement d'une prestation. L'obligation remplit donc une fonction économique dans le contrat. Tel n'est pas le cas de l'exigence de loyauté qui n'a pas pour fonction de réaliser un transfert de valeurs, mais qui doit en permettre la concrétisation en encadrant, d'une manière négative ou positive, le comportement des parties dans l'accomplissement de leur prestation. L'exigence de loyauté serait-elle ainsi un moyen au service de l'opération économique projetée par les parties. En qualité de règle de comportement que le contractant doit observer tout au long de l'exécution du contrat, l'exigence de loyauté, ou encore, de bonne foi, serait-elle un devoir. (Pour la qualification de devoir appliquée à la bonne foi en matière contractuelle, v. : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, *op. cit.*, n° 76 et s., p. 85 et s.) (À propos de la distinction entre devoir et obligation, v. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, spéc., n° 49, p. 43).

³ Comp. : la distinction formulée par le Professeur PICOD (v. : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, not. p. 22) puis reprise et approfondie par le Professeur STOFFEL-MUNCK (v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 81 et s., p. 81 et s.) entre, d'un côté, « la loyauté des contractants » qui correspond à l'exigence comportementale issue de l'art. 1134 al. 3 du C. civ. (aujourd'hui 1104 al. 1^{er} du C. civ.) et de l'autre « la loyauté contractuelle » qui associe les art. 1134 al. 3 et 1135 du C. civ. (aujourd'hui, 1104 al. 1^{er} et 1194 du C. civ.), permet au juge de procéder à une interprétation complétive du contrat dans l'optique d'une exécution utile de celui-ci, c'est-à-dire une exécution conforme au but économique recherché. Ici, dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il alors seulement question du premier terme de la distinction, à savoir : « la loyauté des contractants ».

⁴ Rappr. : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 553 et s., et spéc., n° 556, où l'auteur considère que la loyauté se présente comme l'incarnation d'une vertu qui conduit à adopter un comportement qui ne nuit pas à autrui.

⁵ À propos de la sanction de la déloyauté comportementale, c'est-à-dire de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

comportementales qui vont peser sur le titulaire d'un pouvoir contractuel va dépendre de la nature du devoir de bonne foi en matière contractuelle. Plus précisément, étant donné que les pouvoirs contractuels sont mis en œuvre durant la phase d'exécution du contrat, il convient de s'interroger sur la nature du devoir de bonne foi durant cette période contractuelle. Or, la question de la nature du devoir de bonne foi lors de la phase d'exécution du contrat divise la doctrine.

Pour certains auteurs, tels que M. STOFFEL-MUNCK, le devoir de bonne foi aurait une nature délictuelle¹. Afin d'étayer son analyse, l'auteur s'appuie, alors, sur deux sortes d'arguments.

Le premier de ces arguments est relatif à la généralité du devoir de bonne foi², c'est-à-dire à son absence de spécificité par rapport aux obligations voulues par les parties qui, elles seules, seraient d'authentiques obligations contractuelles. Autrement dit, pour l'auteur, le devoir de bonne foi de l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil devenu l'article 1104 al. 1^{er} du même Code, serait une simple transposition dans l'ordre contractuel des devoirs sociaux de nature générale que supporte tout un chacun dans le cadre de la vie en société³.

Le second argument invoqué par l'auteur pour réfuter la nature contractuelle de l'exigence de bonne foi se rapporte aux sanctions des manquements à ce devoir. En effet, l'auteur considère que dans la mesure où les sanctions de l'inexécution sont inadaptées aux manquements au devoir de bonne foi, celui-ci ne saurait avoir une nature contractuelle⁴. M. STOFFEL-MUNCK retient alors, notamment, que la responsabilité contractuelle, en ce qu'elle s'articule toute entière sur la méconnaissance d'une obligation de nature économique, n'est pas adaptée à la sanction des manquements à l'exigence de bonne foi qui correspond à un devoir moral⁵.

L'auteur aboutissant à la conclusion selon laquelle le devoir de bonne foi a une nature délictuelle, celui-ci considère, alors, que l'exigence de loyauté qui pèse sur le titulaire d'un droit

¹ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 115 et s., p. 106 et s. Adde, en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 239, p. 173-174 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 464 et s., p. 254 et s.

² v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 134, p. 122, où l'auteur retient : « la généralité du devoir de bonne foi alliée à son essence morale nous semble ancrer l'article 1134 al. 3 dans l'ordre de la responsabilité propre aux délits ».

³ *Ibid*, n° 154, p. 139 : « Forcée par des préoccupations de civilité, d'une portée indiscutablement générale, la bonne foi ne serait mentionnée dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qu'à titre indicatif, dans le but de souligner que le monde clos que créent les contractants ne peut exclure cet impératif élémentaire de la vie en société, et non dans celui de proclamer une obligation spécifiquement contractuelle ».

⁴ À propos de cette analyse, v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 158 et s., p. 142 et s.

⁵ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 144, p. 131, où l'auteur constate que le régime de la responsabilité contractuelle : « [...] est tourné vers la dimension économique du contrat envisagé en tant que bien et vers le service de ce que les parties se sont spécialement promis. Ce double caractère jure avec l'aspect moral et la source sociale du devoir de loyauté auquel renvoie l'article 1134 al. 3. Dès lors, la répression de l'incivilité du contractant envisagée en elle-même, c'est-à-dire indépendamment de toute défaillance matérielle de sa part, entre mal dans la philosophie de la responsabilité contractuelle ».

ou d'un pouvoir en matière contractuelle dispose, par voie de conséquence, d'une nature délictuelle¹.

Cette analyse de la nature du devoir de bonne foi en matière contractuelle a pu être critiquée, en doctrine, par les auteurs qui lui reconnaissent une nature contractuelle².

Pour répondre au premier argument avancé par le Professeur STOFFEL-MUNCK, les partisans de l'analyse contractuelle du devoir de bonne foi évoquent la spécificité de son contenu. Le devoir de bonne foi, en matière contractuelle, mettrait à la charge des contractants des devoirs spéciaux, qui sont plus³ que ceux qui s'imposent à tout un chacun dans le cadre de la vie en société. Cette « spécificité » des exigences comportementales pesant sur les contractants serait, alors, le signe de leur appartenance au contenu contractuel, c'est-à-dire de leur nature contractuelle⁴. En outre, il est possible d'observer que le premier argument de l'analyse de M. STOFFEL-MUNCK qui prend appui sur la seule spécificité des obligations voulues par les parties afin de nier l'autonomie du devoir de bonne foi en matière contractuelle et, ce faisant, son origine contractuelle, débouche sur une conception du contrat qui en réduit les effets à la seule production d'obligations, c'est-à-dire à la seule création d'instruments qui permettent la réalisation d'un transfert de valeurs. Or, cette conception tronquée des effets du contrat, limitée à sa dimension économique, apparaît critiquable en ce qu'il a pu être mis en évidence que ses effets dépassaient la simple production d'obligations⁵.

Pour répondre au second argument invoqué par M. STOFFEL-MUNCK, les auteurs qui se montrent favorables à l'analyse contractuelle du devoir de bonne foi font observer que la responsabilité contractuelle n'est pas seulement le siège de la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle⁶. Autrement dit, la responsabilité contractuelle permettrait également de sanctionner les manquements au devoir de bonne foi. De plus, ces auteurs font remarquer que la jurisprudence admet depuis longtemps que la résolution du contrat puisse être prononcée pour un manquement au devoir de bonne foi⁷. Ainsi, la possibilité de faire appel aux sanctions

¹ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 343 où l'auteur conclut la première partie de sa thèse en retenant : « On comprend que l'abus reproché au contractant doit ressortir de la responsabilité délictuelle, car le devoir de loyauté auquel manque le contractant n'est pas par lui-même une obligation contractuelle. Il dérive de cette grande exigence de civilité dont l'article 1134 al. 3 se borne à imposer le reflet dans la sphère contractuelle, et dont la sanction [...], ne peut [...] relever que du régime délictuel ».

² v. not. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 283 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 119 et s., p. 94 et s., et n° 588, p. 509 et s. ; S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, op. cit., n° 436 et s., p. 346 et s.

³ Autrement dit, des devoirs qui sont d'une précision et d'une intensité différente de ceux que doivent respecter chacun des citoyens dans le cadre de la vie en société. Ce serait le « plus » contractuel. (v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 567, p. 572).

⁴ v. not. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 288, où l'auteur fait observer que : « le devoir social de se comporter loyalement envers autrui est appréhendé par le contrat qui l'absorbe et l'agglomère à l'opération économique qu'il porte », de sorte que « ce qui est imposé au débiteur n'est plus seulement de bien se comporter envers autrui », mais « très précisément de bien se comporter envers son cocontractant de façon à permettre la bonne fin du contrat, ce qui imprime déjà une certaine spécificité à l'obligation contractuelle de bonne foi ». Il est également possible de retrouver cette idée de « spécificité » sous la plume de B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 124, p. 98.

⁵ À ce propos, v. : *supra*, n° 104 et s., p. 122 et s.

⁶ v. not. en ce sens : Ph. JACQUES, *Regards sur l'art 1135 du Code civil*, Préf. F. CHABAS, Dalloz, 2005, n° 164.

⁷ v. not. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 283 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 588, p. 509 et s. Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par ex. : Cass. civ. 23 avril 1898, D.P. 1898, 1, p. 507 ; Cass. req. 13 novembre 1928, D.H. 1928, p. 589.

contractuelles pour sanctionner la méconnaissance du devoir de bonne foi serait-elle révélatrice de son appartenance au contenu contractuel.

De ces « contre-arguments » qui mènent à la conclusion selon laquelle le devoir de bonne foi aurait une nature contractuelle, il s'inférerait, alors, que l'exigence de loyauté qui pèse sur le titulaire d'un pouvoir contractuel dispose d'une nature contractuelle.

447. Nécessité d'un choix ?.- Parmi les deux analyses de la nature du devoir de bonne foi et de l'exigence de loyauté qui doivent, notamment, venir assortir l'exercice d'un pouvoir contractuel, laquelle d'entre-elles faut-il, alors, retenir ?

Il est possible de constater que le débat doctrinal autour de la nature du devoir de bonne foi en matière contractuelle débouche sur une alternative en forme de « tout ou rien » : soit le devoir de bonne foi aurait une nature purement délictuelle, soit celui-ci aurait une nature purement contractuelle. Ce manque de nuance ne permet, semble-t-il, à aucune de ces deux analyses, considérées isolément, de saisir l'intégralité des exigences comportementales qui sont mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi durant la phase d'exécution du contrat. En réalité, le devoir de bonne foi de l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil, aujourd'hui 1104 al 1^{er} du même Code, paraît mettre à la charge des contractants tant des exigences comportementales de nature délictuelle, que des exigences comportementales de nature contractuelle.

En effet, il est possible d'observer que certaines exigences comportementales qui pèsent sur les contractants et qui doivent, dès lors, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, sont seulement la transposition, dans l'ordre contractuel, de devoirs sociaux de nature générale que supporte tout un chacun dans le cadre de la vie en société¹.

Parmi ces exigences comportementales véhiculées par l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil et, aujourd'hui, par l'article 1104 al. 1^{er}, mais qui ne sont, en réalité, que la reprise *in contractu* des règles de civilité promues par l'ancien article 1382 Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1240 du même Code, il est notamment possible de faire allusion aux exigences de civilité et de respect que se doivent mutuellement chacun des contractants².

¹ On retrouve alors, ici, l'un des apports essentiels de la thèse du professeur STOFFEL-MUNCK qui est d'avoir mis en évidence que le contrat n'est pas un vase clos, coupé des exigences comportementales du monde extérieur, c'est-à-dire des exigences de civilités de l'ancien article 1382 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1240 du même Code.

² Certains arrêts rendus par la Cour de cassation ont cependant pu faire planer le doute au sujet de la nature délictuelle des exigences de civilité et de respect entre contractants. En effet, en matière de bail, la Cour de cassation a pu rendre des arrêts qui admettaient la résolution du contrat en cas de mécontentement des parties (v. : Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 93, p. 55 ; RTD. civ. 1988, p. 536, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 656, note J.-D. BARBIER). Cette mécontentement se traduisant par des injures et des menaces, il semblait possible d'en déduire que les exigences de civilité et de respect entre contractants avaient acquis une nature contractuelle puisque leur inobservation paraissait être à même de justifier la résolution du contrat.

Toutefois, une telle déduction pouvait sembler hâtive étant donné que dans chacune des deux espèces, la Cour de cassation n'avait pas directement fondé sa solution sur l'inobservation des exigences de civilité et de respect entre contractants, mais avait bien pris le soin de caractériser l'existence de manquements à des obligations contractuelles. Dans la première espèce (Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, préc.), la Cour avait pu insister sur le fait que c'est parce que la situation « rendait impossible la poursuite des relations contractuelles normales » que la résolution avait été prononcée, ce qui laisse à penser que les juges du fond s'étaient bornés à sanctionner par anticipation une inexécution des obligations devenue certaine, tant le climat entre les parties s'était dégradé. Dans la seconde espèce (Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1992, préc.), la Cour de cassation prend appui sur le manquement à

Assurément, lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel assortit l'exercice de sa prérogative, par exemple, d'injures, d'accusations diffamatoires, ou encore, d'une publicité tapageuse, celui-ci fait-il montre de déloyauté, mais cette déloyauté n'est rien d'autre qu'un manquement aux règles générales de civilité qui s'imposent à tout individu vivant en société. Bien que ces déloyautés soient commises à l'occasion de l'exécution d'un contrat, elles n'en demeurent pas moins des manquements de nature délictuelle, ce qui explique que la jurisprudence les traite comme tels¹.

D'autres exigences comportementales qui sont mises à la charge des contractants et qui doivent, de ce fait, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, semblent, quant à elles, être plus qu'une simple reprise *in contractu* de devoirs sociaux qui pèsent sur tout un chacun dans le cadre de la vie en société. S'il est vrai que les impératifs comportementaux qu'implique la loyauté, tels que, notamment, la cohérence, l'honnêteté, la patience et la diligence², pèsent sur tout individu vivant en société, il a pu être montré que leur mise au service de l'opération contractuelle venait leur imprimer une certaine spécificité³.

En effet, lorsqu'elles sont destinées à permettre la réalisation du but contractuel, les exigences comportementales issues du devoir social de se comporter loyalement envers autrui sont, d'une part, plus précises⁴, étant donné qu'elles ne sont plus dues à tout individu, mais spécifiquement au cocontractant⁵, et d'autre part, dotées d'une intensité plus forte⁶ puisque la

l'obligation de jouissance paisible de l'art. 1719 du C. civ. pour confirmer l'arrêt d'appel ayant admis la résolution. Ces arrêts ne permettent donc pas d'affirmer que exigences de civilité et de respect ont acquis une nature contractuelle puisque la résolution ne prend pas directement appui leur inobservation.

¹ En guise d'illustration, il est possible de faire allusion à la jurisprudence relative à la révocation des dirigeants sociaux qui s'opère dans des conditions injurieuses ou vexatoires. Avant toute chose, il convient d'observer que les organes d'un groupement de droit privé tirent leurs pouvoirs d'une délégation de pouvoir consentie par les associés, et donc d'un contrat de mandat dont le contenu est encadré par l'ordre public. Les dirigeants sociaux peuvent alors être qualifiés de « mandataires ». (Pour une telle analyse, v. : Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 42 et s., p. 143 et s.). Dès lors que les dirigeants sociaux sont liés par un contrat de mandat avec les associés, leur révocation correspond, alors, à l'exercice d'un pouvoir d'un pouvoir contractuel par ces derniers. Les associés, en qualité de mandants, disposent, en effet, du pouvoir de résilier unilatéralement le contrat qui les lie à l'un de leurs dirigeants sociaux. Si cette révocation intervient dans des conditions injurieuses ou vexatoires, la jurisprudence autorise l'indemnisation du préjudice qui alors causé au dirigeant sur le fondement de l'ancien art. 1382 du Code civil, devenu l'art. 1240 du même Code. (v. par ex. : C.A. Paris, 21 novembre 1991, JCP. E. 1992, I, p. 145, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. Dans cette affaire, les juges ont accordé environ 15 000 € d'indemnités au directeur général de la Sonacotra qui a appris sa révocation par une note de service et qui, une fois révoqué, a été prié de quitter immédiatement son bureau et de restituer les clés et les papiers de sa voiture de fonction).

² Le terme « diligence » est ici entendu sous son acception originelle de « soin attentif et appliqué » mis dans l'exécution d'une tâche. (À propos de cette acception, v. : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III, V° Diligence).

³ Cette idée de spécificité est défendue not. par : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 288 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 124, p. 98.

⁴ À propos de cette idée, v. not. : P. BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955, p. 614-615, où l'auteur constate que : « Les parties à un contrat, "membres d'une communauté humaine", deviennent aussi par la conclusion de leur convention, membres d'une société plus étroite, dont la loi particulière leur impose des devoirs plus précis de loyauté et d'honnêteté ».

⁵ v. en ce sens : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 288 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 124, p. 98.

⁶ Cette idée transparait notamment chez : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 124, p. 98. Elle semble également présente chez M. STOFFEL-MUNCK alors même que celui-ci se montre hostile vis-à-vis de l'analyse qui identifie le devoir de bonne foi comme un devoir de nature contractuelle. En effet, l'auteur retient (Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 245, spéc., p. 214)

réalisation du projet contractuel requiert un degré d'attention plus important que la simple vie en société.

Cette spécificité acquise par certaines exigences comportementales issues du devoir social de se comporter loyalement envers autrui, dès lors qu'elles sont mises au service d'une opération contractuelle, permettrait, donc, de les extraire de l'ordre délictuel pour leur conférer une nature contractuelle. Autrement dit les exigences de cohérence, d'honnêteté, de patience et de diligence qui pèsent sur les épaules des contractants et qui doivent, en conséquence, assortir l'exercice d'un pouvoir contractuel seraient dotées d'une nature contractuelle. Une telle analyse semble, d'ailleurs, corroborée par la jurisprudence qui reconnaît que la sanction du manquement à la bonne foi lors de l'exercice d'un pouvoir contractuel puisse intervenir sur le terrain contractuel¹.

448. **Point d'étape.-** L'avantage d'avoir identifié la nature des exigences comportementales mises à la charge du titulaire d'un pouvoir contractuel est alors double. D'une part, l'identification de la nature des exigences comportementales qui pèsent sur le titulaire d'un pouvoir contractuel permet de déterminer le type de sanctions qui leur seront applicables. En effet, selon que les exigences comportementales auxquelles le titulaire d'un pouvoir contractuel aura manqué relèvent de l'ordre délictuel ou de l'ordre contractuel, celui-ci se verra appliquer, soit, les sanctions propres aux délits, soit, les sanctions propres au contrat². D'autre part, l'identification de la nature des exigences comportementales qui pèsent sur le titulaire d'un pouvoir contractuel a permis d'avoir une connaissance plus précise de leur contenu. Cette connaissance plus précise des devoirs comportementaux mis à la charge du titulaire d'un pouvoir contractuel doit, alors, par la suite, faciliter l'élaboration d'une typologie des comportements déloyaux.

2. La typologie des comportements déloyaux.

449. **Essai de typologie.-** Afin de dresser une typologie des comportements déloyaux, il est possible de partir des exigences comportementales imposées par le devoir de bonne foi en

que : « L'amointrissement de l'altérité découlant de la communauté contractuelle ne peut justifier que les exigences morales dictées par l'article 1134 al. 3 trouvent alors une prise plus forte qu'ailleurs ». (À propos de cette observation, v. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, *loc. cit.*)

¹ Sur le fondement de l'ancien art. 1134 al. 3 du C. civ., la jurisprudence a, en effet, pu sanctionner la déloyauté comportementale accompagnant l'exercice d'un pouvoir contractuel en refusant que celui-ci puisse produire ses effets, ce qui correspond à une sanction sur le terrain contractuel. Par exemple, la jurisprudence a pu paralyser la mise en œuvre d'une clause résolutoire lorsque celle-ci s'accompagne d'un comportement jugé déloyal car manquant de cohérence. Tel est le cas lorsque le créancier a toléré pendant de nombreuses années que le débiteur ne paie pas ses dettes, puis qu'il exige un règlement total (v. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999 ; *Bull. civ.* I, n° 52, p. 35). Il est également possible de faire allusion à la jurisprudence qui prive d'efficacité la mise en œuvre d'une clause de mobilité stipulée dans un contrat de travail lorsque celle-ci a été mise en œuvre de façon brutale, sans délai de prévenance, ce qui constitue une autre forme de déloyauté. (v. par ex. : Cass. soc. 2 mars 2005, n° 02-47546. L'exercice du pouvoir issu de la clause de mobilité n'ayant pas pu produire effet, le salarié n'est pas tenu de s'y conformer. Dès lors, le licenciement décidé par l'employeur qui prend appui sur le refus du salarié de se soumettre au pouvoir de l'employeur est-il dépourvu de cause réelle et sérieuse).

² Au sujet des sanctions du comportement déloyal qui assortit l'exercice d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

matière contractuelle et de chercher à identifier les attitudes qui en constituent l'exact opposé. En effet, si les exigences comportementales mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi sont naturellement le reflet de comportements loyaux, les comportements qui y contreviennent correspondent, alors, nécessairement, à des comportements déloyaux.

Lorsqu'il s'est agi de tracer les contours de l'exigence de loyauté, il a notamment pu être mis en évidence que le devoir de bonne foi imposait aux contractants de faire montre de diligence, de patience, de cohérence, d'honnêteté et de respect. Il peut, par conséquent, en être déduit, qu'à l'opposé, le titulaire d'un pouvoir contractuel adopte un comportement déloyal lorsqu'il fait preuve d'incurie, de brutalité, d'inconstance, mais aussi, dès lors qu'il vient à faire étalage de sa malhonnêteté en procédant à une manipulation des faits, ou encore, dès l'instant qu'il se montre irrespectueux.

Ainsi, l'incurie (a), la brutalité (b), l'inconstance (c), la manipulation des faits (d) et le manque de respect (e), constituent-ils des comportements déloyaux, c'est-à-dire des formes d'abus par déloyauté, c'est-à-dire, encore, des fautes comportementales accompagnant l'exercice du pouvoir, susceptibles d'être saisies par le juge sur le fondement de la bonne foi.

Toutefois, avant de procéder à l'étude de ces comportements déloyaux, il convient de formuler deux remarques.

La première se rapporte au contenu de la liste des comportements déloyaux ici proposée. Bien que cette liste permette de saisir un grand nombre de comportements déloyaux aujourd'hui contrôlés par le juge, celle-ci ne prétend pas à l'exhaustivité. Une telle prétention serait, d'ailleurs, d'autant plus absurde que cette liste est appelée à évoluer et à s'enrichir au fil du temps. Assurément, le juge pourra être amené, dans le futur, à prendre appui sur le devoir de bonne foi pour dégager de nouvelles exigences comportementales qui lui permettront d'appréhender de nouvelles formes de déloyauté dans l'exercice d'un pouvoir contractuel.

La seconde remarque se rapporte, d'une manière plus générale, à la méthode d'analyse ici entreprise. Si le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir s'inscrit dans le cadre de l'approche subjective, c'est-à-dire de l'approche centrée sur le titulaire du pouvoir, ce contrôle doit parfois être pensé conjointement avec celui du dépassement de pouvoir. En effet, dans certaines situations, le comportement du titulaire du pouvoir peut avoir des répercussions sur les conditions objectives d'exercice du pouvoir. Autrement dit, même si « juger du droit et juger du titulaire ne sont pas une seule et même chose »¹ et qu'il faut, en conséquence, bien distinguer « le pouvoir et la manière de l'exercer »², c'est-à-dire, d'un côté, le contrôle de type objectif centré sur le contenu du pouvoir et, de l'autre, le contrôle de type subjectif centré sur le titulaire du pouvoir, il n'existe pas, pour autant, une barrière hermétique entre ces deux types contrôles qui peuvent être appelés à jouer conjointement.

Dès lors, à l'occasion de l'étude des différents comportements déloyaux, il conviendra de signaler les situations dans lesquelles le comportement adopté par le titulaire du pouvoir le conduit à sortir des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative. La mise en évidence de ces situations révélera toute son importance, par la suite, au stade des sanctions

¹ Cette expression est empruntée à : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 343 p. 287.

² *Ibid*, loc. cit.

puisque deux formes d'abus peuvent y être caractérisées : un abus par déloyauté et un abus par dépassement de pouvoir. Cela signifie, en conséquence, que l'exercice du pouvoir pourra se voir appliquer, d'une part, les sanctions qui se rapportent au manquement à la bonne foi en matière contractuelle et, d'autre part, les sanctions afférentes au dépassement de pouvoir. D'où l'importance de mentionner l'existence de ces situations et de les identifier au stade du contrôle.

a. *L'incurie.*

450. Le manque de soin et d'application dans l'exercice du pouvoir.- Dans la mesure où le devoir de bonne foi impose aux contractants de faire preuve de diligence dans le cadre de la réalisation des effets du contrat et que l'exercice des pouvoirs contractuels participe à cette réalisation, le juge peut être amené à contrôler que le titulaire d'un pouvoir contractuel n'a pas manqué à cette exigence comportementale en faisant preuve d'incurie lors de la mise en oeuvre de sa prérogative.

L'incurie désigne, en effet, par opposition à la diligence¹, un manque de soin et d'application dans la réalisation d'une tâche². En d'autres termes, l'incurie correspond, ici, au comportement négligeant, nonchalant ou désinvolte, adopté par le titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en oeuvre de sa prérogative. Aussi, l'incurie du titulaire d'un pouvoir contractuel est-elle souvent désignée en jurisprudence sous le nom de « légèreté blâmable ».

Si une telle attitude est jugée incompatible avec l'exigence de probité véhiculée par la bonne foi en matière contractuelle³, c'est-à-dire avec cette forme de droiture qui porte à respecter le bien d'autrui⁴, c'est dans la mesure où celle-ci se révèle être irrespectueuse des intérêts du cocontractant. Assurément, en faisant preuve de négligence, de nonchalance ou de désinvolture lors de la mise en oeuvre de sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel se soucie-t-il peu des intérêts de son cocontractant.

451. Illustrations jurisprudentielles.- La légèreté blâmable a ainsi, par exemple, pu être reconnue dans des espèces où l'employeur avait fait usage du pouvoir de résiliation qu'il tenait d'une clause d'essai seulement quelques jours après le commencement d'exécution du contrat et, ce faisant, sans avoir pu apprécier les aptitudes du salarié⁵.

¹ La « diligence » est synonyme de « soin attentif et appliqué » mis dans l'exécution d'une tâche. (À propos de cette acception, v. : E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III, V° Diligence).

² Le dictionnaire LITTRÉ (E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*, t. III, V° Incurie) définit l'incurie comme : « défaut de soin, négligence ». Le dictionnaire Le Robert (*Le grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° incurie) retient une définition proche en considérant l'incurie comme un : « manque de soin, d'organisation ».

³ v. en ce sens : G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 510, p. 266.

⁴ Rapp. : la définition du terme « probité » donnée par le dictionnaire LITTRÉ (E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française, op. cit.*, t. III, V° Probité). La probité y est définie comme étant « relative aux devoirs envers autrui et aux devoirs de la vie civile ». D'où l'idée selon laquelle la probité constitue une forme de droiture qui porte à respecter « le bien d'autrui ».

⁵ v. : Cass. soc. 5 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 123, p. 112 ; Dr. soc. 2004, p. 786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU ; C.A. 20 novembre 1997, RJS 5/1998, n° 674.

Dans ces espèces, si la rupture est jugée abusive, c'est d'abord en raison de la légèreté, c'est-à-dire de la désinvolture, avec laquelle l'employeur a traité son cocontractant en mettant très tôt un terme à la période d'essai¹. Ce comportement déloyal et, ce faisant, irrespectueux des intérêts du cocontractant², est, alors, constitutif d'une faute que l'on désigne sous le nom d'abus par déloyauté³.

Si la bonne foi est donc susceptible d'offrir un fondement à ces solutions en ce qu'elle permet d'appréhender le comportement déloyal de l'employeur, il semblerait que le dépassement de pouvoir puisse également venir y servir de fondement. Autrement dit, il s'agirait, ici, de ces quelques situations dans lesquelles le comportement adopté par le titulaire du pouvoir le conduit à sortir des limites objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative. En effet, dans ces espèces, il fut aussi reproché à l'employeur de ne pas avoir pris le soin d'apprécier les aptitudes du salarié⁴. Or, l'exercice du pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai ne peut être justifié que par des considérations relatives aux qualités du salarié⁵. La désinvolture dont a fait preuve l'employeur à l'occasion de l'exercice de son pouvoir l'a-t-elle ainsi conduit à agir sans motif, et donc, à commettre, en sus d'un abus par déloyauté, un abus par dépassement de pouvoir⁶.

Avant de clore ces développements dédiés à l'incurie, il convient de préciser que ce comportement n'est pas toujours désigné en jurisprudence sous le nom de « légèreté blâmable ».

¹ Dans la première espèce (Cass. soc. 5 mai 2004, préc.) l'employeur avait mis fin à la période d'essai une semaine après le début des relations contractuelles, et dans la seconde (C.A. Versailles, 20 novembre 1997, préc.) au bout de trois jours d'activité.

² Dans les deux espèces précitées, il est insisté sur le fait que les salariés venaient de démissionner de leur emploi précédent. La rupture prématurée de l'essai se révélant, alors, d'autant plus irrespectueuse de leurs intérêts. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 20 novembre 1997, il s'agissait plus précisément d'un analyste-programmeur qui venait de démissionner de l'emploi qu'il avait occupé, depuis plus de deux ans et demi, au sein d'une autre société, pour conclure avec le nouvel employeur un contrat l'engageant dans des fonctions identiques. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2004, en sus de l'indication que le salarié venait de démissionner de son emploi précédent, la Cour rappelle son âge, à savoir quarante-cinq ans. L'auteur de la note sous cet arrêt (C. ROY-LOUSTAUNAU, Dr. soc. 2004, p. 786, n° 4), fait alors observer que le « comportement "irresponsable" de l'employeur était d'autant plus avéré que le salarié "âgé" de 45 ans avait démissionné d'un emploi précédent, alors que l'on sait combien il est malaisé pour un "senior" de retrouver un emploi ».

³ Le terme est emprunté à Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, v. not. n° 178 et s., p. 167 et s.

⁴ Dans l'arrêt de la Cour de cassation (Cass. soc. 5 mai 2004, préc.), il est précisé, dans les motifs, que le salarié « effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et qu'il n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer les fonctions qui lui avaient été attribuées ». Dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, il est précisé qu'aucun élément ne venait justifier une inaptitude de l'intéressé qui se serait révélée en seulement trois jours d'activité.

⁵ Au sujet de l'objectivation des motifs de rupture d'un contrat de travail à l'essai, v. : *supra*, n° 305, p. 333 et s.

⁶ La conséquence étant que le *potentior* est alors, ici, susceptible de se voir appliquer les sanctions de l'abus par déloyauté et les sanctions du dépassement de pouvoir. Comme il sera possible de le voir, l'une des sanctions du dépassement de pouvoir consiste en l'annulation de l'acte juridique édicté par le titulaire du pouvoir (v. : *infra*, n° 567 et s., p. 691 et s.), mais cette sanction peut, parfois, être écartée pour faire obstacle à une reprise forcée de l'exécution du contrat qui serait jugée comme trop attentatoire à la liberté individuelle des parties. Tel semble être le cas en matière d'exercice abusif d'une clause d'essai stipulée dans un contrat de travail puisque la jurisprudence se contente de condamner l'employeur à indemniser le salarié pour le préjudice causé par la rupture irrégulière. Plus précisément, il s'agira, ici de réparer le préjudice résultant du non-respect des conditions objectives de mise en œuvre du pouvoir issu de la clause d'essai et celui résultant de la déloyauté de son titulaire.

En guise d'illustration, il est possible de se référer à une espèce dans le cadre de laquelle la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique stipulée dans un contrat de travail a été reconnue comme étant abusive dans la mesure où la salariée se trouvait dans l'impossibilité d'arriver à l'heure prévue sur son nouveau lieu de travail en raison de l'absence de transport en commun, et faute pour l'employeur de lui avoir assuré les moyens de s'y rendre¹.

L'incurie de l'employeur est ici caractérisée par son attitude négligente lors de l'exercice du pouvoir qu'il tient de la clause de mobilité. En ne s'étant pas préoccupé des moyens qui auraient pu permettre à l'employée de parvenir sur son nouveau lieu de travail, l'employeur a, ainsi, manqué à l'exigence de loyauté qui doit assortir l'exercice d'un pouvoir contractuel en la mettant dans l'impossibilité d'exécuter sa prestation. Cette attitude négligente et, partant, irrespectueuse des intérêts de la cocontractante, constitue, alors, une faute correspondant à ce qu'il convient d'appeler un abus par déloyauté².

Toutefois, dans cette espèce, la faute du titulaire du pouvoir n'est pas qualifiée de légèreté blâmable. La terminologie n'étant pas unifiée, il n'apparaît pas opportun, dès lors, de réduire l'incurie à la notion de légèreté blâmable.

Si l'incurie constitue une première forme de déloyauté comportementale que le juge peut venir contrôler, celui-ci peut également être amené à s'intéresser à la brutalité dont a pu faire preuve le titulaire d'un pouvoir contractuel lors de la mise en œuvre de sa prérogative.

b. *La brutalité.*

452. Le non-respect d'un délai de préavis.- Dès lors que l'une des facettes du devoir de bonne foi impose aux contractants de faire preuve de patience, le juge doit être en mesure de venir saisir, sur ce fondement, l'attitude déloyale du titulaire d'un pouvoir contractuel qui mettrait en œuvre sa prérogative de manière brutale, c'est-à-dire sans respecter un délai de préavis.

L'exigence de loyauté qui pèse sur les épaules du titulaire d'un pouvoir contractuel lui impose, en effet, de faire preuve de patience en respectant un délai de préavis entre le moment où il prendrait la décision de mettre en œuvre sa prérogative et la date où celle-ci serait amenée à produire concrètement ses effets. D'ailleurs, pour satisfaire à l'exigence de loyauté, il ne s'agit pas simplement de respecter un délai de préavis. Encore faut-il que celui-ci soit d'une certaine durée. En l'absence de texte légal fixant la durée du préavis³, la jurisprudence exige, de manière

¹ v. : Cass. soc. 10 janvier 2001, *Bull. civ.* V, n° 3, p. 2 ; Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. SAVATIER.

² Dans cette espèce, il est également possible de se demander si, en sus d'un abus par déloyauté, il ne serait pas possible de caractériser un abus par dépassement de pouvoir. En effet, dès lors que l'on considère que l'employeur doit assurer au salarié la possibilité de se rendre sur son nouveau lieu de travail, cet élément semble correspondre à un moyen qui doit assortir l'exercice du pouvoir issu d'une clause de mobilité. La négligence dont a fait preuve l'employeur à l'occasion de l'exercice de son pouvoir l'aurait alors conduit à agir sans respecter les conditions qui encadrent, d'une manière objective, l'exercice de sa prérogative et, ce faisant, à commettre, en sus d'un abus par déloyauté, un abus par dépassement de pouvoir.

³ Parmi les textes légaux qui règlementent précisément la durée du préavis, il est possible de citer, par exemple, l'art. L. 1221-25 du C. trav. Cet article prévoit, en effet, que lorsque l'employeur décide de résilier un contrat à durée indéterminée au cours ou au terme de la période d'essai, le salarié doit être prévenu dans un délai minimal de vingt-quatre heures, si celui-ci justifie d'une ancienneté inférieure à huit jours, ou de quarante-huit heures, s'il

traditionnelle, que soit respecté un délai « raisonnable »¹ ou un délai « suffisant »². Cela signifie, par conséquent, que la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut se révéler être brutale, et donc fautive, non seulement en cas de non-respect d'un délai de préavis³, mais aussi lorsque ce délai disposera d'un caractère trop bref.

Si le non-respect d'un délai de préavis, ou l'inobservation d'un délai de préavis suffisamment long, constituent des attitudes déloyales, c'est-à-dire des attitudes contraires à la bonne foi et irrespectueuses des intérêts du cocontractant, c'est alors essentiellement pour deux raisons. D'une part, il a pu être mis en évidence que l'action sans préavis ou sans que celui-ci soit doté d'une durée suffisante vient surprendre le cocontractant et ainsi tromper sa confiance⁴. D'autre part, il est possible de constater que la mise en œuvre brutale d'un pouvoir contractuel se révèle être déloyale, et donc, irrespectueuse des intérêts du cocontractant, en ce qu'elle empêche ce dernier de s'organiser, que ce soit, pour se mettre en mesure d'exécuter le contrat alors modifié, ou encore, pour trouver un autre contractant en cas de rupture.

453. Illustrations jurisprudentielles.- Quelques exemples tirés de la jurisprudence doivent permettre d'illustrer ce phénomène qui consiste à saisir le comportement déloyal du titulaire d'un pouvoir contractuel lorsque celui-ci met en œuvre sa prérogative avec brutalité.

Avant de détailler ces exemples, il convient de préciser que la jurisprudence fait tantôt appel à la notion de bonne foi, tantôt à la notion d'abus, et même parfois à ces deux notions

justifie d'une ancienneté comprise entre huit jours et un mois, ou encore de deux semaines, pour une ancienneté excédant un mois, ou enfin d'un mois, à compter de trois mois d'ancienneté.

Il est également possible de faire allusion à l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. qui sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies. Ce texte impose le respect d'un délai de préavis tenant compte, notamment, de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Aussi, convient-il de préciser, qu'en faisant appel à la notion plus économique que juridique de « relation commerciale établie », cet article permet d'imposer le respect d'un délai de préavis dans le cadre de la mise en œuvre de différentes prérogatives. S'il permet d'imposer le respect d'un délai de préavis dans le cadre du non-renouvellement des contrats à durée déterminée, ce qui ne correspond pas à l'exercice d'un pouvoir contractuel mais à l'exercice d'une liberté – la liberté contractuelle, la liberté de ne pas conclure –, il permet aussi et surtout, en ce qui nous concerne, d'imposer le respect d'un délai de préavis dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale que détiennent chacune des parties liées par un contrat à durée indéterminée.

¹ Il est possible d'observer que le standard du « délai raisonnable » est souvent utilisé lorsque la jurisprudence est amenée à se prononcer sur l'exercice d'un pouvoir de résiliation. v. par ex. : C.A. Paris, 5 mars 2003, CCC 2003, comm. p. 136, L. LEVENEUR, où la Cour retient que : « le franchiseur a brutalement dénoncé le contrat qui était devenu à durée indéterminée, sans respecter un préavis *raisonnable* laissant au franchisé le temps nécessaire pour pallier la désorganisation résultant de la rupture ». (Nous soulignons).

² Le standard du « délai suffisant » a notamment pu être employé lors du contrôle de la mise en œuvre des clauses de mobilité géographique stipulées dans les contrats de travail. v. par ex. : Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 273, p. 263, où la Cour relève que l'employeur n'avait pas fait bénéficier le salarié « du délai contractuel de réflexion de 8 jours, ni d'un délai de prévenance *suffisant* pour rejoindre son nouveau lieu de travail ». (Nous soulignons).

³ v. par ex. : Cass. soc. 19 juin 1959, *Bull. civ.* V, n° 779, p. 626 ; D. 1959, p. 513 ; où a pu être jugée fautive la brusque démission d'un mannequin au cours de la journée de présentation d'une nouvelle collection à la clientèle comprenant des modèles à sa propre mesure.

⁴ À propos de l'idée selon laquelle le respect d'un délai de préavis doit permettre de protéger la confiance du cocontractant, v. : A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, th. Nice, 1977, n° 323, p. 428. La rupture brutale, c'est-à-dire sans délai de préavis, porterait-elle ainsi atteinte à la confiance légitime du cocontractant, v. en ce sens : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 188, p. 150.

conjointement, pour appuyer ses solutions. Dès lors, comment faut-il comprendre l'articulation entre ces deux notions ? Pour répondre à cette question, il suffit d'observer que la jurisprudence cherche à caractériser une seule et même chose : un comportement fautif lors de l'exercice d'un droit qui constitue un manquement à la bonne foi. L'abus correspond, alors, à la faute, et la bonne foi en constitue, ici, le fondement.

La faute de comportement qui consiste, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, à agir brutalement s'illustre, tout d'abord, dans le cadre du contentieux relatif à la mise en œuvre des pouvoirs de résiliation dans les contrats à durée indéterminée. L'exercice du pouvoir de résiliation y est en effet jugé abusif lorsque la rupture intervient sans délai de préavis¹, ou encore, en l'absence d'un délai de préavis d'une durée raisonnable² permettant de pallier la désorganisation de l'entreprise³. On perçoit alors ici clairement l'idée selon laquelle l'attitude du titulaire du pouvoir, qui, assurément, ne se soucie guère des intérêts de son cocontractant en lui imposant une rupture immédiate, est considérée comme fautive car contraire à la bonne foi en ce qu'elle vient surprendre la confiance de ce dernier et l'empêcher d'organiser la suite de ses affaires.

Ensuite, la faute qui consiste à agir brutalement, sans délai de prévenance, semble également pouvoir être appréhendée à l'occasion de la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier. Comme l'avait indiqué le célèbre arrêt *TOCQUEVILLE*, si « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », cette gravité « *n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* »⁴. Autrement dit, même si la rupture est imputable à son cocontractant, le titulaire du pouvoir doit faire preuve de loyauté lors de l'exercice de sa prérogative, ce qui implique de tenir compte de intérêts de ce dernier en lui laissant un délai pour organiser la suite de ses affaires. La résolution brutale du contrat, c'est-à-dire sans respecter un délai de préavis suffisant, peut donc constituer une faute qui sera saisie par le juge sur le fondement de la bonne foi. Néanmoins, l'urgence permet de dispenser le créancier de l'obligation inexécutée de respecter un délai de préavis et l'autorise, ce faisant, à résoudre immédiatement le contrat⁵.

La faute comportementale qui consiste à agir brutalement s'illustre aussi dans le cadre du contentieux relatif à la mise en œuvre des clauses de mobilité géographique stipulées dans les contrats de travail. Prenant appui sur la bonne foi, la Cour de cassation a notamment pu reconnaître cette forme d'abus par déloyauté dans des espèces où l'employeur avait fait preuve

¹ v. par ex. : Cass. com. 19 novembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 275, p. 232, qui sanctionne la résiliation sans préavis d'une convention de compte courant ; Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-17.888, où un arrêt d'appel est confirmé en ce qu'il avait jugé abusive la résiliation d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée. Le concessionnaire ayant « mis fin brutalement au contrat ».

² Le caractère raisonnable du délai de préavis s'apprécie au regard de l'ancienneté des relations, de leur nature, et des usages. v. par ex. : Cass. com. 6 mars 2007, n° 05-18.121.

³ v. par ex. sur ce point : C.A. Paris, 5 mars 2003, préc., où la rupture est jugée abusive car le franchiseur a résilié de manière brutale le contrat : « sans respecter un préavis raisonnable laissant au franchisé le temps nécessaire pour pallier la désorganisation résultant de la rupture ».

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, préc.

⁵ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524, où une contamination microbienne supérieure aux taux autorisés dans des produits alimentaires a pu justifier la résiliation immédiate du contrat en raison de ses conséquences sur la santé publique ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 févr. 2005, n° 02-14171, où les risques pour la sécurité des malades a justifié la résiliation sans préavis du contrat liant une clinique à un anesthésiste.

d'une « précipitation abusive »¹, ou encore, lorsque celui-ci avait imposé au salarié « un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés »². À nouveau il est possible d'observer que l'attitude du titulaire du pouvoir qui met brutalement en œuvre sa prérogative se révèle être déloyale car irrespectueuse des intérêts du cocontractant. En effet, en imposant au salarié un déplacement immédiat vers un autre poste, l'employeur vient tromper la confiance de celui-ci et l'empêcher de s'organiser pour se mettre en mesure d'exécuter le contrat nouvellement modifié³. Cet irrespect pour les intérêts du salarié transparait d'autant plus dans les espèces où il est précisé que ce dernier se trouvait dans une situation familiale critique⁴.

Enfin, il semblerait que la faute comportementale qui consiste à agir brutalement, c'est-à-dire sans respecter un délai de préavis suffisant, puisse être saisie lors de la mise en œuvre d'un pouvoir de détermination unilatérale du prix. Un arrêt de la Cour de cassation concernant un contrat de location de coffres-forts auprès d'une banque et contenant une clause de révision unilatérale du prix paraît reconnaître la possibilité de saisir la faute qui consisterait à fixer un nouveau prix sans prévenir suffisamment à l'avance le cocontractant⁵.

Si, en l'espèce, l'arrêt de la Cour d'appel⁶ est censuré, ce n'est pas pour avoir procédé au contrôle de la faute de la banque, mais pour ne pas avoir démontré en quoi celle-ci aurait adopté un comportement fautif. La Cour de cassation relève, en effet, que la banque avait prévenu sa cliente plus de six mois à l'avance, ce qui, d'une part, ne l'avait pas mis dans l'impossibilité d'exercer son propre pouvoir de résiliation unilatérale dont la mise en œuvre nécessitait le respect d'un délai de préavis d'un mois et, d'autre part, lui laissait le temps nécessaire de s'adresser à la concurrence. Bien qu'aucune faute ne soit caractérisée en l'espèce, cet arrêt, semble néanmoins reconnaître la possibilité aux juges du fond d'appréhender, sur le fondement de la bonne foi, la faute qui consisterait à exercer un pouvoir de détermination unilatérale du prix de manière brutale, c'est-à-dire sans prévenir suffisamment à l'avance le cocontractant.

¹ v. par ex. : Cass. soc. 11 mai 2005, n° 03-43040. Cette décision est d'ailleurs intéressante en ce qu'elle met en évidence deux types d'abus susceptible d'être caractérisés lors de l'exercice d'un pouvoir. La Cour retient en effet « qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt [l'intérêt de l'entreprise], ou bien a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ». Le non-respect de l'intérêt de l'entreprise qui encadre de manière objective les conditions d'exercice du pouvoir correspond, alors, à un abus par dépassement des limites objectives du pouvoir, autrement dit à un abus par dépassement de pouvoir, et le non-respect de la bonne foi lors de la mise en œuvre du pouvoir correspond à un abus par déloyauté. Ici, la Cour retient l'existence d'un manquement à la bonne foi, c'est-à-dire l'existence d'un abus par déloyauté, dans la mesure où la mise en œuvre de la clause de mobilité procédait d'une précipitation abusive.

² v. : Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 219 p. 161, où la Cour retient que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, avait fait un usage abusif de cette clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés ».

³ v. par ex. : Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ. V*, n° 273 p. 263, où la Cour relève notamment que : « l'employeur avait agi avec précipitation en notifiant sa mutation à la salariée sans la faire bénéficier ni du délai contractuel de réflexion de 8 jours, ni d'un délai de prévenance suffisant pour rejoindre son nouveau lieu de travail ». (Nous soulignons).

⁴ v. par ex. : Cass. soc. 18 mai 1999, préc.

⁵ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 190, p. 157 ; CCC 2004, comm. p. 151, L. LEVENEUR ; D. 2005, p. 1828, obs. D. MAZEAUD ; RDC 2005, p. 275, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁶ v. : C.A. Paris, 15^{ème} ch. A, 24 octobre 2000 ; D. 2001, p. 302, obs. X. DELPECH ; D. 2001, p. 3236, obs. D. MAZEAUD.

Ainsi, d'une manière générale, il ressort de la jurisprudence, que l'exercice brutal d'un pouvoir contractuel constitue une faute comportementale susceptible d'être appréhendée par le juge sur le fondement de la bonne foi.

Toutefois, il semblerait qu'il ne s'agisse pas du seul manquement qui puisse être constaté. En effet, si l'on considère que l'écoulement d'un délai constitue un moyen permettant de consommer l'exercice d'un pouvoir et que, donc, le facteur temps peut être rangé parmi les conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir¹, il doit en être déduit que l'exercice brutal d'une telle prérogative conduit son titulaire à en méconnaître les limites objectives. En d'autres termes, il s'agirait de l'une de ces situations dans lesquelles le comportement du titulaire du pouvoir le conduirait à sortir des limites objectives qui en encadrent l'exercice. La conséquence étant que l'exercice du pouvoir pourrait, alors, se voir appliquer à la fois les sanctions qui se rapportent au manquement à la bonne foi en matière contractuelle et les sanctions afférentes au dépassement de pouvoir².

Toutefois, avant de s'intéresser aux sanctions, il convient de se tourner vers un autre type de déloyauté comportementale qui peut être contrôlée par le juge, à savoir, l'inconstance.

c. *L'inconstance.*

454. **Comportement contradictoire et confiance légitime.-** Parmi les attitudes imposées aux contractants, l'exigence de cohérence est mise en avant depuis une vingtaine d'années par une partie de la doctrine³. Bien qu'elle ne se limite pas au droit contractuel⁴, l'exigence de cohérence connaît, en cette matière, diverses applications. Elle s'y manifeste, alors, notamment⁵, sous la forme d'une norme comportementale qui prohibe l'adoption successive de positions contradictoires. Autrement dit, les contractants, tenus de faire preuve de constance, n'échapperaient pas à la règle selon laquelle « il est interdit de se contredire au détriment d'autrui ».

Cette norme comportementale qui s'inspire du mécanisme de l'*estoppel* du droit anglais⁶, et du principe du *Non concedit contra factum proprium* appliqué en droit allemand et

¹ À propos de l'objectivation du facteur temps, v. : *supra*, n° 313, p. 341 et s.

² À propos des sanctions du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 566 et s., p. 691 et s., et à propos des sanctions de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

³ v. not. : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, « *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. BÉHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001, coll. Études juridiques, p. 83 et s.

⁴ L'exigence de cohérence est également reconnue, en droit interne, en matière processuelle. v. : Ass. plen. 27 février 2009, *Bull. civ. A.P.*, n° 1, D. 2009, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; Cass. com. 20 septembre 2011, *Bull. civ. IV*, n° 132, JCP G. 2011, n° 1250, note D. HOUTCIEFF.

⁵ Le principe de cohérence en matière contractuelle se traduirait également par des mécanismes qui permettent la remise en cause des clauses qui trahissent une contradiction dans la composition du contrat. À ce sujet, v. not. : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit. Adde, D. MAZEAUD, « *La confiance légitime et l'estoppel* », in RIDC, 2006, p. 363 et s., n° 15 et s., p. 376 et s.

⁶ S'il existe en droit anglais non pas un, mais plusieurs types d'*estoppel* – *promissory estoppel*, *proprietary estoppel*, *estoppel by convention* –, tous ont pour objectif d'empêcher qu'une personne puisse profiter de ses propres contradictions ou, selon la formule imagée d'un arrêt ancien de : « souffler à la fois le chaud et le froid, d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre ». Au sujet de l'*estoppel* du droit anglais, v. not. : B. FAUVARQUE-

en droit suisse¹, trouverait, d'ailleurs, en droit interne, son fondement dans le devoir général de bonne foi². Aussi il convient de préciser, qu'à l'instar des systèmes étrangers, le droit interne ne sanctionne pas l'inconstance, c'est-à-dire l'incohérence comportementale, en elle-même. L'adoption successive de positions contradictoires est considérée comme contraire à la bonne foi seulement à partir du moment où celle-ci vient porter atteinte à la confiance du cocontractant³.

Dans la mesure où le titulaire d'un pouvoir contractuel est tenu de faire preuve de bonne foi lors de l'exercice de sa prérogative, cela signifie, en conséquence, que la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut être jugée déloyale, c'est-à-dire contraire à la bonne foi, lorsque celle-ci correspond à un comportement qui vient tromper la confiance du cocontractant. Toutefois, avant d'en présenter des illustrations, encore convient-il de détailler les conditions qui doivent être réunies pour que la confiance du cocontractant puisse prétendre à une protection. Prenant appui sur la jurisprudence, la doctrine dégage, alors, traditionnellement trois conditions.

D'abord, la confiance doit résulter du comportement ou des paroles de la partie à qui l'on reproche de l'avoir trahie. Dans la situation qui est celle de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, cela signifie que la confiance doit avoir été créée par le comportement ou les paroles du titulaire du pouvoir. En d'autres termes, la confiance naît alors du fait que les paroles ou le comportement du titulaire du pouvoir ont pu laisser croire au cocontractant que celui-ci adopterait un certain comportement⁴.

COSSON, « *L'estoppel du droit anglais* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. BÉHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001, coll. Études juridiques, p. 3 et s.

¹ v. : F. RANIERI, « *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. BÉHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001, coll. Études juridiques, p. 25 et s.

² Sur ce point, v. not. : D. MAZEAUD, « *La confiance légitime et l'estoppel* », art. préc., spéc., n° 21 et s., p. 382 et s. L'auteur fait d'ailleurs observer qu'il s'agit du fondement sur lequel s'appuie la jurisprudence.

³ Bien que la formulation de certains arrêts rendus par la Cour de cassation mette l'accent sur l'incohérence comportementale de l'une des parties (v. : Cass. com. 8 mars 2005 ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 novembre 2007 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 janvier 2009), il a pu être montré que celle-ci n'était pas sanctionnée en elle-même, mais parce qu'elle venait violer la confiance du cocontractant. (Pour une telle analyse, v. : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 194, spéc., p. 154). La nécessité de porter atteinte à la confiance du cocontractant pour que soit caractérisé un manquement à la bonne foi se comprend dans la mesure où l'exigence de loyauté véhiculée par la bonne foi n'est pas un devoir de loyauté envers soi-même, mais envers le cocontractant. En effet, l'exigence de probité véhiculée par la bonne foi correspond à une forme de droiture qui porte à respecter le bien d'autrui.

Comp. : le droit allemand qui exige également une violation de la confiance du cocontractant. Sur le fondement de l'abus de droit – *unzulässige Rechtsausübung* –, déduit d'une interprétation très large de la notion de bonne foi du § 242 du B.G.B, la jurisprudence sanctionne le contractant par la déchéance – *Verwirkung* – de son droit lorsqu'il crée par « un comportement qui lui est imputable un lien de confiance amenant son cocontractant de bonne foi à prendre des dispositions qu'il n'aurait pas prises s'il n'y avait pas eu existence de ce lien de confiance ». (v. : P. JUNG, « *La protection de la confiance en droit allemand des contrats* », in *La confiance, 11èmes journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 novembre 2012, sous la dir. de B. FAUVARQUE-COSSON et P. JUNG, SLC, 2013, p. 31 et s.). Le droit anglais vise également, via le mécanisme de l'*estoppel*, à protéger la confiance – *reliance* – de celui qui a cru en la promesse. Autrement dit, il implique que le comportement d'une personne ait créé une attente légitime chez une autre et que cette attente légitime soit trompée en raison du changement de comportement de la première. (À ce propos, v. not. : J. BEATSON, A. BUROWS et J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, op. cit., p. 116 et s., spéc., p. 117).

⁴ v. sur ce point : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., spéc. n° 195, p. 155.

Ensuite, en se fondant sur la confiance ainsi créée par les paroles ou le comportement du titulaire du pouvoir, le cocontractant doit avoir altéré sa position. La réalisation d'investissements, la constitution de nouveaux stocks, ou encore, l'absence d'exécution peuvent constituer des manifestations de l'altération du comportement du cocontractant¹.

Enfin, pour que la confiance créée soit protégée, celle-ci doit-être avoir un caractère légitime. Autrement dit, toute forme de confiance ne peut pas être protégée. Pour définir la légitimité de la confiance, les auteurs font alors généralement appel au standard du « raisonnable ». La confiance sera donc protégée seulement lorsqu'il apparait qu'un individu moyen placé dans les mêmes circonstances aurait raisonnablement pu croire au comportement ou aux paroles de son cocontractant et en déduire que celui-ci viendrait à adopter tel ou tel comportement.

Si ces trois conditions sont réunies, la confiance du contractant peut être protégée. Dès lors, la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel qui viendrait entrer en contradiction avec la confiance préalablement créée peut être jugée contraire à la bonne foi, comme le montre la jurisprudence.

455. Illustrations jurisprudentielles.- L'appréhension de l'inconstance du titulaire d'un pouvoir contractuel sur le fondement de la bonne foi connaît deux illustrations célèbres en jurisprudence.

La première concerne la mise en œuvre des pouvoirs de résiliation, en particulier, dans les contrats de concession à durée indéterminée. La résiliation du contrat par le concédant y est considérée comme fautive lorsque celui-ci a, au préalable, par ses paroles ou son comportement, incité le concessionnaire à procéder à de lourds investissements². La jurisprudence estime, en effet, que le concédant qui incite le concessionnaire à procéder à des investissements lourds, alors que celui-ci n'y aurait pas spontanément procédé³, forge chez ce dernier la croyance que le contrat ne sera pas résilié.

Il est alors possible de retrouver, ici, les trois critères qui fondent la protection de la confiance du cocontractant. D'abord, une confiance qui trouve son origine dans le comportement ou les paroles du titulaire du pouvoir. Ensuite, une altération de sa position par le cocontractant puisque ce dernier n'aurait pas spontanément procédé aux investissements en l'absence de l'incitation du concédant. Et enfin, une confiance dans le maintien du contrat

¹ *Ibid*, n° 197, p. 155.

² v. par ex. : Cass. com. 5 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149 p. 118, CCC 1994, comm. n° 159 L. LEVENEUR ; D. 1995, p. 90, obs. D. MAZEAUD ; RTD. civ. 1994, p. 603, obs. J. MESTRE. Dans cet arrêt, la Cour constate que la société Gauthier [le concessionnaire] a consenti, «à la demande de la société Vag France [le concédant]», d'importants efforts d'investissement et de publicité ». La Cour confirme alors l'arrêt d'appel qui avait jugé que le concessionnaire avait manqué de loyauté en n'informant pas le concessionnaire de ses intentions de résilier le contrat ; Cass. com. 29 janvier 2002, n° 00-11433, RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2002, n° 124, note M. MALAURIE-VIGNAL. Dans cet arrêt, la Cour relève notamment « qu'en envoyant chez le concessionnaire, en octobre 1995, un consultant afin d'examiner les locaux et lui faire des recommandations, la société Renault l'a incité à effectuer les travaux préconisés ». L'arrêt de la cour d'appel qui a pu décider que la société Renault avait commis une faute en résiliant le contrat dans ces conditions est alors confirmé sur ce point.

³ Cette condition est notamment évoquée dans l'arrêt Cass. com. 29 janvier 2002, préc., où la Cour relève que : « la société Renault l'a incité à effectuer les travaux préconisés, *qu'il n'aurait pas engagés* sans la perspective du maintien du contrat ». (Nous soulignons).

considérée comme légitime au regard du montant des investissements réalisés. Dès lors, la mise en œuvre du pouvoir de résiliation par le concédant est considérée comme fautive car elle entre en contradiction avec la confiance légitime qu'il a pu, au préalable, générer chez le concessionnaire¹².

En revanche, lorsque ces investissements ont été réalisés à l'initiative du concessionnaire, la jurisprudence estime que l'exercice du pouvoir de résiliation par le concédant n'est pas fautif³. En effet, dans cette situation, la première condition nécessaire à la protection de la confiance du concessionnaire fait défaut : aucune confiance n'a pu naître du comportement ou des paroles du titulaire du pouvoir puisque celui-ci n'a pas incité son cocontractant à réaliser lesdits investissements. L'exercice du pouvoir de résiliation par le concédant n'entrant donc pas en contradiction avec une confiance qu'il aurait pu susciter, il ne peut, en conséquence, être considéré comme fautif.

Aussi il convient de préciser que, dans l'hypothèse où l'exercice du pouvoir de résiliation se révèle être fautif en ce qu'il vient tromper la confiance du cocontractant, l'abus par déloyauté commis par le concédant ne s'accompagne pas d'un abus par dépassement des limites objectives du pouvoir. Comme il a été précédemment évoqué, l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs de résiliation présents dans les contrats à durée indéterminée se limite à la définition de leur but qui est de préserver la liberté individuelle de leurs titulaires⁴. Bien qu'il fasse preuve de déloyauté lors de la mise en œuvre de sa prérogative en trompant la confiance de son cocontractant, le concédant, n'en méconnaît pas, pour autant, la finalité puisque celui-ci l'exerce dans la perspective de mettre un terme au contrat qui le lie au concessionnaire afin de recouvrer sa liberté. En conséquence, cela signifie que l'exercice du pouvoir pourra seulement se voir appliquer, ici, les sanctions relatives au manquement à la bonne foi⁵. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Parfois, l'inconstance du titulaire du pouvoir peut s'accompagner d'un dépassement des limites objectives du pouvoir, comme va le révéler le second exemple choisi.

¹ Rappr. : D. MAZEAUD, « *La confiance légitime et l'estoppel* », art. préc., spéc., n° 10, p. 370-371.

² Il convient d'ailleurs de préciser ici que la faute qui consiste à tromper la confiance du cocontractant en mettant en œuvre un pouvoir de résiliation se distingue de celle qui consiste à résilier de manière brutale le contrat, même si ces deux fautes sont souvent traitées concomitamment (v. par ex. en ce sens : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 188, p. 150-151). En effet, la résiliation d'un contrat de concession commerciale peut ne pas apparaître brutale si celle-ci s'accompagne d'un délai de préavis raisonnable, mais cette résiliation peut venir tromper la confiance du concessionnaire si celui-ci a, à l'invitation du concédant, procédé à de lourds investissements. v. par ex. : Cass. com., 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n° 40, p. 30, CCC 1998, p. 56, obs. L. VOGEL. Dans cet arrêt, alors que le préavis contractuel d'une durée d'un an avait été respecté par le concédant, la résiliation a été considérée comme abusive en ce que le concédant avait imposé à son distributeur des investissements importants et que l'économie générale de la convention s'inscrivait dans la longue durée puisqu'il s'agissait d'une concession déficitaire que le concessionnaire s'était engagé à redresser. La résiliation venant alors tromper la confiance du concessionnaire.

³ v. par ex. : Cass. com. 7 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 252 p. 220, CCC 1998, comm. n° 20 L. LEVENEUR ; RTD. civ. 1998, p. 370, obs. J. MESTRE ; RTD Civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP G. 1998, II, n° 10085, note J.-P. CHAZAL ; Cass. com. 11 mai 1999, n° 97-10999, RJDA 1999, n° 918 ; Cass. com. 5 octobre 2004, Bull. civ. IV, n° 181 p. 208, RTD. com. 2005, p. 407, obs. B. BOULOC ; RTD civ. 2005, p. 128, comm. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 299, p. 327 et s.

⁵ Au sujet des sanctions du manquement à la bonne foi, c'est-à-dire de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

La seconde illustration est relative à l'inconstance du créancier qui s'abstient pendant plusieurs années de réclamer son dû, puis qui décide de mettre en œuvre la clause résolutoire stipulée dans le contrat en raison de l'inexécution du débiteur¹.

S'il est vrai que le devoir de bonne foi impose au créancier de faire preuve de patience, c'est-à-dire de tolérance², avant de mettre en œuvre un mécanisme de sanction de l'inexécution³, ne serait-ce que pour laisser au débiteur le temps de pallier son manquement⁴, cette patience est néanmoins considérée comme fautive par la jurisprudence lorsqu'elle crée chez le débiteur la croyance légitime que le paiement ne lui sera jamais réclamé⁵.

À nouveau, il est possible de constater que toutes les conditions nécessaires à la protection de la confiance du cocontractant sont réunies. En premier lieu, une confiance qui trouve son origine dans le comportement du titulaire du pouvoir, à savoir son abstention de réclamer les sommes dues. En second lieu, une altération de sa position par le débiteur de bonne foi, dans la mesure où, spontanément, celui-ci ne s'abstient pas d'exécuter sa prestation. Et enfin, une confiance considérée comme légitime puisqu'au terme de plusieurs années⁶, un individu moyen placé dans les mêmes circonstances aurait pu raisonnablement croire que la créance ne lui serait plus réclamée.

Dès lors, la mise en œuvre de la clause résolutoire est considérée comme fautive, car contraire à la bonne foi, en ce qu'elle entre en contradiction avec la confiance légitime que le créancier a pu, au préalable, générer chez le débiteur en s'abstenant de nombreuses années durant de réclamer son dû. En qualité de manquement à la bonne foi, la volte-face du créancier est donc susceptible de se voir appliquer toutes les sanctions y afférentes, c'est-à-dire l'octroi de dommages-intérêts, voire même, la résolution du contrat⁷.

¹ v. en ce sens : Cass. com. 7 janvier 1963, *Bull. civ.* IV, n° 16 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, p. 53, JCP G., 1988, II, n° 21037, obs. Y PICOD ; RTD civ., 1988, 146, obs. Ph. RÉMY ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 57, p. 41, RTD. civ. 1995, p. 623, note J. MESTRE ; D. 1995, p. 230, obs. D. MAZEAUD ; D. 1995, p. 383, note Ch. JAMIN ; Cass. civ. 1^{ère}, *Bull. civ.* I, n° 52, p. 35, Defrénois, 2000, p. 248, obs. D. MAZEAUD.

² Au sujet de l'exigence de tolérance qui trouverait son fondement dans le devoir de bonne foi, v. : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit.*, n° 142 et s., p. 165 et s.

³ Cette patience n'est cependant pas exigée en cas d'urgence.

⁴ Un devoir de patience peut également être imposé au créancier pour le contraindre à entendre le débiteur, c'est-à-dire pour permettre à ce dernier d'expliquer les raisons de l'inexécution. À propos de l'exigence de concertation, v. : *infra*, n° 490 et s., p. 579 et s.

⁵ Comme une auteure a pu le mettre en évidence, si la tolérance est impérative car imposée par le devoir de bonne foi, cette tolérance « devient néanmoins fautive dès lors qu'elle crée une croyance erronée : le créancier ne doit pas tromper le débiteur sur ses intentions futures » (v. en ce sens : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, op. cit.*, n° 186, spéc., p. 150). Dès lors, afin d'éviter qu'une confiance non désirée par le créancier s'installe, il semble plus prudent, pour ce dernier, d'exposer clairement ses intentions en notifiant au débiteur qu'il ne s'agit que d'une simple tolérance passagère. Toutefois même en ayant procédé ainsi, si la tolérance du créancier s'installe de manière durable dans le temps, c'est-à-dire que le temporaire devient permanent, celle-ci dégénérera nécessairement en confiance.

⁶ Par exemple, dans l'arrêt de la chambre commerciale du 7 janvier 1963 précité, le créancier s'était abstenu de réclamer le paiement des loyers pendant onze années. Dans l'arrêt de la troisième chambre civile du 8 avril 1987 précité, les créanciers s'étaient abstenus de réclamer pendant plus de dix ans la rente aux débirentiers. Dans l'arrêt de la première chambre civile en date du 8 avril 1987 précité, l'établissement financier avait attendu le 2 juillet 1990 pour délivrer commandement aux fins de saisie immobilière, bien que sa créance fut exigible selon lui depuis le 1^{er} février 1984. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 16 janvier 1999 précité, le créancier avait mis en œuvre la clause résolutoire pour sanctionner le non-paiement de sommes échues depuis plus de douze ans,

⁷ À propos des sanctions de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

Mais comment alors expliquer que la jurisprudence sanctionne, ici, la mise en œuvre de la clause résolutoire par la paralysie de ses effets ? Il semblerait que ce qui justifie la paralysie des effets de la clause résolutoire ne soit pas tant le manquement à la bonne foi du créancier, mais le défaut d'une de ses conditions de mise en œuvre, à savoir, la présence d'une inexécution imputable au débiteur. En effet, il est possible d'observer que dans de nombreuses décisions, la jurisprudence souligne que si le débiteur n'a pas pu se mettre en mesure d'exécuter, c'est en raison du comportement du créancier¹. Autrement dit, cette jurisprudence impute l'inexécution à la carence fautive du créancier. L'absence d'une inexécution imputable au débiteur, qui constitue une condition de mise en œuvre de la clause résolutoire, permet alors d'expliquer que celle-ci ne puisse produire ses effets.

Par conséquent, cela signifie que le fondement de la bonne foi n'est pas appelé à jouer seul dans une telle situation. Si le fondement de la bonne foi permet de saisir la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir, c'est, en réalité, le non-respect de l'une des conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire², et donc un manquement à la force obligatoire du contrat³, qui en fonde la paralysie⁴. Le contrat ne prêtant pas sa force obligatoire à une modification de ses effets en dehors des cas que celui-ci autorise.

Force est donc de constater que deux formes d'abus peuvent être caractérisées dans ces espèces. D'une part, le titulaire du pouvoir issu de la clause résolutoire commet un abus par déloyauté en venant tromper la confiance légitime de son cocontractant. D'autre part, le titulaire du pouvoir commet un abus par dépassement des limites objectives de son pouvoir puisqu'il agit en l'absence de motifs qui en justifient la mise en œuvre, c'est-à-dire en l'absence d'une inexécution de l'obligation visée par la clause qui serait imputable au débiteur.

L'inconstance du titulaire d'un pouvoir contractuel constitue donc un comportement déloyal susceptible d'être sanctionné sur fondement bonne foi, mais aussi parfois également sur le fondement du dépassement de pouvoir. De même, il va être possible de voir que ces deux fondements sont sollicités conjointement lorsqu'il s'agit de saisir l'attitude malhonnête du titulaire d'un pouvoir contractuel qui procéderait à une manipulation des faits.

¹ v. par ex. : Cass. com. 7 janvier 1963, préc., où la Cour relève que : « par le fait du bailleur, les locataires n'avaient pas été mis en mesure d'accomplir pleinement leur obligation » ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, préc., où la Cour relève que les débiteurs ont été « empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu ».

² Rapp. : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 182, p. 197. L'auteur estime, à propos de cette jurisprudence relative à la paralysie de la clause résolutoire, que le juge : « trouve dans la mauvaise foi une solution facile, qui lui évite de s'interroger sur la possibilité même de l'application de la clause. Or, il ne faut pas perdre de vue que la clause résolutoire offre au créancier le moyen de se libérer d'un partenaire défaillant et que le droit de résolution dépend donc de l'existence de cette défaillance ». Adde, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 395, p. 314, où l'auteur retient, à propos de cette jurisprudence, que : « l'invocation de la mauvaise foi peut paraître superfétatoire, la neutralisation de la clause résolutoire résultant tout simplement de l'absence d'une condition nécessaire à sa mise en œuvre : une inexécution par le débiteur de l'obligation visée par la clause résolutoire ».

³ En effet, il convient d'observer qu'en qualité de stipulation contractuelle, la mise en œuvre d'une clause résolutoire est régie par la force obligatoire du contrat. Dès lors, le non-respect de ses conditions de mise en œuvre constitue un manquement à la force obligatoire du contrat.

⁴ Le terme de « paralysie » est toutefois plus descriptif que technique. Il sera possible de voir que si l'exercice du pouvoir est privé de ses effets, c'est en raison de la nullité de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir, étant donné que l'une des conditions nécessaires à sa validité fait défaut. (Au sujet de cette sanction du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 567 et s., p. 691 et s.). Plus précisément, ici, la nullité de l'acte sera justifiée par l'absence d'inexécution imputable au débiteur de l'obligation visée par la clause résolutoire.

d. *La manipulation des faits.*

456. **La création artificielle des conditions d'exercice du pouvoir.-** Le devoir de loyauté issu de la bonne foi rimant avec honnêteté et probité, l'attitude malhonnête du titulaire d'un pouvoir contractuel qui viendrait à créer artificiellement les conditions d'exercice de sa prérogative apparaît nécessairement contraire à la bonne foi. Autrement dit, sur le fondement de la bonne foi, le juge peut être amené à saisir l'attitude déloyale du titulaire d'un pouvoir contractuel qui procéderait à une manipulation des faits afin d'être en mesure d'exercer sa prérogative. Cette manipulation des faits peut, d'ailleurs, être le résultat d'un comportement positif comme d'une abstention.

L'exemple le plus célèbre de manipulation des faits, fruit d'un comportement positif, est celui du bailleur qui adresse une mise en demeure au domicile de son locataire alors qu'il sait que ce dernier ne s'y trouve plus en raison de son départ en vacances¹. Dans une telle situation, il est en effet possible d'observer que c'est le comportement adopté par le bailleur qui a mis le preneur dans l'impossibilité de satisfaire, dans le délai imparti, au commandement de payer visant la clause résolutoire. La jurisprudence juge alors déloyale l'attitude active du bailleur qui a créé de toutes pièces les conditions de l'inexécution justifiant l'exercice de son pouvoir de résolution issu de la clause résolutoire. À titre de sanction, les juges refusent que l'exercice du pouvoir issu de la clause résolutoire puisse produire ses effets.

De manière proche, il est possible de citer les espèces dans lesquelles le bailleur choisit, à dessein, de mettre en demeure le locataire de réaliser des travaux locatifs, sous peine de mise en œuvre de la clause résolutoire, à une époque de l'année où ces travaux ne peuvent pas être réalisés². Comme dans les hypothèses précédentes, la jurisprudence juge alors déloyal le comportement du bailleur qui a créé les conditions d'exercice de son pouvoir et vient, alors, en paralyser la mise en œuvre.

Si la création artificielle des conditions d'exercice d'un pouvoir contractuel peut être le fruit d'un comportement actif de son titulaire, celle-ci peut également résulter d'une abstention de sa part.

Toujours en matière de clause résolutoire, il est possible de faire allusion à une espèce dans le cadre de laquelle une bailleuse avait mis en demeure ses locataires, sous peine de résiliation de plein droit prévue au bail, d'avoir à effectuer dans le délai d'un mois les travaux nécessaires pour faire cesser les infiltrations d'eau provenant des lieux loués³. La mise en œuvre de la clause résolutoire y est cependant jugée déloyale et ses effets paralysés dans la mesure où il est relevé que ces infiltrations d'eau étaient imputables à la carence de la bailleuse dans l'entretien de l'immeuble. En d'autres termes, l'attitude de la bailleuse est sanctionnée car

¹ v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, *Bull. civ.* III, n° 529, p. 386 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1976, *Bull. civ.* III, n° 465, p. 354, *RTD. civ.* 1977, p. 340, obs. G. CORNU.

² Pour une impossibilité de réaliser les travaux demandés pendant la période estivale en raison de la fermeture des entreprises pour cause de congés, v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971, *Bull. civ.* III, n° 404, p. 287. *Adde*, Cass. com. 19 juillet 1966, *Bull. civ.* IV, n° 367, pour une impossibilité matérielle de réaliser les travaux dans le mois de la mise en demeure en raison de leur importance et de la saison d'hiver.

³ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 1987, *Bull. civ.* III, n° 108, p. 63.

celle-ci a créé, par son abstention fautive, les conditions d'exercice de son pouvoir. Bien que la sanction du comportement déloyal qui consiste, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, à créer artificiellement les conditions d'exercice de sa prérogative connaisse de nombreuses illustrations en matière de clause résolutoire, celle-ci ne s'y limite pas pour autant. La traque du comportement manipulateur s'illustre, par exemple, également, dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. La jurisprudence refuse ainsi au mécanisme de l'exception de produire ses effets lorsque l'*excipiens*, par sa carence fautive, est entièrement à l'origine de l'inexécution de ses obligations par l'autre partie¹, ou encore, lorsque celle-ci lui est en partie imputable².

Ces différentes espèces mettent donc en évidence le phénomène qui consiste à sanctionner le titulaire d'un pouvoir contractuel lorsque celui-ci crée artificiellement, par son comportement actif ou passif, les conditions d'exercice de sa prérogative. Si la jurisprudence fait généralement appel à la bonne foi pour fonder ces solutions, il semblerait que ce fondement ne permette pas, à lui seul, d'expliquer l'intégralité des sanctions retenues. Plus particulièrement, la bonne foi ne paraît pas être le fondement qui permette d'expliquer la paralysie des effets du pouvoir.

En effet, si l'on observe les espèces précitées, il est possible de relever que lorsque le titulaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire, ou encore, l'*excipiens* provoque par son comportement actif ou passif la défaillance de son cocontractant, l'inexécution est alors imputable à sa propre faute et non pas à celle de son cocontractant. L'absence d'une inexécution imputable au débiteur, qui constitue une condition de mise en œuvre de la clause résolutoire ou encore de l'exception d'inexécution, permet alors d'expliquer que de tels pouvoirs ne puissent produire leurs effets. Ici encore, il doit être constaté que si le fondement de la bonne foi permet de saisir la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir, c'est, en réalité, le non-respect de l'une des conditions de mise en œuvre du pouvoir, et donc un manquement à la force obligatoire du contrat, qui est appelé à en fonder la paralysie³. Le contrat ne prêtant pas sa force obligatoire à une modification de ses effets en dehors des cas que celui-ci autorise.

¹ v. par ex. : C.A. Paris, 5^{ème} ch., sect. B, 7 décembre 1990, JurisData n° 1990-025707, où un manque de collaboration de l'*excipiens* a rendu impossible l'achèvement de la mission du prestataire. La Cour retenant que dans la mesure où la société chargée des études préalables à l'informatisation d'une entreprise n'a pas été mise en demeure d'effectuer le reliquat des opérations, le client n'est pas fondé à opposer l'exception d'inexécution à la demande en paiement de factures correspondant à la rémunération prévue, d'autant plus qu'il y a eu de sa part un manque de collaboration indéniable, rendant impossible l'achèvement de la mission du prestataire. *Adde*, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, Traité de droit civil, op. cit.*, p. 440, au sujet de la jurisprudence qui refuse de faire jouer l'exception d'inexécution lorsque la partie qui s'en prévaut est elle-même responsable de l'inexécution des obligations de l'autre partie.

² v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1992, n° 90-21.773, où la Cour relève que : « l'exception d'inexécution ne pouvait être invoquée par le locataire auquel l'impossibilité d'exploitation du commerce était en partie imputable ». *Adde*, Cass. civ. 3^{ème}, 14 novembre 1991, n° 89-18.556, où l'origine des désordres dans la jouissance des lieux loués venant du manquement du preneur à son obligation d'entretien.

³ Rapp. : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 179 et s., où l'auteur montre, spécialement en matière de clause résolutoire, que lorsque le créancier est à l'origine de l'inexécution reprochée au débiteur, celui-ci ne dispose pas du pouvoir de résoudre le contrat puisqu'une condition de mise en œuvre de ce dernier fait défaut. La résolution ne pouvant pas, dès lors, produire ses effets. L'auteur déplore alors cette solution de « facilité » qui consiste pour le juge à faire appel à la bonne foi pour fonder ces solutions, là où il s'agit simplement de s'interroger sur les conditions d'application de la clause. *Adde*, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 758, p. 553, où l'auteur déplore également, en matière de clause résolutoire, le recours à la

Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel crée artificiellement les conditions d'exercice de son pouvoir, deux formes d'abus peuvent, par conséquent, être caractérisées. D'une part, en faisant preuve de malhonnêteté dans le cadre de la mise en œuvre de sa prérogative, le titulaire du pouvoir vient manquer au devoir de bonne foi et ainsi commettre un abus par déloyauté. Cela signifie, qu'en qualité de manquement à la bonne foi, ce comportement déloyal pourra se voir appliquer toutes les sanctions y afférentes¹. D'autre part, il est possible d'observer que le comportement adopté par le titulaire du pouvoir le conduit à sortir des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative. En effet, lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel crée artificiellement les conditions d'exercice de sa prérogative, celui-ci vient à agir alors que l'une des conditions nécessaire à sa mise en œuvre fait, en réalité, défaut. Dès lors, il commet un abus par dépassement de pouvoir et, ce faisant, il pourra se voir appliquer toutes les sanctions qui s'y rapportent, ce qui comprend, alors, notamment, l'annulation de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir². L'annulation de l'acte unilatéral de rupture va, ici, entraîner la neutralisation de ses effets juridiques³ et, en conséquence, le maintien du contrat.

Si la manipulation des faits constitue une forme habile de déloyauté comportementale susceptible d'être saisie par le juge, ce dernier peut également être amené à s'intéresser à une dernière forme de déloyauté qui se veut, pour sa part, bien moins subtile. Cette dernière forme de déloyauté comportementale correspond, alors, à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dans des conditions qui portent atteinte à l'honneur ou à la réputation du cocontractant, c'est-à-dire dans des conditions ouvertement irrespectueuses.

e. *Le manque de respect.*

457. Les atteintes à l'honneur et à la réputation du cocontractant.- Le contrat n'étant pas un vase clos coupé des exigences comportementales du monde extérieur, les parties sont tenues de faire preuve de respect et de civilité dans leurs relations. Ces exigences de respect et de civilité seraient d'ailleurs imposées par le devoir de bonne foi qui, s'il met à la charge des parties des exigences comportementales dotées d'une certaine spécificité, se ferait également le vecteur *in contractu* des exigences générales de civilité qui s'imposent à tout individu vivant en société⁴.

Dès lors, les atteintes à l'honneur ou à la réputation du cocontractant qui viendraient assortir la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel correspondraient à des formes d'abus par déloyauté susceptibles d'être saisies par le juge. Plus précisément, la publicité tapageuse, les injures, ou encore, les accusations diffamatoires, qui accompagnent la mise en œuvre d'un

bonne foi pour fonder la paralysie de leurs effets lorsque le créancier est à l'origine de l'inexécution reprochée au débiteur. L'auteur retient alors que dans : « [...] l'hypothèse où c'est le créancier qui empêche le débiteur de satisfaire à ses obligations [celui-ci] serait tout simplement hors du champ opératoire de la clause résolutoire. Dans ces conditions, le détour par l'article 1134 al. 3 du C. civ. ne s'imposerait plus pour expliquer les solutions précédentes. L'article 1134 al. 1^{er} du C. civ. y suffit [...] ».

¹ Au sujet des sanctions de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

² À propos des sanctions du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 566 et s., p. 691 et s.

³ C'est alors ceci qui est couramment décrit comme « la paralysie des effets du pouvoir ».

⁴ À propos de la nature des exigences comportementales qui sont mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi, v. : *supra*, n° 446 et s., p. 505 et s.

pouvoir contractuel vont venir engager la responsabilité délictuelle de leur auteur dans la mesure où ces formes de déloyauté comportementale ne sont rien d'autre que des manquements au devoir général de respecter autrui qui s'impose à tout individu vivant en société.

En guise d'illustration, il est possible de faire allusion à la jurisprudence qui sanctionne les conditions vexatoires qui entourent la révocation des mandataires sociaux. Au préalable, il convient de rappeler que les organes d'un groupement de droit privé tirent leurs prérogatives d'une délégation de pouvoir consentie par les associés, c'est-à-dire d'un contrat de mandat¹. Comme dans tout contrat de mandat, il est alors possible de retrouver l'existence d'un pouvoir de révocation du mandataire dont la jouissance est conférée au mandant. En qualité de mandants, les associés peuvent donc décider de révoquer un mandataire social. Cependant, lorsque l'exercice du pouvoir de révocation se déroule dans des conditions vexatoires, c'est-à-dire lorsqu'elle s'entoure d'atteintes à l'honneur ou à la réputation du mandataire social qui lui causent un préjudice, les associés, en qualité de mandants, commettent un abus par déloyauté qui pourra être sanctionné par le juge².

Pour fournir une illustration supplémentaire de cette forme de déloyauté comportementale, il est possible de faire référence à la jurisprudence qui sanctionne les atteintes à la dignité du salarié à l'occasion de l'exercice, par l'employeur, de son pouvoir de licencier. Ainsi, par exemple, a pu être sanctionné le fait de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements fautifs d'un salarié nommément désigné et visé par une procédure de licenciement disciplinaire, dans la mesure où cette « mauvaise publicité » sur les motifs de la sanction constituait une atteinte à sa dignité de nature à lui causer un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi³.

Avant de clore ces développements consacrés aux atteintes à l'honneur et à la réputation du cocontractant qui peuvent assortir l'exercice d'un pouvoir contractuel, il convient de préciser que ces formes d'abus par déloyauté ne s'accompagnent pas d'un abus par dépassement des limites objectives du pouvoir. Autrement dit, le comportement adopté par le titulaire du pouvoir ne le conduit pas, ici, à sortir des limites objectives de sa prérogative.

Pour reprendre l'exemple de la révocation des mandataires sociaux, il est possible d'observer qu'en dépit du fait que les associés fassent preuve de déloyauté lors de la mise en œuvre de leur prérogative en assortissant la révocation d'une publicité tapageuse, d'injures, ou encore, d'accusations diffamatoires, ils n'en méconnaissent pas, pour autant, la finalité

¹ Pour une telle analyse, v. : Fl. DEBOISSY, « *Le contrat de société* », art. préc., n° 42 et s., p. 143 et s.

² v. par ex. : C.A. Paris, 13 octobre 2000, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 176. En l'espèce, le personnel de la société a été averti de la révocation du P-DG avant la réunion du conseil d'administration chargé d'en décider. Le P-DG est en outre invité à quitter l'entreprise par son successeur pressenti et en présence des chefs de service. La société est alors condamnée à payer 18 000€ de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé au dirigeant ; C.A. Paris, 28 janvier 2003, Juris-Data n° 2003-202612. En l'espèce, le directeur général est contraint de vider son bureau de ses effets personnels avant même que la décision relative à sa révocation devienne effective. Les circonstances de la révocation intervenant, de plus, dans des conditions portant atteinte à sa réputation auprès du personnel et du milieu bancaire avec lequel ses fonctions le conduisaient habituellement à travailler. La société est condamnée à payer 35 000€ de dommages et intérêts à l'ancien dirigeant en raison du préjudice causé par les circonstances de sa rupture. *Adde*, C.A. Paris, 21 novembre 1991, JCP. E. 1992, I, p. 145, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; C.A. Paris, 13 octobre 2006, RJDA 7/2007, n° 742 ; C.A. Paris, 30 juin 2009, RJDA 1/2010, n° 34.

³ v. : Cass. Soc. 25 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 66, p. 62, Dr. soc. 2003, p. 625 et s., comm. J. SAVATIER.

puisqu'ils l'exercent dans la perspective de mettre un terme au contrat qui les liaient au mandataire. De plus, lorsque cette révocation nécessite un juste motif¹ et que celui-ci est caractérisé, les atteintes à l'honneur ou à la réputation qui entourent l'exercice de ce pouvoir sont sans influence sur l'existence ou la disparition de ce motif de révocation.

Si l'on prend maintenant l'exemple du licenciement disciplinaire qui s'entoure de conditions vexatoires, les mêmes conclusions peuvent être formulées. L'employeur ne méconnaît pas la finalité de sa prérogative puisqu'il l'utilise bien dans l'intérêt de l'entreprise afin de se séparer d'un salarié au comportement inadmissible. En outre, lorsque la cause réelle et sérieuse de licenciement est caractérisée, les atteintes à l'honneur ou à la réputation du salarié qui entourent l'exercice du pouvoir de licencier sont sans influence sur l'existence ou la disparition de ce motif.

En conséquence, cela signifie que la déloyauté comportementale qui consiste à porter atteinte à l'honneur ou à la considération du cocontractant pourra seulement être sanctionnée en qualité d'abus par déloyauté et viendra, plus précisément, ici, engager la responsabilité délictuelle de son auteur.

458. **Bilan.-** Dans le cadre du contrôle de type éthique, qui est destiné à apprécier la moralité du titulaire d'un pouvoir contractuel, le juge peut, ainsi, dans un premier temps, être amené à s'intéresser, au comportement adopté par ce dernier à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative.

La bonne foi, en qualité de norme comportementale, est alors susceptible d'offrir un fondement à ce contrôle et, ce faisant, de lui assurer une existence autonome. Assurément, dans la mesure où la réalisation de l'ensemble des effets du contrat est soumise à l'exigence de bonne foi et que les pouvoirs contractuels sont des effets du contrat, le juge peut être amené à appréhender, sur ce fondement, la déloyauté comportementale dont ferait preuve le titulaire d'un pouvoir contractuel lors de la mise en œuvre de sa prérogative.

S'il a pu être observé que le devoir de bonne foi impose aux contractants de faire preuve de diligence, de patience, de cohérence, d'honnêteté et de respect, il a pu être montré, qu'à l'opposé le titulaire d'un pouvoir contractuel adopte un comportement déloyal, c'est-à-dire une attitude contraire à la bonne foi, lorsqu'à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, celui-ci fait preuve d'incurie, de brutalité, d'inconstance, mais aussi, dès lors qu'il vient à faire étalage de sa malhonnêteté en procédant à une manipulation des faits, ou encore, à compter du moment où il se montre irrespectueux.

Aussi, ces différentes formes d'abus par déloyauté ne semblent-elles pas toutes appelées à recevoir la même sanction étant donné que les exigences comportementales mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi ne paraissent pas répondre à une nature unique.

¹ Un « juste motif » est exigé pour la révocation, par exemple, du gérant d'une société civile (art. 1851 du C. civ.), du gérant d'une société en nom collectif (art. L. 221-12 du C. com), du gérant d'une SARL (art. L. 223-25 du C. com.), ou encore, pour la révocation des membres du directoire d'une société anonyme (art. L. 225-61 du C. com). à l'opposé, cette objectivation des motifs-efficients ne se retrouve pas, par exemple, en ce qui concerne la révocation des membres du conseil d'administration d'une société anonyme (art. L. 225-18 du C. Com). Ces derniers sont révocables *ad nutum*, ce qui signifie que les motifs de la révocation sont à la discrétion du titulaire du pouvoir.

Comme il a été constaté, certaines exigences comportementales mises à la charge des contractants telles que la cohérence, la patience, la diligence et l'honnêteté, et qui doivent, dès lors, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, semblent acquérir une certaine spécificité lorsqu'elles sont mises au service d'une opération contractuelle. C'est alors cette spécificité qui doit permettre de les distinguer de leur pendant dans l'ordre délictuel et, ce faisant, d'expliquer leur nature contractuelle. En conséquence, l'incurie, la brutalité, l'inconstance et la manipulation des faits, qui correspondent à des manquements à ces exigences comportementales de nature contractuelle, devraient donc se voir appliquer les sanctions afférentes aux manquements au devoir de bonne foi en matière contractuelle¹.

En outre, il a pu être montré que les comportements déloyaux précités s'accompagnent généralement d'un dépassement de pouvoir². Autrement dit, ces comportements déloyaux conduisent souvent le titulaire du pouvoir à sortir des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative. Dès lors, cela signifie que l'exercice du pouvoir pourra se voir appliquer, d'une part, les sanctions qui se rapportent au manquement à la bonne foi en matière contractuelle et, d'autre part, les sanctions afférentes au dépassement de pouvoir³.

À l'opposé, il a pu être constaté que d'autres exigences comportementales mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi et qui doivent, de ce fait, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, ont une nature délictuelle dans la mesure où elles ne sont que la reprise *in contractu* des règles générales de civilité promues par l'ancien article 1382 Code civil, devenu l'article 1240 du même Code. Ainsi en va-t-il du respect que se doivent mutuellement les contractants et qui interdit que la mise œuvre d'un pouvoir contractuel soit assortie d'injures ou de conditions vexatoires. Cela signifie, par conséquent, que la déloyauté comportementale qui consiste à porter atteinte à l'honneur ou à la considération du cocontractant à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel devra se voir appliquer les sanctions propres aux délits.

Si le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir touche ici à son terme, cela ne signifie pas, pour autant, que le contrôle de type éthique doive s'achever par la même occasion. Ce contrôle destiné à apprécier la moralité du titulaire d'un pouvoir contractuel se trouve en quelque sorte, ici, à un palier intermédiaire. Il peut, certes, s'arrêter en cet endroit avec la démonstration de l'existence ou de l'absence d'une déloyauté comportementale, c'est-à-dire d'un abus par déloyauté, de la part du titulaire du pouvoir contractuel, mais il peut également se poursuivre.

S'il se poursuit, c'est alors dans l'optique de mettre en évidence l'existence d'un détournement de pouvoir, ce qui suppose de démontrer que le titulaire d'un pouvoir contractuel s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative et, donc, de s'intéresser à ses mobiles. Il convient d'ailleurs d'observer que la caractérisation d'un détournement de pouvoir sera facilitée si un abus par déloyauté a été, au préalable, mis en évidence. En effet, une attitude déloyale de la part du titulaire du pouvoir peut être révélatrice de ses intentions profondes et, plus

¹ À propos de la sanction de l'abus par déloyauté, v. : *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.

² Pour l'incurie, v. : *supra*, n° 451, spéc., p. 513 ; pour l'inconstance, v. : *supra*, n° 455, spéc., p. 523 ; pour la brutalité, v. : *supra*, n° 453, spéc., p. 518 ; pour la manipulation des faits, v. : *supra*, n° 456, spéc., p. 526.

³ Au sujet des sanctions applicables au dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 566 et s., p. 691 et s.

précisément, celle-ci peut fournir la preuve de sa volonté de mettre sciemment sa prérogative au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée. En d'autres termes, le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir peut constituer un tremplin vers le contrôle des mobiles.

B. Le contrôle des mobiles du titulaire du pouvoir.

459. **La caractérisation d'un détournement de pouvoir.-** Pour parvenir à caractériser l'existence d'un détournement de pouvoir, il convient de démontrer que le titulaire du pouvoir ne s'est pas seulement écarté du but assigné à sa prérogative, mais qu'il s'en est écarté sciemment, c'est-à-dire intentionnellement, volontairement. Le contrôle du détournement de pouvoir, met, ainsi, l'accent sur les intentions, c'est-à-dire les mobiles, du titulaire du pouvoir, ce qui explique que cette technique de contrôle soit généralement présentée comme une technique judiciaire de contrôle des mobiles¹. Cela signifie, en conséquence, que pour démontrer que le titulaire d'un pouvoir contractuel a commis un détournement de pouvoir, il s'avère nécessaire de mettre en évidence un manquement volontaire à la finalité assignée au pouvoir (1).

Si parvenir à démontrer que le titulaire d'un pouvoir s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative constitue, en soi, une tâche délicate, puisque prouver l'existence d'un mobile, c'est-à-dire d'une intention, n'est jamais chose simple, la mise en évidence d'un détournement de pouvoir peut encore se complexifier dans l'hypothèse où une pluralité de mobiles pourrait être constatée. En effet, comment caractériser l'existence d'un détournement de pouvoir lorsque le titulaire du pouvoir a été animé par une pluralité de mobiles et que, parmi ceux-ci, certains sont légitimes, mais que d'autres, au contraire, s'écartent du but assigné au pouvoir ? Cet épineux problème suppose donc que soit également approfondie la question de la pluralité des mobiles (2).

1. Le manquement volontaire à la finalité assignée au pouvoir.

460. **Le caractère essentiel de l'élément intentionnel.-** En droit public, où l'on trouve les premières manifestations de la notion de détournement de pouvoir², les auteurs insistent traditionnellement sur l'aspect intentionnel de ce type d'irrégularité susceptible de justifier l'annulation d'un acte administratif. En effet, le contrôle du détournement de pouvoir est

¹ Bien que le contrôle du détournement de pouvoir soit axé sur les mobiles du titulaire du pouvoir, il ne s'agit pas, pour autant, d'un contrôle serait détaché de tout lien avec les limites objectives du pouvoir. En effet, comme il a été signalé, le détournement de pouvoir correspond à un manquement volontaire au but, c'est-à-dire à la finalité, assigné(e) au pouvoir. Autrement dit, même s'il met premier plan les mobiles subjectifs du titulaire du pouvoir, le contrôle du détournement de pouvoir confronte, en réalité, un élément subjectif, les mobiles, à un élément objectif, le but assigné au pouvoir. Cependant, dans la mesure où ce dernier élément apparaît en arrière-plan, le détournement de pouvoir est traditionnellement présenté comme un contrôle de type subjectif, une technique de contrôle des mobiles.

² Les droit administratif semble connaître la notion de détournement de pouvoir depuis le début de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. La doctrine considère que les premières utilisations de cette notion par le Conseil d'État datent des arrêts « VERNHES » (C.E. 19 mai 1858, rec. p. 399) et « LESBATS » (C.E. 25 février 1864, rec. p. 210).

généralement présenté, en droit administratif, comme un contrôle d'intentions¹ dans le cadre duquel il s'agit, alors, de confronter les mobiles du titulaire du pouvoir au but poursuivi par la norme dont il tient son pouvoir. En contrôlant les intentions du titulaire du pouvoir, l'objectif de ce contrôle n'est donc pas simplement de sanctionner un non-respect de la finalité assignée au pouvoir, mais de saisir un manquement intentionnel, c'est-à-dire, un manquement volontaire à la finalité assignée au pouvoir.

Autrement dit, pour le droit administratif, deux éléments doivent être réunis pour que soit caractérisé un détournement de pouvoir. D'une part, doit être présent un élément objectif, à savoir, le non-respect de la finalité objective assignée au pouvoir. D'autre part, il convient d'adjoindre à ce premier élément objectif, un élément subjectif dont le caractère essentiel est généralement souligné, à savoir, l'intention, la volonté, de mettre sciemment le pouvoir au service d'un but autre que celui qui lui était assigné.

Si le droit privé a, par la suite, recueilli la notion de détournement de pouvoir, il est possible d'observer que les auteurs y rappellent également, en règle générale², ses deux composantes³, tout en insistant particulièrement sur sa composante intentionnelle⁴.

Cette composante intentionnelle apparaît donc être essentielle, tant en droit public qu'en droit privé, pour caractériser un détournement de pouvoir. En outre, elle permet de faire le départ entre, d'un côté, le dépassement de pouvoir qui correspond à un simple non-respect des limites objectives d'exercice du pouvoir, détaché de toute référence à la moralité du titulaire du pouvoir, et de l'autre, le détournement de pouvoir, qui correspond à un manquement à la finalité objective assignée au pouvoir commis sciemment, c'est-à-dire de mauvaise foi.

Ainsi, de la même manière qu'en droit public, le contrôle du détournement de pouvoir en droit privé se présente comme une technique de contrôle des mobiles dans le cadre de laquelle il s'agit, alors, de confronter les mobiles qui ont animé le titulaire du pouvoir au but

¹ v. par ex. en ce sens : J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 635, p. 553, où les auteurs font observer qu'avec le détournement de pouvoir, le contrôle juridictionnel s'étend : « à un élément interne, puisque c'est sur les intentions profondes de son auteur que l'acte va être jugé » ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 792, p. 459, où les auteurs retiennent que si l'acte administratif est annulé dans le cadre du détournement de pouvoir c'est « en raison de l'intention "coupable" que son auteur a poursuivi ».

² Il est néanmoins possible de trouver quelques auteurs de droit privé qui s'affranchissent de l'héritage du droit administratif en ne faisant pas de l'élément intentionnel une composante du détournement de pouvoir. Ces auteurs développent ainsi une conception « objective » du détournement de pouvoir, c'est-à-dire une conception détachée de toute référence à la moralité du titulaire, dans le cadre de laquelle il s'agit uniquement de vérifier que le pouvoir a été exercé conformément à sa finalité. v not. en ce sens : J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 249, où l'auteur, après avoir expliqué qu'il y a détournement de pouvoir chaque fois que le titulaire d'un droit-fonction met celle-ci « au service d'une fin autre que celle de sa fonction », précise ensuite : « pas n'est besoin d'ailleurs d'un dol, d'une fraude, d'une intention méchante : le seul détournement suffit. [...] le titulaire en a mal usé, par méconnaissance, volontaire ou involontaire, de la destination assignée au droit ». Adde, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 731, spéc., p. 534, où l'auteur considère que : « caractériser l'abus par détournement de finalité ne nécessite pas qu'on porte un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du titulaire du droit ».

³ v. par ex. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 149, p. 97, où l'auteur constate que : « L'émancipation, la décision de l'assemblée générale d'actionnaires, la mesure de mise à pied, ne sont entachées d'un détournement de pouvoir d'autant que leur auteur les a prises consciemment dans un but étranger à l'intérêt du mineur, de la société ou de l'entreprise ». (Nous soulignons).

⁴ v. par ex. encore ici : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 150, p. 98, où l'auteur retient : « Il importe d'insister sur cet élément intentionnel qui marque toute la différence entre le détournement de pouvoir et la gestion malheureuse ».

assigné à sa prérogative. Ce contrôle va permettre de saisir, non pas un type particulier de mobile, mais tous les mobiles qui s'écartent de la finalité assignée au pouvoir¹. S'il n'existe donc pas de liste finie de mobiles susceptibles d'être appréhendés, il est néanmoins possible d'observer que deux types de mobiles se distinguent particulièrement.

461. Les mobiles généralement appréhendés.- Le premier des mobiles généralement appréhendés dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir est celui de l'intention de nuire. Comme certains auteurs l'ont montré, l'intention de nuire constitue un mobile qui n'est jamais légitime².

En effet, le droit objectif ne tolère pas qu'une prérogative juridique puisse être exercée à des fins malveillantes et, plus précisément, dans le seul but de causer un préjudice à autrui. C'est d'ailleurs pourquoi le mobile qu'est l'intention de nuire se trouve être sanctionné tant dans l'ordre des droits subjectifs que des pouvoirs³. L'intention de nuire n'étant jamais conforme au but assigné au pouvoir, cela signifie donc que le titulaire d'un pouvoir contractuel commet un détournement de pouvoir s'il vient à exercer sa prérogative dans le seul but de nuire à son cocontractant, puisqu'il met, alors, volontairement sa prérogative au service d'une finalité autre que celle qui lui a été assignée. Autrement dit, la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, quel qu'il soit, dans la perspective de causer un préjudice au cocontractant, constitue un détournement de pouvoir.

Le second type de mobile généralement appréhendé dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir est celui de la recherche d'un avantage indu. En effet, en cherchant intentionnellement à bénéficier, au détriment d'autrui, d'un avantage que ne peut lui procurer l'exercice normal⁴ de son pouvoir, le titulaire d'une telle prérogative en méconnaît nécessairement la finalité puisqu'il a pu être montré que le mécanisme de finalisation a pour fonction de garantir la prise en compte de l'intérêt d'autrui⁵. « Autrui » désignant, ici, le sujet ou les sujets d'imputation passif(s) des effets du pouvoir.

Dès lors, cela signifie que si le titulaire d'un pouvoir contractuel cherche intentionnellement à bénéficier, au détriment de son cocontractant ou de ses cocontractants, d'un avantage indu, celui-ci vient à commettre un détournement de pouvoir. Cette situation s'illustre alors, par exemple, dans les groupements sociétaires, à l'occasion de la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice. S'il a pu être montré que la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice est l'expression d'un pouvoir contractuel⁶, la jurisprudence retient que la majorité commet un abus de pouvoir, que la doctrine qualifie de détournement de pouvoir⁷,

¹ v. sur ce point : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 44, p. 38 et n° 164, p. 104.

² v. not. en ce sens : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 164, p. 104.

³ Le rapprochement entre l'abus de droit en matière de droits subjectifs et le détournement de pouvoir s'arrête cependant ici. En effet, la théorie de l'abus de droit ne se préoccupe, sous réserve des équivalences mises en places, que de l'intention de nuire, alors que le détournement de pouvoir permet de saisir tous les mobiles qui s'écartent de la finalité assignée au pouvoir.

⁴ L'exercice « normal » du pouvoir correspond à une mise en œuvre qui en respecte les limites objectives.

⁵ À propos du lien entre altruisme et finalisation, c'est-à-dire du lien entre prise en compte de l'intérêt d'autrui et encadrement objectif des conditions d'exercice du pouvoir, v. : *supra*, n° 256 et s., p. 289 et s.

⁶ À ce sujet, v. : *supra*, n° 78 et s., p. 98 et s.

⁷ v. not. en ce sens : M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 381, p. 216.

lorsque la décision prise est « contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires »¹. Le détournement de pouvoir est, en effet, caractérisé car il est possible d'en retrouver les deux éléments constitutifs. D'une part, l'élément objectif, qui correspond, ici, au non-respect de l'intérêt social. Le standard de l'intérêt social encadrant, de manière objective, l'exercice de tous les pouvoirs en droit des sociétés, y compris, l'exercice des pouvoirs contractuels. D'autre part, l'élément intentionnel, qui correspond, ici, à la volonté des actionnaires majoritaires de bénéficier sciemment, au détriment des intérêts de la minorité, d'un avantage que l'exercice normal de leur pouvoir n'aurait pu leur conférer. Autrement dit, en cherchant à bénéficier sciemment d'un avantage indu, les membres de la majorité commettent un détournement de pouvoir puisque ceux-ci méconnaissent intentionnellement l'intérêt social.

Si la recherche intentionnelle d'un avantage indu constitue un mobile illicite rendu célèbre dans le cadre du droit des sociétés, celui-ci n'est pas, pour autant, appelé à s'y limiter. Ce mobile semble également susceptible d'être saisi, par exemple, à l'occasion de l'exercice du pouvoir de détermination unilatérale du prix. En effet, si le titulaire du pouvoir de détermination du prix cherche intentionnellement à bénéficier, au détriment de son cocontractant, d'un avantage indu, c'est-à-dire d'un avantage que ne peut lui procurer l'exercice normal de sa prérogative², il doit en être déduit que ce dernier commet un détournement de pouvoir.

À ces deux premiers types de mobiles illicites généralement appréhendés, il semble possible d'en ajouter un troisième, à savoir, l'intention discriminatoire. Le principe de non-discrimination qui a connu un essor remarquable et dont la portée apparaît générale³ devrait, en effet, permettre de sanctionner la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel qui serait dictée par une intention discriminatoire. La poursuite consciente d'un tel but illicite, c'est-à-dire d'un but contraire à la finalité assignée au pouvoir, tendant, assurément, à se présenter comme un détournement de pouvoir⁴.

¹ Les critères de l'abus de majorité ont pu être formulés par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt « *Société des Anciens Établissements PICQUARD* » qui concernait justement une décision d'affectation du bénéfice de l'exercice et, plus précisément, une décision de mise en réserve (Cass. com. 18 avril 1961, *Bull. civ.* III, n° 175).

² Autrement dit, il s'agit d'un avantage qu'une mise en œuvre respectant les conditions objectives d'exercice du pouvoir de détermination du prix ne peut lui procurer. À ce propos, il a, par exemple, pu être observé que le pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre avait généralement pour finalité, soit, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, soit, d'adapter le prix aux évolutions du marché (Sur ces points, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.). Le titulaire du pouvoir de fixation du prix peut, donc, retirer de l'exercice de sa prérogative un avantage qui correspond, soit, à la nécessité de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique, soit, à la nécessité d'adapter ses coûts aux évolutions du marché. En conséquence, il doit en être déduit que si le titulaire du pouvoir de détermination du prix a cherché intentionnellement à retirer de l'exercice de sa prérogative un avantage qui ne se contente pas de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique ou aux évolutions du marché, celui-ci commet un détournement de pouvoir.

³ Plusieurs dispositions supranationales prohibent les discriminations. Tel est le cas de l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1966, de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1951, ou encore, de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 reconnue par le traité de Lisbonne de 2007. En droit interne, le principe de non-discrimination est reconnu dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 qui appartient au bloc de constitutionnalité. De la sorte, il dispose d'une valeur constitutionnelle.

⁴ En faveur d'un tel rapprochement avec l'idée de détournement de pouvoir, v. not. : C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 586, p. 503.

L'interdiction de mettre en œuvre un pouvoir contractuel dans une finalité discriminatoire s'illustre, alors, particulièrement, en droit du travail. L'article L. 1132-1 du Code du travail dont la fonction est de garantir la protection des droits fondamentaux du salarié¹, recensant toute une série de motifs² sur lesquels l'employeur ne saurait fonder l'une de ses décisions, telles qu'un licenciement, une rupture d'essai³, ou encore, une mutation⁴.

Une fois encore, il convient de rappeler que l'intention de nuire, la recherche d'un avantage indu et l'intention discriminatoire ne constituent que des exemples de mobiles illicites susceptibles d'être appréhendés dans le cadre du détournement de pouvoir. Si le détournement de pouvoir peut saisir tous les mobiles qui s'écartent de la finalité assignée au pouvoir, encore faut-il rapporter la preuve de ces mobiles, ce qui n'est pas nécessairement chose aisée.

462. La preuve des mobiles du titulaire du pouvoir.- En dehors des cas de discrimination où la charge de la preuve est inversée⁵, c'est à la partie qui se prétend victime d'un détournement de pouvoir qu'il appartient d'en rapporter la preuve.

¹ Il est à toutefois noter que la protection offerte aux droits fondamentaux du salarié par le principe de non-discrimination n'est pas absolue. Cette protection connaît, en effet, deux limites. La première découle de l'art. 1131-1 du C. trav. qui admet que des différences de traitement sont possibles « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». La seconde résulte de la reconnaissance, par la jurisprudence, du licenciement dit « pour trouble objectif » qui doit permettre à l'employeur de se séparer d'un salarié dans l'hypothèse où des faits de la vie personnelle du salarié affecteraient le bon fonctionnement de l'entreprise. Ainsi, les juges ont-ils pu reconnaître qu'un licenciement puisse être fondé sur une cause réelle et sérieuse « compte tenu de la nature [des] fonctions [du salarié] et de la finalité propre de l'entreprise » (v. not. : Cass. soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* V, n° 201 ; Cass. soc., 19 novembre 1999, n° 91-45579 ; Cass. soc., 16 mars 2004, n° 01-45062). De la sorte, certains faits relevant de la vie personnelle du salarié et susceptibles de se rattacher à une discrimination peuvent conduire à un licenciement lorsqu'ils se heurtent à l'intérêt de l'entreprise. Cette situation tend essentiellement à se rencontrer dans les entreprises dites « de tendance », c'est-à-dire dans une entreprise caractérisée par une idéologie, une morale, une religion ou une philosophie indissociable de son objet. Au sujet de ces différentes limites au principe de non-discrimination en droit du travail, v. : C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. préc., n° 588 et s., p. 504 et s.

² Origine, sexe, mœurs, orientation sexuelle, identité de genre, âge, situation de famille, grossesse, caractéristiques génétiques, particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, nom de famille, lieu de résidence, état de santé ou handicap.

³ Même avant la rédaction définitive de l'art. L. 1132-1 du C. trav. la jurisprudence avait pu sanctionner la rupture d'essai dictée par une intention discriminatoire. v. par ex. : Cass. soc. 17 mars 1971, *JCP G.* 1971, II, n° 16780, où la période d'essai fut rompue au motif que la salariée n'avait pas signalé lors de son embauche qu'elle était fiancée. *Adde*, Cass. crim. 14 octobre 1986, *Bull. crim.*, n° 287, où le salarié avait « donné satisfaction dans son travail mais étant donné sa nationalité, [il] n'a[vait] pas été adopté par le personnel ».

⁴ Pour une illustration, v. not. : Cass. crim. 25 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 105, où, en l'espèce, il était question de plusieurs décisions de mutation successives prises pour sanctionner l'appartenance syndicale d'un salarié.

⁵ Ici, il est à noter que c'est d'abord la CJCE qui a instauré un système de preuve allégée en faveur du salarié (v. : CJCE, « Enderby », 27 octobre 1993, aff. C-127/92, *Rec. CJCE*, p. 3199). Selon la CJCE, il suffit, en effet, à ce dernier d'établir des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination pour que la charge de la preuve de l'absence de discrimination pèse sur l'employeur. En droit interne, c'est la loi du 16 novembre 2001 transposant la directive 2000/78 qui est venue entériner définitivement cette jurisprudence. Aujourd'hui, l'article L. 1134-1 du Code du travail dispose que le salarié s'estimant victime de discrimination « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile »

Or, établir l'existence d'un mobile n'est pas chose simple dans la mesure où la preuve d'une intention ne peut que très rarement être rapportée de manière directe. Seule l'hypothèse de l'aveu, c'est-à-dire la situation dans laquelle le titulaire du pouvoir livre à son cocontractant les raisons exactes qui en ont guidé l'exercice, semble constituer un mode de preuve direct des mobiles. Cependant, cette hypothèse est très rare en pratique. En effet, le titulaire d'un pouvoir est généralement peu disposé à révéler à les raisons exactes qui ont guidé l'exercice de sa prérogative lorsque celles-ci sont illicites.

En matière de pouvoirs contractuels, il est néanmoins possible de faire allusion à une espèce dans le cadre de laquelle un employeur avait avoué, de manière plus navrée que cynique, à son salarié que la rupture de l'essai n'avait pas pour finalité de sanctionner l'inaptitude de ce dernier à occuper l'emploi qui lui était confié, mais découlait de l'échec de l'opération pour laquelle celui-ci avait été embauché¹. Le détournement de pouvoir est alors facilement caractérisé, puisque l'aveu par l'employeur des raisons qui ont guidé l'exercice de son pouvoir apporte directement la preuve que ce dernier s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative. Le pouvoir de résiliation issu de la clause d'essai, qui a pour finalité objective de sanctionner l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté², ayant, ici, été mis en œuvre pour des raisons économiques.

Une telle situation dans le cadre de laquelle la preuve des mobiles peut être directement établie reste toutefois exceptionnelle en pratique. Dans la majorité des cas, la preuve des mobiles du titulaire du pouvoir ne pourra être rapportée que de manière indirecte. Tant en droit administratif³ qu'en droit privé⁴, il est ainsi possible d'observer que, pour rapporter indirectement la preuve des intentions du titulaire du pouvoir, la jurisprudence procède selon la méthode dite du faisceau d'indices. En effet, étant donné que la preuve d'une intention réelle ne peut être directement rapportée, certains auteurs ont pu montrer que la recherche de celle-ci ne peut se faire que par voie d'intime conviction⁵. Cela permet d'expliquer alors pourquoi les juges essayent de forger leur conviction à partir d'un faisceau d'indices convergents.

Pour cela, les juges du fond vont prendre appui sur des faits objectifs connus, comme les circonstances qui ont entouré l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire, essentiellement, l'attitude

¹ v. : C.A. Paris, 18^{ème} ch. E, 16 décembre 1996, D. 1997, IR p. 35.

Plus précisément, en l'espèce, il s'agissait d'une entreprise de surveillance qui, ayant conclu un contrat avec une autre entreprise, avait eu besoin d'engager en nouveau vigile. L'entreprise de surveillance avait alors engagé un nouvel agent de sécurité à l'essai. Cependant, pendant la période d'essai du nouveau salarié, le client s'était dérobé et avait résilié le contrat. N'ayant plus besoin de ce nouvel employé, l'entreprise de surveillance profita du régime de l'essai pour s'en séparer immédiatement. C'est alors à cette occasion que le chef de l'entreprise de surveillance avoua au salarié les raisons de la rupture de l'essai, qui ne sont en rien liées à ses aptitudes professionnelles.

² Au sujet de cette finalité du pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai stipulée dans un contrat de travail, v. : *supra*, n° 295, p. 323.

³ En droit administratif, la méthode du faisceau d'indices a été employée dès 1926 (v. les arrêts : C.E. 18 juin 1926, « RODIÈRE », Rec. LEBON, p. 623 ; C.E. 19 novembre 1926, « MONZAT », Rec. LEBON, p. 1001).

⁴ Pour une telle mise en évidence, v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 185, p. 116.

⁵ Pour une telle observation, v. not. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 785, p. 573, où l'auteur constate que lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un détournement de « prérogative contractuelle », « les juges ne recherchent pas une vérité mais une vraisemblance. Autrement dit on ne cherche pas à savoir si le titulaire du droit a réellement entendu détourner le droit de sa destination mais s'il est vraisemblable qu'il en ait été ainsi. Cela se comprend d'une manière générale car la recherche d'une intention réelle ne peut opérer que par voie d'intime conviction [...] ». (L'auteur souligne).

du titulaire du pouvoir à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, pour établir leur conviction que le mobile qui a guidé l'exercice du pouvoir n'est pas conforme à la finalité qui lui était assignée.

Si les juges attachent beaucoup d'importance au comportement du titulaire du pouvoir, c'est dans la mesure où une attitude déloyale de ce dernier à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative peut être révélatrice de ses intentions profondes et, plus précisément, de sa volonté de mettre sciemment sa prérogative au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée. Autrement dit, la caractérisation d'un détournement de pouvoir sera facilitée si un abus par déloyauté a été, au préalable, mis en évidence. D'où l'idée selon laquelle le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir se présente comme une étape préalable au contrôle des mobiles, puisque les résultats de ce premier contrôle peuvent, par la suite, être un moyen de preuve desdits mobiles. Ce procédé qui consiste à tirer d'un fait connu un fait inconnu et qui correspond, alors, au mécanisme des présomptions de l'homme¹, s'est d'ailleurs illustré plusieurs fois en jurisprudence pour établir l'existence d'un détournement de pouvoir en matière de pouvoirs contractuels.

Ainsi, par exemple, dans une espèce, un détournement de pouvoir disciplinaire a pu être déduit du caractère arbitraire et renouvelé des agissements hostiles d'un employeur à l'égard d'un salarié². Plus précisément, dans cette espèce, un employeur avait successivement prononcé plusieurs mesures de mise à pied disciplinaires à l'encontre d'un salarié en raison de divers refus de travail. Or, la Cour d'appel avait pu constater que ces différents refus de travail de la part d'un salarié embauché en qualité de manutentionnaire et disposant, en outre, de la qualité de délégué syndical, procédaient, en réalité, des agissements fautifs de l'employeur. Ledit employeur chargeant, en effet, systématiquement ce salarié des travaux les plus pénibles et les plus fatigants, tout en le privant de l'usage des engins motorisés de manutention dont ses collègues pouvaient disposer.

Il est possible de constater, ici, que par son comportement déloyal, l'employeur a créé les conditions du refus de travail et, donc, les conditions d'exercice de son pouvoir disciplinaire. C'est donc à partir de cette attitude déloyale, qui correspond à une hypothèse de manipulation des faits³, que la Cour d'appel, dont l'arrêt est confirmé par la Cour de cassation, a pu déduire que ces sanctions procédaient d'un détournement de son pouvoir disciplinaire et d'un parti pris constitutif d'une discrimination illicite⁴. Autrement dit, les juges du second degré ont, à partir du caractère arbitraire et renouvelé des agissements hostiles de l'employeur, forgé leur

¹ Dans la mesure où il s'agit de rapporter la preuve d'un fait juridique, puisqu'il s'agit de prouver dans les faits quelles ont été les intentions du titulaire du pouvoir, les modes de preuve sont libres, ce qui signifie que la preuve par présomption est recevable. Sur ce point, v. not. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 185, p. 116-117.

² v. : Cass. soc. 13 février 1996, n° 92-4502, Dr. soc. 1996, p. 532, obs. A. JEAMMAUD.

³ La manipulation des faits correspond à la création artificielle, par le titulaire d'un pouvoir, des conditions qui en justifient l'exercice. À propos de cette forme de déloyauté comportementale, c'est-à-dire d'abus par déloyauté, susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de la bonne foi, v. : *supra*, n° 456 et s., p. 524 et s.

⁴ Il convient de préciser qu'aujourd'hui ce comportement constitutif d'une discrimination est susceptible d'être sanctionné en lui-même, c'est-à-dire en l'absence de détournement de pouvoir, ce qui réduit, ici, l'utilité de ce dernier fondement. Une mesure disciplinaire constitutive d'une discrimination est non-seulement, à l'heure actuelle, expressément prohibée (art. L. 1132-1 du C. trav.), mais aussi susceptible d'être annulée (art. L. 1132-4 du C. trav.).

conviction que le mobile qui a guidé l'exercice du pouvoir disciplinaire n'était pas conforme au but assigné à ce pouvoir. Bien que le terme ne figure pas dans l'arrêt, l'accent mis sur le caractère hostile du comportement de l'employeur laisse subodorer que l'exercice de ce pouvoir a été guidé par l'intention de nuire.

L'affaire qui a opposé l'acteur Curd JURGENS à la société cinématographique Regina peut fournir une autre illustration de la méthode qui consiste à déduire d'un faisceau d'indices les mobiles qui ont guidé l'exercice d'un pouvoir contractuel¹. Dans cette célèbre affaire, l'acteur Curd JURGENS s'était contractuellement engagé à tourner un film avec la société Regina. Le contrat réservait à l'acteur le pouvoir d'agrèer le scénario définitif du projet de film qu'il s'était engagé à tourner. En d'autres termes, en bénéficiant de la possibilité de choisir parmi plusieurs scénarios celui qui convenait le mieux à sa sensibilité artistique, celui-ci disposait du pouvoir de préciser unilatéralement l'objet de sa prestation. Or, ledit acteur refusait systématiquement de donner son agrément aux différents scénarios que l'on venait lui proposer.

La Cour analysa alors le comportement de Curd JURGENS à l'occasion de l'exercice de son pouvoir d'agrément afin d'essayer de savoir si celui-ci avait exercé sa prérogative conformément à sa finalité. Plus précisément, dans la mesure où le pouvoir issu de telles clauses d'agrément a pour finalité de préserver la sensibilité artistique des acteurs, la Cour rechercha si les multiples refus de ce dernier étaient guidés par des raisons d'ordre artistique. D'une part, la Cour constata que l'acteur avait entrepris des négociations parallèles pour tourner, à la même période, dans un film de la Twentieth Century Fox aux retombées économiques bien plus intéressantes. D'autre part, la Cour releva la mauvaise volonté de l'acteur à donner suite à ses critiques des différents scénarios, mais aussi ses différentes manœuvres, dérobades et attermoiements. Autrement dit, elle mit en lumière l'incurie de l'acteur, c'est-à-dire un manque total de soin et d'application dans l'exercice de son pouvoir d'agrément.

Elle déduisit, alors, du comportement de l'acteur, ses mobiles, à savoir que ses différents refus étaient guidés par le désir de se rendre libre pour aller jouer aux Etats-Unis, ce qui lui permettait ainsi de répondre à une proposition mieux rémunérée. Bien que la Cour ait pu fonder sa décision sur l'abus de droit, elle venait, en réalité, de caractériser un détournement de pouvoir. En effet, à partir du comportement du titulaire du pouvoir, la Cour a pu en déduire que celui-ci s'était écarté sciemment du but assigné à sa prérogative puisque celui-ci n'en avait pas fait usage pour préserver sa sensibilité artistique, mais dans un but économique.

Ainsi, confronté aux difficultés inhérentes à la preuve d'une intention, le juge est-il conduit à emprunter, en matière de pouvoirs contractuels, la méthode qui est couramment utilisée lorsqu'il s'agit de mettre en évidence l'existence d'un détournement de pouvoir. La preuve des mobiles ne pouvant, en règle générale, être directement rapportée, le juge est donc classiquement amené à forger sa conviction que les mobiles qui ont guidé l'exercice du pouvoir ne sont pas conformes au but assigné à cette prérogative à partir d'un faisceau d'indices concordants.

Il est alors possible de se demander quelle attitude doit adopter le juge dans l'hypothèse où la recherche des intentions du titulaire du pouvoir viendrait mettre en évidence que ce dernier

¹ v. : CA Paris, 30 mai 1961, D. 1961, p. 669, note G. LYON-CAEN.

a été animé par une pluralité de mobiles et que, parmi ces mobiles, certains sont légitimes, mais que d'autres, au contraire, s'écartent du but assigné au pouvoir. C'est l'épineuse question de la pluralité des mobiles.

2. La question de la pluralité des mobiles.

463. **Plusieurs solutions envisageables.**- Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel a été animé par une pluralité de mobiles et que, parmi ces mobiles, certains sont légitimes, c'est-à-dire conformes à la finalité assignée au pouvoir, mais que d'autres, au contraire, sont illégitimes en ce qu'ils s'écartent du but assigné au pouvoir, la question qui se pose, inévitablement, est celle de savoir quels mobiles doivent être retenus par le juge. Autrement dit, en cas de pluralité de mobiles qui peuvent mener à des solutions différentes¹, le problème qui se pose est celui de la méthode à adopter pour les départager. En effet, plusieurs méthodes, qui constituent autant de solutions au problème de la pluralité des mobiles, peuvent être envisagées.

De manière purement mécanique, il est possible de choisir de privilégier le mobile légitime au profit du mobile illégitime, et cela, dans la perspective de sauver l'acte accompli et de favoriser le titulaire du pouvoir. À l'opposé, il est possible de favoriser la prise en compte du mobile illégitime dans une optique de sécurité juridique, c'est-à-dire, plus précisément, dans l'optique de protéger les intérêts des personnes appelées à subir les effets du pouvoir. À côté de ces solutions « mécaniques » qui portent chacune en elles un choix de politique juridique, il est possible d'avoir recours à une méthode casuistique dans le cadre laquelle il s'agit de rechercher concrètement, dans chaque espèce, le mobile qui a été déterminant.

Parmi ces différentes méthodes, laquelle faut-il alors appliquer en matière de pouvoirs contractuels ? Il n'apparaît pas possible de répondre de manière immédiate à cette question en prenant appui sur des décisions de justice. En effet, la jurisprudence n'a, semble-t-il, guère souvent été amenée à trancher une question de pluralité de mobiles en matière de pouvoirs contractuels. Dès lors, pour répondre à cette question, il apparaît nécessaire, d'abord, de chercher à savoir quelles sont les méthodes qui sont privilégiées, d'une manière générale, par le droit positif, en matière de pouvoirs. Cette recherche étant alors justifiée par le fait que les pouvoirs contractuels appartiennent à la catégorie plus large des prérogatives juridiques que sont les pouvoirs. À partir des résultats de cette recherche, il conviendra, ensuite, d'essayer de déterminer la méthode à retenir dans le cas particulier des pouvoirs contractuels.

464. **Les solutions du droit positif en matière de pouvoirs.**- Étant donné que le contrôle du détournement de pouvoir trouve ses origines en droit administratif, il apparaît tout naturel de s'intéresser, dans un premier temps, aux solutions retenues dans cette branche du droit en cas de pluralité de mobiles. Il est alors possible d'observer que le droit administratif fait habituellement appel à la méthode « casuistique » pour résoudre une question de pluralité de

¹ Ces solutions peuvent être, soit, la nullité de l'acte adopté en vertu du pouvoir, soit, son maintien. En effet, si c'est le mobile illégitime qui est retenu, le détournement de pouvoir sera caractérisé et sanctionné par la nullité de l'acte adopté. En revanche, si c'est le mobile légitime qui est retenu, l'acte sera maintenu.

mobiles. En d'autres termes, le juge administratif est en principe amené à contrôler, dans chaque espèce, lequel du mobile légitime ou illégitime a constitué le mobile déterminant¹.

Le critère du mobile déterminant est, en effet, régulièrement sollicité lorsqu'il s'agit de trancher une situation de concours mettant en présence un mobile légitime inspiré par l'intérêt public et un mobile illégitime totalement étranger à l'intérêt public. Le détournement de pouvoir est alors caractérisé lorsque le juge estime que le mobile déterminant qui a poussé le titulaire du pouvoir à agir correspond à celui qui est étranger à l'intérêt public².

S'il est souvent fait appel au critère du mobile déterminant pour régler une situation de pluralité de mobiles en droit administratif, ce critère n'y est cependant pas utilisé de manière systématique. Dans certaines espèces, où il s'agit de trancher une situation de concours entre un mobile d'intérêt public qui se révèle être conforme au but assigné au pouvoir et un mobile d'intérêt public auquel le titulaire du pouvoir aurait dû rester insensible, le droit administratif admet occasionnellement que le mobile légitime suffise à justifier l'acte et que le mobile illégitime soit tenu pour surabondant³.

Autrement dit, cela signifie que lorsque le droit administratif ne cherche pas à résoudre une question de pluralité de mobiles en faisant appel au critère du mobile déterminant, celui-ci retient que la présence d'un mobile légitime, c'est-à-dire la présence d'un mobile conforme à la finalité assignée au pouvoir, suffit à rendre valide l'exercice du pouvoir.

Dans la mesure où le contrôle du détournement de pouvoir a été reçu en droit privé, il convient donc, dans un second temps, d'identifier les solutions qui y sont retenues lorsqu'il s'agit de trancher une question de pluralité de mobiles, ce qui permettra, au passage, de les comparer à celles du droit public.

Dans le cadre du droit privé, il ne semble pas possible de trouver trace d'une décision ayant fait usage du critère déterminant pour trancher, en matière de pouvoir, un cas de concours entre un mobile légitime, c'est-à-dire conforme au but assigné au pouvoir, et un mobile illégitime, c'est-à-dire un mobile qui s'écarte de la finalité assignée au pouvoir. Rien ne paraît cependant empêcher l'utilisation de ce critère en droit privé, d'autant plus qu'il y est déjà largement utilisé par d'autres techniques de contrôle des mobiles. Tel est le cas, par exemple,

¹ À ce sujet, v. not. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 794, p. 460 ; P. GONOD et M. GUYOMAR, « *Détournement de pouvoir et de procédure* », fasc. préc., n° 71 et s.

² v. par ex. : C.E. 29 juin 1992, « GRIMAUD », Rec. LEBON, p. 275, où le détournement de pouvoir a pu être retenu car l'exercice du droit de préemption n'avait pas eu pour mobile déterminant la protection de l'environnement, mais la soumission de parcelles à la gestion d'une société de chasse. Comp. : C.E. sect., 5 mai 1972 « FERDINAND », Rec. LEBON, p. 339, où le mobile déterminant de la déclaration d'utilité publique litigieuse n'était pas entaché de détournement de pouvoir.

³ v. par ex. : C.E. 28 juillet 1952, « DUMEY », Rec. LEBON, p. 404, où le Conseil d'État a validé l'arrêté préfectoral interdisant l'utilisation de certaines armes de chasse dans le but de préserver la sécurité publique, peu important, alors, qu'en prenant cette mesure le Préfet aurait également eu pour but d'assurer la protection du gibier. Le Conseil d'État refuse également d'annuler, sur le fondement du détournement de pouvoir, un acte pris dans l'intérêt financier d'une collectivité publique lorsqu'il ressort de l'instruction du dossier que l'acte litigieux reposait également sur un autre mobile d'intérêt général donc l'auteur avait la charge (v. par ex. : C.E. 12 janvier 1938, « Cie des chemins de fer de St-ETIENNE », S. 1939, 3, p. 53 ; C.E. 30 octobre 1942, « Cie générale des eaux », Rec., p. 302). Mais il convient d'observer que le Conseil d'État peut également faire appel au critère du mobile déterminant pour éviter d'annuler une déclaration d'utilité publique dictée, en partie, par l'intérêt financier d'une collectivité publique. v. par ex. l'arrêt : C.E. 14 janvier 1955, « BESSINGER », Rec. p. 24, dans le cadre duquel la possibilité de prendre en compte l'intérêt financier lors de l'expropriation d'un immeuble est admise, dès lors qu'il ne s'agit pas du but déterminant.

en matière de cause illicite¹ ou de fraude² où le juge recherche le mobile déterminant. Tout peut ainsi laisser croire que le juge de droit privé pourra faire appel au critère du mobile déterminant lorsqu'il s'agira, pour lui, de trancher une question de pluralité de mobiles en matière de pouvoirs³.

Si le droit privé ne semble pas fait avoir usage du critère du mobile déterminant en matière de pouvoir, il est, en revanche, possible d'observer que la Cour de cassation a pu, dans un arrêt particulièrement net, préciser la manière de trancher la question d'une pluralité de mobiles en l'absence de référence à ce critère. En effet, dans un arrêt en date du 18 avril 1980, la Chambre sociale de la Cour de cassation pu censurer une décision refusant d'annuler la désignation d'un délégué syndical, alors qu'il était constaté que la décision avait été prise dans le but d'affirmer la présence syndicale dans l'entreprise, ce qui correspond à un mobile légitime et, dans le même temps, dans un but de protection individuelle, ce qui constitue un mobile illégitime⁴.

L'apport de cet arrêt aux techniques de contrôle des mobiles et, ce faisant, au contrôle du détournement de pouvoir, réside ainsi en la précision selon laquelle le concours entre un mobile légitime et un mobile illégitime doit être tranché en faveur du mobile illégitime. Autrement dit, en l'absence de référence au critère du mobile déterminant, le droit privé retient une solution opposée à celle du droit administratif puisqu'il considère, qu'en cas de concours entre un mobile légitime et un mobile illégitime, la nécessité de sanctionner le mobile illégitime l'emporte sur le mobile légitime qui s'avère être insuffisant pour sauver l'acte.

C'est alors à partir de ces différents enseignements issus du droit public et du droit privé, qu'il convient de tenter de mettre au point une méthode qui permettrait de résoudre la question de la pluralité des mobiles lorsque celle-ci vient à se poser en matière de pouvoirs contractuels.

465. La méthode à retenir en matière de pouvoirs contractuels.- Dans la mesure où les pouvoirs contractuels font partie de la catégorie des prérogatives juridiques que sont les pouvoirs, la méthode qu'il s'agit de mettre au point pour y trancher une question de pluralité de mobiles doit venir s'inspirer de celle que l'on retrouve, en règle générale, en matière de pouvoirs⁵. À ce propos, il a pu être observé que pour trancher une question de pluralité de mobiles en matière de pouvoir, le droit public comme le droit privé pouvaient faire appel à deux méthodes que sont, d'une part, la méthode dite « casuistique » et, d'autre part, la méthode dite « mécanique ».

¹ Sur ce point, v. not. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 366, p. 384 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 268, p. 277-278.

² v. par ex. : Cass. civ. 4 novembre 1940, D.H. 1940, p. 192, où la Cour retient que « la complexité des intentions du propriétaire [exerçant son droit de reprise] n'est pas nécessairement exclusive de l'idée de fraude [aux droits du locataire] », dans la mesure où « l'existence ou l'absence de fraude dépend de la recherche, non du mobile unique, mais du mobile déterminant de l'exercice de la reprise ».

³ Rappr. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 192, p. 120 et n° 194, spéc., p. 124, où l'auteur se montre favorable à l'utilisation d'un tel critère.

⁴ v. : Cass. soc. 18 avril 1980, Bull. civ. V, n° 334.

⁵ Ne serait-ce, d'ailleurs, que pour préserver l'unité du régime applicable en matière de pouvoirs.

Si ces deux méthodes sont appelées à se retrouver en matière de pouvoirs contractuels, la question qui se pose, alors, est celle de savoir comment les articuler. En effet, faut-il faire prévaloir la méthode « casuistique » sur la méthode « mécanique », ou inversement, faut-il faire prévaloir la méthode « mécanique » sur la méthode « casuistique » ?

L'héritage du droit administratif en matière de contrôle du détournement de pouvoir et la nécessité de saisir au plus près la réalité des mobiles du titulaire d'un pouvoir contractuel, invitent, semble-t-il, à privilégier le recours à la méthode casuistique. Pour rappel, cette méthode est celle dans le cadre de laquelle il s'agit de rechercher concrètement, dans chaque espèce, lequel du mobile légitime ou illégitime a constitué le mobile déterminant.

Ce n'est alors que, par la suite, dans l'hypothèse où il serait impossible de déterminer concrètement lequel du mobile légitime ou illégitime a constitué le mobile déterminant, qu'il apparait opportun de faire appel à une méthode plus mécanique pour trancher une question de pluralité de mobiles. Mais, faut-il ici retenir la solution du droit privé qui considère, qu'en cas de concours entre un mobile légitime et un mobile illégitime, la nécessité de sanctionner le mobile illégitime l'emporte sur le mobile légitime, ou la solution du droit administratif qui estime que le mobile légitime suffit à sauver l'acte ? Étant donné qu'il s'agit de mettre au point une méthode permettant de trancher une question de pluralité de mobiles en droit privé, il convient, évidemment, de retenir la solution du droit privé. Cette solution doit, par conséquent, conduire à reconnaître l'existence d'un détournement de pouvoir en présence d'un concours entre un mobile légitime et un mobile illégitime qui n'aurait pas pu être résolu, au préalable, grâce au critère du mobile déterminant.

Afin d'illustrer en pratique la méthode proposée, il est possible de prendre pour exemple l'exercice, par un employeur, du pouvoir de résiliation qu'il tiendrait d'une clause d'essai stipulée dans un contrat de travail. L'exercice de ce pouvoir serait alors guidé, dans le cadre de cet exemple, à la fois, par la volonté de sanctionner¹ l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté, et par la volonté de le remplacer par un ami. Cette situation de concours entre, d'un côté, le mobile légitime que constitue la sanction de l'inaptitude du salarié et, de l'autre, le mobile illégitime que constitue la volonté de remplacer l'employé par un ami, devrait ainsi être tranchée, en premier lieu, grâce au critère du mobile déterminant². Ce n'est alors, qu'en cas d'impossibilité de déterminer concrètement lequel de ces deux mobiles a été déterminant dans l'esprit du titulaire du pouvoir, que cette situation de concours devrait être tranchée au moyen de la logique « mécanique » qui consiste à faire prévaloir le mobile illégitime sur le mobile légitime.

Pour prendre une autre illustration, il est possible de faire allusion à la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier qui serait guidé à la fois par la volonté de sanctionner l'inexécution suffisamment grave commise par le cocontractant

¹ Comme il a déjà été évoqué, le verbe « sanctionner » ne doit pas être ici considéré sous l'angle de son acception punitive, mais sous l'angle de son acception qui renvoie à l'idée de « confirmation » ou de « consécration » d'un fait – ici, l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi auquel il est affecté –.

² Dans l'hypothèse où le juge retiendrait que la volonté de remplacer le salarié par un ami a constitué le mobile déterminant de l'action du titulaire du pouvoir, le détournement de pouvoir serait caractérisé. À l'opposé, s'il apparait que le mobile déterminant a été la volonté de mettre au contrat en raison de l'incompétence du salarié, le détournement de pouvoir ne sera pas retenu.

et par l'intention de nuire, c'est-à-dire par l'intention de causer un préjudice au cocontractant. Au regard de la méthode proposée, cette situation de concours entre, d'un côté, le mobile illégitime que constitue la volonté de sanctionner l'inexécution suffisamment grave du cocontractant et, de l'autre, le mobile illégitime que constitue l'intention de nuire, devrait être tranchée, d'abord, grâce au critère du mobile déterminant. Toutefois, dans l'hypothèse où la recherche concrète du mobile déterminant n'aboutirait pas, la situation de concours devrait être tranchée en faveur du mobile illicite¹, ce qui conduirait, alors, à retenir l'existence d'un détournement de pouvoir.

Cette manière de trancher une question de pluralité de mobiles en matière de pouvoirs contractuels en utilisant, dans un premier temps, le critère du mobile déterminant, puis, en cas de doute, en faisant prévaloir le mobile illégitime sur le mobile légitime, présente l'avantage d'allier à une technique qui cherche à saisir au plus près la réalité des mobiles du titulaire du pouvoir, une solution de sécurité qui consiste, en cas d'échec de la première recherche, à protéger les intérêts du cocontractant, ou l'ordre public, en reconnaissant l'existence d'un détournement de pouvoir².

Il est possible toutefois d'observer que la méthode proposée ici, ne correspond pas à celle préconisée par le Professeur STOFFEL-MUNCK qui considère, pour sa part, dans sa thèse, que l'abus par détournement n'est caractérisé que dans l'hypothèse où tous les mobiles du titulaire du pouvoir viendraient à s'écarter de la finalité assignée à la prérogative contractuelle³.

Pour illustrer sa conception du détournement de pouvoir, l'auteur fait alors appel à l'exercice du pouvoir de résiliation de l'employeur pendant la période d'essai. L'auteur estime

¹ Ce choix de trancher une question de pluralité de mobiles en retenant le mobile illicite qu'est ici l'intention de nuire, pourrait être justifié en raison de son caractère contraire à l'ordre public. En effet, entre, d'un côté, un mobile légitime destiné à protéger les intérêts d'un créancier insatisfait, c'est-à-dire des intérêts privés, et de l'autre, un mobile contraire à l'ordre public et troublant la paix sociale, la préservation de l'ordre public semble appelée à primer sur la protection des intérêts privés.

² Ce choix de trancher un cas de pluralité de mobiles en faveur du mobile illicite peut se retrouver, par exemple, dans le nouvel art. L. 1235-2-1 du C. trav. issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017. Pour rappel, cet article prévoit qu'en présence d'un grief portant atteinte à une liberté fondamentale et entachant, ainsi, le licenciement d'une cause de nullité, la nullité de la rupture encourue ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation qu'il fait de l'indemnité à allouer au salarié lorsque ce dernier ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible. Si cet article se place sur le terrain de l'indemnisation des conséquences d'un licenciement nul, il est néanmoins possible de constater qu'il considère, au préalable, que la question de la pluralité des mobiles doit être tranchée en faveur du mobile illégitime et contraire à l'ordre public. La présence d'un grief légitime invoqué à l'encontre du salarié pouvant seulement venir réduire le montant de l'indemnité qui lui est due.

³ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n°, 786, p. 575, où l'auteur retient : « En logique, l'abus d'un droit semi-discretionnaire se constate seulement si tous les motifs qui en fondent l'exercice paraissent étrangers à sa finalité ». Pour appuyer sa solution relative à la résolution d'une situation de pluralité de mobiles, l'auteur fait référence à un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (v. : C.A. Paris, 23 novembre 1990, D. 1992, p. 101, note G. PIGNARRE) dans le cadre duquel un salarié embauché à l'essai reprochait à son ancien employeur de l'avoir engagé seulement dans le but de bénéficier de ses relations et, plus précisément, pour conclure un contrat avec un nouveau client, puis, une fois le contrat conclu, d'avoir rompu l'essai. La Cour n'a pas reconnu l'existence d'un abus de la part de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir car il ne pouvait « être déduit du court délai qui s'est écoulé entre la conclusion de l'accord et la rupture de la période d'essai que l'employeur n'avait engagé ce cadre que dans *l'unique* but de parvenir à cet accord qui sans lui n'aurait pas été possible ». (Nous soulignons). Cependant, cet arrêt ne semble pas offrir une solution au problème de la pluralité des mobiles puisqu'il exige, pour qu'un abus soit retenu, que soit démontrée l'existence d'un mobile illicite et que celui-ci ait été le seul. Or, exiger que le mobile illicite ait été le seul ne revient plus vraiment à trancher un problème de pluralité de mobiles...

que si l'exercice de ce pouvoir a été guidé, à la fois, par la volonté de sanctionner l'inaptitude du salarié à occuper l'emploi qui lui est confié et par la volonté de le remplacer par un meilleur candidat que l'employeur aurait déjà trouvé, le détournement de pouvoir ne doit pas être reconnu car le premier mobile, qui est légitime, doit l'emporter sur le second mobile qui est illégitime.

Cette conception du détournement de pouvoir et de la question de la pluralité des mobiles, qui apparaît très favorable au titulaire du pouvoir, présente, néanmoins, une faiblesse. Comme le concède d'ailleurs l'auteur, admettre que le mobile légitime emporte la validité de l'acte présente le risque de permettre au titulaire du pouvoir d'alléguer, *a posteriori*, un motif conforme à la finalité du pouvoir pour clore tout débat et échapper à toute sanction¹. Autrement dit, cette solution ouvre la porte à la mauvaise foi et au comportement manipulateur du titulaire du pouvoir qui peut être tenté, *a posteriori*, de chercher à dissimuler ses mobiles illégitimes derrière des mobiles légitimes qu'il viendrait lui-même créer.

Pour parer à ce problème, M. STOFFEL-MUNCK propose de rechercher si chacun des mobiles peuvent être corroborés, à la date de l'exercice du pouvoir, par des éléments de fait². En effet, si aucun élément factuel ne permet de corroborer l'un des mobiles qui a été allégué, c'est que celui-ci a été avancé *a posteriori* pour sauver l'exercice du pouvoir. L'auteur entend, ainsi, avec cette méthode, solutionner la question de la pluralité des mobiles.

Cependant, il convient d'observer qu'avec cette méthode, l'auteur ne fait que déplacer le problème puisqu'il ne s'agit plus de trancher un cas avéré de pluralité de mobiles, mais de vérifier, au préalable, son existence. La méthode de l'auteur n'apporte donc pas de solution dans l'hypothèse où l'existence de chacun des mobiles légitime et illégitime serait avérée. L'analyse du Professeur STOFFEL-MUNCK présente, néanmoins, le grand avantage d'attirer l'attention sur un autre élément du contrôle des mobiles, celui de leur réalité, ce qui rajoute une étape préalable à la méthode ici proposée.

Ainsi, trois étapes viennent à se dégager dans le cadre de la méthode qui doit permettre de trancher une question de pluralité de mobiles. D'abord, il apparaît nécessaire d'établir la réalité de chacun des mobiles en concours. Pour cela, il convient de rechercher si ces mobiles peuvent être corroborés par des éléments de fait. Ensuite, si la réalité de chacun des mobiles en concours est établie, il est proposé de trancher ce concours au moyen du critère du mobile déterminant. Enfin, si le caractère déterminant du mobile légitime ou du mobile illégitime ne peut être identifié, le mobile illégitime doit l'emporter dès lors que l'on se fie aux solutions retenues par la jurisprudence en droit privé.

466. Conclusion de la Section I.- Bien que les notions d'abus et de bonne foi soient traditionnellement présentées comme les instruments privilégiés pour asseoir, au fond, le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, leurs contours incertains pouvaient faire craindre une ingérence du juge dans les affaires des parties. Dans l'optique de parer à ce risque

¹ *Ibid, loc. cit.*, où l'auteur constate : « On se heurte alors à une difficulté. Ne suffit-il pas au titulaire du droit d'avancer qu'il a un motif quelconque d'une nature correspondant à son droit pour clore tout débat ? ».

² *Ibid, loc. cit.*

et de garantir une plus grande prévisibilité aux justiciables, deux instruments de contrôle plus précis ont alors pu être proposés¹.

Le premier de ces instruments est le contrôle du dépassement de pouvoir. Le contrôle du dépassement de pouvoir tel qu'il a été ici mis sur pied, se présente comme un contrôle de type purement objectif dans le cadre duquel il s'agit, pour le juge, de s'intéresser au contenu du pouvoir contractuel. Plus précisément, cette approche purement technique invite à vérifier que les limites objectives d'exercice du pouvoir contractuel n'ont pas été outrepassées. Ce premier type de contrôle qui vise à déceler « l'abus de pouvoir par dépassement », c'est-à-dire le non-respect des limites objectives du pouvoir, est donc susceptible de concerner chacune des conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel. Cela signifie que le contrôle du dépassement de pouvoir peut se développer sur trois points.

D'abord, dans la mesure où tous les pouvoirs contractuels sont destinés à réaliser un but objectivement défini, le juge pourra, quel que soit le pouvoir en question, vérifier que son titulaire ne l'a pas au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée.

Ensuite, lorsque les motifs-efficients qui justifient l'exercice d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle du dépassement de pouvoir pourra conduire le juge à vérifier, la réalité matérielle des faits, mais aussi, à contrôler l'interprétation donnée par le titulaire du pouvoir motifs contenus dans la norme attributive du pouvoir, sans oublier la possibilité d'examiner qualification juridique des faits retenue.

Enfin, lorsque les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le juge pourra, d'une part, vérifier que le titulaire du pouvoir a bien fait usage des moyens mis à sa disposition par les normes qui encadrent l'exercice de sa prérogative et, d'autre part, apprécier la proportionnalité des moyens employés.

Le second instrument proposé pour contrôler l'exercice des pouvoirs contractuels est le détournement de pouvoir. Le contrôle du détournement de pouvoir, quant à lui, se présente comme un contrôle de type subjectif qui doit permettre au juge d'apprécier la moralité du titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Deux étapes ont alors pu être mises en évidence dans le cadre de ce contrôle de type éthique.

La première, a pour objet d'appréhender les comportements déloyaux qui sont susceptibles d'accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, tels que l'incurie, la brutalité, l'inconstance, la manipulation des faits et le manque de respect. Cette première étape, qui peut exister de manière autonome, est destinée à sanctionner « l'abus par déloyauté ».

La seconde étape a pour objet de saisir les mobiles du titulaire du pouvoir qui s'écarteraient de la finalité assignée à cette prérogative. Ce contrôle va permettre de saisir, non pas un type particulier de mobile, mais tous les mobiles qui s'écartent de la finalité assignée au pouvoir. Dès lors, même s'il n'existe pas de liste finie des mobiles susceptibles d'être appréhendés lors du contrôle du détournement de pouvoir, il a néanmoins pu être mis en évidence que deux types de mobiles étaient appelés à se retrouver couramment sanctionnés en matière de pouvoirs contractuels. Ces deux mobiles sont, d'une part, l'intention de nuire et, d'autre part, la recherche d'un avantage indu. Aussi, en cas de pluralité de mobiles, une méthode

¹ Ces instruments plus précis sont le fruit d'un affinement et d'une adaptation des notions d'abus et de bonne foi en matière de pouvoirs contractuels.

de résolution en trois temps a pu être proposée. D'abord, il convient d'établir la réalité de chacun des mobiles en concours en vérifiant si ces mobiles peuvent être corroborés par des éléments de fait. Ensuite, si la réalité de chacun des mobiles en concours est établie, il est suggéré de trancher ce concours au moyen du critère du mobile déterminant. Enfin, si le caractère déterminant du mobile légitime ou du mobile illégitime ne peut être identifié, il semblerait que le mobile illégitime doive l'emporter si l'on s'en réfère aux solutions retenues par la jurisprudence en droit privé. S'il est établi que le titulaire du pouvoir s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative, un détournement de pouvoir sera, alors, caractérisé. Autrement dit, cette seconde étape permet de saisir « l'abus par détournement ».

Bien que ces instruments de contrôle se complètent, l'un jouant sur le plan objectif, l'autre jouant sur le plan subjectif, ils ne permettent pas, pour autant, de s'assurer de l'entière régularité de l'exercice d'un pouvoir contractuel. En effet, ces instruments ne permettent de procéder qu'à un contrôle des conditions de fond de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Or, le titulaire d'une telle prérogative peut également se voir imposer l'accomplissement de certaines formalités à l'occasion de la mise en œuvre de celle-ci. Le contrôle des conditions de fond est donc appelé à être complété par un contrôle de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

SECTION II : LE CONTRÔLE DE LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE.

467. **Un mouvement de procéduralisation.**- Afin d'encadrer l'exercice du pouvoir dans le contrat, le législateur et la jurisprudence ont pu imposer l'accomplissement de certaines formalités au titulaire d'une telle prérogative lorsque celui-ci décide de la mettre en œuvre. Ont ainsi fleuri, de toutes parts, des exigences d'information, de concertation et de motivation de telle sorte que, mises bout à bout, ces différentes formalités tendent à tracer les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. L'objectif sera alors de détailler chaque étape de cette procédure dans la perspective d'identifier précisément ce que le juge peut être appelé à contrôler. Cependant, avant d'y procéder, encore convient-il de comprendre les raisons de ce mouvement de procéduralisation, c'est-à-dire d'en rechercher le fondement.

468. **Les raisons du mouvement de procéduralisation.**- Les formalités procédurales, parmi lesquelles il est possible de compter, notamment, le devoir d'informer le cocontractant, le devoir d'entendre ce dernier pour qu'il puisse présenter ses explications, et le devoir de motiver l'acte pris en vertu du pouvoir, ont pu, à l'origine, être introduites en matière contractuelle pour y encadrer l'exercice des pouvoirs de sanction. Cette introduction, en matière contractuelle, d'exigences que l'on retrouve habituellement en matière processuelle avec, d'un côté, le principe du contradictoire qui garantit la possibilité d'être informé¹ et entendu², et, de l'autre,

¹ L'information est notamment garantie par la possibilité de prendre connaissance des moyens de fait, de droit et de preuve de l'adversaire (art. 15 C. proc. civ.).

² Le droit de ne pas être jugé sans avoir été entendu ou appelé est notamment garanti par l'art. 14 du C. proc. civ.

l'obligation faite au juge de rendre une décision motivée¹, fut alors réalisée initialement sur le fondement d'une analogie avec la figure du procès.

En effet, l'image du titulaire d'un pouvoir de sanction dans le contrat, chargé de trancher une situation mettant aux prises des intérêts opposés en disant le droit² et en imposant sa solution³, peut faire écho à l'image du procès et aux pouvoirs du juge. Dès lors, la tentation fut évidemment grande pour le législateur et la jurisprudence de puiser dans le droit processuel interne et dans le modèle du procès équitable promu par l'article 6, §1, de la Convention européenne des droits de l'homme, les formalités procédurales destinées à encadrer la mise en œuvre des pouvoirs de sanction dans le contrat. Bon nombre de pouvoirs contractuels dont la fonction est de sanctionner le cocontractant n'ont alors pas échappé à ce mouvement de procéduralisation, ou plutôt, selon certains, à cette vague de « processualisation »⁴, étant donné qu'il s'agit de faire appel à des éléments du droit processuel.

Ainsi, par exemple, lorsque le législateur a mis sur pied une procédure destinée à encadrer formellement l'exercice du pouvoir disciplinaire en droit du travail, toutes les sanctions disciplinaires, y compris celles qui correspondent à l'expression d'un pouvoir contractuel comme le licenciement et la mise à pied disciplinaire, ont vu leur mise en œuvre être assortie de formalités procédurales. Ces formalités procédurales pouvant alors évoquer le principe du contradictoire à travers la nécessité d'informer le salarié du projet de sanction et de l'entendre à l'occasion d'un entretien, ou encore, se faire le relais de l'exigence de motivation⁵.

De son côté, la jurisprudence a, par exemple, pu promouvoir le respect du contradictoire lors de la mise en œuvre de clauses statutaires d'exclusion dans les groupements de droit privé. En effet, à l'occasion de la mise en œuvre de ces clauses, qui s'analysent comme des clauses résolutoires et qui sont donc le support de pouvoirs contractuels⁶, la jurisprudence a pu faire respecter le droit pour le membre du groupement menacé par une décision d'exclusion d'être, d'une part, informé de ladite décision qui le menace afin d'être en mesure de préparer sa

¹ L'obligation faite au juge de rendre une décision motivée est imposée par l'alinéa premier de l'article 455 du C. proc. civ.

² Le titulaire d'un pouvoir contractuel de sanction peut, en effet, être investi du pouvoir de dire le droit, c'est-à-dire d'une *jurisdictio*. Cependant, doit être aménagée la possibilité d'un contrôle judiciaire *a posteriori* de la sanction. À propos des rapports entre les pouvoirs contractuels de sanction et l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », v. : *supra*, n° 186, p. 202 et s.

³ Le pouvoir se caractérise par la possibilité d'imposer une décision à autrui, c'est à par une forme d'*imperium* de droit privé.

⁴ Pour l'emploi de ce néologisme, v. : L. CADIET, « *Les jeux du contrat et du procès : esquisse* », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23 et s., spéc., n° 32, p. 41.

⁵ En droit du travail, depuis la loi AUROUX du 4 août 1982, la procédure disciplinaire est régie par le principe du contradictoire, à l'image de la procédure de licenciement qui lui a servi de modèle. Les exigences d'information, de concertation et de motivation sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 1332-1 et s. du C. trav.

⁶ Les clauses statutaires d'exclusion permettent une modification du contrat organisant les rapports entre les membres du groupement par le biais de l'élimination de l'une d'entre elles, suite à une manifestation unilatérale de volonté de l'organe compétent. Elles sont le support d'un pouvoir contractuel et peuvent s'analyser comme des clauses résolutoires. Pour une telle analyse, v. : *supra*, n° 84, p. 105.

défense¹, et, d'autre part, entendu préalablement à la délibération de l'organe compétent². En outre, la possibilité de sanctionner le non-respect du droit d'être entendu préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel a également émergé dans le domaine de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale présent dans les contrats à durée indéterminée³ et de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier⁴.

Par la suite, ce mouvement de « processualisation » s'est étendu à des pouvoirs contractuels autres que des pouvoirs de sanction de telle sorte, qu'aujourd'hui, la mise en œuvre de tous les pouvoirs contractuels semble nécessiter l'accomplissement de certaines formalités procédurales. Le devoir d'entendre le cocontractant préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel a, par exemple, pu être imposé par la jurisprudence à l'occasion de la révocation d'un mandataire social⁵. Pour sa part, l'exigence de motivation, qui serait empruntée à la procédure civile⁶, a pu être imposée par la jurisprudence au titulaire d'un pouvoir d'agrément⁷ et le législateur lui a donné une consécration légale, par exemple, en matière de fixation unilatérale du prix⁸.

Cependant, la sollicitation, en dehors de tout procès, de principes processuels afin de justifier l'encadrement formel de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, n'a pas emporté l'adhésion unanime de la doctrine. Quant à la jurisprudence qui s'était, un temps, laissée séduire par ces principes, elle a pu changer radicalement de position. Si la doctrine a notamment critiqué le fondement de cette sollicitation, c'est-à-dire l'analogie avec la figure du procès⁹, la Cour de cassation a, de son côté, fermement marqué, dans plusieurs décisions, sa volonté de ne plus faire appel aux exigences issues du droit au procès équitable pour encadrer et sanctionner la mise en œuvre des pouvoirs contractuels¹⁰.

¹ v. : Cass. com. 3 mars 1969, *Bull. civ.* IV, n° 79 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ.* I, n° 95, p. 73 ; RTD. civ. 2002, p. 534, note P.-Y. GAUTIER ; RTD. com. 2003, p. 756, obs. L. GROSCLAUDE ; Rev. soc., 2002, p. 736, note Y. CHARTIER. Le visa de l'arrêt fait expressément référence au « principe du respect des droits de la défense ».

² v. : Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ.* IV, n° 265 p. 183 ; Bull. Joly 1992, p. 100, note A. COURET ; JCP E. 1993, I, p. 218, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

³ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-15115.

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 124, p. 96, D. 2004, p. 598, note J. PENNEAU.

⁵ v. : Cass. com. 26 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 158, p. 125, Rev. soc. 1994, p. 725, note D. COHEN ; Cass. com. 24 février 1998, n° 95-12349, Bull. Joly 1998, p. 527, note C. PRIETO.

⁶ Pour une telle observation, v. not. : F.-X. LUCAS, « *Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel* », RDC 2004/4, p. 1012 et s.

⁷ v. : Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ.* IV n° 113 p. 122 ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; JCP G 2003, II, 10023, note D. MAINGUY ; CCC 2003, n° 10, obs. L. LEVENEUR ; RDC 2003, p. 152, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; LPA, 28 oct. 2002, p. 15, note P. MOUSSERON.

⁸ Les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil imposent, respectivement, au titulaire du pouvoir de fixer le prix dans les contrats-cadre et dans les contrats de service, de motiver le montant du prix fixé en cas de contestation.

⁹ v. par ex. : F.-X. LUCAS, « *Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel* », art. préc., où l'auteur constate : « Lorsque, comme dans l'espèce rapportée, un conseil d'administration d'une association de pêcheurs à la ligne radie un sociétaire, il n'y a ni tribunal, ni juge, ni procès, ni jugement mais un banal contentieux entre les parties à un contrat ». *Adde*, pour une mise en évidence de la distinction entre une décision disciplinaire d'origine contractuelle et une décision disciplinaire de nature juridictionnelle : M. GERMAIN et R. VATINET, « *Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé* » in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 397 et s., spéc., p. 411, n° 26.

¹⁰ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 83, p. 67, Bull. Joly 2004, p. 1109, note E. GARAUD. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a pu retenir que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas applicables par elles-mêmes aux séances des conseils d'administration de groupements examinant la violation d'engagements contractuels ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 308, p. 258, Bull. Joly 2005, p. 515, note Ph. NEAU-LEDUC.

Cette volonté jurisprudentielle de s'affranchir des exigences du procès équitable et, plus largement, des principes processuels, tend alors à se présenter comme une invitation à rechercher dans la matière contractuelle, elle-même, le fondement de l'encadrement procédural des pouvoirs contractuels.

Pour une partie de la doctrine, le principe de bonne foi, et plus précisément, le principe de loyauté qui en est issu, aurait naturellement vocation à servir de fondement à l'encadrement procédural de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels¹. Toutefois, le principe de loyauté ne semble fournir qu'une explication partielle à la nécessité d'un tel encadrement procédural. Certes, le principe de loyauté peut servir de vecteur à l'encadrement procédural de l'exercice des pouvoirs contractuels². Mais ce principe ne permet pas, pour autant, d'expliquer véritablement d'où vient la nécessité d'imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel l'accomplissement de formalités procédurales telles qu'informer son cocontractant, se concerter avec lui, c'est-à-dire l'entendre, ou encore, motiver la décision prise.

Ces formalités procédurales apparaissent, en réalité, fondées sur la nécessité de compenser la disparition de deux types de mécanismes contractuels de protection des intérêts des parties. La disparition de ces mécanismes de protection étant, d'ailleurs, inhérente à la technique des pouvoirs contractuels.

En premier lieu, il s'agit de compenser la disparition des vertus protectrices du dialogue qui étaient garanties par le principe du consensualisme auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger. Il est, en effet, possible d'observer que le consensualisme induisait factuellement la nécessité de se rapprocher de son cocontractant et, donc, de dialoguer avec lui pour parvenir à une modification des effets du contrat. Le dialogue, alors imposé aux parties, disposait de deux vertus protectrices. D'une part, le dialogue assurait l'information des parties, puisqu'il permettait de tenir chacune d'entre elles informée des intentions de l'autre. D'autre part, le dialogue, via l'échange des points de vue, assurait la contradiction³.

Or, les pouvoirs contractuels, qui se présentent comme des dérogations au consensualisme en ce qu'ils autorisent une partie à modifier les effets du contrat sans l'accord de l'autre, viennent inévitablement contourner ces dispositifs de protection. Assurément, le titulaire d'un pouvoir contractuel ne se trouve plus contraint de dialoguer avec son cocontractant puisqu'il peut décider seul de modifier les effets du contrat. La disparition du dialogue initialement garanti par le consensualisme entraîne alors une absence d'information du contractant appelé à subir les effets du pouvoir, ainsi que l'impossibilité pour lui de faire entendre son point de vue. Autrement dit, en l'absence de mécanismes destinés à compenser la disparition des vertus protectrices du dialogue, l'exercice des pouvoirs contractuels risque de se faire de manière totalement occulte. Les formalités procédurales que sont l'exigence d'information, de motivation et de concertation permettent alors de parer à ce risque en ce

¹ v. par ex. en ce sens : F.-X. LUCAS, « *Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel* », art. préc.

² Rappr. : M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 1222, p. 770-771, où l'auteur considère que la loyauté est susceptible de servir de vecteur à la procéduralisation du contrat.

³ La contradiction ne semble donc pas étrangère à la logique contractuelle, contrairement à ce que certains ont pu laisser entendre. (v. not. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, op. cit., n° 346 et s., p. 252 et s.).

qu'elles constituent un redéploiement des mécanismes de protection garantis, à la base, par le consensualisme. En effet, les deux premières formalités assurent l'information du cocontractant puisqu'elles permettent de le tenir au courant des intentions du titulaire du pouvoir et de prendre connaissance des motifs de la décision. La dernière assurant, pour sa part, la contradiction.

En second lieu, il s'agit de compenser la disparition de mécanismes de prévention de l'arbitraire qui est induite par la technique des pouvoirs contractuels. Parmi ces mécanismes de prévention de l'arbitraire auxquels les pouvoirs contractuels viennent déroger on compte, d'une part et à nouveau, le consensualisme, et, d'autre part, la nécessité de s'adresser au juge, c'est-à-dire la nécessité de s'adresser à un tiers indépendant et impartial, pour trancher les éventuels conflits survenant entre les parties.

Il est effectivement possible de constater que le consensualisme, via la nécessité de parvenir à un accord avec son cocontractant pour modifier le contrat, autorisait chacune des parties à défendre son intérêt et, ce faisant, permettait d'écarter le risque d'une modification du contrat décidée arbitrairement par l'une des parties, c'est-à-dire conformément à ses seuls intérêts. De même, la nécessité de s'adresser au juge, c'est-à-dire à un tiers indépendant et impartial, pour trancher un conflit entre les parties, éloignait le risque d'arbitraire dans l'édition d'une sanction modifiant le contrat. Or, en ce qu'ils dérogent au consensualisme, ou encore, à la nécessité de s'adresser au juge, les pouvoirs contractuels introduisent un risque d'arbitraire dans le contrat.

Au plan procédural, pour tenter de prévenir ce risque d'arbitraire, il est alors fait appel à une formalité en particulier : l'exigence de motivation¹. En effet, l'extériorisation formelle des raisons qui ont guidé l'exercice d'une prérogative juridique, quelle qu'elle soit, contraint son titulaire à prendre un certain recul par rapport à l'usage qui en a été fait. L'exigence de motivation conduit alors à un « décentrement »² du titulaire de la prérogative dont la fonction est de prévenir l'arbitraire³ et, donc, de rétablir, autant que faire se peut, une certaine forme d'objectivité, c'est-à-dire une certaine forme d'impartialité, dans la prise de décision.

Au final, il apparaît donc que les différentes formalités procédurales qui peuvent être mises à la charge du titulaire d'un pouvoir contractuel trouvent toutes leur raison d'être dans la matière contractuelle elle-même. Ces formalités sont, en effet, destinées à compenser la disparition de mécanismes contractuels de protection des intérêts des parties qui étaient, auparavant, garantis par des principes auxquels les pouvoirs contractuels viennent déroger, à

¹ L'exigence de motivation joue donc un double rôle en ce qu'elle permet, d'une part, d'informer le cocontractant et, d'autre part, de prévenir un risque d'arbitraire. Dès lors, il s'avère possible de distinguer deux types de dispositifs de lutte contre l'exercice arbitraire des pouvoirs contractuels. Ces deux types de dispositifs étant appelés à jouer sur des plans différents. Sur le plan substantiel, il est possible de trouver l'encadrement objectif des conditions d'exercice des pouvoirs contractuels assuré par le mécanisme de finalisation (à ce propos, v. : *supra*, n° 281, p. 312 et s.). Sur le plan procédural, on compte l'exigence de motivation.

² Pour l'emploi de ce terme, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 321, p. 263.

³ v. : X. LAGARDE, « *La motivation des actes juridiques* », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges*, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc., p. 78 où l'auteur retient que la motivation « limite à la source le risque d'arbitraire » ; Rappr. : Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 579 et s., et spéc., n° 2, où l'auteur considère que la motivation est destinée à « rationaliser les comportements ». Or, il est possible d'observer que la décision rationnelle, c'est-à-dire guidée par la raison, s'oppose à la décision dictée par les passions et l'arbitraire.

savoir, le consensualisme et la nécessité de s'adresser au juge. Cette disparition s'avérant préjudiciable pour le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel, le redéploiement de ces mécanismes de protection au travers de formalités procédurales imposées au titulaire d'un tel pouvoir permet, alors, de compenser le déséquilibre induit en faveur de ce dernier et, ce faisant, de garantir une meilleure protection des intérêts du cocontractant. Ainsi, le contournement des vertus protectrices du dialogue, que sont l'information et la contradiction, auparavant garanties par le principe du consensualisme auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger, est-il compensé par les formalités procédurales que sont les exigences d'information, de concertation et de motivation. De son côté, la protection contre l'arbitraire, anciennement garantie par consensualisme et par la nécessité de s'adresser au juge, s'avère être compensée, au plan procédural, spécifiquement par l'exigence de motivation.

Une fois les raisons de l'encadrement procédural mises en évidence, il convient de procéder à une analyse détaillée des différentes formalités qui peuvent être mises à la charge du titulaire d'un pouvoir contractuel, et cela, dans la perspective d'identifier ce que le juge peut être amené à contrôler.

469. Présentation chronologique des formalités procédurales et de leur contrôle.- Dès lors que l'on délaisse le terrain des principes pour s'intéresser plus précisément aux différentes formalités qui peuvent être imposées au titulaire d'un pouvoir contractuel, il peut apparaître opportun de présenter celles-ci selon leur ordre d'apparition chronologique. Le choix de détailler les formalités qui émaillent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels depuis son point de départ jusqu'à son terme peut alors se justifier, à la fois, par des considérations très pragmatiques, mais aussi par des considérations plus profondes. De manière très pragmatique, présenter ces formalités de manière chronologique en garantit une meilleure lisibilité. De manière plus profonde, le choix d'une présentation chronologique peut s'appuyer sur le lien indéfectible qui unit le temps et la procédure¹.

D'ailleurs, dans le cadre de cette approche chronologique, il apparaît possible de distinguer deux périodes temporelles, c'est-à-dire deux phases, lors desquelles différentes formalités procédurales doivent être accomplies par le titulaire d'un pouvoir contractuel. Ces deux phases de la procédure viennent s'articuler autour d'un repère chronologique fondamental qui est celui de la production de ses effets par le pouvoir. Plus précisément, en raison du caractère réceptice² de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, ce repère chronologique correspond au moment où la décision du *potentior* de se prévaloir des effets de sa prérogative se trouve être notifiée au cocontractant.

Ainsi y aurait-il donc, d'une part, des formalités qui se rattachent à une phase dite « préalable » à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire à une phase précédant la notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir. Parmi ces formalités, il sera possible de voir

¹ Rappr. : S. GABORIAU et J.-P. GARNERIE, « *Le temps de la procédure : regards croisés d'un magistrat et d'un avoué* », in *Le temps la justice et le droit*, textes réunis par S. GABORIAU et H. PAULIAT, Presses universitaires de Limoges, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2004, p. 131 et s., spéc., p. 132. Les auteurs ayant affirmé que le temps « constitue le système nerveux de la procédure ».

² Au sujet du caractère réceptice de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 176 et s., p. 192 et s.

que certaines sont destinées à tenir le cocontractant informé des intentions du titulaire du pouvoir, tandis que d'autres ont pour finalité de favoriser le dialogue entre les parties, c'est-à-dire la contradiction, avant l'exercice effectif du pouvoir. D'autre part, il existerait des formalités qui se rattachent à une période « concomitante » à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire des formalités qui accompagnent la notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir. Les formalités contenues dans cette seconde phase étant destinées à prévenir l'arbitraire dans l'exercice du pouvoir, ce qui correspond à l'exigence de motivation, et à informer le cocontractant de l'effectivité de la mise en œuvre du pouvoir¹.

Le contrôle des différentes formalités procédurales qui peuvent être imposées au titulaire d'un pouvoir contractuels suivra, donc, tout naturellement, ce découpage chronologique. En conséquence, devront être envisagés successivement, le contrôle des formalités procédurales préalables à l'exercice du pouvoir (§ 1) et le contrôle des formalités procédurales concomitantes à l'exercice du pouvoir (§ 2).

§ 1 - LE CONTRÔLE DES FORMALITÉS PROCÉDURALES PRÉALABLES À L'EXERCICE DU POUVOIR.

470. **Deux types de formalités susceptibles d'être contrôlées.**- Bien qu'elles ne soient pas toujours clairement identifiées ni règlementées, deux sortes de formalités peuvent être imposées au titulaire d'un pouvoir contractuel préalablement à sa mise en œuvre effective. Les premières ont pour fonction d'informer le cocontractant préalablement à l'exercice du pouvoir. Les secondes tendent, quant à elles, à rapprocher les parties pour leur permettre d'échanger leurs points de vue, voire même, de s'accorder. Comme précédemment observé, ces formalités sont destinées à compenser la disparition des vertus protectrices du dialogue, que sont l'information et la contradiction. Vertus qui étaient auparavant garanties par le principe du consensualisme auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger².

S'il convient de préciser que les différentes formalités qui seront ici présentées ne s'imposent pas nécessairement de manière cumulative lors de la mise en œuvre de chaque pouvoir contractuel, celles-ci seront néanmoins toutes exposées, ne serait-ce que pour avoir une vision globale de ce que le juge peut être amené à contrôler.

Cette précision faite, il s'agira donc de s'intéresser, en premier lieu, aux formalités destinées à assurer l'information du cocontractant (A) et, en second lieu, aux formalités permettant le rapprochement des parties (B).

¹ Comp. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 398 et s., p. 328 et s., où l'auteur énumère deux sortes de règles de « procédure non-contentieuse » qui doivent encadrer l'édition d'un acte juridique unilatéral prenant place dans le contrat. D'une part, l'auteur fait état d'une exigence d'entendre le cocontractant. Exigence qu'il désigne sous le nom de principe « *audi alteram partem* ». D'autre part, l'auteur fait référence à l'exigence de motivation. En revanche, l'auteur ne fait pas allusion aux formalités informatives préalables ni à celles concomitantes à l'édition de cet acte unilatéral.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 468, p. 547 et s.

A. L'information du cocontractant.

471. **L'identification de l'objet du contrôle.**- Préalablement à l'exercice effectif d'un pouvoir contractuel, le titulaire d'une telle prérogative peut être tenu d'informer son cocontractant. Autrement dit, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut se voir imposer l'accomplissement de formalités informatives qui participent d'un souci de transparence, c'est-à-dire de la volonté d'éviter un exercice occulte du pouvoir qui viendrait surprendre le cocontractant. En conséquence, cela signifie que le juge peut être conduit à vérifier que le titulaire d'un pouvoir contractuel s'est bien acquitté des formalités informatives qui lui étaient imposées. Or, pour avoir une connaissance précise de ce que le juge peut être invité à contrôler, il apparaît nécessaire d'identifier à la fois le contenu et les modalités de l'information exigée du titulaire du pouvoir. Dès lors, il conviendra donc de détailler, tour à tour, le contenu de l'information (1) ainsi que ses modalités (2).

1. Le contenu de l'information.

472. **Trois types d'informations.**- Au seuil de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, trois types d'informations peuvent être mises à la charge du titulaire d'un pouvoir contractuel.

Avant de les examiner plus en détail, il convient de préciser que ces trois types d'informations ne sont pas nécessairement exigées de manière cumulative. Cependant, lorsque tel est le cas, c'est-à-dire lorsqu'au moins deux types d'informations sont exigées, celles-ci viennent souvent à être confondues en raison de leur présence dans un seul et même *instrumentum*, que l'on désignera sous le nom de notification préalable. L'objectif étant alors, ici, de les distinguer.

Il sera donc possible de voir que la notification préalable à l'exercice d'un pouvoir contractuel peut être amenée à contenir, en premier lieu, une indication des intentions du titulaire du pouvoir (1). En second lieu, celle-ci peut renfermer une indication du déroulé de la procédure suivie (2). Enfin en troisième et dernier lieu, la notification préalable peut comporter une mise en demeure (3).

a. L'indication des intentions du titulaire du pouvoir.

473. **L'exposé de ses intentions par le titulaire du pouvoir.**- Avant de mettre en œuvre sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être tenu de faire connaître au cocontractant sa volonté d'en faire usage dans un futur proche. En d'autres termes, la partie qui désire mettre en œuvre un pouvoir contractuel peut être contrainte d'informer, au préalable, son cocontractant, de son choix d'utiliser tel ou tel pouvoir dont elle dispose. Le but de cette formalité informative étant, bien évidemment, d'éviter l'exercice occulte du pouvoir qui viendrait surprendre ledit cocontractant.

Il est toutefois possible d'observer que, dans le cadre des pouvoirs contractuels de sanction, cette formalité informative est souvent confondue avec la mise en demeure. Si une telle confusion semble être liée au fait que ces deux types de formalités informatives sont

souvent présentes dans le même *instrumentum*, celle-ci paraît également entretenue par les analyses doctrinales qui font état d'une diversification des fonctions de la mise en demeure¹. En effet, il a pu être montré² que la plupart des analyses doctrinales attachent, en règle générale, deux types de fonctions à la mise en demeure³.

La première, qui correspond à la fonction traditionnelle de la mise en demeure, est d'interpeller le débiteur, c'est-à-dire de lui rappeler qu'il doit exécuter son obligation. En ce sens, la mise en demeure serait une information tournée vers le passé⁴, autrement dit vers les circonstances de l'inexécution⁵. C'est alors cet ultime avertissement, élément d'une procédure précontentieuse⁶, qui provoquerait l'état de demeure, distinct du simple retard⁷.

La seconde fonction, de plus en plus mise en évidence par la doctrine qui évoque la diversification des fonctions de la mise en demeure, serait d'informer le débiteur des intentions du créancier. En cela, la seconde fonction de la mise en demeure serait tournée vers le futur, vers les conséquences que le créancier entend tirer de l'inexécution⁸. En d'autres termes, elle permettrait d'informer le débiteur du choix du créancier d'utiliser, dans un futur proche, tel ou tel moyen de sanction dans l'éventualité où l'inexécution persisterait.

Cette seconde fonction qui permet d'informer l'une des parties des intentions futures de l'autre, n'apparaît cependant pas spécifique à la mise en demeure. En effet, celle-ci est susceptible d'avoir une existence autonome, d'où l'idée de la distinguer de la mise en demeure⁹.

¹ v. not. sur ce point : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP G. 1996, I, n° 3974 ; R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 113 et s. ; M. MEKKI, JCP G. 2007, II, n° 10175, p. 29 et s., comm. Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, Bull. ch. Mixte, n° 9 ; G. VINEY, D. 2007, p. 2642, comm. Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, préc.

² v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 252, p. 210.

³ Certains auteurs en distinguent trois, v. : M. MEKKI, JCP G. 2007, II, n° 10175, comm. préc., p. 30. La mise en demeure aurait pour fonction, d'abord, d'informer le débiteur. Ensuite, elle aurait une fonction probatoire et mettrait définitivement à la charge du débiteur les conséquences de l'inexécution du contrat. Enfin, elle serait la traduction d'un certain devoir de collaboration entre les parties.

⁴ Rapp. : B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », in *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2017, n° 1, où l'auteur observe que la mise en demeure est notamment destinée à solder le passé.

⁵ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 254, p. 214.

⁶ v. not. en ce sens : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc., spéc., n° 2 ; M. MEKKI, JCP G. 2007, II, n° 10175, comm. préc., spéc., p. 30.

⁷ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 252, p. 210. Rapp. : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc., spéc., n° 12 et 13. Pour l'auteur il y aurait une « fausse » et une « vraie » mise en demeure. La « fausse » mise en demeure serait celle dont l'objet est de constituer le débiteur en retard. Cette formalité serait nécessaire dans les situations où la date d'exigibilité d'une obligation n'a pas été définie. En délivrant cette « fausse » mise en demeure, le créancier déterminerait ainsi de manière unilatérale, l'une des modalités de cette obligation. La « vraie » mise en demeure ne servirait pas, quant à elle, à définir l'obligation, mais à définir la faute. Elle constituerait un ultime avertissement et deviendrait ainsi un élément d'une procédure précontentieuse, préalable à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution.

⁸ Pour une telle observation, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 252, p. 210.

⁹ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 249 et s., p. 208 et s. et spéc., n° 254, p. 214-215.

Pour preuve, il est possible d'observer, en droit du travail et, plus spécifiquement, en matière disciplinaire que l'information préalable au prononcé d'une sanction est précisément règlementée, et cela, indépendamment de toute référence à une quelconque mise en demeure¹.

Ainsi, par exemple, lorsque l'employeur envisage de prononcer un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels, celui-ci doit envoyer au salarié une lettre de convocation à un entretien préalable qui doit notamment indiquer l'objet de la convocation². L'indication de l'objet de la convocation permet alors de tenir informé le salarié des intentions de l'employeur de mettre en œuvre son pouvoir disciplinaire dans un futur proche³.

De même, il est possible de constater, dans le cadre de l'exclusion d'un membre d'un groupement de droit privé, que si la jurisprudence exige que ce dernier soit informé de la sanction envisagée préalablement à son prononcé⁴, cette formalité informative est imposée indépendamment de toute référence à une éventuelle mise en demeure.

Le devoir, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, d'informer le cocontractant de son intention de faire usage de sa prérogative dans un futur proche se présente, donc, comme une formalité informative distincte de la mise en demeure. Cela signifie, par conséquent, que cette formalité informative peut être imposée même lorsqu'une mise en demeure n'est pas exigée.

Rares sont cependant les situations dans lesquelles la loi ou la jurisprudence exigent une telle formalité informative. La question est alors de savoir si cette formalité informative peut être imposée en dehors des cas où elle est expressément prévue par la loi ou la jurisprudence ?

¹ v. les articles L. 1332-1, L. 1332-2 et L. 1332-3 du C. trav.

² L'employeur est, en effet, ici tenu de respecter la procédure disciplinaire « normale » de l'art. L. 1332-2 du C. trav. dans la mesure où le licenciement et la mise à pied disciplinaire sont des sanctions ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. La lettre de convocation prévue à l'article L. 1332-2 doit alors indiquer l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur (art. R. 1332-1 al. 1^{er} du C. trav.).

³ Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 246, spéc., p. 204.

⁴ v. par ex. : Cass. com. 3 mars 1969, *Bull. civ. IV*, n° 79, préc. ; Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 p. 183, préc. Il convient d'ajouter que, dans les groupes de contrats, la jurisprudence apprécie la régularité de cette exigence préalable d'information à l'échelle de l'ensemble contractuel, comme le montre la célèbre affaire « ABIHSSIRA ». En l'espèce, M. ABIHSSIRA, membre du réseau de distribution Edouard LECLERC avait constitué, en marge du réseau, une société dans l'optique d'exploiter un nouveau supermarché. Accusé de concurrence déloyale, de débauchage et de retard dans le paiement de diverses créances, M. ABIHSSIRA a alors successivement fait l'objet d'une révocation de la société régionale d'achat dont il était le président, d'une résiliation du contrat de panonceau et d'une mesure d'exclusion de l'association. Dans un premier arrêt (Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 95, p. 73 ; RTD. civ. 2002, p. 534, note P.-Y. GAUTIER ; RTD. com. 2003, p. 756, obs. L. GROSCLAUDE ; Rev. soc., 2002, p. 736, note Y. CHARTIER.), la Cour de cassation a estimé que la procédure d'exclusion de l'association était irrégulière dans la mesure la lettre de convocation « ne faisait pas apparaître les griefs précis formulés à l'encontre de M. X..., condition nécessaire pour lui permettre de présenter utilement sa défense devant l'organe disciplinaire de l'association ». Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel avait refusé de faire une appréciation trop stricte et abstraite de ce principe, appréciant ainsi la régularité de la procédure à l'échelle de l'ensemble contractuel. Rejetant le pourvoi dirigé vers cet arrêt (Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 254 ; Bull. Joly 2009, p. 572, note P. RUBELLIN ; JCP E. 2009, n° 1767, n° 2, obs. Fl. DEBOISSY et G. WICKER), la Cour de cassation a validé la décision d'exclusion de l'association en faisant observer que, précédemment à cette décision, M. ABIHSSIRA avait été révoqué de ses fonctions dans la société régionale d'achat, cette révocation « notifiée à l'intéressé antérieurement à son exclusion de [l'association] et dans des conditions exemptes de critiques sérieuses » suffisait à son information et la révocation du contrat de panonceau, pivot de l'activité recherchée, créant ainsi un ensemble indivisible, suffisait à justifier les exclusions prononcées postérieurement, quand bien même la procédure suivie dans le cadre de l'association considérée isolément n'était pas régulière.

Par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, il est possible d'observer que la loi n'assortit l'exercice de ce pouvoir contractuel que de deux formalités informatives. Préalablement à l'exercice du pouvoir, la loi exige une mise en demeure et, concomitamment à l'exercice du pouvoir, celle-ci exige la notification de la résolution au débiteur. Rien n'est alors indiqué au sujet d'une éventuelle information préalable qui serait distincte de la mise en demeure. En conséquence, cela signifie que lorsque la mise en demeure n'est plus requise, c'est-à-dire dans les cas où l'inexécution est définitivement acquise ou en cas d'urgence, la seule formalité qui soit imposée au créancier est de notifier au débiteur la résolution.

Ce basculement dans la phase d'exercice du pouvoir, sans étape préalable, a notamment pu être critiqué par Mme JAOUEN¹. En effet, pour l'auteure, même lorsque l'exécution est définitivement acquise, il apparaît nécessaire de ménager une phase préalable destinée à l'information et au dialogue².

Une telle analyse doit être soutenue dans la mesure où elle s'inscrit dans la logique du redéploiement des mécanismes protecteurs initialement garantis par le principe du consensualisme auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger. Sauf urgence³, il peut donc paraître opportun de mettre à la charge du créancier qui désire faire usage du pouvoir de résolution de l'article 1226 du Code civil, le devoir d'informer, au préalable, le débiteur, de ses intentions, et cela, même lorsque l'inexécution est définitivement acquise.

Autrement dit, même dans les cas où l'inexécution est devenue impossible ou non satisfaisante, ou encore, lorsque le débiteur a indiqué qu'il n'exécuterait pas son obligation, le créancier devrait être contraint de tenir le débiteur au courant de ses intentions de résoudre le contrat, préalablement à l'exercice de son pouvoir, ne serait-ce que pour ne pas le surprendre et lui permettre de présenter ses explications.

S'il n'a été fait allusion, jusqu'ici, qu'à des pouvoirs contractuels de sanction, cela ne signifie pas, pour autant, qu'une telle formalité informative ne puisse être imposée dans le cadre de l'exercice d'autres pouvoirs contractuels, y compris lorsque celle-ci n'a pas été expressément prévue par le législateur ou la jurisprudence.

Le devoir, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, de tenir informé le cocontractant de ses intentions, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, pourrait tout à fait être imposé, par exemple, en matière de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre. En effet, l'indication, par le titulaire du pouvoir de fixer le prix, de ses intentions, préalablement à l'exercice de sa prérogative, permettrait d'éviter que le cocontractant soit surpris du prix fixé par la suite. En outre, elle permettrait au cocontractant de présenter ses observations, même s'il ne s'agit pas de parvenir à un prix négocié puisque celui-ci est défini unilatéralement. L'exigence particulière de loyauté présente dans les contrats-cadre de concession, de franchise,

¹ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 255, p. 216.

² *Ibid.*, loc. cit.

³ À propos de l'urgence, qui permet de déroger à la nécessité d'informer préalablement le cocontractant, v. : *infra*, n° 474, p. 555 et s.

ou encore de location-entretien, pourrait, d'ailleurs, constituer le vecteur du développement de cette obligation préalable d'information.

Bien qu'ait été ici évoquée la possibilité d'une extension du devoir préalable d'information en dehors des situations où celle-ci a été expressément prévue, cela ne signifie pas, pour autant, qu'il faille procéder à un développement systématique de cette formalité informative. En effet, plusieurs cas de dispense peuvent être observés.

474. **Cas de dispense.**- Le titulaire d'un pouvoir contractuel semble être dispensé de la formalité destinée à informer le cocontractant de ses intentions, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, dans trois situations.

D'abord, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être dispensé de cette formalité informative en cas d'urgence. Comme certains auteurs ont pu le mettre en évidence, l'urgence produit un effet dérogatoire¹ et permet notamment un allègement du formalisme normalement applicable². Autrement dit, l'urgence doit, semble-t-il, autoriser le titulaire d'un pouvoir contractuel à s'affranchir de la formalité destinée à informer le cocontractant de ses intentions, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative.

Si l'urgence doit permettre un allègement du formalisme en matière de pouvoirs contractuels, la véritable difficulté qui va se poser, en réalité, est celle de caractériser l'urgence. En effet, il ne semble pas possible de donner une définition générale et *a priori* de l'urgence³. L'urgence doit, semble-t-il, s'apprécier dans chaque situation particulière au regard de deux éléments : d'un côté, un risque de préjudice et, de l'autre, le temps à disposition pour le conjurer⁴. L'urgence dépendant alors, dans chaque situation, de la gravité du risque de préjudice et du temps à disposition pour le prévenir.

Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où il existerait un fort risque de dommage et très peu de temps à disposition pour le prévenir, le créancier d'une obligation inexécutée pourrait-il mettre en œuvre le pouvoir de résolution qu'il tient de l'article 1226 du Code civil en se dispensant de toute information préalable destinée à avertir le cocontractant de ses intentions. En qualité de gardien du formalisme protecteur des intérêts du cocontractant, le juge serait donc, ici, appelé à apprécier l'urgence dans la situation qui lui est soumise.

Pour en terminer sur la question de l'urgence, il convient d'observer que celle-ci ne semble pas toujours être en mesure de dispenser le titulaire d'un pouvoir contractuel de la formalité destinée à informer le cocontractant de ses intentions. Afin d'illustrer cela, il est possible de prendre l'exemple de l'employeur qui désirerait prononcer un licenciement

¹ v. : M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », RTD civ. 1954, p. 405 et s., spéc., n° 2 ; Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1968, p. 285 et s.

² v. en ce sens : M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », art. préc., n° 10 et s., où l'auteur constate que l'urgence produit un « effet dissolvant du formalisme ».

³ Rappr. : Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, *op. cit.*, n° 9, p. 7, où l'auteur observe que : « Définir l'urgence de façon rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec ».

⁴ v. not. sur ce point : Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, *op. cit.*, n° 9, p. 8, où l'auteur établit un rapport entre ces deux éléments, ou plutôt, une équation pour définir l'urgence. « Au total, l'élément décisif de l'urgence n'est ni dans la gravité du préjudice redouté, ni dans le peu de temps dont on dispose pour le conjurer ; il est dans un rapport nécessaire, que les mathématiciens exprimeraient peut-être ainsi : urgence = préjudice/facteur temps, l'urgence variant en fonction du numérateur et en fonction inverse du dénominateur ».

disciplinaire, cette sanction ayant pu être identifiée comme étant l'expression d'un pouvoir contractuel. L'employeur ne pouvant se soustraire aux garanties procédurales légales de l'article L. 1332-2 du Code du travail, celui-ci doit, même en cas d'urgence, envoyer au salarié une lettre de convocation à un entretien préalable qui fait notamment état de ses intentions via l'indication de l'objet de la convocation. Aussi, pour parer, ici, à l'urgence, la loi ne prévoit pas la possibilité d'un allègement du formalisme, mais elle permet à l'employeur de prononcer une mise à pied conservatoire¹.

Ensuite, la possibilité, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, de se dispenser de la formalité destinée à informer préalablement le cocontractant de ses intentions, peut être liée à la nature particulière du pouvoir qu'il s'agit de mettre en œuvre. En effet, certains pouvoirs contractuels ont pour trait caractéristique d'être invocables immédiatement, c'est-à-dire sans que leur titulaire soit contraint d'accomplir quelque formalité préalable.

Apparaît ainsi dispensée d'avertir préalablement son cocontractant, la partie qui, par exemple, désire invoquer l'exception d'inexécution. La raison d'être de ce mécanisme étant de jouer immédiatement lorsque l'autre partie réclame à l'*excipiens* l'exécution de sa prestation, on comprend alors que ce dernier ne soit pas tenu d'avertir, au préalable, le cocontractant de ses intentions². L'*excipiens* se contentant, alors, de notifier à son créancier le refus d'exécuter sa prestation concomitamment à la mise en œuvre de son pouvoir contractuel.

Parmi les pouvoirs contractuels invocables immédiatement et, donc, dispensés d'information préalable, il est également possible de compter le mécanisme de la prise d'acte de rupture³. Ce mode original de rupture du contrat de travail à durée indéterminée qui produit les effets, soit, d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits imputés à l'employeur sont avérés, soit, dans le cas contraire, d'une démission, est soumise à un formalisme très léger qui est justifié par la volonté d'aménager un mécanisme permettant une rupture immédiate du contrat au profit du salarié. Ce dernier étant dispensé d'information préalable et, ainsi, seulement tenu de notifier à l'employeur, par lettre simple, sa prise d'acte de rupture, concomitamment à la production de ses effets.

Enfin, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être dispensé d'informer, au préalable, son cocontractant, lorsque les parties en ont convenu par le biais d'une stipulation contractuelle. Une telle dispense conventionnelle peut notamment se rencontrer en matière de clause résolutoire. En effet, lorsque les parties ont expressément exclu la mise en demeure, il est fort probable que celles-ci aient entendu dispenser le bénéficiaire de la clause de toute formalité informative préalable à sa mise en œuvre, et donc, y compris de l'indication de ses intentions de mettre en œuvre la clause dans un futur proche si l'inexécution venait à persister.

Ainsi, en dehors des cas de dispense tenant à l'urgence, à la nature particulière du pouvoir, ou encore, à la volonté des parties, le juge peut être amené à contrôler que le titulaire

¹ Art. L. 1332-3 du C. trav.

² Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 291, p. 242.

³ Ce mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée a été consacré par la jurisprudence dans une série d'arrêts rendus le 25 juin 2003 (v. : Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-43578, 01-42335 et 01-42679, *Bull. civ.* V, n° 209, p. 213 ; D. 2003, p. 2396, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc. 2003, p. 824, note G. COUTURIER et J.-E. RAY ; RJS 8-9/2003, n° 994, p. 647, note J.-Y. FROUIN).

d'un pouvoir contractuel a bien informé le cocontractant de son intention d'utiliser le pouvoir dont il dispose, préalablement à sa mise en œuvre. Cette première formalité informative qui peut être imposée au titulaire d'un pouvoir contractuel peut, en outre, parfois s'accompagner d'une indication du déroulé de la procédure qui va être suivie.

b. *L'indication du déroulé de la procédure suivie.*

475. L'exposé de la procédure.- La notification préalable à la mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels doit contenir une indication du déroulé de la procédure qui va être suivie, ou au moins, d'une partie de celle-ci. Cela signifie, en conséquence, que le juge pourra être amené à contrôler que le titulaire du pouvoir s'est bien plié à cette formalité informative.

Il est possible de trouver trace d'une telle exigence notamment lors de la mise en œuvre du pouvoir disciplinaire en droit du travail. L'employeur est, en effet, tenu d'informer le salarié de la première étape de la procédure. Plus précisément lorsque l'employeur est tenu de suivre la procédure dite « normale », parce qu'il souhaite prononcer une sanction ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, telle qu'un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, celui-ci doit convoquer le salarié à un entretien¹. Cette convocation écrite doit alors mentionner, hormis l'objet de la convocation², la date, l'heure et le lieu de l'entretien³. En outre, elle doit rappeler au salarié que celui-ci peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise⁴.

Des indications proches semblent appelées à se retrouver dans le cadre de l'information délivrée au membre d'un groupement de droit privé menacé d'exclusion⁵. En effet, dans la mesure où un membre d'un groupement de droit privé ne peut être exclu sans avoir été, au préalable, averti⁶ ni entendu⁷, celui-ci doit nécessairement recevoir une notification l'informant qu'une procédure⁸ d'exclusion le concernant est initiée et lui indiquant, outre l'objet de sa convocation, la date et l'heure de celle-ci. Cette notification préalable n'a cependant pas à contenir l'indication de la possibilité d'être assisté par un avocat dans la mesure où cette faculté a été déniée par la jurisprudence⁹.

¹ Art. L. 1332-2 al. 1^{er} du C. trav.

² L'indication de l'objet de la convocation permet de tenir informé le salarié des intentions de l'employeur de mettre en œuvre son pouvoir disciplinaire dans un futur proche (v. : *supra*, n° 473, spéc., p. 553).

³ Art. R. 1332-1 al. 2 du C. trav.

⁴ Art. L. 1332-2 al. 2 du C. trav. et R. 1332-1 al. 3 du C. trav.

⁵ Cette idée est notamment défendue par : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 247, p. 204.

⁶ v. : Cass. com. 3 mars 1969, *Bull. civ. IV*, n° 79, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 95, préc.

⁷ v. : Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 p. 183, préc.

⁸ Le déroulé de la procédure doit, semble-t-il, être prévu dans les statuts. v. en ce sens : Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1995, 2^{ème} éd., p. 154, où l'auteur retient que les statuts doivent : « désigner l'organe chargé de prononcer la sanction et organiser la procédure suivie devant lui, en prévoyant, au minimum, que l'intéressé sera convoqué en temps utile et pourra être entendu s'il le souhaite ».

⁹ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 83, p. 67, préc. Dans cet arrêt la Cour de cassation refuse d'appliquer les garanties tirées de l'art. 6 § 1 de la CEDH, telles que le droit à l'assistance d'un avocat, en retenant que celles-ci ne sont pas applicables par elles-mêmes aux séances des conseils d'administration de groupements

Pour clore cet aperçu non-exhaustif de notifications préalables devant contenir une indication de la procédure susceptible d'être suivie, il est possible de faire allusion à celles qui précèdent la mise en œuvre de clauses résolutoires contenues dans certains types de contrats. Par exemple, en matière de bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989, la notification préalable à la mise en œuvre de la clause résolutoire doit détailler les possibilités offertes au locataire durant la procédure de résolution du contrat de bail que sont, notamment, payer dans un délai de deux mois et saisir le fonds de solidarité pour le logement¹.

Si le juge peut ainsi être amené à contrôler, dans certaines situations, que la notification préalable à l'exercice du pouvoir contient une indication du déroulé de la procédure qui sera suivie, il peut également être conduit à vérifier que celle-ci comporte bien une mise en demeure.

c. *La mise en demeure.*

476. Mise en demeure et pouvoirs contractuels.- En qualité d'ultime avertissement précédant la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution, la mise en demeure constitue une formalité qui ne peut, naturellement, précéder que la mise en œuvre des pouvoirs de sanction de l'inexécution. S'il ne sera donc ici question que des pouvoirs de sanction de l'inexécution, il convient néanmoins de rappeler que, d'une manière générale, deux fonctions sont traditionnellement attachées à cette formalité qu'est la mise en demeure.

La première de ces fonctions est de provoquer l'état de demeure, que la simple échéance du terme ne suffit pas à produire. L'état de demeure, distinct du simple retard², produit des effets au plan substantiel en ce qu'il met les risques à la charge du débiteur³ et joue également un rôle au plan probatoire⁴ en ce qu'il est le constat d'une inexécution alors imputée au débiteur⁵.

La seconde fonction attachée à la mise en demeure est d'informer le débiteur. Plus précisément, l'interpellation contenue dans la mise en demeure apparaît comme une information avant tout tournée vers le passé. Le créancier rappelant au débiteur que ce dernier s'est engagé et qu'il doit, de ce fait, exécuter son obligation. Ce rappel s'accompagne alors

examinant la violation d'engagements contractuels. La Cour de cassation refusant ainsi d'assimiler les organes d'une société à des organes juridictionnels.

¹ Art. 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

² v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 252, p. 210. Rapp. : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc., spéc., n° 12 et 13. Pour l'auteur, la « vraie » mise en demeure n'a pas pour fonction de constituer le débiteur en retard et, ce faisant, de déterminer la date d'exigibilité d'une obligation, mais sert à définir la faute. Elle constituerait un ultime avertissement et deviendrait ainsi un élément d'une procédure précontentieuse, préalable à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution.

³ v. : l'article 1344-2 du C. civ.

⁴ Sur ce point, v. not. : G. VINEY, D. 2007, p. 2642, comm. Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007.

⁵ v. en ce sens : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., où l'auteur constate que : « l'interpellation permet le passage d'un état de retard, situation de fait, à un état de demeure, situation rendant l'inexécution imputable au débiteur ». Adde, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 1995, coll. Thémis droit privé, p. 296, où l'auteur constate que : « Cette réclamation est destinée à l'interpeller, à le sommer d'exécuter et, pour ainsi dire, à le mettre dans son tort, en lui ôtant tout prétexte tiré d'une négligence ou tolérance de son créancier ».

d'une invitation-menace¹ à remédier à l'inexécution dans un certain délai. En tant que dernier avertissement avant le prononcé d'une sanction, la mise en demeure s'apparente ainsi à une « politesse contractuelle »², destinée à ne pas surprendre le débiteur.

Aussi, cette seconde fonction de la mise en demeure trouve-t-elle une résonance toute particulière en matière de pouvoirs de sanction de l'inexécution. En effet, il convient d'observer qu'en autorisant le créancier à modifier unilatéralement les effets du contrat en guise de sanction de l'inexécution, sans avoir à s'adresser préalablement au juge ou à son cocontractant, le risque qui est bien évidemment présent est celui d'un exercice occulte du pouvoir de sanction qui viendrait surprendre le débiteur. Plus exactement, le risque pour le débiteur est de subir la mise en œuvre d'un pouvoir de sanction de l'inexécution sans avoir été au préalable averti et sans avoir bénéficié d'une dernière chance pour exécuter sa prestation.

S'il faut encore le rappeler, ces risques résultent de ce que les pouvoirs de sanction de l'inexécution dérogent au consensualisme et à la nécessité de s'adresser au juge. Assurément, en dérogeant au consensualisme qui induisait factuellement la nécessité de se rapprocher de son cocontractant et, donc, de dialoguer avec lui pour parvenir à une modification des effets du contrat, les pouvoirs de sanction privent le débiteur de la possibilité, d'une part, d'être averti par le créancier et, d'autre part, de négocier avec lui un délai supplémentaire pour exécuter. De son côté, la nécessité de s'adresser au juge offrait des garanties analogues auxquelles les pouvoirs de sanction viennent déroger. L'information était, en effet, garantie par l'assignation et le juge disposait de la possibilité d'octroyer un délai de grâce au débiteur.

La mise en demeure, en ce qu'elle permet d'avertir le débiteur et en ce qu'elle lui offre un dernier délai pour exécuter son obligation, assure, alors, un redéploiement des garanties anciennement offertes par le par le consensualisme et par la nécessité de s'adresser au juge³. La possibilité pour le débiteur d'être informé et de disposer d'un dernier délai pour exécuter permet donc de contrebalancer le pouvoir de sanction conféré au créancier. Le débiteur pouvant alors y répondre matériellement par un acte d'exécution. De la sorte, la mise en demeure prévient toute tentative d'action par surprise du créancier et vient temporiser la phase de mise en œuvre d'un pouvoir de sanction de l'inexécution⁴.

Dès lors, il est possible de comprendre pourquoi le droit positif attache une importance toute particulière au respect d'une mise en demeure préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction de l'inexécution. Ainsi, par exemple, une mise en demeure est,

¹ Rapp. : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc., spéc., n° 3 où l'auteur constate que « la mise en demeure relève elle aussi, dans une certaine mesure, [d'un] mélange des genres ; elle associe prière et menace ».

² v. : X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc.

³ L'idée selon laquelle la mise en demeure permettrait de compenser l'absence du juge est évoquée par plusieurs auteurs. v. not. sur ce point : F. OSMAN, « *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* », Defrénois 1993, art. n° 35433, p. 65 et s., spéc., n° 10 : « La sommation doit, en effet, constituer une interpellation suffisante du débiteur défaillant. Elle est, mutatis mutandis, un palliatif à l'absence d'intervention du juge, lequel est seul en mesure de "sauver" le contrat ». Adde, X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », art. préc., spéc., n° 9, où l'auteur observe que : « la mise en demeure apparaît donc bien comme une formalité, nécessaire lorsque la sanction sollicitée par le créancier échappe au contrôle du juge, utile lorsque le débiteur est encore en mesure d'exécuter son obligation ».

⁴ Lorsqu'il s'agit de parvenir à la résolution du contrat, la mise en demeure contribue à une rupture du contrat par étapes progressives, que certains auteurs désignent sous le nom de « rupture par *punctation* ». v. en ce sens : M. MEKKI, JCP G. 2007, II, n° 10175, comm. préc., spéc., p. 30.

par principe, exigée préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier¹. Une mise en demeure est également, par principe, exigée préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire². De même, le créancier qui désirerait se remplacer auprès d'un tiers doit, préalablement à la mise en œuvre de son pouvoir, mettre en demeure le débiteur d'accomplir sa prestation³. Dans ces différentes situations où une mise demeure est exigée préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir de sanction, le juge pourra donc être amené à vérifier que cette formalité a bien été accomplie.

Si le recours à une mise en demeure est souvent imposé préalablement à l'exercice d'un pouvoir contractuel de sanction, celui-ci n'est pas pour autant systématique. Plusieurs cas de dispense peuvent, en effet, être recensés, ce qui peut venir complexifier le contrôle du juge.

477. Cas de dispense.- Le titulaire d'un pouvoir contractuel de sanction de l'inexécution apparaît dispensé de mettre en demeure le débiteur d'exécuter sa prestation dans trois cas.

Le premier cas de dispense de mise en demeure tient aux circonstances de l'inexécution. Ce premier cas de dispense regroupe, d'ailleurs, deux sous-hypothèses.

La première de ces sous-hypothèses est celle dans laquelle l'inexécution est définitivement acquise. En effet, il convient d'observer que la mise en demeure a pour finalité d'obtenir l'exécution de son obligation par le débiteur. Dès lors, la mise en demeure devient inutile lorsqu'un tel but ne peut plus être atteint. En conséquence, et d'une manière générale, le créancier d'une obligation inexécutée se trouve être dispensé de la formalité que constitue la mise en demeure lorsque l'exécution s'avère être impossible⁴ ou non satisfaisante, ou encore, lorsque le débiteur a fait savoir qu'il refuse d'exécuter sa prestation⁵. Ces différents cas de dispense de mise en demeure, liés à sa finalité, sont alors appelés à se retrouver en matière de pouvoirs contractuels de sanction, et cela, même si la loi n'en fait pas expressément mention.

La seconde des sous-hypothèses de dispense de mise en demeure en rapport avec les circonstances de l'inexécution correspond à la situation de l'urgence. Comme il a été observé, l'urgence produit un effet dérogatoire⁶ et peut notamment conduire à un allègement du formalisme qui serait normalement applicable⁷. L'urgence semble donc en mesure d'autoriser

¹ Le nouvel art. 1226 du C. civ. dédié à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dispose en son alinéa premier : « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». (Nous soulignons).

² Le nouvel art. 1225 du C. civ. dédié à la clause résolutoire dispose, en effet, en son alinéa second : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution ».

³ Le nouvel art. 1222 du C. civ. dispose, en effet, expressément : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation [...] ». (Nous soulignons).

⁴ v. par ex. : Cass. com. 5 avril 1965, *Bull. civ.* III, n° 259, où il s'agissait d'un contrat d'absorption de pêche dont l'exécution a été rendue impossible par la faute du débiteur, de telle sorte « que les patrons des chalutiers n'étaient pas tenus de se conformer à l'article 1146 du code civil ».

⁵ v. par ex. : Cass. com. 14 février 1967, *Bull. civ.* III, n° 73 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 avril 1973, *Bull. civ.* III, n° 254.

⁶ v. : M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », RTD civ. 1954, p. 405 et s., spéc., n° 2 ; Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1968, p. 285 et s.

⁷ v. en ce sens : M. VASSEUR, « Urgence et droit civil », art. préc., n° 10 et s., où l'auteur observe que l'urgence produit un « effet dissolvant du formalisme ».

le titulaire d'un pouvoir contractuel de sanction à s'affranchir de l'exigence d'une mise en demeure, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative. Si cette dispense de mise en demeure liée à l'urgence a été légalement reconnue en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier avec l'ordonnance du 10 février 2016¹, rien n'est cependant mentionné à ce sujet en matière de clause résolutoire.

Dans l'éventualité où une clause résolutoire exigerait expressément une mise en demeure préalablement à la résolution, la question est alors de savoir si l'urgence permet de déroger à cette exigence et, ce faisant, à la volonté des parties garantie par le principe de force obligatoire. Plutôt que de porter une atteinte directe à la force obligatoire en introduisant dans la clause résolutoire un cas de dispense de mise en demeure que les parties n'ont pas prévu, à savoir l'urgence, la jurisprudence a préféré ouvrir au créancier de l'obligation inexécutée une option entre la résolution en vertu de la clause résolutoire et la résolution à ses risques et périls², précisant, par là même, l'articulation entre ces deux modes de résolution. Ainsi, la possibilité d'avoir recours à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier en cas d'urgence permet de contourner l'exigence d'une mise en demeure qui serait imposée par une clause résolutoire.

Le deuxième cas de dispense de mise en demeure tient à la nature particulière de certains pouvoirs contractuels de sanction de l'inexécution. En effet, certains pouvoirs ont pour raison d'être d'offrir une réponse rapide à l'inexécution commise par le débiteur. Pour ce faire, ils sont invocables immédiatement, c'est-à-dire sans que leur titulaire soit contraint de se plier à quelque formalité préalable, ce qui exclut, alors, notamment, la nécessité d'une mise en demeure.

Tel est le cas, par exemple, du pouvoir dont dispose le créancier de suspendre l'exécution de sa propre prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution. Assurément, afin de permettre à l'*excipiens* de réagir promptement lorsque le cocontractant lui réclame l'exécution de sa propre prestation, celui-ci est dispensé de la formalité préalable que constitue la mise en demeure. De même, le besoin de célérité fonde la possibilité offerte au vendeur de denrées ou d'effets mobiliers de résoudre le contrat le liant à l'acheteur sans avoir à mettre préalablement en demeure ce dernier. En effet, dans l'optique d'éviter le dépérissement

¹ Le premier alinéa du nouvel article 1226 du C. civ. dédié à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dispose expressément : « *Sauf urgence*, il [le créancier] doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». (Nous soulignons).

² v. : Cass. com. 4 février 2004, n° 99-21.480 ; RTD civ. 2004, p. 731, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2004, p. 1275, obs. J. ROCHFELD. Si cet arrêt est souvent regardé comme portant atteinte à la force obligatoire du contrat en ce qu'il permet aux parties de court-circuiter les dispositions d'une clause résolutoire, cette analyse peut, semble-t-il, être tempérée. En effet, il est possible d'observer que, dans cet arrêt, la mise en œuvre de la clause résolutoire était assortie d'une mise en demeure accordant trois mois au débiteur pour remédier à l'inexécution. Autrement dit, la clause résolutoire régissait la situation d'une inexécution dans le cadre de laquelle l'urgence n'était pas présente. Son respect s'imposait donc aux parties en dehors des cas d'urgence. Or, ici, la situation dans laquelle se trouvaient les parties était marquée par l'urgence. L'utilisation du mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, qui permet de résoudre le contrat notamment en cas d'urgence, ne semble donc pas entrer directement en conflit avec les stipulations prévues par la clause résolutoire dans la mesure où leur domaine d'application est en partie distinct. *Adde*, Cass. com. 10 février 2009, n° 08-12.415, CCC 2009, comm. p. 123, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 2009, p. 318, obs. B. FAGES ; RLDC 2009/59, n° 3373, obs. V. MAUGERI. Si ces arrêts autorisent le créancier à choisir le mode de résolution, il ne s'agit pas pour autant de lui permettre de s'affranchir des dispositions conventionnelles qui régissent les conséquences de la résolution. Sur ce dernier point, v. : Cass. civ. 3^{ème}, 9 octobre 2013, *Bull. civ.* III, n° 122, RDC 2014, p. 181, obs. Y.-M. LAITHIER ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 044, note L.-F. PIGNARRE.

des biens, l'article 1657 du Code civil autorise expressément le vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement, à résoudre unilatéralement le contrat sans sommation. Cette dispense de mise en demeure se retrouve également dans la pratique du laissé pour compte qui se rencontre notamment dans le cadre des ventes commerciales¹. En cas de non-conformité, l'acheteur n'est pas tenu de mettre en demeure le vendeur préalablement à l'exercice de son pouvoir de refuser la livraison et de la laisser à la charge de ce dernier.

Le troisième et dernier cas de dispense de mise en demeure tient, pour sa part, à la volonté des parties. Dans le respect des limites imposées par l'ordre public, la liberté contractuelle autorise, en effet, les parties à se dispenser conventionnellement de la formalité préalable que constitue la mise en demeure.

Par exemple, si la loi autorise les parties à s'affranchir conventionnellement de la nécessité d'une mise en demeure en matière de clause résolutoire, l'état de demeure pouvant résulter du seul fait de l'inexécution², la stipulation d'une telle dispense est néanmoins interdite lorsque la clause résolutoire s'insère dans un contrat de bail d'habitation³ ou de bail commercial⁴. Cependant, il convient d'observer que même si la loi autorise les parties à s'affranchir, sauf exception, de la formalité que constitue la mise en demeure en matière de clause résolutoire, celle-ci semble seulement permettre aux parties de se dispenser d'un ultime avertissement formel, mais non de la nécessité d'offrir au débiteur une dernière chance de s'exécuter pendant un certain temps. Si l'avertissement résulte des termes mêmes de la clause, la nécessité d'offrir un dernier délai au débiteur pour s'exécuter doit permettre de contrebalancer le pouvoir offert au créancier de résoudre le contrat en lui permettant d'y répondre dans les faits.

Une telle dispense conventionnelle de mise en demeure semble également prohibée en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. En effet, il est possible d'observer que le nouvel article 1226 du Code civil n'admet expressément qu'un seul type de dispense à l'exigence de mise en demeure, à savoir, l'urgence. À ce premier type de dispense lié à l'urgence s'ajoutent, naturellement, les cas de dispense liés aux situations dans lesquelles l'inexécution est définitivement acquise puisque la mise en demeure s'y trouve privée de son utilité. Admettre alors la possibilité d'une dispense conventionnelle qui viserait des situations autres que l'urgence et l'inexécution définitivement acquise paraît contraire à l'esprit de la loi qui cherche, semble-t-il, à éviter que le pouvoir de résolution tiré de l'article 1226 du Code civil soit mis en œuvre sans que le débiteur ait été, au préalable, averti et sans que ce dernier ait bénéficié d'une dernière chance pour exécuter sa prestation⁵. À nouveau on retrouve donc l'idée selon laquelle la possibilité pour le débiteur d'être informé et de disposer d'un dernier délai

¹ Au sujet du laissé pour compte, v. : *supra*, n° 40, p. 64 et s.

² Le nouvel article 1225 du C. civ. dédié aux clauses résolutoires dispose, en effet, en son alinéa deux que : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, *s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* ». (Nous soulignons).

³ v. : l'art. 80 de la loi du 1^{er} septembre 1948 et l'art. 24 de la loi du 6 juillet 1989.

⁴ v. : l'art. L. 145-41 du C. com.

⁵ Dans l'optique de préserver le régime de la résolution unilatérale mis en place par l'article 1226 du Code civil, le juge pourra, d'ailleurs, qualifier de clause résolutoire l'aménagement conventionnel des conditions de la résolution unilatérale réalisé par les parties. La distinction de ces deux modes de résolution permettant, ainsi, de préserver la pureté du premier.

pour exécuter s'avère nécessaire pour contrebalancer le pouvoir de sanction conféré au créancier. Le débiteur étant alors en mesure de répondre à ce pouvoir, dans les faits, par un acte d'exécution.

Une fois le contenu de l'information identifié, se pose nécessairement, par la suite, la question de la manière dont cette information doit être transmise au cocontractant. Cette question se présente, alors, comme une invitation à s'intéresser aux modalités de l'information.

2. *Les modalités de l'information.*

478. **Deux points à examiner.**- Pour déterminer la manière dont l'information préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doit être transmise au cocontractant, il apparaît nécessaire d'examiner deux points. D'une part, il s'agit de se demander, au plan matériel, quelle doit en être la forme. D'autre part, il convient de se demander, au plan temporel, dans quels délais cette information préalable doit être délivrée.

Autrement dit, dans l'optique de préciser les contours de l'objet du contrôle judiciaire, il apparaît nécessaire de s'intéresser, en premier lieu, à la forme de l'information (a) et, en second lieu, aux délais encadrant la délivrance de l'information (b).

a. *La forme de l'information.*

479. **Nécessité d'un écrit ?**- Lorsqu'il s'agit d'identifier le support formel de l'information préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, se pose naturellement la question de savoir si celle-ci doit être nécessairement délivrée par écrit ou si une simple information orale suffit ? Étant donné que trois types d'informations différentes sont susceptibles d'être délivrées préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, la question va, inévitablement, venir se poser pour chacune d'entre elles. En d'autres termes, il s'agit de déterminer, pour chacune des informations susceptibles d'être délivrées par le titulaire d'un pouvoir contractuel, si un écrit est requis *ad validitatem* ou si la forme est libre.

En ce qui concerne, d'abord, l'indication des intentions du titulaire du pouvoir¹, il est possible de constater que cette information n'est que très peu règlementée. Rares sont, en effet, les cas dans lesquels un écrit est imposé *ad validitatem*². En outre, il n'existe pas de disposition générale régissant cette information et imposant la forme écrite. Dès lors, en l'absence de disposition générale imposant la forme écrite, il semblerait donc que la forme de cette

¹ À propos de ce premier type d'information préalable susceptible d'être délivrée, v. : *supra*, n° 473 et s., p. 551 et s.

² Parmi ces rares cas, il est possible de compter la nécessité pour l'employeur qui envisage de prononcer une sanction disciplinaire, telle qu'un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, d'envoyer au salarié une lettre de convocation à un entretien préalable qui doit, notamment, exposer ses intentions via l'indication de l'objet de la convocation (v. : l'art. R. 1332-1 al. 1^{er} du C. trav.). Il paraît en aller de même s'agissant de l'exclusion d'un membre d'un groupement de droit privé ou de la révocation d'un dirigeant social. Leur convocation, contenant l'indication des intentions du groupement, doit leur, semble-t-il, également, leur être notifiée par lettre (v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 260, p. 220), ce qui correspond à l'exigence d'un écrit.

information soit libre, ce qui signifie qu'une simple information orale apparait être à même de suffire¹.

Aussi, dans l'éventualité où le devoir pour le titulaire d'un pouvoir contractuel de tenir informé le cocontractant de ses intentions, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, venait à être imposé, par exemple, en matière de fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre², ou encore, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls dans les cas où l'inexécution est définitivement acquise³, il conviendrait de prendre position sur la forme de cette information. En l'absence de disposition spéciale imposant la forme écrite, il devrait en être déduit qu'une simple information orale est suffisante.

Si la forme écrite ne semble pas s'imposer en tant que règle de principe dans le cadre de l'indication des intentions du titulaire du pouvoir, le recours à un écrit peut néanmoins présenter une utilité indéniable au niveau probatoire. En effet, la présence d'un écrit doit permettre au titulaire du pouvoir de rapporter plus facilement la preuve qu'il a bien accompli cette formalité informative⁴.

Si l'on s'intéresse, ensuite, à la forme que doit revêtir le second type d'information préalable susceptible d'être délivré par le titulaire d'un pouvoir contractuel, à savoir, l'indication du déroulé de la procédure suivie, il semblerait que les conclusions soient proches de celles qui viennent d'être évoquées. Les cas dans lesquels cette information est imposée au titulaire d'un pouvoir contractuel sont, en effet, très peu fréquents, et il n'existe pas de disposition générale régissant cette information et imposant la forme écrite. Toutefois, il est possible d'observer que dans les hypothèses où cette formalité informative est imposée au titulaire d'un pouvoir contractuel, un écrit est exigé⁵.

Enfin, qu'en est-il au sujet de la mise en demeure qui est susceptible de précéder la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction ? La validité de celle-ci dépend-elle d'un écrit ? Si l'histoire du formalisme en matière de mise en demeure est celle d'un allègement croissant, les règles relatives à la validité de la mise en demeure sont aujourd'hui fixées par le nouvel article 1344 du Code civil.

Cet article fait alors référence à deux types d'actes. D'une part, il dispose que le débiteur peut être mis en demeure par une sommation. En qualité d'acte extrajudiciaire notifié par huissier de justice, la sommation prend techniquement la forme d'un écrit. D'autre part, l'article 1344 du Code civil reconnaît que la mise en demeure puisse ressortir d'un acte « portant une interpellation suffisante ». En faisant ici dépendre la validité de l'acte de son contenu et non de sa forme, le nouvel article 1344 du Code civil laisse alors planer un doute au sujet de la nécessité d'un écrit.

¹ Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 259, spéc., p. 219.

² Au sujet de cette idée, v. : *supra*, n° 473, spéc., p. 554.

³ Au sujet de cette possibilité, v. : *supra*, n° 473, spéc., p. 554.

⁴ v. not. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 259, spéc., p. 219.

⁵ Par exemple, en droit du travail, lorsque l'employeur envisage de prononcer une sanction telle qu'un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels, celui-ci est tenu d'indiquer au salarié par lettre, c'est-à-dire au moyen d'un écrit, quelles sont les date, lieu et heure de convocation à l'entretien qui constitue la première étape de la procédure disciplinaire (v. l'art. R. 1332-1 al. 2 du C. trav.).

Toutefois, il est possible d'observer que la jurisprudence n'a pas admis, jusqu'à présent, que la mise en demeure puisse ressortir des paroles ou du comportement du créancier¹ en l'absence de dispositions conventionnelles en ce sens. De plus, la doctrine considère que, dans le silence du contrat, la mise en demeure doit nécessairement prendre la forme d'un avertissement formel, impliquant le recours à l'écrit². Dès lors, il semblerait que la mise en demeure qui doit, par principe, précéder la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction de l'inexécution, tels que les pouvoirs de résolution issus, ou non, d'une clause résolutoire³, ou encore, le pouvoir de se remplacer⁴, nécessite le recours à un écrit.

Néanmoins, il est admis que le formalisme imposé anciennement par l'article 1139 du Code civil et aujourd'hui imposé par l'article 1344 du même Code, n'est pas impératif⁵. Dans les limites de l'ordre public, les parties sont donc libres d'aménager conventionnellement le formalisme de la mise en demeure. Ainsi, les parties sont-elles en mesure, soit, de l'alourdir, en imposant nécessairement le recours à un acte solennel, tel qu'un exploit d'huissier. Soit, elles peuvent décider de l'alléger en convenant, par exemple, qu'une simple visite ou qu'une simple interpellation verbale, comme un appel téléphonique, sera de nature à mettre en demeure le débiteur, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction de l'inexécution.

Si les parties sont à mêmes de se dispenser conventionnellement d'une mise en demeure sous forme écrite, il n'en reste pas moins que les nécessités probatoires conduiront, le plus souvent, en pratique, le créancier de l'obligation inexécutée, à avoir recours à un écrit, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction de l'inexécution.

Au final, si la forme écrite ne paraît pas s'imposer en tant que règle de principe dans le cadre de l'indication préalable des intentions du titulaire du pouvoir ou de l'indication préalable du déroulé de la procédure suivie, elle semble l'être en matière de mise en demeure. Aussi, dans les hypothèses où un écrit est requis *ad validitatem* pour informer le cocontractant préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, la question de la forme précise de cet écrit se pose inévitablement.

480. Forme de l'écrit.- Lorsqu'un écrit est requis *ad validitatem* pour informer le cocontractant préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, cet écrit peut prendre diverses formes.

¹ v. par ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1961, *Bull. civ.* I, n° 511 ; D. 1962, somm. p. 73 ; où la Cour a pu estimer que le fait pour le créancier de rendre visite à son débiteur ne pouvait équivaloir à une mise en demeure.

² v. en ce sens : G. CHABOT, « *Mise en demeure* », in *Rép. de procédure civile*, Dalloz, septembre 2015, m-à-j octobre 2017, n° 69, où l'auteur constate : « que l'article 1139, en ce qu'il vise la sommation ou un acte équivalent, condamne, en principe, toute mise en demeure qui ne résulterait pas d'un écrit ». Comp. : B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », in *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2017, n° 17, où l'auteur évoque la possibilité, pour les parties, d'aménager conventionnellement le formalisme de la mise en demeure en stipulant dans leur contrat qu'une simple déclaration verbale pourra constituer le débiteur en demeure, ce qui présuppose que la forme originelle de la mise en demeure est l'écrit.

³ Une mise en demeure est, en effet, par principe, exigée préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier (nouvel art. 1226 du C. civ.) et du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire (nouvel art. 1225 du C. civ.).

⁴ Art. 1222 al. 1^{er} du C. civ.

⁵ Sur ce point, v. not. : B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », fasc. préc., n° 35 et s. ; G. CHABOT, « *Mise en demeure* », fasc. préc., n° 73.

Une lettre simple semble, par exemple, suffire pour fournir au membre d'un groupement ou à un dirigeant social menacé d'exclusion¹, l'indication des intentions du groupement ainsi que le déroulé de la procédure qui va être suivie.

En revanche, une lettre recommandée apparaît nécessaire pour fournir au salarié qui encourt une sanction disciplinaire l'indication des intentions de l'employeur et de la procédure suivie². Il est également possible d'observer que l'envoi d'une lettre recommandée est imposé à l'assureur qui désirerait mettre en demeure l'assuré de payer les primes échues, préalablement à l'exercice de son pouvoir de résiliation unilatérale³.

Parfois, cependant, la mise en demeure précédant la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction de l'inexécution nécessite un exploit d'huissier. Tel est, par exemple, le cas en matière de clauses résolutoires stipulées dans un bail d'habitation. En effet, dans le cadre des baux d'habitation régis par la loi du 1^{er} septembre 1948, la mise en demeure doit être adressée au locataire sous la forme d'une sommation ou d'un commandement de payer⁴. En ce qui concerne les baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989, la mise en demeure doit prendre la forme d'un commandement de payer⁵.

Une fois précisé, au plan matériel, quel doit être le support formel de l'information préalable à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il apparaît nécessaire de déterminer, au plan temporel, dans quels délais cette information préalable doit être délivrée.

b. *Les délais encadrant la délivrance de l'information.*

481. **Délais pour agir⁶.**- Un premier type de délai peut venir encadrer la délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Il s'agit de « délais pour agir », autrement dit de délais que l'on désignerait en procédure civile sous le nom de « délais d'action ». Ces délais sont destinés à mettre le contractant en situation du sujétion à l'abri de l'inertie, c'est-à-dire de l'inaction, du *potentior*. En effet, en fixant une durée maximum au-delà de laquelle il s'avère impossible d'initier la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, de tels délais permettent d'éviter une mise en œuvre tardive du pouvoir qui viendrait surprendre le cocontractant. Cette influence de l'écoulement du temps sur la possibilité de mettre en œuvre un droit évoque, alors, le mécanisme de la prescription extinctive,

¹ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 260, spéc., p. 220.

² v. : l'art. R. 1332-1 al. 4 du C. trav. L'article précise également que la lettre contenant l'indication de l'objet, de la date, de l'heure et du lieu de l'entretien peut être remise en mains propres contre récépissé.

³ Le pouvoir de résiliation de l'assureur est prévu par l'art. L. 113-3 al. 3 du C. assur. et l'envoi d'une lettre recommandée pour mettre en demeure l'assuré de payer les primes est imposé par l'art. R. 113-1 du même Code.

⁴ Art. 80 al. 1^{er}.

⁵ Art. 24 al. 1^{er}.

⁶ La distinction entre les délais pour agir et les délais d'attente, est empruntée à la procédure civile (v. par ex. pour une utilisation de cette distinction : Y. STRICKLER, « Délai », in *Rép. de procédure civile*, Dalloz, septembre 2014, m-à-j avril 2015, n° 68 et s.). Elle sied tout à fait à l'étude des délais qui encadrent la délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, comme le montre notamment la thèse de M. JAOUEN (M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.* n° 267, p. 225.), qui l'applique en particulier aux pouvoirs contractuels de sanction. L'analyse ici entreprise s'inspirera de cette distinction.

à propos duquel il a déjà pu être observé, d'une part, qu'il était susceptible de s'appliquer aux pouvoirs contractuels et, d'autre part, qu'il ne pouvait venir en affecter que l'exercice et non la jouissance¹.

En l'état actuel du droit positif, rares sont cependant les textes qui prévoient expressément un délai à l'expiration duquel l'inaction du titulaire d'un pouvoir contractuel entraîne, pour lui, l'impossibilité de délivrer la notification préalable permettant d'initier la procédure de mise en œuvre de sa prérogative.

Seul l'exercice du pouvoir disciplinaire en droit du travail semble, à l'heure actuelle, faire l'objet d'une telle réglementation. En effet, au terme d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance des faits fautifs, disparaît, pour lui, la possibilité d'exercer son pouvoir disciplinaire pour sanctionner lesdits faits alors couverts par la prescription². Cela signifie, donc, que lorsque l'employeur envisage de prononcer, par exemple, un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels, celui-ci dispose d'un délai de deux mois pour en initier la procédure de mise en œuvre, et cela, en adressant au salarié la lettre de convocation à l'entretien préalable.

En droit commun des contrats, il n'apparaît toutefois pas possible de trouver trace d'un tel encadrement temporel, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats ne s'étant pas intéressée aux effets de la prescription extinctive en matière de pouvoirs contractuels.

Ainsi, contrairement aux différents projets d'harmonisation du droit des contrats au plan européen³, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a-t-elle pas, par exemple, défini un délai au terme duquel le créancier de l'obligation inexécutée ne peut plus initier la procédure de résolution du contrat à ses risques et périls en notifiant au débiteur une mise en demeure.

La même carence se constate au sujet de la mise en œuvre du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire. Dans le silence des parties, aucune disposition légale ne prévoit un délai à l'expiration duquel l'inaction du créancier de l'obligation inexécutée entraînerait la disparition de la possibilité qui lui était offerte de résoudre unilatéralement le contrat.

Une telle omission s'avère regrettable dans la mesure où il importe de ne pas laisser s'installer une situation d'incertitude trop longue suite à l'inexécution du débiteur. Dès lors, afin de ne pas négliger les intérêts du contractant en situation de sujétion et de le mettre à l'abri de l'inertie du *potentior*, il apparaît indispensable d'encadrer dans le temps la possibilité de résoudre unilatéralement le contrat.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 358 et s., p. 396 et s.

² v. : l'art. L. 1332-4 du C. trav. Cet article précise néanmoins que si la faute du salarié a donné lieu à des poursuites pénales, la mise en mouvement de l'action publique interrompt le délai de prescription. Pour une référence expresse à la notion de prescription v. : G. AUZÉRO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 734, p. 791 ; J. SAVATIER et J. MOULY, « *Droit disciplinaire* », in *Rép. de droit du travail*, fasc. préc., n° 195.

³ v. par ex. : L'art. 3 : 508 du DCFR prévoit, en son paragraphe premier, que « Lorsque l'exécution a été offerte avec retard ou que l'exécution offerte n'est pas conforme au contrat, le créancier perd le droit de résolution résultant de la présente section s'il n'a pas notifié celle-ci dans un délai raisonnable ». L'art. 9 : 303 (2) des PDEC prévoit que : « Le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ». L'art. 10 : 307 des principes contractuels communs proposés par l'association Henri CAPITANT, prévoit, en son premier paragraphe que : « La résolution doit être notifiée dans un délai raisonnable, eu égard aux circonstances, à partir du moment où celui qui notifie a connu ou aurait dû connaître les faits pertinents, ou a pu librement agir ». En son second paragraphe, l'article fixe un délai maximum pour mettre en œuvre la résolution unilatérale en prévoyant que « la résolution du contrat ne peut intervenir au-delà du délai de prescription fixé par les règles du droit commun ».

Se pose alors nécessairement la question de la durée du délai de prescription. Étant donné que le nouvel article 1224 du Code civil met sur un pied d'égalité les différents modes de résolution du contrat, il peut paraître opportun d'aligner le délai de prescription extinctive applicable à l'exercice du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et au pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, sur celui de la résolution judiciaire. Autrement dit, passé un délai de cinq ans à compter de la connaissance de cette inexécution, le titulaire d'un pouvoir de résolution unilatérale issu, ou non, d'une clause résolutoire, devrait être privé de la possibilité d'initier la procédure de résolution du contrat en mettant en demeure le débiteur d'exécuter sa prestation.

Aussi, ce délai semble-t-il appelé à régir la mise en œuvre des clauses statutaires d'exclusion dans les groupements de droit privé, et cela, dans la mesure où celles-ci s'analysent comme des clauses résolutoires¹. Dans le silence des statuts, il ne semble donc pas possible pour un groupement de droit privé d'initier une procédure d'exclusion de l'un de ses membres, en lui notifiant par lettre la mise en œuvre de cette procédure, passé un délai de cinq années à compter de la connaissance de ses agissements fautifs.

Pour finir, il est possible de se demander si un tel délai doit venir encadrer la mise en demeure précédant la mise en œuvre du pouvoir que détient le créancier de se remplacer auprès d'un tiers. En effet, le nouvel article 1222 du Code civil relatif au remplacement ne fait référence à aucun délai pour la délivrance de la mise en demeure. Si les dispositions de l'article 1222 du Code civil font allusion à un délai « raisonnable », ce délai est relatif à la réalisation du remplacement une fois la mise en demeure délivrée et restée infructueuse². Ce « délai raisonnable » ne correspond pas à la délivrance de la mise en demeure elle-même. Or, appliquer un délai de cinq ans peut paraître, ici, excessif dans la mesure où le pouvoir de se remplacer, hérité du droit commercial, rime avec célérité. En l'absence de tout texte limitant dans le temps la possibilité, pour le créancier, d'initier la procédure de remplacement en mettant en demeure le débiteur d'exécuter son obligation, il peut sembler opportun d'enfermer cette possibilité dans un bref délai à compter de l'inexécution.

Bien qu'ils soient indispensables pour mettre le contractant en situation de sujétion à l'abri de l'inertie du *potentior*, il apparaît, au final, que les délais pour agir ne sont que très peu règlementés en matière de pouvoirs contractuels. Leur règlementation est donc appelée à se développer afin d'éviter une mise en œuvre tardive du pouvoir qui viendrait surprendre le cocontractant. À côté de ce premier type de délai que sont les délais pour agir, il existe second type de délai susceptible d'encadrer la délivrance de l'information précédant la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, à savoir, les délais d'attente.

482. Délais d'attente.- Un second type de délai peut venir encadrer la délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Une fois l'information

¹ Pour une telle analyse, v. : *supra*, n° 84, p. 105.

² Le nouvel article 1222 du C. civ. disposant expressément, en son alinéa premier, que c'est : « *Après mise en demeure*, [que] le créancier peut aussi, dans un *délai* et à un coût *raisonnables*, faire exécuter lui-même l'obligation [...] ». (Nous soulignons).

préalable délivrée, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut, en effet, se voir imposer un « délai d'attente » pendant lequel il lui est fait interdiction de faire usage de sa prérogative.

Destinés à prévenir une mise en œuvre hâtive ou précipitée du pouvoir qui viendrait surprendre le cocontractant, ces délais ne doivent cependant pas être confondus avec les délais de préavis¹. Comme certains auteurs ont pu le montrer², dans le cadre des délais de préavis, la décision d'exercer le pouvoir a déjà été prise. Autrement dit, l'exercice du pouvoir a déjà été consommé, mais avec le délai de préavis la production de ses effets a été décalée dans le temps. Tel n'est pas le cas avec le délai d'attente qui prend place entre la date de l'information préalable et la décision d'exercer le pouvoir qui doit conduire celui-ci à produire ses effets.

En l'état actuel du droit positif, plusieurs dispositions spéciales imposent un délai d'attente entre la date de l'information préalable et l'exercice effectif d'un pouvoir contractuel.

Tel est le cas, par exemple, en matière disciplinaire en droit du travail où la loi prévoit expressément que la sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables après la date du jour fixé pour l'entretien³. Ce délai d'attente s'imposant d'une manière générale pour toutes les sanctions disciplinaires, cela signifie, par conséquent, qu'il est appelé à s'appliquer lorsque l'employeur envisage de prononcer une sanction telle qu'un licenciement ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels.

De même, un délai d'attente est imposé par la loi au créancier qui désirerait faire usage d'une clause résolutoire lorsque celle-ci stipulée dans un bail d'habitation ou dans un bail commercial. Dans le cadre des baux d'habitation régis par la loi du 1^{er} septembre 1948 et des baux commerciaux, les clauses résolutoires ne peuvent produire effet qu'après une mise en demeure restée infructueuse pendant un délai d'un mois⁴ et, en ce qui concerne les baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989, le délai d'attente est porté à deux mois⁵.

Il est toutefois possible d'observer qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de principe général imposant au titulaire d'un pouvoir contractuel le respect d'un délai d'attente raisonnable entre la date de l'information préalable et l'exercice effectif de sa prérogative. Or, le développement d'une telle exigence serait tout à fait opportun dans la mesure où imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel un délai d'attente présente deux vertus. D'une part, imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel un délai d'attente permet de prévenir un exercice impulsif de ce type prérogative, c'est-à-dire un exercice qui serait guidé par la colère et les passions, et cela, en instaurant un temps pour la réflexion. D'autre part, contraindre le titulaire d'un pouvoir contractuel à un délai d'attente permet d'éviter une mise en œuvre qui viendrait surprendre le cocontractant. Aussi, ces vertus se rattachent sans mal à la loyauté contractuelle qui pourrait alors être appelée à servir de fondement au développement du devoir, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, de respecter un délai d'attente entre la date de l'information préalable et l'exercice effectif de sa prérogative.

¹ À propos des délais de préavis, dont l'inobservation par le titulaire du pouvoir constitue un cas d'abus par déloyauté, v. : *supra*, n° 452, p. 514 et s.

² v. not. sur ce point : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 267, p. 225.

³ Art. L. 1332-2 al. 4 C. trav.

⁴ Art. 80 al. 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1948 et art. L. 145-41 du C. com.

⁵ Art. 24 al. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989.

Une fois l'information préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel délivrée, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut se voir imposer l'accomplissement d'un autre type de formalités avant de faire usage de sa prérogative. Ces formalités, destinées à permettre la contradiction, s'inscrivent dans le cadre d'un mouvement de rapprochement des parties.

B. Le rapprochement des parties.

483. **Deux types de rapprochement.**- Comme observé¹, le principe du consensualisme, auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger, induisait factuellement la nécessité de se rapprocher de son cocontractant et, donc, de dialoguer avec lui pour parvenir à une modification des effets du contrat. Or, si le dialogue assurait l'information des parties², il garantissait également la contradiction via l'échange des points de vue.

Afin de compenser la disparition de ce dispositif de protection qu'est la contradiction, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être tenu de se rapprocher de son cocontractant, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, et cela, dans l'optique d'engager une discussion avec ce dernier.

Deux types de rapprochement, qui renvoient à deux niveaux de discussion, sont alors susceptibles d'être distingués³.

Dans le cadre d'un premier type de rapprochement, les parties peuvent être seulement tenues d'échanger leurs points de vue, c'est-à-dire, simplement, de dialoguer et de s'écouter, avant que le pouvoir contractuel puisse être exercé. Le devoir, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, de consulter son cocontractant et de l'écouter présenter ses observations, avant toute décision, correspond, alors, à une exigence de concertation⁴.

Dans le cadre d'un second type de rapprochement, les parties peuvent être tenues, non seulement d'échanger leurs points de vue, mais aussi de chercher à s'accorder, à s'entendre, c'est-à-dire de tenter de parvenir à une solution amiable, avant que le titulaire du pouvoir ne puisse décider de faire usage de sa prérogative. Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel est tenu de chercher à concilier ses intérêts avec ceux de son cocontractant avant d'être en mesure de mettre en œuvre de sa prérogative, le devoir qui pèse sur ses épaules évoque, pour sa part, une exigence de conciliation.

Cela signifie, par conséquent, que le juge peut être amené à contrôler que le titulaire d'un pouvoir contractuel a bien respecté l'exigence de concertation ou de conciliation qui pouvait lui être imposée. Pour avoir une connaissance précise de ce que le juge peut être invité à contrôler, il apparaît alors nécessaire de tracer, successivement, les contours de l'exigence de concertation (1) et de l'exigence de conciliation (2).

¹ v. : *supra*, n° 468, spéc., p. 547.

² À propos des formalités informatives imposées au titulaire d'un pouvoir contractuel afin de compenser la disparition de la vertu informative du dialogue anciennement garantie par le consensualisme, v. : *supra*, n° 471 et s., p. 550 et s., et *infra*, n° 498 et s., p. 597 et s.

³ Ces deux niveaux ou degrés de rapprochement ont notamment pu être mis en évidence par : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, *op. cit.*, n° 269 et s., p. 225 et s.

⁴ Rappr. : *Le grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, V° concertation, qui définit celle-ci comme une « Politique de consultation des intéressés avant toute décision ».

1. *L'exigence de concertation.*

484. **Une exigence en développement.-** Le devoir de consulter le cocontractant et de l'écouter présenter ses observations, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, se développe de plus en plus, à l'heure actuelle, en droit positif.

Le développement de ce devoir est, en partie, l'œuvre du législateur qui est venu l'imposer, par exemple, dans le cadre de la procédure disciplinaire en droit du travail. Plus précisément, le devoir d'entendre le salarié se rencontre dans le cadre de la procédure disciplinaire « normale » dont le déroulé doit être respecté par l'employeur lorsque celui-ci envisage de prononcer une sanction ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. De tels effets étant produits par les pouvoirs contractuels de sanction dont dispose l'employeur que sont, d'une part, le licenciement disciplinaire et, d'autre part, la mise à pied disciplinaire, ce dernier se trouve alors contraint de se rapprocher du salarié, préalablement à la mise en œuvre de ces prérogatives, en le convoquant à un entretien¹. Dans le cadre de cet entretien, afin de d'instaurer un dialogue entre les parties et de garantir la contradiction, la loi impose à l'employeur de communiquer au salarié le motif de la sanction envisagée et de recueillir les explications de ce dernier².

Si la loi a pu promouvoir le devoir d'entendre le cocontractant préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, c'est en réalité surtout la jurisprudence qui, prenant le relai du législateur, a développé cette exigence de concertation.

Le devoir d'entendre le membre du groupement menacé par une décision d'exclusion, préalablement à la délibération de l'organe compétent, c'est-à-dire préalablement la mise en œuvre d'une clause statutaire d'exclusion³, constitue, très certainement, l'illustration la plus célèbre de ce développement, par la jurisprudence, de l'exigence de concertation⁴. Mais il en existe d'autres.

L'exigence de concertation a également pu poindre dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale dont disposent chacune des parties lorsqu'elles s'engagent dans un contrat à durée indéterminée. Cette exigence s'y est en particulier fait jour dans un arrêt en date du 25 mars 2003⁵, à l'occasion duquel la Cour de cassation était amenée à examiner la

¹ L'entretien préalable, qui se trouve être obligatoire dans le cadre de la procédure disciplinaire « normale », est régi par l'art. L. 1332-2 du C. trav.

² Art. L. 1332-2 al. 3 du C. trav.

³ Les clauses statutaires d'exclusion dans les groupements de droit privé s'analysent comme des clauses résolutoires et sont donc le support de pouvoirs contractuels. Pour une telle analyse, v. : *supra*, n° 84, p. 105.

⁴ v. : Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 p. 183 ; *Bull. Joly* 1992, p. 100, note A. COURET ; JCP E. 1993, I, p. 218, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. Si la contradiction est garantie par l'audition préalable du membre menacé par une décision d'exclusion, il est possible d'observer que celle-ci est encore renforcée lorsque les statuts prévoient que l'exclusion est subordonnée à une décision collective des associés. En effet, la Cour de cassation a pu retenir que l'associé dont l'exclusion est envisagée ne peut être privé, en dehors des cas légaux, de son droit de participer à la décision et de voter sur la proposition (v. : Cass. com. 23 octobre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; JCP E. 2007, p. 2433, note A. VIANDIER ; JCP E. 2008, 1280, n° 8, obs. J.-J. CAUSSAIN, FI. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. sociétés* 2007, p. 814 et s., obs. P. LE CANNU). La participation et le vote de l'associé menacé d'exclusion lors de la délibération de l'assemblée renforcent, évidemment, la contradiction.

⁵ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-15115.

rupture d'un contrat à durée indéterminée liant un chirurgien et une clinique. Dans cette espèce, la rupture avait été décidée unilatéralement par la clinique après trente et un ans d'exécution du contrat. Pour rejeter le moyen soulevé par la clinique qui reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir conclu au caractère abusif de la rupture, la Cour de cassation a pu retenir que le caractère brutal de ladite rupture se déduisait, notamment, de ce qu'aucune concertation préalable n'avait précédé la mise en œuvre du pouvoir de résiliation¹.

Quelques mois plus tard, le non-respect de l'exigence de concertation a, semble-t-il, été sanctionné lors de la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier². Bien que l'arrêt ne fasse pas clairement référence à la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, il est néanmoins possible de déduire de l'espèce qu'il s'agissait nécessairement de ce pouvoir. En effet, la rupture décidée unilatéralement prenait place dans un contrat à durée déterminée, ce qui exclut, naturellement, le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée.

En outre, la Cour de cassation a pu constater que le contrat avait été rompu, avant l'échéance du terme, « sans cause légitime », ce qui n'est pas sans rappeler la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dont la mise en œuvre doit prendre appui sur motif légitime et, plus précisément, sur une inexécution suffisamment grave. Si l'on admet qu'il s'agissait, en l'espèce, de la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, tout l'intérêt de l'arrêt réside, alors, en ce que la Cour de cassation a approuvé la décision des juges d'appel qui ont sanctionné la rupture unilatérale du contrat décidée « sans cause légitime *ni recherche préalable de concertation* ». L'exigence de concertation viendrait donc s'imposer en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, du moins, lorsque l'exécution du contrat a duré un certain temps.

De ces différentes illustrations, il ressort que le devoir de consulter le cocontractant et de l'écouter présenter ses observations, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, apparaît en plein développement en droit positif.

Ce développement de l'exigence de concertation ne semble, d'ailleurs, pas appelé à se limiter aux seuls cas ici recensés. Comme constaté³, l'exigence de concertation est destinée à compenser la disparition de la contradiction qui était anciennement garantie, d'une manière générale, par le principe du consensualisme. En effet, la nécessité de se rapprocher de son cocontractant et, donc, de dialoguer avec lui pour parvenir à une modification des effets du contrat assurait, de manière naturelle, la contradiction. Or, tous les pouvoirs contractuels viennent déroger au consensualisme en ce qu'ils permettent une modification des effets du contrat décidée unilatéralement.

Dès lors, dans l'optique de rétablir, de manière générale, un mécanisme destiné à protéger les intérêts du cocontractant, à savoir, la contradiction, l'exigence préalable de concertation est théoriquement susceptible d'être imposée lors de la mise en œuvre de chaque pouvoir contractuel.

¹ Plus précisément, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en ce qu'il « a relevé la brutalité et la soudaineté utilisées après 31 ans d'exercice, sans concertation, mise en garde ou avertissement préalables ».

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 124, p. 96, D. 2004, p. 598, note J. PENNEAU.

³ v. : *supra*, n° 468, spéc., p. 547.

L'exigence de concertation pourrait ainsi tout à fait trouver à s'appliquer, par exemple, préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de détermination unilatérale du prix. La concertation permettrait, alors, au cocontractant de présenter sa situation et ses observations au titulaire du pouvoir de détermination du prix, même s'il ne s'agit pas de parvenir à un prix négocié puisque celui-ci est fixé unilatéralement. En outre, la concertation serait, ici, utile au titulaire du pouvoir de détermination du prix, dans la mesure où la connaissance de la situation du cocontractant peut permettre de prévenir la réalisation d'un abus dans l'exercice de ce pouvoir. Tel est le cas, en particulier, dans les contrats-cadre qui créent une situation de dépendance professionnelle via la stipulation d'une clause d'exclusivité, où il a pu être mis en évidence que l'exercice du pouvoir de détermination du prix ne doit pas conduire à annihiler la rentabilité de l'affaire du cocontractant¹. La connaissance de la situation du cocontractant constitue donc, assurément, dans cette situation, un moyen d'éviter l'abus.

De même, l'exigence de concertation trouverait toute son utilité préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel d'agrément. Hormis le fait qu'elle offrirait au candidat à l'agrément la possibilité de présenter sa situation et ses qualités, elle permettrait d'éviter au titulaire du pouvoir de prendre appui sur des motifs erronés.

Quand bien même l'exigence de concertation serait appelée à se développer en matière de pouvoirs contractuels, ce développement ne saurait donner naissance à un principe absolu, c'est-à-dire à un principe n'admettant aucune exception.

485. Exceptions.- Le titulaire d'un pouvoir contractuel apparaît être en mesure de s'affranchir du devoir de consulter le cocontractant et de l'écouter présenter ses observations, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, dans trois situations. Ces trois exceptions, ou cas de dispense, ne sont, d'ailleurs, pas sans rappeler ceux précédemment évoqués dans le cadre de l'étude de l'information préalable à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels².

En premier lieu, l'urgence doit, semble-t-il, permettre de se passer de l'exigence préalable de concertation. Comme il a déjà été évoqué, l'urgence produit un effet dérogatoire³ qui peut se traduire par un allègement du formalisme⁴.

Cette idée selon laquelle l'urgence doit permettre de se passer de la formalité préalable qu'est la concertation paraît, en outre, corroborée par la jurisprudence. En effet, dans l'arrêt du 25 mars 2003⁵ où la Cour de cassation a pu estimer brutale la résiliation d'un contrat à durée indéterminée qui n'avait, notamment, pas été précédée d'une concertation préalable, il est possible d'observer que celle-ci insiste sur le fait qu'aucun risque immédiat ne pesait sur la clinique ni sur les patients. Autrement dit, il ressort de cet arrêt que la faute de la clinique est de s'être affranchie des formalités préalables à l'exercice du pouvoir de résiliation et, en particulier, de l'exigence de concertation, en l'absence de toute forme d'urgence

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

² v. : *supra*, n° 474, p. 555 et s.

³ v. : M. VASSEUR, « *Urgence et droit civil* », RTD civ. 1954, p. 405 et s., spéc., n° 2 ; Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1968, p. 285 et s.

⁴ v. en ce sens : M. VASSEUR, « *Urgence et droit civil* », art. préc., n° 10 et s., où l'auteur constate que l'urgence produit un « effet dissolvant du formalisme ».

⁵ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-15115.

De même, dans l'arrêt du 20 mai 2003¹, où il est, entre autres, reproché au titulaire du pouvoir d'avoir résolu le contrat sans recherche préalable de concertation, la faute de ce dernier a pu être retenue dans une situation où l'urgence n'était pas caractérisée.

À l'opposé, cela tend donc à signifier que l'urgence doit permettre au titulaire d'un pouvoir contractuel de se dispenser de l'exigence préalable de concertation.

En second lieu, il semblerait que certains pouvoirs contractuels, en raison de leur nature même, permettent de dispenser leur titulaire de l'exigence préalable de concertation. En effet, comme il a déjà été observé, certains pouvoirs contractuels ont pour trait caractéristique d'être invocables immédiatement, c'est-à-dire sans que leur titulaire soit contraint d'accomplir quelque formalité préalable, et cela, dans une optique de célérité.

Cette dispense de formalité préalable qui autorise le titulaire d'un pouvoir contractuel à se passer, en sus de toute information préalable, de l'exigence de concertation, se rencontre, par exemple, lors de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, lors de la mise en œuvre du pouvoir de résolution que détient le vendeur de denrées ou d'effets mobiliers en vertu de l'article 1657 du Code civil, ou encore, dans le cadre de la pratique du laissé pour compte².

Par faveur pour le consommateur, celui-ci apparaît également dispensé de toute formalité préalable, et donc, *a fortiori*, de l'exigence de concertation, lorsqu'il désire mettre en œuvre le pouvoir de rétractation qu'il détient dans le cadre des contrats conclus à distance, c'est-à-dire lors d'un démarchage téléphonique ou hors établissements³, mais aussi, en matière de contrats portant sur des services financiers⁴, ou encore, dans le cadre des contrats de crédit à la consommation⁵.

Enfin, en troisième et dernier lieu, il semblerait que le titulaire d'un pouvoir contractuel puisse être dispensé de l'exigence préalable de concertation en vertu d'une stipulation contractuelle. En effet, en l'absence de disposition imposant, de manière impérative, au titulaire d'un pouvoir contractuel, de consulter son cocontractant et de l'écouter présenter ses observations, préalablement à la mise en œuvre dudit pouvoir, la liberté contractuelle, doit permettre aux parties de stipuler une clause permettant d'éluder cette formalité préalable.

¹ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 124, p. 96, préc.

² Pour de telles observations, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 291 et 292 p. 241-242.

³ Les articles L. 221-18 et s. du C. consom. relatifs au droit de rétractation applicable aux contrats conclus à distance et hors établissement n'imposent aucun devoir préalable de concertation au consommateur qui désirerait faire usage de son pouvoir de rétractation. L'article L. 221-21 du C. consom. dispose en son alinéa premier, que « le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter ». L'alinéa second de l'article L. 221-21 du C. consom. prévoit, quant à lui, une possibilité de rétractation en ligne, sur le site internet du professionnel.

⁴ Les articles L. 222-7 et s. du C. consom. dédiés au délai de rétractation ne font, en effet, aucunement référence à un devoir préalable de concertation.

⁵ L'article L. 312-19 du C. consom. qui dispose que « l'emprunteur peut se rétracter sans motifs, dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312-28 », n'impose aucun devoir de concertation préalable au consommateur.

Par exemple, dans la perspective de renforcer l'aspect sanctionnateur d'une clause résolutoire, les parties peuvent expressément stipuler, outre une dispense conventionnelle de mise en demeure¹, une dispense conventionnelle de concertation préalable².

En revanche, il ne semble pas possible de prévoir une dispense conventionnelle à l'entretien préalable dans le cadre de la procédure disciplinaire en droit du travail. Cette garantie procédurale, qui assure la concertation des parties, étant d'ordre public. De même, il ne semble pas envisageable de prévoir une disposition statutaire permettant d'éluder le droit, pour le membre du groupement menacé par une décision d'exclusion, d'être entendu préalablement à la délibération de l'organe compétent, c'est-à-dire préalablement la mise en œuvre d'une clause statutaire d'exclusion³.

L'identification des contours de l'exigence préalable de concertation et de ses exceptions, permet, au final, d'avoir une image plus précise des situations dans lesquelles le juge peut être amené à contrôler que le titulaire d'un pouvoir contractuel s'est bien plié à cette formalité. Ce premier type de rapprochement susceptible d'être imposé au titulaire d'un pouvoir contractuel, préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, ne doit d'ailleurs pas être confondu avec l'exigence de conciliation dont les contours doivent également être précisés.

2. *L'exigence de conciliation.*

486. **Conciliation préalable et pouvoirs contractuels.**- Avec l'exigence de conciliation préalable, il n'est plus seulement question, pour le titulaire d'un pouvoir contractuel, d'écouter le cocontractant présenter ses observations, mais de chercher à s'entendre avec lui, c'est-à-dire de tenter de parvenir à une solution amiable, avant d'être en mesure de faire usage de sa prérogative⁴.

¹ La possibilité, pour les parties, de se dispenser conventionnellement de la mise en demeure en matière de clause résolutoire est expressément prévue par le nouvel art. 1225 al. 2 du C. Civ. qui dispose que : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, *s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* ». (Nous soulignons). S'il a pu être observé que la stipulation d'une telle dispense est interdite lorsque la clause résolutoire s'insère dans un contrat de bail d'habitation ou de bail commercial (v. : *supra*, n° 477, spéc., p. 562), cela ne signifie pas, pour autant, que dans ces contrats, les parties ne puissent pas stipuler une dispense conventionnelle de concertation.

² v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 289, p. 241.

³ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 289, p. 241. Rapp. : M. COZIAN, A. VIANDIER, et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 323, p. 184, où les auteurs insistent sur le fait que le membre menacé d'exclusion doit avoir été mis en mesure de présenter ses observations.

⁴ D'une manière générale, les auteurs se montrent assez réservés quant à l'utilité des clauses de conciliation préalable, peu important, d'ailleurs, que celles-ci imposent la recherche d'une solution amiable avant de s'adresser au juge ou avant de mettre en œuvre un pouvoir contractuel de sanction. En effet, si le différend entre les parties est profond, très minces sont les chances de parvenir à une solution amiable, même en présence d'une telle clause. (v. par ex. en ce sens : M. DUBUISSON, « *La négociation d'une clause de règlement de litiges* », *Droit et pratique du commerce international*, 1981, p. 79 et s., cité par J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1635, p. 661, où l'auteur retient que : « Dans la plupart des cas, en effet, on ne voit pas, en l'absence de tout élément nouveau, comment la rencontre des parties, fut-elle obligatoirement organisée à cet effet, pourrait aboutir à une conciliation »).

Une telle exigence préalable de conciliation résulte, traditionnellement, d'une clause du contrat¹ en vertu de laquelle les parties prévoient, qu'en cas de survenance d'un différend, celles-ci devront tenter de trouver une solution amiable avant que l'une d'entre elles ne soit autorisée à mettre en œuvre un pouvoir contractuel pour mettre un terme au litige qui les oppose.

Aussi, étant donné qu'il s'agit de trancher unilatéralement un litige qui oppose les parties, ces clauses imposent-elles une formalité préalable qui concerne, en particulier, la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction. Autrement dit, en matière de pouvoirs contractuels, les clauses de conciliation préalable ont pour objet d'encadrer la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction.

487. Validité et efficacité des clauses de conciliation préalable.- La jurisprudence reconnaît expressément, la validité de ces clauses qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels de sanction, à côté de celles qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la saisine du juge². Elle en garantit, d'ailleurs, l'efficacité.

En effet, le non-respect d'une clause de conciliation préalable a, par exemple, pu être sanctionné dans un arrêt en date du 22 janvier 2004 rendu par la Cour d'appel d'Aix en Provence³. En l'espèce, une société avait rompu unilatéralement la convention de collaboration qui l'unissait à une SCP depuis près de vingt ans, par simple affichage d'une note de service prenant effet un mois plus tard. La SCP ayant saisi le juge des référés, celui-ci avait pu retenir qu'en mettant fin brusquement et unilatéralement au contrat, sans aucun préavis ni notification individuelle et sans avoir eu recours à la procédure de conciliation préalable instituée par la convention, la société avait causé un trouble manifestement illicite, et cela, d'autant plus qu'aucune violation avérée suffisamment grave n'était imputable à la SCP. La Cour d'appel confirma l'ordonnance de référé qui avait fait injonction à la société de mettre un terme à ce trouble en respectant les contrats unilatéralement rompus, sous astreinte de cinq cent euros par infraction constatée.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 4 juin 2009⁴ fournit une autre illustration de ce que l'efficacité des clauses de conciliation préalable à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels est, à l'heure actuelle, garantie en droit positif. En l'espèce, le respect d'une clause de conciliation préalable obligatoire a été imposé à un club de football professionnel qui désirait procéder au licenciement de l'un de ses joueurs. Plus précisément,

¹ En ce qui concerne la question de savoir si l'exigence préalable de conciliation peut être imposée aux parties en l'absence de toute stipulation expresse en ce sens, v. : *infra*, n° 488, p. 578 et s.

² À propos de la validité et de l'efficacité des clauses qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la saisine du juge, v. par not. : Cass. ch. mixte 14 février 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; D. 2003, Jur. p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; RTD civ. 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003, p. 349, obs. R. PERROT ; JCP 2003, I, n° 128, n° 17, obs. L. CADIET ; JCP 2003, I, n° 142, n° 13, obs. G. VIRASSAMY ; LPA 2003, n° 51, p. 13, note L. BERNHEIM ; CCC 2003, n° 84, note L. LEVENEUR ; Procédures 2003, n° 93, note H. CROZE ; JCP 2003, I, n° 164, n° 9, obs. C. SERAGLINI. Dans cet arrêt de chambre mixte, il a été reconnu que l'action en justice engagée au mépris d'une clause de non-conciliation obligatoire devait être sanctionnée par une fin de non-recevoir, ce qui en garantit, assurément, l'efficacité.

³ v. : C.A. Aix, 22 janvier 2004, *Bull. Aix* 2004-2, obs. L. WEILLER, cité par J. MESTRE, « *Rupture abusive et maintien du contrat* », RDC 2005-1, p. 99 et s.

⁴ v. : Cass. soc. 4 juin 2009, n° 07-41631.

l'arrêt d'appel, qui est ici approuvé par la Cour de cassation, avait relevé que la Charte de football professionnel, qui a la valeur d'une convention collective, contenait une clause de conciliation obligatoire, de telle sorte qu'était abusive la rupture anticipée, pour faute grave, du contrat de travail à durée déterminée liant le club à son joueur, sans se conformer aux dispositions de ladite clause.

Si la jurisprudence garantit, à l'heure actuelle, l'efficacité des clauses qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels de sanction, il est néanmoins possible de se demander quels fondements permettent de justifier une telle solution.

Pour répondre à cette question, il n'apparaît pas possible de se référer, ici, aux solutions qui sont retenues à propos des clauses qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la saisine du juge. En effet, pour veiller à l'efficacité procédurale de ces clauses, la Cour de cassation prend appui sur le défaut du droit d'agir du demandeur et sanctionne alors l'action engagée au mépris d'une clause de conciliation obligatoire par une fin de non-recevoir¹. Or, de telles explications de type processuel sont sans objet en matière de pouvoirs contractuels dans la mesure où leur mise en œuvre se passe de toute action en justice.

Dès lors, cela signifie qu'il convient de rechercher dans la matière contractuelle elle-même les fondements techniques qui permettent d'expliquer qu'une partie puisse être temporairement privée de la possibilité d'avoir recours à un pouvoir contractuel de sanction.

Si, bien évidemment, le principe de force obligatoire va être sollicité, puisque les parties sont tenues de respecter les stipulations contractuelles, ce principe n'est pas appelé à jouer seul. Pour expliquer qu'une partie puisse être privée de son pouvoir contractuel de sanction tant qu'elle n'a pas tenté de trouver une solution amiable avec son cocontractant, il apparaît nécessaire, semble-t-il, de faire appel au mécanisme des conditions.

Sous l'angle du mécanisme des conditions, la recherche préalable d'une solution amiable correspondrait, alors, à un événement érigé en condition suspensive potestative puisque sa réalisation dépend de la volonté de l'une des parties. Dans la mesure où le mécanisme des conditions est susceptible d'influer sur la jouissance d'un pouvoir contractuel², cela permettrait donc d'expliquer que le titulaire d'une telle prérogative en soit privé tant qu'aucune conciliation préalable n'a été tentée. Effectivement, ce n'est que *si* une conciliation a été préalablement tentée, que la partie qui désire se prévaloir d'un pouvoir contractuel de sanction disposerait de sa jouissance.

Ainsi, l'efficacité des clauses qui imposent une conciliation obligatoire préalablement à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels de sanction, serait garantie par le principe de force obligatoire du contrat et le mécanisme des conditions. Cela signifie donc que le juge peut être

¹ v. : Cass. ch. mixte 14 février 2003, préc. Certains auteurs ont cependant pu critiquer le choix d'une telle sanction, v. not. : Ch. BOILLOT, « *Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire* », D. 2015, p. 298 et s., où l'auteur considère que cette sanction n'est pas adéquate car une telle stipulation ne conditionne pas le droit d'agir mais sa mise en œuvre. En effet, selon l'auteur, « le droit d'action existe puisque le litige peut même faire l'objet d'une tentative de conciliation, voire d'une transaction, ou, le cas échéant donner lieu à un jugement. En revanche, il n'est pas correctement mis en œuvre ». Pour l'auteur il s'agirait, alors, davantage, d'une exception de procédure.

² À ce sujet, v. : *supra*, n° 366, p. 403 et s.

appelé à faire respecter l'efficacité des clauses de conciliation préalable en prenant appui sur ces fondements¹. Mais qu'en est-il en l'absence de toute clause expresse en ce sens ? Le juge peut-il imposer le respect d'une exigence préalable de conciliation dans le silence du contrat ? Une telle interrogation invite alors à préciser le domaine de l'exigence préalable de conciliation.

488. Le domaine de l'exigence préalable de conciliation.- Lorsque les parties étaient tenues de s'adresser au juge pour obtenir le prononcé d'une sanction telle que la résolution du contrat, les contraintes pratiques tenant à la lenteur, au coût et aux aléas d'une procédure judiciaire invitaient assez naturellement les parties à rechercher une solution amiable avant de s'engager dans la voie contentieuse².

De tels obstacles ne se dressant pas sur la route des pouvoirs contractuels de sanction, puisque leur réalisation ne dépend pas d'une action en justice, le développement de ces mécanismes unilatéraux peut conduire, en pratique, les parties à se tourner moins spontanément vers la recherche d'une solution amiable.

Dès lors, la question de savoir s'il est possible d'imposer le respect d'une exigence préalable de conciliation, dans le silence du contrat, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction, présente un intérêt non négligeable. Cependant, le droit positif est resté silencieux sur ce point précis.

En revanche, il est possible d'observer que, de manière proche, la jurisprudence a pu trancher la question de savoir si les parties peuvent être tenues de chercher une solution amiable, avant de s'adresser au juge, en l'absence de disposition contractuelle expresse en ce sens. Sur

¹ Une auteure (v. : M. JAUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 272 et s., p. 228 et s.) a toutefois pu faire remarquer que si les clauses de conciliation préalable sont appelées à s'appliquer lorsque l'une des parties invoque un pouvoir de sanction non-expressément prévu par le contrat, et cela, puisque les dispositions particulières du contrat prévalent sur les dispositions générales de la loi, la question devient plus épineuse en présence d'une clause de conciliation préalable et d'une clause attribuant expressément un pouvoir contractuel de sanction, telle qu'une clause résolutoire. En effet, dans cette situation, où le respect de chacune de ces clauses est garanti par le principe de force obligatoire, se pose, inévitablement, la question de leur articulation. Autrement dit, la clause de conciliation préalable obligatoire prévaut-elle sur la clause résolutoire, ou inversement, la clause résolutoire permet-elle de se dispenser de la conciliation préalable ?

En l'absence de toute disposition contractuelle réglant expressément le problème de l'articulation de ces deux clauses, l'auteure invite alors à tenir compte de la rédaction de chacune d'elles (n° 275 et s., p. 230 et s.). En présence d'une clause de conciliation préalable rédigée en termes généraux et d'une clause résolutoire nécessairement rédigée en termes précis, puisque celle-ci est attachée à l'inexécution d'une obligation spécifique et déterminée, l'auteure en conclut qu'il convient de faire prévaloir les dispositions spéciales de la clause résolutoire et de se dispenser, ainsi, de la conciliation préalable.

L'auteure envisage ensuite la question de l'articulation d'une clause de conciliation préalable rédigée en termes généraux et d'une clause résolutoire rédigée également en termes généraux. Ses conclusions ne seront toutefois pas reprises dans la mesure où celle-ci omet qu'une clause résolutoire ne peut être rédigée en termes généraux. Une telle clause évoquant la possibilité d'une résolution unilatérale en présence d'une inexécution contractuelle suffisamment grave se présentant, en effet, seulement, comme un rappel des dispositions légales du nouvel article 1226 du Code civil. Dès lors, on retrouve ici, la première situation évoquée où la disposition particulière du contrat, à savoir la clause de conciliation préalable obligatoire, doit prévaloir sur les dispositions générales de la loi.

² Ces arguments pratiques qui conduisent à une conciliation spontanée ont été notamment observés par : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1632, p. 659.

ce point, la Cour de cassation a pu retenir que la « procédure préalable de conciliation ne peut résulter que d'une stipulation contractuelle »¹.

Bien que cet arrêt ait été rendu en matière de conciliation préalable à une action en justice, sa portée dépasse, très certainement, ce seul cadre. En effet, comme il a été observé, « le contrat-palabre n'est pas la voie ordinaire de notre droit des obligations »².

Autrement dit, à l'heure actuelle, il semblerait que seule une stipulation contractuelle expresse puisse imposer une exigence de conciliation que ce soit, comme préalable à un action en justice, ou encore, comme préalable à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction. Une telle règle de principe permettrait, d'ailleurs, d'éviter de priver les pouvoirs contractuels de sanction de leur efficacité et de leur intérêt³. Assurément, ceux-ci autorisent, avant tout, une réaction rapide qu'une exigence préalable et systématique de conciliation viendrait inévitablement contrarier, et cela, dans la mesure où la recherche d'une solution amiable prend, nécessairement, un certain temps.

S'il semble donc que, par principe, une exigence préalable de conciliation ne puisse être imposée qu'en présence d'une stipulation expresse en ce sens, certains auteurs ont cependant pu proposer d'atténuer la rigueur d'une telle règle dans le cadre des contrats-coopération⁴. De la nature particulière de ces contrats qui impliquent un degré de collaboration étroit entre les parties, s'évincerait, même en l'absence de disposition contractuelle expresse en ce sens, le devoir de chercher une solution amiable avant de mettre en œuvre un pouvoir contractuel de sanction⁵.

Quoiqu'il en soit, même si cette proposition doctrinale venait un jour à être adoptée en jurisprudence, il n'en resterait pas moins que le domaine de l'exigence de conciliation préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel serait très réduit. En effet, en dehors du cadre des contrats-coopération où le devoir de tenter de parvenir à une solution amiable

¹ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, Bull. civ. I, n° 108 p. 85 ; JCP G. 2003, II, n° 10021, note R. COLSON ; RTD civ. 2003, p. 499, obs. B. FAGES et J. MESTRE.

² Pour une telle observation, v. : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1633, p. 659.

³ Rapp. : J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1633, p. 659, où les auteurs retiennent : « il faut éviter de priver d'efficacité par l'exigence d'un débat préalable les solutions expressément prévues par le contrat en cas d'incident d'exécution ».

⁴ v. not. en ce sens : M. DUBUISSON, « *La négociation d'une clause de règlement de litiges* », art. préc., cité par J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1635, p. 661 ; L. CADIET, « *L'effet processuel des clauses de médiation* », RDC 2003/1, p. 182 et s. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 282, p. 236-237.

⁵ Pour développer cette exigence préalable de conciliation dans les contrats-coopération, les auteurs envisagent de prendre appui sur l'ancien art. 1135 du C. civ. devenu l'art. 1194 du même Code. v. par ex. : L. CADIET, « *L'effet processuel des clauses de médiation* », art. préc., où l'auteur estime que : « Il n'est pas impossible de considérer qu'il est dans la nature de certaines conventions (par exemple des conventions de longue durée, supposant des relations de collaboration entre les parties) d'impliquer une obligation accessoire de tenter de trouver une solution amiable au différend avant d'aller porter ce dernier devant un juge ». *Adde*, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 282, p. 236-237, où l'auteur considère, d'ailleurs, qu'une telle exigence préalable de conciliation s'inscrirait dans le mouvement jurisprudentiel initié par les arrêts « HUARD » (Cass. com. 3 novembre 1992, Bull. civ. IV, n° 338, p. 241 ; RTD. civ. 1993, p. 124, note J. MESTRE ; JCP G. 1993, II, n° 22164, note G. VIRASSAMY) et « CHEVASSUS-MARCHE » (Cass. com. 24 novembre 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; JCP G. 1999, II, n° 10210, note Y. PICOD). En effet, si ces arrêts imposent aux parties une obligation d'entrer en négociations pour modifier les effets du contrat en cas de changement de circonstances, pourquoi ne pas également leur imposer d'entrer en négociations pour tenter de trouver à une solution amiable en cas d'inexécution, préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir de sanction ?

pourrait trouver à s'appliquer même en l'absence de stipulation expresse en ce sens, une telle stipulation apparaît nécessaire dans l'optique de contraindre le titulaire d'un pouvoir contractuel à chercher à s'entendre avec son cocontractant avant de faire usage de sa prérogative.

Ainsi, la nécessité de recourir à une stipulation contractuelle expresse pour imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel une exigence préalable de conciliation dans tous les contrats qui ne seraient pas des contrats-coopération constitue-t-elle une contrainte technique qui en limite naturellement le domaine.

Si l'analyse des exigences de concertation et de conciliation qui sont destinées à permettre la contradiction, via un rapprochement des parties, vient clore l'étude des formalités préalables à l'exercice des pouvoirs contractuels, l'examen de la procédure qui encadre la mise en œuvre des pouvoirs contractuels ne s'achève pas, pour autant, ici. En effet, en sus des formalités préalables à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, le titulaire d'une telle prérogative peut se voir imposer l'accomplissement de formalités concomitamment à son exercice. Formalités que le juge pourra, dès lors, être également appelé à contrôler.

§ 2 - LE CONTRÔLE DES FORMALITÉS PROCÉDURALES CONCOMITANTES À L'EXERCICE DU POUVOIR.

489. **Deux types de formalités susceptibles d'être contrôlées.**- Concomitamment à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le titulaire d'une telle prérogative peut se voir imposer l'accomplissement de deux types de formalités. Bien que ces formalités puissent souvent être contenues dans le même *instrumentum*, c'est-à-dire dans le même acte servant de support à la notification concomitante à l'exercice du pouvoir, celles-ci devront être distinguées dans la mesure où elles n'ont pas le même objet.

La première de ces formalités qui peut peser sur les épaules du titulaire d'un pouvoir contractuel correspond à l'exigence de motivation. Prosaïquement, la motivation se présente comme un procédé d'extériorisation formel qui a pour objet d'indiquer à autrui les raisons de fait et de droit qui ont guidé la réalisation d'une action¹.

En qualité de procédé d'extériorisation formel, la motivation ne doit pas être confondue avec les motifs ou les mobiles dont elle assure la communication². Assurément, il convient de

¹ Rappr. : M. FABRE-MAGNAN, « *L'obligation de motivation dans les contrats* », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc., p. 306, où l'auteure définit la motivation comme un acte « d'extériorisation » par lequel une personne « doit expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes » ; L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », in *Obligation de motivation et droit des contrats*, Débats, RDC 2004-2, p. 555 et s., et spéc., p. 555, où l'auteur définit la motivation comme : « la communication à autrui, avec la décision, des causes de celle-ci » ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 315, p. 259, où l'auteure définit la motivation d'un acte juridique comme : « la communication à autrui des raisons – de fait et de droit – de cet acte ».

² Bien que la doctrine traite le plus souvent les termes de « motifs » et de « mobiles » comme synonymes lorsqu'est évoquée la question de la motivation (pour une assimilation des motifs aux mobiles, v. par ex. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 187, p. 117), ceux-ci ne doivent pas être traités comme tels. Cette assimilation est liée au fait que la motivation est généralement perçue comme ayant pour objet de communiquer les « causes » d'une décision (Pour une telle définition, v. : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », art. préc.). Or, derrière cette idée de « causes » – au pluriel –, il est alors possible de retrouver, d'un côté, la cause-efficiente de l'acte, qui correspond aux motifs-efficients, c'est-à-dire aux antécédents de fait et de droit qui constituent le « parce que »

distinguer, d'un côté, la nécessité de disposer, au plan substantiel, d'un motif ou d'un mobile prédéterminé pour mettre en œuvre une prérogative juridique et, de l'autre, la nécessité de communiquer ce motif ou ce mobile à autrui¹. Le titulaire d'une prérogative juridique pouvant, ainsi, être tenu de fonder son action sur un motif-efficient prédéterminé, ou encore, contraint de poursuivre la réalisation d'un but prédéterminé, c'est-à-dire obligé d'être animé par un mobile précis, mais non nécessairement d'en assurer la communication.

Si l'exigence de motivation remplit, certes, une fonction informative en ce qu'elle permet au cocontractant de prendre connaissance des raisons qui ont guidé la mise en œuvre d'une prérogative juridique², celle-ci se présente, surtout, comme un mécanisme de lutte contre l'arbitraire³. En effet, l'extériorisation formelle des raisons qui ont guidé l'exercice d'une prérogative juridique, quelle qu'elle soit, contraint son titulaire à prendre un certain recul par rapport à l'usage qui en a été fait. Comme certains auteurs ont pu le montrer, l'introspection et la réflexion qu'impliquent la recherche et l'énoncé des motifs qui ont guidé la réalisation d'une action conduit à un « décentrement »⁴ du titulaire de la prérogative dont la fonction est de rétablir une certaine forme d'objectivité, c'est-à-dire une certaine forme d'impartialité, dans la

justifiant l'acte, et de l'autre, la cause-finale de l'acte qui correspond, dans sa dimension subjective, aux mobiles qui ont animé son auteur, c'est-à-dire au but qu'il a entendu poursuivre.

La motivation pourrait-elle ainsi permettre de communiquer à autrui les motifs-efficients d'une action, c'est-à-dire les raisons qui constituent le « parce que » de celle-ci, mais aussi les mobiles de l'auteur de l'acte, c'est-à-dire le but poursuivi par celui-ci, autrement dit, les explications qui commencent par un « pour » ou un « afin de ». (Cette distinction apparaît en germe sous la plume de Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 579 et s., et spéc., n° 2. Mais le plus souvent, les auteurs réduisent la motivation à l'expression des mobiles, v. par ex. en ce sens : M. FABRE-MAGNAN, « *L'obligation de motivation dans les contrats* », art. préc., n° 5, p. 307 : « L'obligation de motivation renvoie en outre au mobile de l'acte, à sa finalité. Elle signifie que le contractant ne peut faire un acte juridique, utiliser un droit, qu'à la condition que cela soit motivé par un but particulier »).

¹ Rapp., à propos de cette distinction : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004-2, p. 555 et s., et spéc., p. 555, où l'auteur observe : « [qu'] un acte peut être juste quoique non motivé. Il peut être motivé avec un luxe de détails, mais injuste ».

² Cette fonction informative participerait de la vertu « pédagogique » de la motivation. L'indication des raisons qui ont guidé la mise en œuvre d'une prérogative juridique permettrait la compréhension de la décision prise, voire même l'acceptation de celle-ci, ce qui favoriserait son respect et son exécution. (v. sur ce point : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 320, p. 262). L'indication des motifs permettrait également à la contradiction de se développer. La contradiction ne pouvant être pleinement effective si le destinataire de la décision n'en connaît pas les motifs. (v. en ce sens : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit.*, n° 353, p. 257).

³ v. not. en ce sens : X. LAGARDE, « *La motivation des actes juridiques* », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges*, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s., spéc., p. 78 où l'auteur retient que la motivation « limite à la source le risque d'arbitraire » ; D. MAZEAUD, « *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel...* », D. 2003, p. 93 et s., spéc. n° 3, où l'auteur considère la motivation comme un instrument « de protection contre l'arbitraire inhérent à l'existence d'un pouvoir unilatéral octroyé par le contrat ou par la loi à un contractant [...] » ; L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », art. préc., spéc., p. 28 où l'auteur présente l'exigence de motivation comme : « le bras armé de la sanction de l'arbitraire ». Rapp. : Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », art. préc., spéc., n° 2, où l'auteur considère que la motivation est destinée à « rationaliser les comportements ». Or, il est possible d'observer que la décision rationnelle, c'est-à-dire guidée par la raison, s'oppose à la décision dictée par les passions et l'arbitraire.

⁴ Pour l'emploi de ce terme, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 321, p. 263. Rapp. : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », art. préc., où l'auteur observe que la motivation oblige l'auteur de l'acte « à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte ».

prise de décision. En ce sens, il a pu être affirmé que l'exigence de motivation assurait un « autocontrôle de la pertinence »¹.

C'est d'ailleurs ce souci de prévention de l'arbitraire qui semble appelé à justifier le développement de l'exigence de motivation en matière de pouvoirs contractuels. Comme constaté², l'exigence de motivation doit permettre de compenser la disparition de mécanismes de prévention de l'arbitraire qui est induite par la technique des pouvoirs contractuels. Ces mécanismes de prévention de l'arbitraire auxquels les pouvoirs contractuels viennent déroger étant, d'une part, le consensualisme, et, d'autre part, la nécessité de s'adresser au juge, c'est-à-dire la nécessité de s'adresser à un tiers indépendant et impartial pour trancher les éventuels conflits survenant entre les parties³.

L'exigence de motivation imposée au titulaire d'un pouvoir contractuel, via le décentrement qu'elle implique, apparaît ainsi destinée à contrebalancer, autant que faire se peut⁴, la disparition de ces mécanismes de prévention de l'arbitraire, et cela, dans l'optique de tenir compte des intérêts du cocontractant⁵.

La seconde formalité que va devoir accomplir le titulaire d'un pouvoir contractuel est d'informer le cocontractant de l'effectivité de la mise en œuvre de sa prérogative concomitamment à sa décision d'en faire usage⁶. Cette seconde formalité vient alors se distinguer, par son objet, de l'exigence de motivation. En effet, là où la motivation a pour objet d'indiquer au cocontractant les raisons qui ont guidé l'exercice du pouvoir, l'information concomitante à l'exercice du pouvoir a pour objet d'indiquer au cocontractant que le titulaire du pouvoir entend se prévaloir de ses effets⁷.

¹ v. : L. AYNÈS, « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit et patrimoine, mai 2004/126, p. 64 et s., spéc., p. 68

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 468, spéc., p. 548.

³ En effet, il a pu être montré que le consensualisme, à travers la nécessité de parvenir à un accord avec son cocontractant pour modifier le contrat, autorisait chacune des parties à défendre son intérêt et, ce faisant, permettait, dans la mesure du possible, de prévenir une modification du contrat décidée arbitrairement par l'une des parties, c'est-à-dire une modification du contrat décidée et imposée conformément à ses seuls intérêts. De même, la nécessité de s'adresser au juge, c'est-à-dire à un tiers indépendant et impartial, pour trancher un conflit entre les parties, avait pour fonction d'éloigner le risque d'arbitraire dans l'édition d'une sanction modifiant les effets du contrat.

⁴ La réserve tient au fait que le risque d'arbitraire ne saurait être totalement écarté. Le titulaire d'un pouvoir contractuel n'étant pas naturellement enclin à l'objectivité, à l'impartialité, dans la mesure où ses intérêts sont en jeu.

⁵ v. not. en ce sens : Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », art. préc., n° 5, où l'auteur constate que : « L'obligation de motivation participe de la politique juridique imposant la prise en compte par un contractant de l'intérêt de l'autre ». Rapp. : M. FABRE-MAGNAN, « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 573 et s., qui qualifie la motivation de mécanisme « correcteur » face au développement du pouvoir dans le contrat.

⁶ Cette formalité informative concomitante à l'exercice d'un pouvoir contractuel ne doit pas être confondue avec l'information préalable à la mise en œuvre d'une telle prérogative (à propos de celle-ci, v. : *supra*, n° 472 et s., p. 551 et s.). L'information se retrouvant au commencement et à la fin de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, elle en constitue, en quelque sorte, l'alpha et l'oméga...

⁷ Autrement dit, là où la motivation vient exposer le « parce que » de l'exercice du pouvoir, l'information indique son « quoi », c'est-à-dire ses effets. Encore plus prosaïquement, là où la motivation indique les raisons, l'information indique les effets.

Si l'accomplissement de cette formalité informative est rendu indispensable par le caractère réceptice de l'acte unilatéral qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels¹, une telle formalité permet également d'éviter l'exercice occulte du pouvoir qui viendrait surprendre le cocontractant. En cela, cette formalité informative est destinée à compenser la disparition du dialogue, initialement garanti par le principe du consensualisme, mais auquel les pouvoirs contractuels viennent déroger et qui permettait, à chacune des parties, d'être tenue au courant des intentions de son cocontractant.

Ce bref aperçu des formalités que peut être appelé à accomplir le titulaire d'un pouvoir contractuel, concomitamment à sa mise en œuvre, ne permet cependant pas d'en avoir une connaissance précise puisqu'ont été seulement examinées, ici, les raisons de leur existence. Dès lors, pour avoir une connaissance précise de ce que le juge peut être invité à contrôler, il apparaît nécessaire de tracer les contours de ces formalités concomitantes à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels que sont la motivation (A) et l'information (B).

A. La motivation.

490. **Les contours de l'exigence de motivation.**- Bien que l'exigence de motivation soit en constante progression en droit positif, certains auteurs en redoutent toutefois la généralisation en matière contractuelle² et, notamment, lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

Quelques-uns craignent, en effet, que la transparence promue par l'exigence de motivation vienne réduire de manière excessive la marge de manœuvre allouée au titulaire du pouvoir³. Dans le prolongement de cette première observation, d'autres mettent en évidence les conséquences néfastes qu'induirait l'avènement d'un principe général de motivation dans certaines situations. Tel serait le cas, par exemple, en matière de pouvoirs de rétractation en droit de la consommation, ou encore, en matière de pouvoirs de résiliation dans les baux d'habitation, c'est-à-dire dans des situations où l'absence de motivation permet de renforcer la marge de manœuvre du titulaire du pouvoir, et cela, dans la perspective de compenser une inégalité de puissance économique, c'est-à-dire une inégalité de fait, par une inégalité de droit⁴.

¹ À ce sujet, v. : *supra*, n° 176 et s., p. 192 et s. En raison de son caractère réceptice, l'acte ne produira ses effets qu'à partir du moment où il aura été notifié.

² Parmi les auteurs qui redoutent et refusent une généralisation de l'exigence de motivation en matière contractuelle, v. not. : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », art. préc, p. 555, où l'auteur retient que : « La motivation de l'acte juridique ne va pas de soi. À la "transparence" qu'elle est censée servir, on peut opposer le droit au secret et à l'intimité de la délibération, conditions de la liberté de la personne. Que serait un monde où chacun devrait à tout moment agir, et publier les raisons de son action ? Un monde de bavards et de voyeurs, vite paralysé. [...] On ne saurait donc faire de la motivation de l'acte une exigence générale, à peine de créer un grand désordre ». *Adde*, X. LAGARDE, « *La motivation des actes juridiques* », art. préc., p. 73 ; D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 558 et s.

³ Ces craintes sont même parfois évoquées par les auteurs qui se montrent favorables au développement de l'exigence de motivation, non pas de manière générale, mais dans certains types de contrats. v. par ex. : M. FABRE-MAGNAN, « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique* », art. préc., où l'auteure retient que : « si l'obligation de motivation est compatible avec le droit de résilier ou de ne pas renouveler un contrat, elle en constitue néanmoins une limite certaine et donc une atteinte à la liberté contractuelle ».

⁴ v. par ex. en ce sens : B. FAGES, « *Des motifs de débat...* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 563 et s., spéc., p. 564, où l'auteur « voit mal » comment, si l'obligation « de motivation devait être érigée au rang de principe, elle ne serait pas appelée à jouer au bénéfice des deux parties, la faible

Dans de telles situations, la soumission du titulaire du pouvoir à une exigence de motivation viendrait, alors, y réduire l'avantage qui lui était procuré. D'autres encore, font état de ce que l'exigence de motivation serait la traduction d'aspirations solidaristes¹ dont il conviendrait de se méfier².

S'il convient de tenir compte de ces mises en garde contre un développement outrancier et systématique de l'exigence de motivation en matière contractuelle, il ne faut pas, pour autant, tomber dans l'excès inverse et refuser toute place à celle-ci. Une telle position ne serait, d'ailleurs, guère défendable au regard du droit positif.

L'exigence de motivation a, en effet, entièrement sa place en matière de pouvoirs contractuels en qualité de mécanisme de lutte contre l'arbitraire destiné à protéger les intérêts du cocontractant. Cependant, la place accordée à l'exigence de motivation ne saurait être absolue. Autrement dit, l'exigence de motivation doit être encadrée, et ce, dans l'optique de concilier les aspirations solidaristes avec le souci de ne pas porter une atteinte excessive à la marge de manœuvre allouée au titulaire du pouvoir.

Si l'exigence de motivation doit être encadrée en matière de pouvoirs contractuels, il apparaît alors nécessaire de tracer les contours de cet encadrement, ne serait-ce que pour avoir une idée plus précise de ce que le juge peut être amené à contrôler. Dès lors, il conviendra de délimiter le domaine de l'exigence de motivation (1), puis de préciser son régime (2).

1. Le domaine de la motivation.

491. Le développement de l'exigence de motivation.- L'exigence de motivation s'est développée, en matière de pouvoirs contractuels, parallèlement à la reconnaissance de leur caractère « causé ». Plus précisément, c'est lorsque l'exercice d'un pouvoir contractuel doit prendre appui sur des motifs-efficients objectivement prédéfinis que le législateur et la jurisprudence ont pu, progressivement, développer l'obligation faite au titulaire d'une telle prérogative de communiquer à son cocontractant les raisons qui en ont guidé la mise en œuvre.

S'il peut, effectivement, paraître logique d'imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel d'énoncer les raisons qui ont guidé la mise en œuvre de sa prérogative lorsque celles-ci font l'objet d'une prédétermination objective, cette exigence de motivation s'explique, concrètement, par la poursuite d'un double objectif. Du côté du titulaire du pouvoir,

comme la forte. Or exigerait-on d'un consommateur, par exemple, qu'il motive sa décision de résilier ou de ne pas renouveler son contrat d'abonnement au câble, son contrat de téléphonie mobile ou de fourniture d'accès à Internet - pour s'en tenir à trois domaines où la Commission des clauses abusives s'est récemment efforcée de lui ménager une plus grande liberté ? Attendrait-on d'un preneur à bail d'habitation qu'il précise les motifs de son congé ? ».

¹ Pour le rattachement de l'exigence de motivation au courant solidariste, v. not. : D. MAZEAUD, « *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel...* », art. préc., spéc., n° 3, où l'auteur reconnaît que « l'obligation de motivation occupe une place de choix et constitue l'un des chevaux de bataille de la doctrine solidariste ». Adde, B. FAGES, « *Des motifs de débat...* », art. préc., spéc., p. 564, où l'auteur constate que le débat relatif à l'obligation de motivation « se recommande de deux thèmes eux aussi très contemporains », que sont « l'unilatéralisme » et « le solidarisme » ; D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », art. préc., n° 11.

² Cette méfiance se retrouve notamment sous la plume de : R. CABRILLAC, « *La motivation des actes individuels : le contrat* », in *La motivation*, RLDC, janvier 2012, n° 89, p. 91 et s., spéc., p. 94, où l'auteur retient que : « L'obligation de motivation, fille de la transparence et du solidarisme, ne doit pas profiter des effets de mode suscités par cette double filiation pour investir la théorie générale du contrat ».

l'extériorisation formelle des raisons qui en ont guidé l'exercice doit permettre de faire obstacle à l'arbitraire¹. Du côté du cocontractant, la connaissance des motifs-efficients qui ont fondé l'exercice du pouvoir doit lui permettre, dans une optique non-contentieuse, de les comprendre et de les accepter², et, dans une perspective contentieuse, de mesurer les chances de succès d'une contestation et de préparer efficacement celle-ci³.

Afin de permettre la réalisation de ces objectifs, l'exigence de motivation a alors gagné, peu à peu, la quasi-totalité des pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre doit reposer sur des motifs-efficients prédéfinis, de telle sorte, qu'aujourd'hui, motivation et prédétermination objective des motifs-efficients semblent aller de pair.

L'une des premières illustrations de ce développement de l'exigence de motivation en parallèle de la reconnaissance du caractère « causé » d'un pouvoir contractuel est très certainement fournie par le pouvoir de licencier. En effet, parallèlement à la reconnaissance du caractère « causé » du pouvoir de licencier par la loi du 13 juillet 1973 qui est venue subordonner sa mise en œuvre à la présence d'une « cause réelle et sérieuse », le législateur a pu imposer à l'employeur de communiquer le ou les motifs de licenciement dans la lettre qui assure la notification de cette décision au salarié⁴.

Dans le même ordre d'idées, il est possible de faire allusion à la loi du 6 juillet 1989 qui est venue faire du pouvoir de résiliation du bailleur, dans le cadre des baux d'habitation qu'elle régit, un droit « causé », puisque sa mise en œuvre doit, désormais, prendre appui sur des motifs limitativement énumérés⁵. Parallèlement à l'encadrement objectif des motifs à même de justifier la résiliation du contrat par le bailleur, cette loi a pu imposer à ce dernier d'en assurer la communication au preneur dans le congé qu'il est tenu de lui délivrer⁶.

Si les deux exemples précités font allusion à un développement de l'exigence de motivation qui s'est fait dans le même temps que la reconnaissance du caractère « causé » des pouvoirs auxquels elle est venue s'appliquer, tel n'est cependant pas toujours le cas. Parfois, il peut, en effet, s'écouler un certain délai entre la reconnaissance de ce qu'un pouvoir contractuel

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 468, spéc., p. 548.

² La fonction informative de la motivation aurait-elle, ainsi, une vertu « pédagogique » en ce qu'elle permettrait compréhension de la décision prise, voire même l'acceptation de celle-ci, ce qui favoriserait son respect et son exécution. (v. sur ce point : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 320, p. 262. Au sujet de la compréhension de la décision, v. aussi : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », art. préc., p. 556).

³ Si la motivation doit permettre à la contradiction de se développer efficacement puisque la connaissance des raisons qui ont guidé l'exercice d'un pouvoir constitue un point d'appui essentiel pour initier une contestation, la motivation joue également un rôle de « catalyseur du contentieux » dans la mesure où en présence de motifs correspondant trait pour trait à ceux exigés par le droit positif, la partie appelée à subir les effets de l'acte édicté en vertu du pouvoir sera, le plus souvent, dissuadée d'en contester la validité. En outre, la motivation offre à la partie appelée à subir les effets de l'acte édicté un avantage non-négligeable sur le plan probatoire en ce qu'elle facilite la preuve de l'irrégularité dudit acte. (Pour de telles observations, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 322, p. 264. Au sujet de l'avantage probatoire, v. également : Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », art. préc., spéc., n° 7).

⁴ Cette exigence de motivation est aujourd'hui imposée par l'art. L. 1232-6 al. 2 du C. trav.

⁵ L'art. 15, I, de la loi du 6 juillet 1989 dispose expressément que le congé délivré par le bailleur doit « être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant ».

⁶ Cette exigence de motivation est également imposée par l'art. 15, I, de la loi du 6 juillet 1989.

doit prendre appui sur des motifs-efficients prédéterminés et l'obligation faite au titulaire de cette prérogative de les communiquer à son cocontractant.

Par exemple, s'il est admis de longue date que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est un droit « causé » dont la mise en œuvre doit être justifiée, notamment, par une faute du salarié¹, il aura fallu attendre la loi du 4 août 1982 pour que le législateur impose à l'employeur d'en motiver l'exercice². Cette exigence de motivation s'imposant pour les sanctions ayant une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, celle-ci s'applique, alors, aux pouvoirs contractuels de sanction dont dispose l'employeur que sont, d'une part, le licenciement disciplinaire et, d'autre part, la mise à pied disciplinaire, et ce, dans la mesure où ces derniers produisent de tels effets.

De même, si la jurisprudence reconnaît, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, que l'exercice d'un pouvoir d'agrément et, plus particulièrement, le refus d'agrément est subordonné à la présence d'un « motif légitime »³, ce n'est qu'avec un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 2 juillet 2002 qu'il a pu être imposé au titulaire d'une telle prérogative de communiquer les raisons de son refus au candidat à l'agrément⁴.

Ce décalage temporel s'observe également en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. En effet, si ce pouvoir, dont la mise en œuvre doit reposer sur un motif-efficient objectivement prédéfini, à savoir, une « inexécution suffisamment grave », a été officiellement reconnu par l'arrêt *TOCQUEVILLE*⁵ d'octobre 1998, il aura fallu attendre la réforme du droit des contrats de février 2016 pour que l'obligation de communiquer au débiteur les raisons qui ont justifié la résolution soit expressément imposée au créancier⁶.

Pour rester dans le cadre des pouvoirs de résolution unilatérale, il est possible de constater le même type de décalage temporel en matière de clause résolutoire. Si le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire a, dès l'origine, été conçu comme un droit « causé » puisque sa mise en œuvre ne peut intervenir qu'en prenant appui sur les manquements expressément visés par la clause, ce n'est que, bien plus tard, que la jurisprudence a pu y faire respecter l'exigence de motivation en imposant au titulaire du pouvoir de résolution issu de

¹ Si la faute du salarié constitue la cause-efficientie, c'est-à-dire le « parce que », de l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, la préservation de l'intérêt de l'entreprise en constitue la cause-finale.

² Cette exigence de motivation est aujourd'hui imposée par l'art. L. 1332-2 al. 4 du C. trav.

³ v. par ex. : C.A. de Grenoble en date du 24 janvier 1881 (DP. 1883, 2, p. 71), qui énonçait déjà que le bailleur « pourra refuser le sous-locataire s'il ne présente pas toutes les garanties désirables, [et] qu'il faudra seulement que l'exercice de cette faculté s'appuie sur des motifs sérieux et légitimes ». Par la suite, un arrêt de la Cour de cassation est venu fixer la jurisprudence en ce sens (Cass. req. 16 novembre 1927, DP. 1928, 1, p. 61) en énonçant que la clause d'agrément : « ne permettrait pas au bailleur de refuser son consentement à la cession sans motifs légitimes ».

⁴ v. : Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ.* IV, n° 113, p. 122. Dans cet arrêt, la Cour de cassation était confrontée à clause d'agrément stipulée, dans le cadre d'un contrat de concession commerciale, en faveur d'un concédant. Clause par laquelle il détenait le pouvoir d'agréer le cessionnaire en cas de cession du contrat par le concessionnaire et qui l'obligeait à « examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et à communiquer rapidement sa décision au concessionnaire ». Bien que cette clause n'impose pas expressément une obligation de motivation, mais seulement une obligation de diligence dans l'examen de la situation du candidat à l'agrément, la Cour de cassation a pu confirmer l'arrêt d'appel ayant fait œuvre d'interprétation créatrice en déduisant de cette clause l'existence d'une obligation de motivation.

⁵ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, préc.

⁶ Le nouvel article 1226 al. 3 du C. civ. dispose, en effet, que : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat *et les raisons qui la motivent* ». (Nous soulignons).

ladite clause de rappeler, dans la mise en demeure, les termes de celle-ci et de préciser les manquements reprochés au cocontractant¹. Cette exigence a d'ailleurs reçu une consécration légale à l'occasion de la réforme du droit des contrats de février 2016².

Un tel décalage dans le temps se retrouve, encore, du côté du pouvoir de détermination unilatérale du prix dont la mise en œuvre doit, également, prendre appui sur des motifs-efficients prédéterminés³. Lors de sa consécration, il est effectivement possible de constater qu'aucune obligation de motivation n'a été mise à la charge du titulaire du pouvoir de fixer le prix⁴. Ce n'est alors que par la suite, que la jurisprudence a pu imposer au titulaire du pouvoir de motiver le montant du prix fixé⁵, jusqu'à la reconnaissance de cette exigence par l'ordonnance du 10 février 2016⁶.

Au final, il apparaît donc que l'exigence de motivation s'impose dans le cadre de la mise en œuvre du licenciement, du licenciement disciplinaire, de la mise à pied disciplinaire, de l'exercice du pouvoir d'agrément, de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, de la résolution unilatérale en vertu d'une clause résolutoire et de la fixation unilatérale du prix, c'est-à-dire dans la grande majorité des pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective. Cependant, s'il est précisé que l'exigence de motivation s'applique à la « grande majorité » des pouvoirs dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective, cela signifie que certains d'entre eux échappent encore, à l'heure actuelle, à cette exigence.

Si ce premier temps de l'analyse a permis de tracer en positif les contours du domaine de l'exigence de motivation en matière de pouvoirs contractuels, il convient, à présent, de tracer les contours négatifs de cette exigence, c'est-à-dire d'identifier les pouvoirs contractuels qui

¹ v. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 1968, *Bull. civ.* III, n° 498, p. 382. Sur ce point, v. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 664, p. 675.

² v. : le nouvel art. 1225 du C. civ. qui impose au titulaire du pouvoir de résolution issu de la clause résolutoire de rappeler expressément celle-ci dans la mise en demeure.

³ Dans les contrats-cadre, il a, par exemple, pu être observé que le pouvoir de détermination du prix avait généralement pour finalité, soit, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, soit, d'adapter le prix aux évolutions du marché (sur ces points, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.). Les motifs-efficients qui justifient la mise en œuvre de ces pouvoirs devra, alors, nécessairement être en rapport avec leur finalité. Autrement dit, une hausse de prix devra nécessairement prendre appui sur un antécédent objectif tel que le développement d'une nouvelle technique, ou encore, la variation de cours de telle ou telle marchandise ou matière première.

À propos de la nature des motifs-efficients qui peuvent être à même de justifier le montant du prix fixé, v. : *supra*, n° 308, p. 336 et s.

⁴ Ni l'arrêt « Alcatel » (v. : Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 251) ni les arrêts de rendus par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 n'imposent, en effet, au titulaire du pouvoir de fixer le prix le devoir d'indiquer les raisons de celui-ci à son cocontractant.

⁵ Un auteur avait pu relever que, dans sa traque contre le prix abusif, le juge sera naturellement amené à procéder à « un contrôle de motivation » et que, dès lors, « la jurisprudence finirait par imposer à l'auteur du prix une obligation de motivation ». (v. : Th. REVET, « *Les apports aux relations de dépendance* », in *La détermination du prix, nouveaux enjeux, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 37 s., spéc. n° 17). Une telle chose fut faite dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris. (v. : C.A. Paris, 24 octobre 2000 ; D. 2001, Somm. p. 3236, obs. D. MAZEAUD ; D. 2001, p. 302, obs. X. DELPECH ; D. 2002, p. 641, obs. D.-R. MARTIN). Dans cet arrêt, la Cour d'appel a pu imposer, dans le cadre d'un contrat de location de coffre-fort, au titulaire du pouvoir de fixation du prix, à savoir, une banque, le devoir du justifier une augmentation « anormale » du montant de la location.

⁶ Dans les contrats-cadre (art. 1164 al. 1^{er}) et dans les contrats de prestation de service (art. 1165), les nouveaux textes issus de la réforme du droit des contrats sont venus imposer au titulaire du pouvoir de fixer le prix d'en motiver le montant en cas de contestation.

échappent à l'exigence de motivation. Parmi ces pouvoirs, s'il sera possible de constater que certains font partie de la catégorie des pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective, il sera également possible de voir que d'autres appartiennent à une autre catégorie.

492. Les limites du domaine de l'exigence de motivation.- Au nombre des pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective, mais qui échappent, encore à l'heure actuelle, à l'exigence de motivation, il est possible de compter, notamment, le pouvoir dont dispose l'employeur de résilier le contrat de travail à l'essai qui l'unit au salarié. En effet, bien que la jurisprudence exige que l'exercice du pouvoir issu de la clause d'essai soit exclusivement justifié par des considérations relatives aux qualités du salarié¹, aucune disposition du droit positif ne semble imposer à l'employeur de communiquer ces raisons au salarié, concomitamment à la mise en œuvre de son pouvoir.

Un autre exemple peut être trouvé du côté de la révocation du mandataire intervenant dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun. Si l'exercice du pouvoir de révoquer le mandataire doit prendre appui sur une cause légitime², il n'existe, pour le moment, aucune disposition qui imposerait au mandant de communiquer au mandataire les raisons qui ont guidé l'exercice de sa prérogative, concomitamment à sa mise en œuvre.

À côté de ces pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective, mais qui échappent, encore, à l'heure actuelle, à l'exigence de motivation, il existe également une autre catégorie de pouvoirs contractuels qui sont soustraits à cette exigence.

Ces pouvoirs contractuels sont ceux dont la mise en œuvre n'a pas à prendre appui sur des motifs-efficients ayant fait l'objet d'une prédétermination objective. En effet, il est possible de constater que lorsque les motifs-efficients, c'est-à-dire les raisons qui constituent le « parce que » justifiant l'exercice d'un pouvoir contractuel, sont abandonnées aux considérations purement subjectives du *potentior*, le droit positif n'impose pas à ce dernier d'en assurer la communication à son cocontractant.

Une telle dispense apparaît, d'ailleurs, logique, dans la mesure il peut sembler inutile de contraindre le titulaire du pouvoir à exposer les motifs-efficients de son action lorsque ceux-ci ne font pas l'objet d'une prédétermination objective et échappent, ce faisant, à toute forme de contrôle. L'absence de motivation permettant, en outre, de ne pas alourdir la mise en œuvre de ces pouvoirs et de ménager ainsi une plus grande marge de manœuvre à leurs titulaires.

¹ v. par ex. : Cass. soc. 6 décembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 330, p. 235 ; JCP G. 1996, II, n° 22671, note C. PUIGELIER, où, en l'espèce, la rupture d'essai avait été motivée par un différend antérieur à l'embauche et fut, donc, sanctionnée ; Cass. soc. 10 décembre 2008, *Bull. civ.* V, n° 246, où la Cour devait statuer sur un pourvoi dirigé contre un arrêt de cour d'appel qui avait jugé abusive la rupture d'un contrat de travail à l'essai dans la mesure où celle-ci avait pour seul motif un refus du salarié de voir baisser de sa rémunération. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que : « la résiliation du contrat de travail intervenue au cours de la période d'essai étant sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié, la Cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur avait commis un abus dans l'exercice de son droit de résiliation ».

² La cause légitime justifiant la révocation du mandataire peut consister, soit, en une faute de ce dernier, soit en tout autre « juste motif » tel que la nécessité de réorganiser l'entreprise. Sur ces points, v. : *supra*, n° 307, p. 335.

Trois illustrations seront, ici, sollicitées pour mettre en évidence ce lien qui existe, en droit positif, entre, d'un côté, absence de prédétermination objective des motifs-efficients et, de l'autre, dispense de motivation.

D'abord, cette dispense de motivation peut s'observer dans le cadre des pouvoirs de rétractation offerts aux consommateurs. S'il a déjà pu être mis en évidence que les motifs-efficients qui guident la mise en œuvre des pouvoirs de rétractation dont disposent les consommateurs, que ce soit, dans le cadre des contrats conclus à distance ou hors établissements, mais aussi, en matière de contrats portant sur des services financiers, ou encore, dans le cadre des contrats de crédit à la consommation, sont abandonnés aux considérations purement subjectives de leurs titulaires¹, il est également possible de constater qu'aucune obligation de motivation ne pèse sur ces derniers².

Ensuite, cette dispense de motivation se retrouve également lors de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale dont disposent chacune des parties dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. S'il a pu être observé que les motifs-efficients qui justifient l'exercice des pouvoirs de résiliation contenus dans les contrats à durée indéterminée sont abandonnés aux considérations purement subjectives de leurs titulaires, la jurisprudence retient, de manière constante, que la mise en œuvre de ceux-ci est soustraite à toute exigence de motivation³. La majorité de la doctrine semble, d'ailleurs, attachée à cette dispense de motivation qui apparaît fondée sur liberté de rompre contrat à durée indéterminée⁴. Une même dispense de motivation s'applique, en outre, en matière de démission⁵, qui s'analyse comme la mise en œuvre d'un

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 299, p. 327.

² En ce qui concerne le pouvoir de rétractation dont disposent les consommateurs dans le cadre des contrats conclus à distance ou hors établissements, l'art. L. 221-18 du C. consom., dispose, en son alinéa premier, que le consommateur bénéficie d'un délai de rétractation de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation « sans avoir à motiver sa décision ». En matière de contrats conclus à distance portant sur des services financiers, l'art. L. 222-7 du C. consom. dispose, en son premier alinéa, que le consommateur bénéficie « 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 ». (Nous soulignons). Dans le cadre des contrats de crédit à la consommation, l'art. L. 312-19 du C. consom. dispose que le consommateur « peut *se rétracter sans motifs* dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312-28 ». (Nous soulignons).

³ v. par ex. : Cass. com. 15 décembre 1969, *Bull. civ.* n° 364, où la Cour censure pour défaut de base légale la décision des juges du fond qui, après avoir déclaré à juste titre qu'un concédant peut librement mettre fin au contrat de concession exclusive à durée indéterminée à la condition de ne pas agir abusivement, lui impose la charge de rapporter la preuve de l'existence d'un juste motif de résiliation du contrat ; Cass. com. 5 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149, p. 118, où la Cour rappelle notamment qu'une partie à un contrat à durée indéterminée peut « résilier le contrat sans donner de motifs, mais à la condition que cette résiliation n'ait pas un caractère abusif » ; Cass. com. 26 janvier 2010, *Bull. civ.* IV, n° 18, où la Cour retient notamment : « qu'en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci [...] ».

⁴ v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 479, p. 493, où les auteurs retiennent que, dans les contrats à durée indéterminée, le pouvoir de se dégager unilatéralement se relie à la prohibition des engagements perpétuels et « a pour but la sauvegarde de la liberté individuelle et la préservation de la libre concurrence ». Certains auteurs ont cependant pu militer en faveur d'un développement de l'exigence de motivation dans le cadre particulier de la résiliation unilatérale des contrats de dépendance économique. v. not. en ce sens : D. MAZEAUD, « *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel...* », art. préc., spéc., n° 3 ; M. FABRE-MAGNAN, « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique* », art. préc., p. 573 et s.

⁵ v. sur ce point : Cass. soc. 22 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 204, p. 139. *Adde*, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 385, p. 427.

pouvoir de résiliation unilatérale par le salarié dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Enfin, il est possible de constater une absence d'obligation de motivation dans la cadre de la mise en œuvre des pouvoirs issus des clauses de dédit. S'il a pu être montré que les motifs-
efficaces qui justifient l'exercice d'un tel pouvoir ne font pas l'objet d'une prédétermination objective, il semblerait également qu'aucune disposition du droit positif n'impose une obligation de motivation au titulaire du pouvoir issu d'une telle clause¹.

Une fois le domaine de l'exigence de motivation circonscrit en matière de pouvoirs contractuels, il convient d'en préciser le régime, et cela, dans l'optique de savoir ce que le juge pourra être amené à contrôler lorsqu'il sera confronté à un pouvoir contractuel soumis à l'exigence de motivation.

2. Le régime de la motivation.

493. **Deux points à préciser.**- Définir le régime de la motivation en matière de pouvoirs contractuels suppose préciser ses contours sur le plan temporel et sur le plan matériel. Sur le plan temporel, il convient d'examiner le moment de la motivation (a) et, sur le plan matériel, la forme de la motivation (b).

a. Le moment de la motivation.

494. **Le principe d'une motivation concomitante à l'exercice du pouvoir.**- Lorsque la motivation est exigée, il semblerait que, par principe, cette formalité doive être accomplie concomitamment à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire au moment où celui-ci est appelé à produire ses effets.

À ce propos, il est utile de rappeler que dans la mesure où l'exercice des pouvoirs contractuels a pour support l'édition d'un acte unilatéral réceptice, ceux-ci ne produisent leurs effets qu'à partir du moment où l'acte qui leur sert de support aura été notifié². Dès lors, imposer au titulaire d'un pouvoir contractuel de motiver sa décision concomitamment à l'exercice de sa prérogative, revient à exiger l'accomplissement de cette formalité au moment de la notification.

S'il est, ici, fait allusion à un « principe », c'est en raison du nombre important de dispositions qui imposent, en droit positif, au titulaire d'un pouvoir contractuel, de

¹ v. en ce sens : A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 112, p. 83, où l'auteur retient : « Le bénéficiaire de la clause de dédit peut exercer librement la faculté qui lui est ainsi ouverte, sans avoir de motifs à fournir ». (Nous soulignons). Cette observation semble valoir tant au plan substantiel que sur le plan de leur extériorisation formelle.

² Au sujet du caractère réceptice de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 176, p. 192 et s.

Si, par principe, les pouvoirs contractuels produisent leurs effets concomitamment à la notification de l'acte unilatéral qui sert de support à leur exercice, il convient toutefois d'observer que ce lien entre production des effets et notification n'est pas indissoluble. Le titulaire d'un pouvoir contractuel peut décider d'introduire un délai entre la notification de la décision d'exercer sa prérogative et la production effective de ses effets. C'est notamment l'objet de la technique du délai de préavis.

communiquer les raisons qui ont guidé l'exercice de sa prérogative concomitamment à la notification de sa mise en œuvre.

Ainsi, est-ce, par exemple, la solution qui est retenue dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. En effet, depuis que la réforme du droit des contrats de février 2016 est venue imposer au créancier de l'obligation inexécutée de motiver sa décision de résoudre le contrat, il est expressément précisé que cette formalité doit être accomplie concomitamment à la notification de la résolution¹.

De même, en matière de licenciement pour motif personnel, il est possible de constater que la lettre notifiant l'exercice de ce pouvoir contractuel au salarié doit contenir l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur².

Toujours en droit du travail, il est possible d'observer que lors du prononcé d'un licenciement disciplinaire ou d'une mise à pied disciplinaire, ce qui correspond à la mise en œuvre de pouvoirs contractuels, il est imposé à l'employeur d'indiquer les motifs de sa décision dans la lettre portant notification de celle-ci au salarié³.

La doctrine se montre d'ailleurs favorable à cette règle de principe selon laquelle la motivation doit être accomplie concomitamment à la notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir⁴. Comme une auteure a pu le montrer, l'instant de la notification est idéal pour imposer le respect de l'exigence de motivation, et cela, dans la mesure où c'est à ce moment précis que les avantages de cette dernière, autrement dit ses vertus, se font le mieux ressentir⁵.

En effet, exiger la motivation concomitamment à la notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir, permet, du côté du titulaire du pouvoir, de prévenir au mieux le risque

¹ Le nouvel article 1226 al. 3 du C. civ. dispose précisément que : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier *notifie* au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ». (Nous soulignons).

² v. : l'art. L. 1232-6 du C. trav. qui dispose, en son alinéa premier, que « lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception » et, en son alinéa deux, que « cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». Il convient cependant de rappeler, ici, que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail est venue instaurer une sorte de « mécanisme de rattrapage » en permettant à l'employeur de préciser, *a posteriori*, de sa propre initiative ou à la demande du salarié, le ou les motifs de licenciement déjà notifiés (v. : le nouvel art. 1235-2 al. 1^{er} du C. trav.). Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur le sens de l'article de l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui autorise seulement l'employeur à « préciser » les motifs énoncés, c'est-à-dire à en expliciter le sens, ce qui doit écarter la possibilité d'invoquer de nouveaux motifs nouveaux, ou encore, *a fortiori*, de motiver un licenciement qui souffrirait, dès l'origine, d'un défaut de motivation. En ce sens, le principe reste, bel et bien, celui de la motivation concomitante à l'exercice du pouvoir de licencier.

³ v. : l'art. R. 1332-2 du C. trav.

⁴ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 341, p. 278. Adde, Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », art. préc., spéc., n° 7, où l'auteur observe que : « l'objectif d'un contrôle de motivation étant également préventif (contribuer à ce que ne soient prises que des décisions fondées sur des raisons acceptables par l'autre), son seul développement conduit à l'obligation d'indiquer les motifs au moment même de la communication de la décision ».

⁵ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 341, p. 278. Bien que l'auteure fasse état de ces vertus de la motivation lors de l'analyse des pouvoirs contractuels de sanction, les conclusions émises apparaissent valables pour tous les pouvoirs contractuels.

d'arbitraire, en contraignant ce dernier à prendre, dès cet instant, un certain recul par rapport à la mise en œuvre de sa prérogative¹.

Du côté du cocontractant, l'absence de décalage temporel entre le moment de la notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir et la communication de ses motifs est en phase avec la finalité informative de l'exigence de motivation et garantit, plus certainement, la compréhension de l'acte adopté². En outre, elle permet au cocontractant, dès ce moment, de mesurer les chances de succès d'une contestation en justice et de préparer efficacement celle-ci³.

495. **Exceptions.-** Bien qu'elle présente de nombreux avantages, la règle de principe selon laquelle la motivation doit être concomitante à la notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir, souffre, à l'heure actuelle, de quelques exceptions. Effectivement, il est possible d'observer que, dans le cadre de la mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels, les moments où doivent s'accomplir les formalités que sont la motivation et la notification peuvent être décalés.

Parfois, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être tenu de communiquer les raisons qui guident l'exercice de sa prérogative en amont de la notification destinée à informer le cocontractant de la mise en œuvre effective du pouvoir, c'est-à-dire antérieurement à la notification indiquant la production de ses effets. Tel est le cas, par exemple, en matière de clause résolutoire, où, auparavant, la jurisprudence, puis aujourd'hui, la loi, imposent au titulaire du pouvoir de résolution issu d'une telle clause d'indiquer, dans la mise en demeure, c'est-à-dire dans la phase préalable à l'exercice du pouvoir, les raisons qui justifient la mise en œuvre de cette prérogative en rappelant les termes de la clause résolutoire et en précisant les manquements reprochés au cocontractant⁴.

Parfois, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être tenu de communiquer les raisons qui ont guidé l'exercice de sa prérogative en aval de la notification destinée à informer le cocontractant de la mise en œuvre effective du pouvoir, c'est-à-dire postérieurement à la notification indiquant la production de ses effets.

Cette motivation « après coup » se retrouve, par exemple, à l'heure actuelle, en matière de fixation unilatérale du prix, que ce soit dans les contrats-cadre ou dans les contrats de prestation de service. Les auteurs de la réforme du droit des contrats ont, en effet, choisi d'imposer au titulaire d'un tel pouvoir de communiquer les raisons qui ont guidé l'exercice de

¹ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 341, p. 278, où l'auteure constate : « [qu'] en obligeant l'auteur de la sanction à en exposer les motifs au moment où il la prononce, on s'assure que la sanction est bien le fruit d'une réflexion de sa part [...] ».

² *Ibid.*, *loc. cit.*

³ v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 342, p. 279 : « Dans une perspective contentieuse, en effet, la motivation étant "livrée" en même temps que la notification de la sanction, elle est un moment clé pour envisager une éventuelle contestation : c'est donc à ce moment-là qu'elle se révèle précieuse ».

⁴ À ce sujet, en jurisprudence, v. not. : Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 1968, *Bull. civ.* III, n° 498, p. 382 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n° 200, p. 110. Aujourd'hui, c'est le nouvel art. 1225 du C. civ. qui impose au titulaire du pouvoir de résolution issu de la clause résolutoire de rappeler expressément celle-ci dans la mise en demeure.

sa prérogative seulement en cas de contestation du prix fixé¹. Dans une telle situation, si les fonctions informatives et de prévention de l'arbitraire attachées à la motivation apparaissent quelque peu amoindries en raison du caractère tardif de celle-ci, il n'en reste pas moins que la communication des raisons qui ont justifié le montant du prix unilatéralement fixé permet toujours au cocontractant de mesurer les chances de succès d'une éventuelle contestation en justice et de préparer efficacement celle-ci. La connaissance des motifs qui ont guidé l'exercice du pouvoir facilitant la preuve de son caractère irrégulier².

La motivation *a posteriori*, semble également, aujourd'hui, admise en matière d'agrément. En effet, en présence d'une clause d'agrément stipulée en faveur d'un concédant et obligeant ce dernier, en cas de cession du contrat de concession commerciale, à « examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et à communiquer rapidement sa décision au concessionnaire », si la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu déduire de cette clause l'existence d'une obligation de motivation, elle a pu, dans le même temps, admettre la possibilité d'une motivation tardive et, plus précisément, au cours du procès³.

Cette solution n'est cependant pas à encourager dans la mesure où elle prive de toute utilité l'exigence de motivation, puisqu'une communication des motifs au cours de l'instance ne permet même plus de mesurer, au préalable, les chances de succès d'une éventuelle contestation en justice et de préparer efficacement celle-ci.

En fin de compte, s'il ressort, qu'en matière de pouvoirs contractuels, l'exigence de motivation doit être accomplie, par principe, concomitamment à la notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir, cette règle de principe connaît, néanmoins, quelques exceptions. En effet, dans quelques cas, la notification et la motivation peuvent être décalées sur le plan temporel. La motivation peut, parfois, être imposée antérieurement à la notification indiquant la production des effets du pouvoir, comme en matière de clause résolutoire, ou postérieurement à celle-ci, comme en matière de fixation unilatérale du prix, ou encore, semble-t-il, en matière d'agrément.

Si cette définition des contours temporels de l'exigence de motivation en matière de pouvoirs contractuels, permet de préciser une partie de l'objet du contrôle judiciaire, la définition du régime de l'exigence de motivation doit être complétée, dans un second temps, par une identification de sa forme.

¹ v. : les nouveaux articles 1164 et 1165 du C. civ.

² L'avantage procuré, sur le plan probatoire, par les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil, au cocontractant du titulaire du pouvoir de détermination du prix, n'équivaut cependant pas à un renversement de la charge de la preuve. Ici, il est seulement permis au cocontractant d'avoir accès aux motifs qui ont guidé l'exercice du pouvoir s'il conteste le prix fixé. Dans la mesure où il n'est pas précisé qu'il doit s'agir d'une contestation en justice, cela signifie que le cocontractant peut avoir accès aux motifs avant d'assigner en justice le titulaire du pouvoir de fixer le prix. Quoi qu'il en soit, le cocontractant supportera la charge de la preuve s'il décide d'agir en justice, conformément au principe *actori incumbit probatio*. Pour un véritable renversement de la charge de la preuve, v. : le nouvel art. 1226 al. 4 du Code civil qui, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, renverse la charge de la preuve en imposant à ce dernier, alors assigné en justice par le débiteur qui se plaint de la résolution, de prouver la gravité de l'inexécution commise par le débiteur.

³ v. : Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ.* IV, n° 113, p. 122, D. 2003, p. 93 et s., note D. MAZEAUD. Il est intéressant d'observer que, dans sa note, le Professeur MAZEAUD reproche notamment à la Chambre commerciale d'avoir cassé l'arrêt d'appel en admettant une motivation tardive alors que « la clause d'agrément précisait que le concédant s'engageait à « communiquer rapidement sa décision au concessionnaire » ».

b. *La forme de la motivation.*

496. **Le support formel de la motivation.**- Lorsqu'il s'agit d'identifier la forme de la motivation, la première question qui vient se poser concerne le support formel de la motivation. Plus précisément, il s'agit de se demander si l'accomplissement de cette formalité requiert, à peine de nullité, le recours à un écrit ou si un simple exposé oral des raisons qui ont guidé l'exercice du pouvoir peut suffire ?

Plusieurs textes imposent expressément que la motivation de l'exercice d'un pouvoir contractuel soit communiquée par écrit. Tel est le cas, par exemple, en matière de licenciement pour motif personnel, où l'article L. 1232-6 al. 2 du Code du travail impose que la lettre portant notification de la décision de l'employeur comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par ce dernier¹. Pour rester en droit du travail, il est possible d'observer que lorsque l'employeur décide de prononcer un licenciement disciplinaire ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels, la forme écrite est imposée par l'article R. 1332-2 du Code du travail pour la communication des motifs de ces sanctions².

Mais qu'en est-il lorsqu'aucune disposition textuelle ne vient directement imposer la forme écrite ?

Parfois, en l'absence de texte imposant directement le recours à l'écrit, il est possible d'observer que la forme écrite peut venir s'imposer indirectement à la motivation. Cette application indirecte de la forme écrite à la motivation résulte, alors, du fait que cette dernière est appelée à être incorporée dans un *instrumentum* qui est, lui-même, soumis à la forme écrite. Tel est le cas, par exemple, de la motivation en matière de clauses résolutoires. En effet, si les dispositions du nouvel article 1225 du Code civil n'imposent pas directement le recours à la forme écrite pour l'exposé des raisons qui justifient la mise en œuvre du pouvoir issu de la clause résolutoire, le fait que la motivation soit appelée à figurer dans la mise en demeure³, c'est-à-dire dans une formalité qui, par principe, est soumise à la forme écrite⁴, revient à imposer, indirectement, la forme écrite à celle-ci.

Mais que faut-il retenir pour les pouvoirs contractuels soumis à l'exigence de motivation et pour lesquels la forme écrite ne s'impose ni directement, ni indirectement ? Une telle question n'est pas dépourvue d'intérêt dans la mesure où elle concerne, notamment, le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier et le pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre et les contrats de service.

¹ Expressément, l'art. L. 1232-6 al. 2 du C. trav. dispose : « Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ».

² Plus précisément, l'art. R. 1332-2 du C. trav. dispose que : « La sanction prévue à l'article L. 1332-2 fait l'objet d'une décision écrite et motivée ». L'exigence d'une motivation écrite concernant les sanctions de l'art. L. 1332-2 du C. trav., à savoir, les sanctions qui ont une incidence, immédiate ou non, sur la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, celle-ci s'applique, alors, aux pouvoirs contractuels de sanction dont dispose l'employeur que sont, d'une part, le licenciement disciplinaire et, d'autre part, la mise à pied disciplinaire, et cela, dans la mesure où ces derniers produisent de tels effets.

³ Au sujet du moment de la motivation en matière de clauses résolutoires, v. : *supra*, n° 495, p. 592.

⁴ Sur ce point, v. : *supra*, n° 479, spéc., p. 564.

En effet, bien que les nouvelles dispositions du Code civil consacrées à ces pouvoirs les soumettent à l'exigence de motivation, celles-ci n'imposent pas expressément la forme écrite pour l'accomplissement de cette formalité. Par ailleurs, si la motivation de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier est appelée à être incorporée dans une notification contenant l'indication de la décision de résoudre le contrat, rien n'indique non plus que cette notification doive être nécessairement écrite¹.

Dès lors, que faut-il en déduire pour la motivation de ces pouvoirs contractuels ? En l'absence de tout texte imposant directement ou indirectement le recours à l'écrit, il semblerait, théoriquement, qu'une simple communication orale des raisons qui ont guidé leur exercice puisse suffire. Cependant, en pratique, le recours à une motivation écrite apparaît vivement conseillé, ne serait-ce que pour permettre au titulaire du pouvoir de rapporter plus facilement la preuve de ce qu'il a bien accompli cette formalité.

497. Le degré de précision de la motivation.- Lorsqu'il s'agit d'identifier la forme de la motivation, la seconde question qui se pose est celle de son degré de précision. Cette question, qui se rapporte à la manière dont il convient d'exprimer formellement les raisons qui ont guidé la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, se trouve, d'une manière générale, au cœur des débats sur l'exigence de motivation.

Les auteurs attirent, en effet, traditionnellement l'attention sur la nécessité de trouver un juste équilibre entre, d'un côté, la nécessité de promouvoir la transparence de la décision prise et, de l'autre, la nécessité de préserver une part de secret. Autrement dit, la motivation doit être suffisamment précise pour lui permettre de jouer son rôle de mécanisme informatif et de prévention de l'arbitraire, mais sans tomber dans l'excès, c'est-à-dire sans tomber dans « le devoir de tout dire » qui conduirait à précariser outre mesure l'exercice du pouvoir² et, par là même, la relation contractuelle³.

Le développement de l'exigence de motivation en matière de pouvoirs contractuels doit, par conséquent, poursuivre un double objectif, à savoir, promouvoir la transparence tout en garantissant une certaine part de secret au titulaire du pouvoir.

Le premier objectif, qui est celui de la transparence, doit conduire à écarter toute forme de motivation qui ne permet pas au cocontractant de comprendre précisément les raisons qui ont guidé l'exercice du pouvoir.

Cette exclusion concerne, alors, d'une part, toute motivation formulée en termes généraux en raison, bien évidemment, de son caractère nécessairement imprécis. À ce titre, il

¹ Au sujet de la forme de la notification contenant la décision de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, v. : *infra*, n° 502 et s., p. 601 et s.

² v. not. sur ce point : M. FABRE-MAGNAN, « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique* », art. préc., p. 573 et s, où l'auteure observe que : « le souci de transparence, souvent légitime, devient excessif lorsqu'il est obligation de tout dire, et une part de secret et d'opacité est nécessaire dans les relations humaines, ce que ne semblent plus comprendre certaines philosophies modernes érigeant en valeur absolue la communication et l'éthique de discussion ».

³ Pour une mise en évidence de cette conséquence, v. : D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », art. préc., n° 11, où l'auteur constate que : « L'obligation de motiver les décisions unilatérales inspirée par un souci de transparence ou de solidarité contractuelle fortement marqué par le soupçon, pourrait conduire à une précarité accrue des relations contractuelles, la difficulté d'imposer une modification étant palliée par la facilité à trouver un autre partenaire ».

est par exemple possible d'observer que, dans le cadre de l'exercice du pouvoir de licencier, la jurisprudence considère que l'exigence de motivation n'est pas satisfaite lorsque les motifs invoqués par l'employeur sont « imprécis » ou « non matériellement vérifiables »¹. Cela signifie, donc, que la motivation doit contenir un énoncé suffisamment précis des éléments de fait qui ont servi à justifier l'exercice du pouvoir. À côté de cet énoncé des éléments de fait, la motivation doit, semble-t-il, également contenir un exposé des éléments de droit sur lesquels s'appuie le titulaire du pouvoir. Cette exigence est, par exemple, légalement consacrée en matière de clause résolutoire où le titulaire du pouvoir de résolution issu de ladite clause est tenu de motiver la mise en œuvre de celle-ci en rappelant ses termes². Cet exposé des éléments de fait et de droit doit, *in fine*, naturellement conduire le titulaire du pouvoir à proposer une qualification juridique des faits qui constituent alors les motifs-efficients justifiant l'exercice de sa prérogative. Bien qu'il n'ait été ici fait allusion qu'aux seuls pouvoirs de licencier et au pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, cette nécessité d'un exposé des éléments de fait et de droit menant à une qualification juridique des faits semble appelée à s'appliquer à tous les pouvoirs contractuels soumis à l'exigence de motivation.

Le souci de transparence doit conduire, d'autre part, à exclure toute motivation par référence à des correspondances antérieures. En effet, un tel procédé de motivation peut se révéler imprécis, surtout si les correspondances antérieures sont multiples et invoquent des motifs différents. En outre, exclure la motivation par référence permet de préserver l'existence et l'autonomie de l'étape de la motivation en exigeant véritablement un effort d'introspection et de réflexion de la part du titulaire du pouvoir, ce qu'exclut, bien évidemment, le simple renvoi à des correspondances antérieures. Ce sont de tels arguments qui ont sûrement pu pousser la jurisprudence à refuser la motivation par référence dans le cadre de la mise en œuvre du pouvoir de licencier³. Une telle prohibition ne devrait, d'ailleurs, pas se limiter au seul domaine du licenciement. Celle-ci doit être appelée à jouer pour tous les pouvoirs contractuels.

Quant au second objectif, qui est celui de la préservation d'une certaine part de secret, la réalisation de celui-ci doit, semble-t-il, conduire à écarter toute révélation des mobiles subjectifs du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire toute indication du but particulier que ce dernier entend poursuivre en mettant en œuvre sa prérogative⁴.

Ainsi, au final, pour parvenir à allier le souci de transparence et la préservation d'une certaine part de secret, l'exigence de motivation doit, très certainement, se limiter à un exposé d'éléments purement objectifs. Autrement dit, le titulaire d'un pouvoir contractuel soumis à l'exigence de motivation doit, semble-t-il, être regardé comme ayant satisfait à celle-ci s'il a

¹ La « faute lourde » (v. : Cass. soc. 16 mars 1999, *Bull. civ. V*, n° 115 p. 84), les « difficultés relationnelles » (v. : Cass. soc. 25 juin 1997, *Bull. civ. V*, n° 236, p. 172), « l'incompatibilité d'humeur » (v. : Cass. soc. 17 janvier 2001, *Bull. civ. V*, n° 13, p. 8), les « graves négligences » (v. : Cass. soc. 5 juillet 2000, n° 98-42889), le « comportement déloyal » (v. : Cass. soc. 10 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 161, p. 127), « la mésentente » (v. : Cass. soc. 5 février 2002, *Bull. civ. V*, n° 50, p. 48), « l'inaptitude au poste occupé » (v. : Cass. soc. 20 février 2002, *Bull. civ. V*, n° 72, p. 66), ont, par exemple, pu être considérés par les juges comme des motifs insuffisamment précis ou non-matériellement vérifiables.

² v. : l'art. 1225 al. 2 du C. Civ.

³ v. en ce sens : Cass. soc. 31 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 171, p. 124 ; Dr. soc. 1995, p. 677, obs. H. BLAISE.

⁴ Autrement dit, l'exigence de motivation ne doit pas se transformer en psychanalyse sous peine de préciser outre mesure l'exercice du pouvoir.

fourni exposé précis des éléments de fait et de droit qui ont justifié la mise en œuvre de sa prérogative et s'il a proposé une qualification juridique de ces faits.

Pour prendre l'exemple du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, cela signifie que l'exigence de motivation doit conduire le créancier de l'obligation inexécutée, d'abord, à indiquer précisément les manquements commis par le débiteur, puis, à rappeler les termes des nouveaux articles 1124 et 1126 du Code civil et, enfin, à proposer une qualification juridique ces faits, ce qui revient, ici, à expliquer en quoi les manquements commis peuvent être qualifiés de « suffisamment graves ». Cet exposé objectif des raisons de fait et de droit qui ont guidé l'exercice du pouvoir, accompagné d'une qualification juridique de ces mêmes faits, permet, semble-t-il, de promouvoir suffisamment la transparence de la décision prise, sans pour autant imposer au titulaire du pouvoir de trop en dire.

L'étude du régime de la motivation clôt ainsi les développements dédiés à la définition des contours de cette formalité. Pour autant, elle ne vient pas mettre un terme définitif à l'analyse des formalités dont l'accomplissement peut être exigé concomitamment à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. En effet, si le titulaire d'un pouvoir contractuel peut, selon la nature du pouvoir qu'il détient¹, être tenu d'en motiver l'exercice, il est, quoiqu'il en soit, toujours tenu d'informer le cocontractant de sa mise en œuvre effective.

B. L'information du cocontractant.

498. **Présentation.-** Si le titulaire d'un pouvoir contractuel est toujours tenu d'informer le cocontractant de l'effectivité de la mise en œuvre de sa prérogative, cet impératif trouve son explication dans le caractère réceptice de l'acte unilatéral qui sert de support à leur expression. En raison de cette particularité, l'acte unilatéral qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels ne produit ses effets qu'à compter du moment où il est porté à la connaissance du cocontractant². Dès lors, il est possible de comprendre pourquoi l'accomplissement d'une telle formalité informative est rendu indispensable pour tous les pouvoirs contractuels. Cette dernière se présentant comme une condition *sine qua non* à la production de leurs effets.

Pour rappel encore, cette formalité informative qui peut être contenue dans le même *instrumentum* que la motivation, se distingue de celle-ci par son objet. En effet, là où la motivation a pour objet d'indiquer au cocontractant les raisons qui ont guidé l'exercice du pouvoir, l'information concomitante à l'exercice du pouvoir a pour objet d'indiquer au cocontractant que le titulaire du pouvoir entend se prévaloir de ses effets.

499. **Objet d'étude.-** Dans l'optique d'avoir une connaissance plus précise de ce que le juge peut être conduit à contrôler, cette présentation succincte de la formalité informative concomitante à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels est appelée à être complétée par une étude plus détaillée de son contenu (1) et de sa forme (2).

¹ À propos du domaine de la motivation, v. : *supra*, n° 491 et s., p. 584 et s.

² À ce sujet, v. : *supra*, n° 176, p. 192 et s.

1. *Le contenu de l'information.*

500. **L'indication de la décision d'exercer le pouvoir.**- Destinée à avertir le cocontractant de ce que le titulaire du pouvoir entend se prévaloir des effets de sa prérogative, la notification concomitante à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doit, bien évidemment, contenir l'indication de la décision prise par ce dernier.

À défaut, cette formalité informative ne remplirait pas son objet. En conséquence, l'acte juridique réceptice qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels ne pourrait produire ses effets, et cela, puisque la réalisation de ces derniers suppose que la décision du titulaire du pouvoir ait été portée à la connaissance du cocontractant¹. La vérification de ce que cette formalité informative a bien été accomplie se présente donc comme un point essentiel du contrôle judiciaire.

Quelques textes rappellent expressément cette exigence faite au titulaire d'un pouvoir contractuel de notifier, au cocontractant, sa décision de se prévaloir des effets de la prérogative qu'il détient, concomitamment à sa mise en œuvre. Tel est le cas, par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier où la loi impose expressément, à ce dernier, de notifier au débiteur sa décision de résoudre le contrat². De même, en matière de licenciement, la loi exige que cette décision prise par l'employeur soit notifiée au salarié³. Aussi, lorsque l'employeur décide de prononcer une mesure disciplinaire telle qu'un licenciement disciplinaire ou une mise à pied disciplinaire, une disposition réglementaire vient en exiger la notification⁴.

Cette formalité informative, qui est appelée à s'appliquer à la mise en œuvre de tous les pouvoirs contractuels, même en l'absence de texte, et ce, en raison du caractère réceptice de l'acte qui sert de support à leur exercice, semble néanmoins recevoir un traitement particulier en matière de clause résolutoire.

En effet, il est possible d'observer que si le nouvel article 1225 alinéa second du Code civil, dédié à la clause résolutoire, fait allusion à la nécessité d'une mise en demeure, il reste cependant silencieux sur le sujet de la notification de la décision du créancier de se prévaloir des effets de ladite clause.

Pour en savoir plus sur les formalités afférentes à la mise en œuvre de la clause résolutoire, il convient de se reporter au nouvel article 1229 du Code civil qui régit, d'une manière générale, les effets de la résolution et qui dispose notamment, en son alinéa deux, que « la résolution prend effet [...] dans les conditions prévues par la clause résolutoire ».

Au regard des dispositions de cet article, les parties apparaissent libres d'aménager conventionnellement les modalités formelles afférentes à la production des effets de la clause

¹ Le fait que la décision ait été portée à la connaissance du cocontractant ne signifie pas nécessairement que celui-ci en ait pris une connaissance effective. Sur la distinction entre perception et réception et leur application en matière de pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 177, p. 193 et s.

² Le nouvel article 1226 al. 4 du C. civ. dispose expressément : « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat [...] ».

³ L'art. L. 1232-6 al. 1^{er} du C. trav. dispose que : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception ».

⁴ L'art. R. 1332-2 al. 2 du C. trav. dispose que : « La décision est notifiée au salarié soit par lettre remise contre récépissé, soit par lettre recommandée, dans le délai d'un mois prévu par l'article L. 1332-2 ».

résolutoire. Cela signifie donc que si les parties peuvent décider de faire dépendre la production des effets de la clause résolutoire d'une notification informant le débiteur de la décision du créancier de s'en prévaloir, elles semblent également à même de se dispenser d'une telle formalité informative concomitamment à la mise en œuvre de ladite clause.

Cette possibilité de se dispenser de la notification destinée à informer le débiteur de la décision du créancier de se prévaloir des effets de la clause résolutoire apparaît, d'ailleurs, d'autant plus étrange que les différents que les projets de réforme du droit des contrats faisaient expressément dépendre la production des effets de la clause résolutoire de l'accomplissement de cette formalité informative¹.

Pour certains, une telle indifférence à l'égard de l'information concomitante à l'exercice du pouvoir issu de la clause résolutoire serait le fruit de la tendance générale qui consiste « à n'envisager la clause résolutoire que sous l'angle de la prérogative qu'elle confère au créancier, en délaissant l'acte juridique concrétisant l'exercice de cette prérogative »².

Il semble toutefois permis de penser que l'accomplissement de cette formalité informative n'est pas omise, mais seulement décalée dans le temps.

Autrement dit, en matière de clause résolutoire, la loi offrirait la possibilité aux parties de décaler dans le temps la date d'accomplissement de cette formalité informative par rapport à la date de production de ses effets. Plus précisément, la notification préalable à la mise en œuvre de la clause résolutoire, qui contient déjà la formalité qu'est la mise en demeure, pourrait également, au regard de la convention des parties, valoir, par avance, indication des intentions du créancier de se prévaloir des effets de la clause à l'expiration du terme accordé pour l'exécution.

L'accomplissement de cette formalité informative doit, ainsi, permettre au pouvoir de résolution issu de la clause résolutoire de produire ses effets puisque la décision de résoudre le contrat a bien été portée à la connaissance du cocontractant, et ce, quand bien même ses effets seraient décalés dans le temps.

Aussi, de tels propos conduisent naturellement à traiter d'un second type d'information susceptible d'être contenue dans la notification, à savoir, la date de production des effets du pouvoir.

501. L'indication de la date de production des effets du pouvoir.- Par principe, il semblerait que les pouvoirs contractuels soient appelés à produire leurs effets concomitamment à la notification de l'acte unilatéral qui sert de support à leur exercice, et plus précisément, dès leur réception³. Ce principe se déduit du caractère réceptice de l'acte unilatéral qui sert de

¹ Par exemple, l'avant-projet TERRÉ prévoyait, dans un article 112, que la résolution en vertu d'une clause résolutoire ne prenait effet « que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception ». De même, l'avant-projet CATALA précisait, dans l'alinéa 3 de son article 1159, que : « la résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception ». Le projet de réforme de la Chancellerie en date de juillet 2008 reprenait la même solution dans un article 167.

² v. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 357, spéc., p. 288.

³ Il s'agit, par exemple, de la solution retenue en droit positif au sujet de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier. Le nouvel art. 1229 du C. civ. qui régit, d'une manière générale, les effets de la résolution, dispose expressément que : « La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause

support à leur expression. Les actes réceptices ne produisant leurs effets qu'à compter de leur notification¹.

Au regard d'un tel principe, l'indication, dans la décision de mise en œuvre du pouvoir notifiée au cocontractant, de ce que cette prérogative est appelée à produire ses effets dès réception de celle-ci, n'a que peu d'utilité. En outre, une telle indication ne se présente pas comme une condition de validité de l'acte, ce qui n'en fait donc pas un enjeu du contrôle judiciaire.

En revanche, l'indication de la date de production des effets d'un pouvoir, dans la notification concomitante à sa mise en œuvre, a plus d'intérêt lorsque le titulaire d'une telle prérogative est tenu de respecter un délai de préavis, et ce, bien évidemment, dans la mesure où cette décision n'est pas appelée à produire immédiatement ses effets. Il est ainsi possible d'observer que le devoir de respecter un délai de préavis, qui s'analyse comme une exigence substantielle qui peut venir se greffer sur la mise en œuvre des pouvoirs qui provoquent une résiliation du contrat², est susceptible d'avoir des répercussions sur le plan formel. Plus précisément, au plan formel, le devoir de respecter un délai de préavis est appelé à se traduire par la nécessité de faire mention de ce dernier dans la décision de mise en œuvre du pouvoir qui est alors notifiée au cocontractant³.

Cette mention du délai de préavis, dans la décision de mise en œuvre du pouvoir qui est notifiée au cocontractant, prend, en outre, tout son sens, lorsque la durée dudit préavis n'est pas précisément définie par le droit positif ou par la convention des parties. En effet, lorsque la durée du préavis n'est pas précisément définie par le droit positif ou par la convention des parties, il appartient au titulaire du pouvoir de définir celui-ci⁴, mais aussi, de l'indiquer dans

résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice ». (Nous soulignons).

¹ À ce propos, v. : *supra*, n° 176, p. 192 et s.

² Par exemple, en droit commun des contrats, le nouvel art. 1211 du C. civ. impose le respect d'un délai de préavis lors de l'exercice du pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée. En droit commercial, lorsque l'exercice d'un pouvoir de résiliation prend place dans le cadre d'une « relation commerciale établie », l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. impose également le respect d'un délai de préavis. En droit du travail, l'art. L. 1234-1 du C. trav. vient imposer, sauf en cas de faute grave, le respect d'un délai de préavis en matière de licenciement. De même, le respect d'un délai de préavis est exigé en cas de démission (sur ce point, v. not. : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 386, p. 428).

Dans la mesure où le pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls est susceptible de produire un effet de résiliation, et ce, lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il est également possible de se demander si sa mise en œuvre peut être subordonnée à un délai de préavis. Les dispositions de l'art. 1229 C. civ. qui régissent, d'une manière générale, les effets de la résolution, n'évoquent pas cette possibilité. Ils se contentent de mentionner, pour cette prérogative, que la résolution « prend effet à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier ». Toute la question est alors de savoir si cette disposition est impérative ou seulement supplétive. Reconnaître que cette disposition est impérative reviendrait à nier la jurisprudence TOCQUEVILLE (v. : Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, préc.) qui avait admis que « si la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », « cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ». Dans la mesure où cette jurisprudence est rappelée dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il est permis de penser que les dispositions du nouvel art. 1229 du C. Civ. ne sont que supplétives sur ce point.

³ Par exemple, l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. exige la notification d'un préavis écrit. De même, il est possible d'observer que le Décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 qui établit des modèles types de lettres de notification de licenciement prévoit expressément l'indication du délai de préavis ou de sa dispense, si tel est le cas.

⁴ Cette situation concerne, par exemple, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée sur le fondement du nouvel article 1211 du Code civil lorsque les parties n'ont pas défini conventionnellement la durée du délai de préavis.

la notification de sa décision de résilier le contrat. L'indication formelle du délai de préavis tel que défini par le titulaire du pouvoir se révèle, assurément, être, ici, essentielle, puisqu'en l'absence de celle-ci, la résiliation du contrat doit être tenue pour immédiate, ce qui peut, alors, conduire au prononcé d'une sanction judiciaire en raison de sa brutalité¹.

Ainsi, la vérification de l'indication de la date de production des effets du pouvoir, dans la notification concomitante à leur exercice, se révèle-t-elle être un enjeu du contrôle judiciaire seulement lorsque le titulaire du pouvoir est tenu de respecter un délai de préavis. Une fois le contenu de la notification concomitante à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel précisé, il convient, par la suite, de s'intéresser à sa forme.

2. *La forme de l'information.*

502. **Les modes d'expression formels de l'information.**- Si le titulaire d'un pouvoir contractuel est tenu d'informer le cocontractant de l'effectivité de la mise en œuvre de sa prérogative, cette information prendra, la plupart du temps, la forme d'une manifestation de volonté expresse.

Néanmoins, il est possible de se demander si cette information peut être portée à la connaissance du cocontractant par le biais d'une manifestation de volonté tacite ? Autrement dit, la question qui se pose ici est celle de savoir si la nécessité d'une notification est conciliable avec le mécanisme des manifestations de volonté tacites.

Les auteurs qui se sont intéressés aux modes d'expression formels des actes unilatéraux semblent l'admettre². Pour cela, ces auteurs ont été amenés à préciser la nature du procédé technique qu'est la notification. Ils mettent ainsi en lumière le fait que la notification est un

En effet, dans une telle hypothèse, l'article 1211 du Code civil impose à la partie qui désire mettre en œuvre son pouvoir de résiliation unilatérale de respecter un délai de préavis « raisonnable ». Dès lors, il appartient à la partie qui souhaite résilier le contrat de définir la durée du préavis à l'aune du standard du « raisonnable ». Cette situation concerne également la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée lorsque celle-ci intervient dans le cadre d'une « relation commerciale établie ». Dans cette hypothèse, la partie qui désire résilier le contrat doit définir la durée du préavis au regard d'indications fournies par l'art. L. 442-6, I, 5° du C. com. et doit la communiquer par écrit au cocontractant.

En revanche, échappe à cette exigence de détermination par le titulaire du pouvoir, le délai de préavis qui peut s'imposer en matière de licenciement. Le délai de préavis applicable étant fixé par l'art. L. 1234-1 du C. trav., sauf disposition plus favorable issue d'une disposition légale spéciale, de la convention ou l'accord collectif de travail, du contrat de travail ou des usages. De même, échappe également à cette exigence de détermination, le délai de préavis en matière de démission. Même si la loi ne définit pas d'une manière générale la durée de préavis de démission (la loi ne fixe un délai de préavis que dans le cas particulier des journalistes, art. L. 7112-2 du C. trav., des VPR, art. L. 7313-9 du C. trav. et des salariés agricoles, art. 991 du C. rur.), ce sont habituellement la convention collective et les usages qui définissent sa durée.

¹ Ici, il est intéressant d'observer que l'omission formelle du délai de préavis n'est pas appelée à être sanctionnée sur le plan formel, mais sur le plan substantiel en raison du caractère brutal de la rupture.

² v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit.*, n° 177, p. 171-172 ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, LGDJ, 1929, art. 130, n° 59 et s., p. 159 et s., et spéc., p. 164 ; M. DURMA, *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques, op. cit.*, n° 234 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, op. cit.*, n° 493, spéc., p. 508, où les auteurs retiennent que la notification : « [...] n'exclut pas, à elle seule, la possibilité d'une manifestation de volonté tacite ».

simple vecteur de l'information¹ qui n'a pas de forme prédéterminée². Cette absence de cadre formel strict pour la notification permettant, alors, de concilier cette dernière avec les manifestations de volonté tacites qui sont dépourvues de tout formalisme. De la sorte, il n'y aurait donc rien d'impossible à ce que la notification puisse être accomplie par l'intermédiaire d'une manifestation de volonté tacite³. Si ces auteurs admettent que la volonté puisse être portée à la connaissance d'autrui par un comportement, ils exigent, toutefois, que le comportement en question soit clairement dirigé vers cet autrui qui est appelé à être informé⁴.

Au plan théorique, il semble donc possible de reconnaître qu'un acte unilatéral réceptice puisse être associé à une manifestation de volonté tacite. En conséquence, cela signifie que les actes unilatéraux réceptices qui servent de support aux pouvoirs contractuels peuvent résulter de manifestations de volonté tacites.

Cependant, il convient de rappeler que les manifestations de volonté tacites sont entourées d'un risque d'équivoque. En effet, même si le sens de la volonté exprimée par l'auteur d'un acte doit toujours être déduit de la manifestation formelle qui lui sert de support, cette déduction est entourée d'un degré plus grand de certitude dans la manifestation expresse que dans la manifestation tacite⁵.

D'ailleurs, il est possible d'observer que dans les rares cas où la loi reconnaît expressément que la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel puisse résulter d'une manifestation de volonté tacite, celle-ci vient immédiatement en préciser le sens afin d'éviter tout risque d'équivoque. Tel est le cas, par exemple, en matière de révocation du mandataire par le mandant où la loi précise expressément que l'attitude du mandant qui consiste à constituer un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci⁶.

Mais en dehors des cas où la loi vient préciser le sens à donner à certains comportements, le risque d'équivoque reste, bien évidemment, présent. En effet, que penser, par exemple, d'une partie liée à une autre par un contrat à durée indéterminée de fourniture de matières premières et qui viendrait à vider son entrepôt ? Doit-il être déduit du comportement de la partie qui a vidé son entrepôt que celle-ci entendait résilier unilatéralement le contrat qui l'unissait à son

¹ Rappr. : M. DURMA, *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, op. cit., n° 54, p. 78, où l'auteur considère que la notification n'est pas un acte, mais « un moyen pour porter quelque chose à la connaissance de quelqu'un ». (L'auteur souligne).

² v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 177, spéc., p. 172, où l'auteur retient : « la notification nécessaire [est] bien une exigence de forme, mais tout à fait dépourvue de rigidité ; elle est une direction de la manifestation qui n'influe que très légèrement sur la qualité même de l'expression qui peut se réaliser par les moyens divers habituels, aussi bien un geste ou une parole qu'un écrit ».

³ *Ibid*, n° 177, spéc., p. 172, où l'auteur retient : « Nous devons en conclure que l'acte unilatéral adressé à quelqu'un peut résulter tout autant d'une déclaration tacite que d'une déclaration expresse ».

⁴ À propos de cette précision, v. not. : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 177, spéc., p. 172, où l'auteur attire l'attention sur le fait que : « le procédé tacite utilisé comporte la direction réclamée ».

⁵ v. en ce sens : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, op. cit., n° 175, spéc., p. 170. Pour l'auteur, ce serait d'ailleurs ce degré de certitude qui permettrait de faire le départ entre les manifestations de volonté expresses et tacites. L'auteur s'attachant à la manière selon laquelle le procédé d'extériorisation formel de la volonté traduit l'intention.

⁶ v. : l'art. 2006 du C. civ.

cocontractant ? Le caractère équivoque de ce comportement est alors patent, et ce, dans la mesure où le fait de vider un entrepôt peut être seulement la conséquence d'une volonté de déménager, ou encore, de faire de la place le temps d'améliorer les installations. En outre, il est délicat de savoir si ce comportement est directement tourné vers le cocontractant.

Dès lors, en raison du risque d'équivoque inhérent au mécanisme des manifestations de volonté tacites, il semble préférable, en pratique, d'avoir recours à une manifestation de volonté expresse pour la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Mais, quoi qu'il en soit, la manifestation de volonté tacite reste, à côté de la manifestation de volonté expresse, un mode d'expression de la volonté qui doit permettre d'informer le cocontractant de l'effectivité de la mise d'un pouvoir contractuel.

Par ailleurs, si la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel peut être portée à la connaissance du cocontractant par le biais d'une manifestation de volonté tacite ou expresse, cela signifie que la forme écrite est appelée à avoir un rôle réduit en cette matière. Rôle qu'il convient, malgré tout, de définir.

503. Le rôle dévolu à l'écrit.- L'écrit constitue le support formel particulier d'une manifestation de volonté expresse. Aussi, étant donné que la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel peut être portée à la connaissance du cocontractant par le biais d'une manifestation de volonté tacite ou expresse, le rôle conféré à l'écrit, ne saurait-il être celui d'une condition générale de validité de cette notification¹.

D'ailleurs, seules certaines dispositions textuelles imposent expressément le recours à l'écrit lorsqu'il s'agit de porter à la connaissance du cocontractant la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel. Tel est le cas, par exemple, en matière de licenciement où la décision de licencier doit être notifiée par lettre recommandée avec avis de réception². Toujours en droit du travail, la forme écrite s'impose également quand l'employeur doit notifier une sanction disciplinaire. Ainsi, lorsque l'employeur est amené à notifier, par exemple, un licenciement disciplinaire ou une mise à pied disciplinaire, qui sont l'expression de pouvoirs contractuels, celui-ci doit avertir le salarié, soit, par lettre remise contre récépissé, soit, par lettre recommandée³.

La rareté des dispositions qui imposent expressément le recours à l'écrit lorsqu'il s'agit de notifier une décision de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel n'a, par ailleurs, pas été démentie par la réforme du droit des contrats. En effet, lorsque les dispositions issues de la réforme du droit des contrats font expressément allusion à la nécessité d'une notification pour porter à la connaissance du cocontractant la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, il est possible de constater qu'elles ne définissent pas la forme que doit prendre de ladite notification⁴. Cela semble donc signifier que, par principe, la validité de la notification

¹ Les manifestations de volonté tacites ne peuvent, bien évidemment, avoir pour support un écrit, sinon elles deviendraient expresses. Dès lors, l'écrit ne saurait être une condition générale de validité des notifications.

² v. : l'art. L. 1232-6 al. 1^{er} du C. trav.

³ v. : l'art. R. 1332-2 al. 2 du C. trav.

⁴ L'exigence d'une notification est, par exemple, expressément rappelée pour la mise en œuvre effective de l'exception d'inexécution par anticipation (art. 1220 du C. civ.) et dans le cadre de la résolution unilatérale aux

ne dépend pas du respect d'une forme particulière. Celle-ci pouvant, alors, être tacite ou expresse et, dans le cas où elle est expresse, orale ou écrite. Autrement dit, en matière de notification, l'écrit tend à se présenter comme une condition de validité limitée à certaines hypothèses particulières.

Si, sur le plan de la validité de la notification, le rôle de l'écrit semble appelé à être assez limité, en revanche, le rôle de l'écrit semble amené à être plus important sur le plan probatoire. Assurément, le recours à une notification écrite doit permettre au titulaire du pouvoir de rapporter plus facilement la preuve de l'accomplissement de cette formalité. Preuve qui est, évidemment, plus délicate à rapporter lorsque la notification a été faite par oral ou de manière tacite. Le recours à l'écrit, tel que l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception, semble donc amené à être privilégié, en pratique, pour communiquer au cocontractant la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel.

Néanmoins, les conclusions ici formulées à propos des conditions de validité formelles de la notification pourraient être amendées si l'on rapprochait les dispositions de notre droit commun des contrats de celles contenues dans les instruments supranationaux d'harmonisation du droit des contrats. En effet, il est, par exemple, possible d'observer que les principes UNIDROIT et les Principes du droit européen des contrats contiennent des dispositions relatives à la validité formelle de la notification et ont pour point commun de retenir que celle-ci peut être faite par « tout moyen approprié aux circonstances »¹. Autrement dit, dans le cadre de ces instruments supranationaux d'harmonisation du droit des contrats, la validité formelle de la notification n'est pas définie une fois pour toutes, mais s'apprécie au regard du contexte.

Se pose alors la question de la nature des critères permettant de déterminer que le mode de notification choisi est « approprié aux circonstances ». Le commentaire des principes UNIDROIT qui suit l'exposé de cette règle précise que le caractère « approprié aux circonstances » du mode de notification choisi dépend « notamment de la disponibilité et de la fiabilité des divers modes de communication, et de l'importance et/ou de l'urgence du message à transmettre ».

À ces critères proposés par le commentaire des principes UNIDROIT, il semble également possible d'en ajouter d'autres. Le caractère approprié du mode de notification doit, semble-t-il, également s'apprécier au regard des habitudes prises par les parties, mais aussi, au regard des usages de la profession². Ainsi, par exemple, dans une relation contractuelle de longue durée où les parties auraient pris l'habitude de communiquer par téléphone, la notification, par ce même procédé de communication, de la décision de l'une d'entre elles de se prévaloir du mécanisme de l'exception d'inexécution, ou encore, la notification de la décision de fixer tel ou tel prix en vertu du pouvoir qu'elle détient, apparaîtrait tout à fait valable. En revanche, une

risques et périls du créancier (art. 1224 et 1226 du C. civ.). Cependant, à aucun moment la forme de la notification n'est précisée.

¹ L'article 1.10 (1) des Principes UNIDROIT prévoit expressément : « Une notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances ». De son côté, l'article 1 : 303 (1) des PDEC prévoit : « une notification peut être faite par tout moyen approprié aux circonstances, que ce soit par écrit ou d'une autre façon ».

² Pour l'utilisation de ces critères, v. not. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 362, p. 291.

notification par courriel pourrait être tenue pour irrégulière au regard des habitudes prises par les parties¹.

Aussi, dans le silence actuel de notre droit des contrats au sujet de la forme que doit revêtir la notification de la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, le juge pourrait-il être amené, dans le futur, à compléter les lacunes de la loi en s'inspirant du modèle proposé par les instruments supranationaux pour contrôler la validité formelle d'une telle notification.

504. Conclusion de la Section II.- Si le législateur et la jurisprudence ont pu imposer, çà et là, l'accomplissement de différentes formalités au titulaire d'un pouvoir contractuel lorsque celui-ci décide de mettre en œuvre sa prérogative, leur caractère épars invitait, tout naturellement, à en proposer une présentation organisée dans la perspective d'un contrôle judiciaire.

Au final, mises bout à bout, ces différentes formalités dessinent les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels dont le juge pourra être amené à contrôler le respect. À l'intérieur de cette procédure, deux phases, lors desquelles différentes formalités doivent être accomplies, ont, alors, pu être distinguées. Ces deux phases venant s'articuler autour d'un repère chronologique essentiel qui est celui de l'instant où le pouvoir produit ses effets, ce qui correspond au moment de son exercice.

Comme constaté, préalablement à l'exercice de sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut se voir imposer l'accomplissement de deux types de formalités.

D'une part, il peut être tenu d'accomplir certaines formalités informatives, telles que faire part au cocontractant de ses intentions de faire usage de sa prérogative dans un futur proche, lui indiquer le déroulé de la procédure qui va être suivie, ou encore, lui adresser une mise en demeure.

D'autre part, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut être tenu de se rapprocher de son cocontractant avant de mettre en œuvre sa prérogative. Ce rapprochement imposé pouvant alors prendre la forme, soit, d'une exigence de concertation qui contraint le titulaire d'un pouvoir contractuel à consulter son cocontractant et à l'écouter présenter ses observations, avant toute décision, soit, d'une exigence de conciliation qui oblige le titulaire d'un pouvoir contractuel à chercher à s'entendre à l'amiable avec son cocontractant, avant d'être en mesure de faire usage de sa prérogative. À propos de ces exigences, il a notamment pu être montré que si la première est en plein développement et semble pouvoir s'imposer même en l'absence de toute disposition légale ou conventionnelle, la seconde ne semble, quant à elle, pouvoir être imposée qu'en vertu d'une stipulation contractuelle expresse en ce sens.

Puis, concomitamment à l'exercice de sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel peut, à nouveau, se voir imposer l'accomplissement de deux types de formalités.

En premier lieu, celui-ci peut être tenu de motiver sa décision, étant observé que cette exigence va souvent de pair avec les pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective. Ainsi, il a pu être constaté que la motivation s'impose, par

¹ Cet exemple s'inspire de celui proposé par le commentaire de l'art. 1.10 (1) des Principes UNIDROIT.

exemple, lors de la mise en œuvre du pouvoir de licencier, mais aussi, à l'occasion du prononcé d'une mise à pied disciplinaire, sans oublier l'exercice du pouvoir d'agrément, la mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, le prononcé de résolution unilatérale en vertu d'une clause résolutoire, ou encore l'exercice du pouvoir de détermination unilatérale du prix.

Il a pu être observé que la motivation est une formalité qui doit, par principe, être accomplie concomitamment à la notification de sa mise en œuvre du pouvoir, comme en matière de résolution aux risques et périls du créancier, de licenciement, que ce soit pour un motif disciplinaire ou non, ou encore, lors du prononcé d'une mise à pied disciplinaire. Parfois, la motivation devra être accomplie antérieurement à la notification destinée à informer le cocontractant de la mise en œuvre effective du pouvoir, comme en matière de clauses résolutoires où la motivation est communiquée au moment de la mise en demeure. Parfois, la motivation sera accomplie postérieurement à la notification destinée à informer le cocontractant de la mise en œuvre effective du pouvoir. Tel est le cas en matière de fixation unilatérale du prix, mais aussi, semble-t-il, en matière d'agrément.

En ce qui concerne le support formel de la motivation, il a, d'abord, pu être montré que des dispositions légales imposent l'écrit pour la motivation du licenciement, que celui-ci soit prononcé pour un motif disciplinaire ou non, et pour le prononcé d'une mise à pied disciplinaire. Ensuite, il a été observé que le recours à l'écrit s'impose également pour la motivation en matière de clauses résolutoires, mais de façon indirecte, c'est-à-dire en raison de son intégration dans une autre formalité. Cette autre formalité étant la mise en demeure qui requiert, par principe, un écrit. Enfin, il a été mis en évidence qu'aucun texte n'imposait directement ou indirectement le recours à l'écrit en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ni en matière de détermination unilatérale du prix, que ce soit, dans les contrats-cadre ou les contrats de service, ce qui rend, théoriquement, possible une simple communication orale des raisons qui ont guidé leur exercice. Mais en pratique, la forme écrite sera conseillée, et ce, pour des raisons probatoires.

Quant au degré de précision de la motivation, le souci de transparence doit, semble-t-il, conduire à écarter toute motivation formulée en termes généraux et toute motivation par référence à des correspondances antérieures. Comme il a été constaté, cette exigence apparaît satisfaite par un exposé objectif des raisons de fait et de droit qui ont guidé l'exercice du pouvoir, accompagné d'une qualification juridique de ces mêmes faits. Mais l'exigence de motivation ne saurait aller au-delà de cet exposé d'éléments objectifs. Dans l'optique de préserver une certaine part de secret, il semble, en effet, nécessaire d'écarter toute révélation des mobiles subjectifs du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire toute indication du but particulier que ce dernier entend poursuivre en mettant en œuvre sa prérogative.

En second lieu, il a pu être montré que le titulaire d'un pouvoir contractuel se voit tenu d'informer le cocontractant de la décision qu'il a prise de se prévaloir des effets de sa prérogative. L'accomplissement de cette formalité se révélant particulièrement important puisque de sa réalisation dépend la production des effets du pouvoir. Ceci étant lié au caractère réceptice de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. En ce qui concerne le contenu de cette notification, il a été mis en évidence celle-ci pouvait être amenée à comporter

l'indication de la date de production des effets du pouvoir. Cette indication s'avérant nécessaire lorsque le titulaire du pouvoir est tenu de respecter un délai de préavis, ce qui se rencontre dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs qui conduisent à la résiliation du contrat. Quant à la forme, il a été observé que l'écrit n'était requis comme condition de validité de la notification que dans certaines hypothèses particulières, telles que la notification d'un licenciement, pour motif disciplinaire ou non, et la notification d'une mise à pied disciplinaire. Si le rôle dévolu à l'écrit s'avère assez limité sur le plan de la validité formelle de la notification, il est apparu que ce dernier est appelé à être bien plus important sur le plan probatoire. Le recours à une notification devant permettre au titulaire du pouvoir de rapporter plus facilement la preuve de l'accomplissement de cette formalité.

En fin de compte, l'identification de chacune de ces formalités, combinée à leur analyse détaillée, a permis, semble-t-il, d'offrir un guide de lecture qui contribue à préciser le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels.

505. Conclusion du Chapitre II.- Si le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels constitue un enjeu essentiel puisque celui-ci doit permettre au juge de vérifier que la mise en œuvre de ces prérogatives s'est déroulée dans des conditions respectueuses des intérêts du cocontractant, l'analyse ici proposée a permis, semble-t-il, d'en préciser les contours.

Au final, il ressort que le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels est appelé à se développer sur deux niveaux que sont, d'une part, le fond, et, d'autre part, la procédure.

En ce qui concerne le fond, le procédé de contrôle qu'il convenait de mettre sur pied devait permettre au juge, d'une part, de vérifier que les limites objectives qui encadrent l'exercice du pouvoir ont bien été respectées, ce qui revient à s'intéresser à son contenu, et, d'autre part, de contrôler la moralité du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Autrement dit, au fond, le mécanisme de contrôle qu'il s'agissait de mettre en place devait permettre d'appréhender l'exercice des pouvoirs contractuels sur un plan objectif en s'intéressant au contenu du pouvoir, c'est-à-dire à ses limites objectives, mais également de saisir l'exercice des pouvoirs contractuels sur un plan subjectif en appréciant la moralité de leurs titulaires.

Pour procéder à un tel contrôle, la doctrine plébiscitait traditionnellement le recours aux notions que sont l'abus et la bonne foi. Cependant, les contours incertains de ces deux notions pouvaient faire craindre un risque d'ingérence du juge dans les affaires des parties. Pour prévenir la réalisation d'un tel risque, deux instruments de contrôle plus précis ont, alors, pu être proposés dans le cadre de cette étude.

Le premier de ces instruments est le contrôle du dépassement de pouvoir. Le contrôle du dépassement de pouvoir répond à la nécessité de mettre en place un mécanisme de contrôle purement objectif permettant au juge de s'intéresser au contenu des pouvoirs contractuels, sans préjuger de la bonne ou mauvaise foi de leurs titulaires. Comme il a été mis en évidence, ce contrôle de type purement technique qui vise à déceler « l'abus de pouvoir par dépassement », c'est-à-dire le non-respect des limites objectives du pouvoir, est en mesure de concerner chacune des conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel.

Étant donné que tous les pouvoirs contractuels se voient assigner la réalisation d'un but objectivement prédéfini, le juge pourra, quel que soit le pouvoir soumis à son examen, vérifier que son titulaire ne l'a pas au service d'une finalité autre que celle qui lui était assignée.

Mais ce n'est pas tout car les motifs-efficients, tout comme les moyens à employer, peuvent faire l'objet d'un encadrement objectif en matière de pouvoirs contractuels.

Lorsque les motifs-efficients qui justifient l'exercice d'un pouvoir contractuel font l'objet d'une prédétermination objective, le contrôle du dépassement de pouvoir pourra conduire le juge à vérifier la réalité matérielle des faits, mais également, à contrôler l'interprétation donnée par le titulaire du pouvoir motifs contenus dans la norme attributive du pouvoir, ou encore, à examiner qualification juridique des faits retenue.

Lorsque les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel sont concernés par un encadrement objectif, le juge pourra vérifier que le titulaire du pouvoir a bien fait usage des moyens mis à sa disposition par les normes qui en encadrent l'exercice, mais aussi apprécier la proportionnalité des moyens employés.

Le second instrument proposé pour contrôler, au fond, l'exercice des pouvoirs contractuels est le détournement de pouvoir. Le contrôle du détournement de pouvoir se présente, pour sa part, comme un contrôle de type subjectif qui doit permettre au juge d'apprécier la moralité du titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Autrement dit, ce contrôle a pour objet de déceler la mauvaise foi du titulaire d'un pouvoir contractuel lorsque celui-ci a fait usage de sa prérogative.

Toutefois, démontrer l'existence d'un détournement de pouvoir est une tâche délicate. En effet, pour parvenir à démontrer l'existence d'un détournement de pouvoir, il convient de prouver que le titulaire du pouvoir s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative. En d'autres termes, pour qu'un abus de pouvoir puisse être qualifié de détournement de pouvoir, il est nécessaire de rapporter la preuve des intentions, c'est-à-dire des mobiles, du titulaire du pouvoir.

Hormis le cas, très rare en pratique, de l'aveu, qui permet de rapporter directement la preuve des mobiles du titulaire du pouvoir, la preuve des intentions de ce dernier ne pourra être faite que de manière indirecte. Pour rapporter indirectement la preuve des intentions du titulaire du pouvoir, il s'agit, alors, généralement, de s'intéresser au comportement que ce dernier a pu adopter à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Deux étapes ont ainsi pu être mises en évidence dans le cadre de ce contrôle de type éthique.

La première a pour objet le comportement du titulaire du pouvoir. Cette première étape pouvant, d'ailleurs, jouer un double rôle. En effet, si le comportement déloyal adopté par le titulaire du pouvoir tel que, l'incurie, la brutalité, l'inconstance, la manipulation des faits, ou encore, le manque de respect, constitue un moyen permettant de prouver ses mobiles et doit, de ce fait, contribuer à démontrer l'existence d'un détournement de pouvoir, il a pu être montré que ce même comportement peut, également, être sanctionné de manière autonome sur le fondement de la bonne foi. Cette possibilité de saisir la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir de manière autonome sur le fondement de la bonne foi permet, alors, d'appréhender « l'abus par déloyauté ».

La seconde étape du contrôle du détournement de pouvoir consiste à s'intéresser spécifiquement aux mobiles du titulaire du pouvoir. S'il est établi, notamment au regard du comportement adopté par le titulaire du pouvoir, que ce dernier s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative, un détournement de pouvoir, que l'on désigne également sous le terme « d'abus par détournement », sera caractérisé.

En ce qui concerne maintenant la procédure, la multiplication des formalités dont l'accomplissement peut être imposé au titulaire d'un pouvoir contractuel, supposait de les recenser et d'en proposer une présentation organisée. De la sorte, ont pu être tracés les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Même si toutes les formalités recensées dans cette procédure ne s'imposent pas nécessairement de manière cumulative lors de la mise en œuvre de chaque pouvoir contractuel, leur identification permet d'avoir, au final, une vision d'ensemble de ce que le juge peut être invité à contrôler.

Pour résumer succinctement la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il a pu être constaté que le titulaire d'une telle prérogative peut se voir imposer l'accomplissement de quatre formalités. Deux préalablement à la mise en œuvre de sa prérogative, deux concomitamment à sa mise en œuvre.

Préalablement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le titulaire d'une telle prérogative peut se voir imposer l'accomplissement de différentes formalités informatives, telles que faire part au cocontractant de ses intentions de faire usage de sa prérogative dans un futur proche, lui indiquer le déroulé de la procédure qui va être suivie, ou encore, lui adresser une mise en demeure. Le titulaire d'un pouvoir contractuel peut également, lors de cette phase préalable, être tenu de se concerter avec son cocontractant, voire même, de tenter de trouver avec lui une solution amiable avant d'être en mesure d'exercer sa prérogative.

Puis, concomitamment à la mise en œuvre de sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel, peut, d'une part, être tenu de motiver sa décision. Cette exigence allant, d'ailleurs, souvent de pair avec les pouvoirs contractuels dont les motifs-efficients font l'objet d'une prédétermination objective. D'autre part, le titulaire d'un pouvoir contractuel se voit tenu de porter à la connaissance de son cocontractant la décision qu'il a prise de se prévaloir des effets de sa prérogative. L'accomplissement de cette dernière formalité se révélant, en outre, particulièrement important puisqu'en raison du caractère réceptice de l'acte unilatéral servant de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, sa réalisation conditionne la production des effets du pouvoir.

Au terme de ces développements, il semble donc possible d'avoir une vision plus nette des éléments à prendre en compte lors du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels. Cette connaissance plus exacte des éléments susceptibles de faire l'objet d'un contrôle contribue, ainsi, à préciser le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels.

506. Conclusion du Titre I.- L'analyse qui doit conduire à identifier le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels s'était donnée pour premier objectif de définir l'objet de son contrôle. Les développements ici proposés viennent, semble-t-il, répondre, à ce premier objectif. En effet, ils offrent une grille de lecture qui recense les différents points susceptibles

d'être examinés lors d'un contrôle judiciaire, ce qui permet, par voie de conséquence, de rendre compte du rôle dévolu au juge en cette matière.

La grille de lecture qui a alors été ici élaborée repose sur la distinction entre le contrôle de la jouissance et le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels.

En ce qui concerne la jouissance des pouvoirs contractuels, il a pu être montré que le contrôle du juge peut être amené à se développer sur trois points.

D'abord, le juge peut être conduit à contrôler la compétence du titulaire d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire l'aptitude de ce dernier à recueillir une telle prérogative. Ce contrôle est néanmoins appelé à avoir un domaine assez réduit dans la mesure où il a pu être constaté que ce n'est que par exception que l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière. À ce propos, il a été observé que les hypothèses dans le cadre desquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité spécifique paraissent se concentrer autour de l'utilisation d'une technique en particulier, celle de la délégation de pouvoir.

Ensuite, le juge peut être amené à vérifier que le pouvoir qu'entendait mettre en œuvre l'une des parties existait bel et bien. Ce contrôle de l'existence des pouvoirs contractuels pouvant alors se développer sur un plan temporel et sur un plan matériel. Sur le plan temporel, il a pu être constaté que la durée de jouissance des pouvoirs contractuels est, par principe, calquée sur la durée du contrat en raison de leur caractère de prérogatives accessoires. Le juge pouvant, ainsi, être invité à vérifier que le pouvoir est invoqué relativement à une période où le contrat existait de manière effective. Sur le plan matériel, il a été montré que le mécanisme des conditions était en mesure d'affecter l'existence des pouvoirs contractuels. Le juge pouvant, dès lors, être conduit à contrôler la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition, ou encore, à vérifier que l'une des parties ne s'est pas immiscée dans le jeu du hasard lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition casuelle.

Enfin, lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel est conférée par une clause du contrat, le juge peut être invité à en contrôler la licéité. En l'état actuel du droit positif, le contrôle de la licéité des clauses attributives de pouvoirs semble susceptible d'être diligenté sur le fondement des articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil, mais aussi sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Ces textes qui sont dédiés, d'une manière générale, à la sanction du déséquilibre contractuel excessif, apparaissent, en effet, adaptés à la sanction des clauses attributives de pouvoirs qui induisent un déséquilibre excessif dans le contrat. Il a, en outre, pu être montré que deux critères pouvaient venir guider l'appréciation de ce déséquilibre. Le premier est celui de l'arbitraire. De la sorte, ces textes permettent d'appréhender les clauses de pouvoir arbitraires en raison du déséquilibre excessif que celles-ci sont de nature à créer. Le second qui est celui dit « du défaut de réciprocité », invite le juge à vérifier si le déséquilibre induit par la clause attributive de pouvoir est suffisamment compensé, que ce soit en valeur, par une obligation à la charge du titulaire du pouvoir ou, de manière juridique, par l'octroi au cocontractant du même pouvoir, ou encore, d'un pouvoir de nature différente susceptible de répondre au premier.

En ce qui concerne l'exercice des pouvoirs contractuels, il a pu être mis en évidence que le contrôle du juge peut être appelé à se développer sur deux points, que sont, d'une part, le fond et, d'autre part, la procédure de mise en œuvre desdites prérogatives.

Au fond, il s'agissait d'élaborer un mécanisme de contrôle qui devait permettre au juge de vérifier, en premier lieu, que les limites objectives qui encadrent l'exercice du pouvoir ont bien été respectées, et, en second lieu, de contrôler la moralité du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Pour réaliser un tel contrôle deux instruments ont pu être proposés. Le premier correspond au contrôle du dépassement de pouvoir qui doit permettre au juge de vérifier que le titulaire d'un pouvoir contractuel a bien respecté les limites objectives qui encadrent sa mise en œuvre. Le second instrument de contrôle qui doit permettre d'apprécier la moralité du titulaire du pouvoir correspond, pour sa part, au contrôle du détournement de pouvoir.

Quant à la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la multitude de formalités dont l'accomplissement peut être imposé au titulaire d'une telle prérogative lorsque celui-ci désire en faire usage se présentait comme une invitation à les recenser et à en proposer une présentation organisée. L'identification de ces différentes formalités a permis, au final, de tracer les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Procédure qui s'ouvre et se clôt par l'accomplissement de formalités informatives, mais qui peut également contenir, préalablement à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, une exigence de mise en demeure, une exigence de concertation voire de conciliation et, concomitamment à leur mise en œuvre, une exigence de motivation.

L'identification des différents points susceptibles d'être soumis à l'examen du juge permet ainsi de circonscrire l'objet du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels. Une fois l'objet du contrôle défini, il apparaît tout à fait naturel de chercher à savoir, par la suite, ce qui doit advenir dans l'éventualité où ce contrôle viendrait à mettre au jour une irrégularité, que ce soit dans le cadre de la jouissance ou de l'exercice des pouvoirs contractuels. Cette interrogation se présentant, alors, comme une invitation à identifier les différentes mesures qui s'offrent au juge pour sanctionner une telle irrégularité.

Autrement dit, si l'analyse qui doit conduire à identifier le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels avait pour premier objectif de définir l'objet de son contrôle, celle-ci a pour second objectif de préciser les mesures qui sont à sa disposition. Plus exactement, dans la mesure où différents juges peuvent être appelés à intervenir, il conviendra de chercher à identifier les mesures qui sont à la disposition, non pas du juge, mais des juges.

Titre II

Les mesures à la disposition des juges.

507. **Identification de l'éventail de mesures.**- Pour avoir une image complète du rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels, une fois l'objet de son contrôle défini, il apparaît tout à fait naturel de chercher à savoir de quelles mesures celui-ci dispose pour sanctionner la mise en œuvre irrégulière de ces prérogatives. En effet, il ne paraît pas concevable de permettre au juge de contrôler la mise en œuvre des pouvoirs contractuels sans lui conférer, ensuite, la possibilité de prendre des mesures efficaces dans l'éventualité où son contrôle aurait mis en lumière des irrégularités.

L'objectif étant, alors, ici, de permettre au juge de sanctionner la mise en œuvre irrégulière des pouvoirs contractuels, et cela, bien évidemment, dans l'optique de garantir la protection des intérêts du contractant appelé à en subir les effets. Cette intervention du juge semble, d'ailleurs, susceptible d'être réalisée à deux niveaux.

Dès lors qu'un litige éclate entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il peut, dans un premier temps, paraître opportun de ménager la possibilité d'une intervention rapide du juge « avant que le mal ne soit fait », que ce soit sur le plan juridique ou sur le plan matériel. En d'autres termes, cela signifie que le juge doit être en mesure d'intervenir promptement et ce, au mieux, avant que la procédure de mise en œuvre du pouvoir ait abouti et que la situation contractuelle ait été modifiée sur le plan juridique, ou, au pire, une fois que le pouvoir a été exercé, avant que ses effets aient trouvé une concrétisation matérielle.

Le juge qui se présente, alors, comme le plus à même d'intervenir rapidement pour prendre des mesures permettant de sanctionner la mise en œuvre irrégulière des pouvoirs contractuels est le juge des référés. Il convient néanmoins de rappeler que les mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge des référés n'ont pas autorité au principal. Il s'agit, en effet, seulement, de mesures dotées de l'autorité de la chose jugée au provisoire. Aussi, étant donné que le provisoire ne s'identifie pas au temporaire¹, les parties pourront toujours décider de s'en tenir à la décision du juge des référés². Mais le fait que la décision du juge des référés soit seulement provisoire, c'est-à-dire qu'elle puisse être supprimée ou remplacée par les juges

¹ v. en ce sens : R. PERROT, « Du 'provisoire' au 'définitif' », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 447 et s., spéc., n° 1, où l'auteur constate que : « le provisoire exprime moins une parenthèse dans la durée qu'une réserve potentielle sur l'avenir ».

² L'instance en référé se présenterait, ainsi, comme une instance autonome. Au sujet de cette autonomie, v. not. : X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V° *Référé*, *Instance, Procédure*, Fasc. 1300-5, novembre 2016, m-à-j 30 mai 2017, n° 61 et s., et spéc., n° 67, où l'auteur observe que : « le Code de procédure civile a instauré l'ordonnance de référé comme une décision provisoire, mais en aucun cas temporaire. Les parties sont maîtresses de la procédure et de leur droit d'action. Elles décident seules et librement d'agir au fond ensuite d'une action en référé ou de s'en dispenser [...] ».

du fond¹, peut également, à l’opposé, inciter les parties à saisir ces derniers pour que leur différend soit tranché de manière définitive. L’intervention des juges du fond pourra donc, dans un second temps, être souhaitée par l’une ou l’autre des parties, pour trancher au principal, c’est-à-dire au fond, le litige qui les oppose au sujet de la régularité de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels et y apporter, ainsi, une solution définitive.

Dans la mesure où tant le juge des référés que les juges du fond peuvent être sollicités pour sanctionner la mise en œuvre irrégulière des pouvoirs contractuels, il conviendra de chercher à identifier quelles sont les mesures susceptibles d’être prises par chacun de ces juges pour parvenir à cette fin. Les résultats d’une telle recherche permettront, alors, d’offrir une image de l’éventail des mesures qui sont à la disposition des juges. En conséquence, il s’agira de chercher à identifier, dans un premier temps, les mesures à la disposition du juge des référés (Chapitre I), puis, dans un second temps, les mesures à la disposition des juges du fond (Chapitre II).

¹ v. not. en ce sens : G. WIEDERKEHR, *L’accélération des procédures et les mesures provisoires*, RIDC, 1998, 50-2, p. 449 et s., et spéc., p. 450-451, où l’auteur retient que : « ce qui fait qu’une mesure doit être qualifiée de provisoire, c’est qu’elle est destinée à être supprimée ou remplacée à l’occasion d’une instance définitive ».

Chapitre I

Les mesures à la disposition du juge des référés.

508. **Objet des mesures.-** Lorsqu'un différend se noue entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la saisine du juge des référés doit permettre d'apporter une solution rapide à cette situation de crise contractuelle. En effet, la simplicité de la procédure suivie devant la juridiction des référés¹, associée au caractère exécutoire de plein droit des ordonnances rendues, autorisent une intervention prompte du juge des référés² en vue de tempérer le conflit entre les parties³. Le juge des référés intervenant alors, ici, en qualité de modérateur du processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, et ce, dans la perspective de protéger les intérêts du contractant appelé à en subir les effets.

Si la possibilité d'une intervention rapide du juge, par la voie du référé, est tout à fait précieuse pour assurer la sauvegarde des intérêts du contractant appelé à subir les effets des pouvoirs contractuels, il convient néanmoins de préciser que l'objet des mesures qu'il sera possible de solliciter du juge des référés va dépendre de l'état d'avancement du processus de mise en œuvre desdits pouvoirs.

D'ailleurs, en ce qui concerne le processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, deux phases ont déjà pu être distinguées. Ces deux phases s'articulent autour d'un critère chronologique fondamental qui est celui de la production de ses effets par le pouvoir⁴. Mais quel est précisément ce moment où le pouvoir produit ses effets ? Comme il a été montré, en raison du caractère réceptice de l'acte qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels, ces derniers ne produisent leurs effets qu'à compter du moment où la décision relative à leur mise en œuvre effective est notifiée au cocontractant⁵. Ce faisant, il est possible de distinguer une période temporelle précédant la notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir et une période temporelle suivant ladite notification.

¹ La simplicité de la procédure de référé résulte de ce que celle-ci repose sur des règles plus libérales que le droit commun, que ce soit quant à la capacité et aux modalités de représentation des parties. Cette simplicité résulte également du caractère oral de la procédure de référé qui ne requiert, donc, aucune écriture, bien que rien n'interdise aux parties de déposer des conclusions. (Sur ces points, v. not. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Instance, Procédure*, Fasc. 1300-5, novembre 2016, m-à-j 30 mai 2017, n° 2 et s. et n° 69 et s.).

² La rapidité du référé tiendrait également au fait que cette procédure se déroule devant un juge unique qui tient une audience spéciale à cet effet. (v. not. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Instance, Procédure*, Fasc. préc., n° 2).

³ Cette possibilité de saisir le juge des référés pour pacifier les différends résultant de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels contribue au mouvement qui tend à voir dans ce dernier un organe privilégié de gestion des crises contractuelles. Le juge des référés apparaissant, de plus en plus, comme un juge du contrat à part entière. Pour la mise en évidence de ce mouvement, v. : B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, Préf. J. MESTRE, PUAM 2000.

⁴ Ce critère chronologique a pu être employé pour marquer les deux phases de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. v. : *supra*, n° 469, p. 549.

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 176, p. 192 et s.

Préalablement à la notification de la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, autrement dit avant que le pouvoir ait produit ses effets, un différend entre les parties pourra venir se nouer autour de la régularité de la procédure suivie. Plus précisément, ce différend pourra trouver sa source, soit, dans le non accomplissement de certains actes de procédure, soit, lorsque ces derniers ont été accomplis, dans leur validité.

Au sujet de ce dernier point, qui est celui de la validité des actes de procédure qui émaillent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il doit être précisé que le différend peut se rapporter tant à leur validité sur le plan formel, qu'à leur validité sur le plan substantiel.

Sur le plan formel, le contractant appelé à subir les effets du pouvoir pourra entrer en conflit avec le titulaire dudit pouvoir, par exemple, au sujet de la régularité des mentions contenues dans la mise en demeure que ce dernier lui a adressée, ou encore, en raison du non-respect de la forme écrite pour cette mise en demeure¹.

Sur le plan substantiel, le conflit relatif à la validité d'un acte de procédure pourra, semble-t-il, avoir une double origine. D'une part, ce conflit pourra trouver sa source dans la jouissance du pouvoir invoqué. En effet, si l'une des parties ne jouit pas du pouvoir dont elle entend se prévaloir, l'acte adopté en vertu de cette prérogative se présentera nécessairement comme irrégulier. Par exemple, il n'apparaît pas concevable de délivrer une mise en demeure au titre d'une clause résolutoire qui ne serait pas stipulée dans le contrat ou qui serait illicite². La mise en demeure se présentant, alors, comme irrégulière dans la mesure où elle ne repose sur la jouissance d'aucun pouvoir. D'autre part, le conflit entre les parties pourra trouver son origine dans le non-respect des conditions objectives qui encadrent l'exercice du pouvoir. Pour prendre à nouveau l'exemple de la mise en demeure, si cet acte prend appui sur un manquement qui n'a pas été commis par le cocontractant, ladite mise en demeure apparaîtra comme irrégulière car dépourvue d'objet.

Bien entendu, le juge des référés ne sera pas sollicité pour trancher au fond le différend entre les parties qui pourrait trouver son origine dans le non-accomplissement de certains actes de procédure ou dans leur validité. Assurément, trancher une contestation au fond n'entre pas dans l'office du juge des référés. En revanche, le juge des référés pourra être sollicité pour prendre des mesures destinées à suspendre la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels en raison des contestations relatives à sa régularité³.

¹ Au sujet de la forme de la mise en demeure, v. : *supra*, n° 479, spéc., p. 563.

² En guise d'illustration, il est notamment possible de faire allusion à la stipulation d'une clause résolutoire dans un contrat de travail. Celles-ci sont déclarées illicites dans la mesure où l'employeur ne peut se préconstituer par avance un motif de licenciement dont le caractère réel et sérieux ne pourrait être remis en cause par le juge prud'homal. (v. par ex. en ce sens : Cass. soc. 12 février 2014, *Bull. civ.* V, n° 49 ; Dr. soc., 2014, p. 479, Obs. J. MOULY).

³ Cette possibilité de saisir le juge des référés pour contester au fond, comme en la forme, la régularité des actes qui émaillent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels et obtenir la suspension de leurs effets avait déjà pu être évoquée à l'occasion des discussions relatives aux projets de réforme du droit des contrats. Par exemple, dans son rapport en date du 19 octobre 2006, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris avait suggéré d'ajouter, dans le projet CATALA, une disposition prévoyant, au sujet de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, la possibilité, pour le débiteur, de saisir le juge des référés dans un délai de trente jours à compter de la mise en demeure pour en contester la régularité au fond comme en la forme. (v. sur ce point : *Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-projet « CATALA » et propositions d'amendements. Synthèse du rapport de Monsieur Didier*

Si le juge des référés peut être invité à suspendre la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, une telle mesure ne pourra plus être sollicitée une fois que la décision de mise en œuvre effective du pouvoir aura été notifiée au cocontractant. En effet, la notification de cette décision marque le terme de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Dès lors, il n'apparaît plus possible de solliciter la suspension de la procédure puisque celle-ci a déjà pris fin¹.

Lorsqu'il s'avère impossible de solliciter la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le différend entre les parties viendra nécessairement se cristalliser autour de la production de ses effets. Autrement dit, le conflit entre les parties aura pour support l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir.

Ici encore, le différend entre les parties se rapportera à la régularité de cet acte, que ce soit sur le plan formel ou sur le plan substantiel. Ce différend pourra ainsi trouver sa source, soit, dans les irrégularités formelles qui l'affectent, soit, dans les irrégularités qui entachent la jouissance ou l'exercice du pouvoir en vertu duquel ledit acte a été élaboré.

Mais ce n'est pas tout, car il ne faut pas oublier qu'en qualité de point d'aboutissement d'une procédure, la validité de l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir est également conditionnée par la régularité de la procédure antérieurement suivie. Par exemple, la notification de la décision du créancier de résoudre unilatéralement le contrat à ses risques et périls apparaîtra comme irrégulière si elle n'a pas été précédée d'une mise en demeure dans les cas où celle-ci s'imposait.

Par conséquent, cela signifie, que le différend qui oppose les parties au sujet des effets produits par l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir pourra trouver son origine, soit, dans les irrégularités qui affectent directement cet acte, soit, dans les irrégularités qui entachent la procédure aboutissant à l'édiction de cet acte.

Bien évidemment, ici non plus, le juge des référés ne sera pas saisi pour trancher au fond le différend qui oppose les parties. Autrement dit, le juge des référés ne pourra pas prendre des mesures qui ont pour objet de trancher au fond le litige opposant les parties ou qui nécessitent de trancher au fond celui-ci². Mais il pourra être sollicité pour suspendre les effets produits par

KLING au nom de la Commission du Droit de l'Entreprise et adopté à l'Assemblée Générale du 19 octobre 2006, spéc., p. 28).

¹ Une telle situation dans le cadre de laquelle il s'avère impossible de solliciter la suspension de la procédure de mise en œuvre se rencontrera, notamment, lorsque le contractant appelé à subir les effets du pouvoir aura trop longtemps tardé à agir en justice, que ce soit par négligence ou par crainte de ne pas envenimer la situation avec le titulaire du pouvoir. Mais, l'impossibilité de solliciter la suspension de la procédure ne sera pas toujours la conséquence de l'inertie du cocontractant. Parfois, en effet, il s'avère matériellement impossible de suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel parce que la réalisation de celle-ci ne s'inscrit pas dans le temps. Tel est le cas, par exemple, en matière de fixation unilatérale du prix, ou encore, en matière d'exception d'inexécution, où la procédure se résume à la notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir. Le titulaire du pouvoir détermination du prix se contentant de notifier au cocontractant le montant du prix qu'il a fixé et l'*excipiens* se contentant de notifier au cocontractant sa décision de suspendre l'exécution de sa prestation. Dans de telles situations où la procédure de mise en œuvre du pouvoir s'ouvre et se clôt par le même acte, il est, assurément, impossible, de procéder à sa suspension.

² v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 23 mars 2010, n° 08-21358, où le juge des référés était saisi par un bailleur en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire stipulée dans le bail ainsi qu'en paiement à titre provisionnel de l'arriéré de loyers. L'arrêt rendu au visa de l'article 808 du CPC est cassé car, pour faire droit aux demandes du bailleur, la juridiction des référés a tranché au fond une contestation sérieuse en écartant les prétentions du preneur

l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir, et ce, en raison des contestations relatives à sa régularité.

Au final, il apparaît donc que le juge des référés pourra être saisi pour prendre des mesures ayant deux types d'objet. L'objet de ces mesures étant directement en rapport avec l'état d'avancement du processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Antérieurement à la notification de la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, il s'avère encore possible d'en suspendre la procédure de mise en œuvre. Dans cette situation, le juge des référés pourra, alors, être sollicité pour suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel (Section I). Puis, une fois la décision de mise en œuvre effective du pouvoir notifiée au cocontractant, le juge des référés pourra être saisi dans la perspective de provoquer la suspension des effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel (Section II)¹.

SECTION I : LA SUSPENSION DE LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE D'UN POUVOIR CONTRACTUEL.

509. Contours.- Si l'idée d'une intervention du juge des référés dès le stade de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel apparaît tout à fait louable, encore convient-il d'en définir plus nettement les contours. Deux points semblent alors mériter un examen plus précis.

D'une part, il semble important d'évoquer les raisons qui peuvent pousser le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel à saisir le juge des référés, et cela, afin d'obtenir une suspension de la procédure de mise en œuvre du pouvoir en question. D'autre part, il apparaît nécessaire de préciser selon quelles modalités cette suspension peut être réalisée. Autrement dit, il s'agira de préciser, dans un premier temps, les intérêts de la suspension de la procédure (§ I), puis, dans un second temps, les modalités de la suspension de la procédure (§ II).

§ 1 - LES INTÉRÊTS DE LA SUSPENSION DE LA PROCÉDURE.

510. Prévenir la production des effets du pouvoir.- Lorsqu'un conflit éclate entre les parties au sujet de la régularité de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, solliciter en référé la suspension de cette procédure présente le principal intérêt de permettre de prévenir la production des effets du pouvoir dont il est question.

qui invoquait l'exception d'inexécution pour justifier le non-paiement des loyers, et ce, en raison des prétendues carences du bailleur à réaliser les travaux d'entretien nécessaires.

¹ Si dans la Section I comme dans la Section II, il sera fait allusion à une intervention du juge des référés permettant seulement de prendre des mesures destinées à « suspendre », soit, la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, soit, les effets résultant de cette mise en œuvre, c'est parce que ces mesures ont uniquement autorité de la chose jugée au provisoire et pourront, par la suite, être remises en cause par les juges du fond. Autrement dit, dans la mesure où la neutralisation de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels au stade du référé n'est pas définitive, cette mise en œuvre se présente seulement comme suspendue. Ainsi, suite à une décision des juges du fond, la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, qui aura été suspendue en référé, pourra reprendre et les effets qui auront été suspendus en référé pourront être appliqués.

Assurément, si la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne peut être menée à son terme¹, cette prérogative ne peut déployer ses effets sur un plan juridique et donc modifier la situation contractuelle, c'est-à-dire modifier les effets du contrat. Autrement dit, l'intervention du juge des référés, dès le stade de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, doit permettre de préserver la situation contractuelle intacte sur un plan juridique.

Cette préservation de l'intégrité juridique de la situation contractuelle constitue, d'ailleurs, un enjeu particulièrement important lorsque la mise en œuvre des pouvoirs contractuels doit aboutir à l'anéantissement du contrat. En effet, une fois la décision de rompre le contrat prise, et ce, même de manière irrégulière, le juge pourra hésiter à ordonner l'exécution forcée du contrat en raison de la disparition du lien de confiance entre les parties, mais aussi au regard des conséquences matérielles de la rupture. Par conséquent, attendre, ici, une décision du juge du fond, rend quasiment illusoire la possibilité d'une reprise de l'exécution du contrat irrégulièrement rompu.

C'est pourquoi, si l'intervention du juge des référés est préconisée lors de résolution unilatérale du contrat², ou encore, lors de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, cette intervention apparaît particulièrement recommandée dès qu'est initiée la procédure de mise en œuvre de ces pouvoirs³. Anticiper sur la décision de rupture en suspendant la procédure qui doit aboutir à son édictation doit, en effet, permettre de préserver l'intégrité juridique de la situation contractuelle et, ainsi, mettre le cocontractant à l'abri d'un acte de rupture irrégulier, mais dont l'effet juridique principal, à savoir la résolution ou la résiliation du contrat, ne sera généralement pas effacé.

En d'autres termes, il s'agit d'agir dès la réception de la mise en demeure ou dès la réception de la notification faisant état des intentions d'une partie de résoudre ou de résilier le contrat. Ainsi, plus le juge interviendra tôt dans le processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, mieux les intérêts du contractant appelé à en subir les effets pourront être protégés. Cette suspension en référé de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels lorsqu'un conflit se noue au sujet de sa régularité doit, en outre, permettre de garantir le respect de la force obligatoire du contrat⁴.

¹ Pour rappel, le terme de cette procédure correspond à la notification au cocontractant de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir.

² À ce propos, v. not. : S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée* », LPA, 13 Août 2002, p. 4 et s., spéc., n° 31 et s. Adde, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 454 et s., p. 357 et s., où l'auteure évoque plus largement la possibilité de suspendre, en référé, la procédure des pouvoirs contractuels de sanction, ce qui englobe et dépasse les seuls pouvoirs de résolution pour inexécution.

³ Rapp. : Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Exécution et inexécution du contrat* », in *La réforme du droit français des contrats, Colloque annuel de la Revue des contrats*, Sorbonne, 24 sept. 2008, RDC, 2009/1, p. 333 et s., spéc., n° 26, où l'auteur estime qu'il « est également bon que ce contrôle [celui de la résolution unilatérale] intervienne en cours de la procédure de résolution, et le fait qu'il relève du juge des référés permettra que le litige soit vidé à un horizon raisonnable ».

⁴ Cette observation qui a pu être formulée par Mme JAOUEN (v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 496, p. 386) au sujet de la suspension des effets des pouvoirs unilatéraux de sanction, est transposable à la suspension de la procédure de mise en œuvre de tous les pouvoirs contractuels.

Si le premier intérêt d'une saisine du juge des référés, au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, est de prévenir la production de leurs effets, à celui-ci paraît s'en ajouter un second.

511. **Parvenir à une conciliation.**- Solliciter en référé la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel présente, semble-t-il, également, l'intérêt d'être un moyen de parvenir à une conciliation. Cette possibilité de parvenir à une conciliation apparaît d'ailleurs favorisée tant en raison de facteurs temporels qu'en raison du lieu où vont se retrouver les parties.

Sur le plan temporel, une fois la procédure suspendue, il est certain que les parties disposeront du temps nécessaire pour se rapprocher et discuter. À cela, il convient d'ajouter que le moment même de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels apparaît idéal pour tenter une conciliation. Assurément, s'il existe une contestation au sujet de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, mais que le titulaire du pouvoir n'a pas eu le temps d'aller au terme de celle-ci, toute confiance entre les parties n'a peut-être pas encore disparu, ce qui laisse subsister une véritable chance de conciliation. En revanche, si la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel a été menée à son terme par le titulaire du pouvoir, et ce, malgré les contestations du cocontractant relativement à sa régularité, la confiance entre les parties peut s'avérer être définitivement rompue, ce qui rend la possibilité d'une conciliation bien plus incertaine.

Cette possibilité de parvenir à une conciliation apparaît, en outre, renforcée par le caractère particulier du lieu où se trouvent les parties. La juridiction des référés se présenterait, en effet, comme le lieu privilégié de la conciliation des parties¹. Plusieurs raisons permettraient d'expliquer cela². Parmi celles-ci, le fait que la procédure suivie soit orale, sans représentation obligatoire et prenne place devant un juge unique, favoriserait le rapprochement des parties, le dialogue, et donc, la conciliation. De plus, le caractère provisoire de la décision rendue faciliterait la conciliation dans la mesure où les termes du litige ne seraient pas définitivement tranchés³. De la sorte, solliciter en référé la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourrait participer d'une stratégie procédurale visant à prévenir la production des effets du pouvoir afin de les négocier⁴.

¹ v. not. en ce sens : J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le juge des référés au regard des principes procéduraux* », D. 1995, p. 67 et s., spéc. n° 4, où les auteurs constatent que le juge des référés : « va souvent préférer concilier selon l'équité plutôt que trancher, arranger plutôt que juger selon des textes ». Pour ces auteurs, la juridiction des référés serait devenue un « bastion avancé » des modes alternatifs de règlement des litiges.

² Pour un exposé de ces raisons, v. not. : B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, n° 219 et s. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 497, p. 387.

³ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 497, spéc., p. 288 et les références citées.

⁴ Pour un tel constat, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 497, p. 387. Si l'auteur formule ce constat au sujet de la mise en œuvre des pouvoirs de sanction, celui-ci est valable pour la mise en œuvre de tous les pouvoirs contractuels.

Si solliciter en référé la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, présente l'intérêt de permettre de prévenir la production de ses effets, voire même de tenter de les négocier, cette suspension n'est cependant pas toujours réalisable.

512. **Limites.-** Trois types de facteurs peuvent venir limiter la possibilité et, de ce fait, l'intérêt, d'une suspension en référé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Le premier de ces facteurs est celui de l'encombrement de la juridiction des référés, ce qui correspond à un obstacle pratique. Victime de son succès, ce « lieu de triomphe du juge »¹, s'avère, en effet, confronté aux mêmes difficultés pratiques que les autres juridictions en termes d'encombrement et de manque de personnel, ce qui la conduit donc à connaître des mêmes pesanteurs². Ainsi il a été rapporté, qu'il faut, en moyenne, 1,3 mois devant le tribunal de grande instance, 1,7 mois devant le tribunal d'instance et 1,1 mois devant le tribunal de commerce pour obtenir une ordonnance de référé³.

Cette lenteur des référés peut, alors, rendre véritablement illusoire la possibilité d'une suspension de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels avant que celle-ci ait été menée à son terme. Par exemple, dans l'hypothèse où un créancier viendrait à mettre en demeure son débiteur d'exécuter sa prestation dans un délai de quinze jours, on comprend bien que s'il faut attendre plus d'un mois avant que le juge référés soit en mesure de statuer sur la régularité de cette mise en demeure, la possibilité d'une suspension de la procédure de mise en œuvre de ce pouvoir de résolution est inévitablement compromise.

Le second facteur qui peut venir limiter la possibilité d'une suspension en référé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel tient à l'inertie du cocontractant. Assurément, dans la mesure où la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel n'a pas vocation à durer éternellement, la saisine du juge des référés pour obtenir sa suspension suppose une certaine réactivité du cocontractant qui s'avère être incompatible avec l'inertie.

À ce propos, il convient de préciser que l'inertie du cocontractant appelé à subir les effets du pouvoir ne découle pas systématiquement de sa négligence. Le contractant appelé à subir les effets du pouvoir peut, en effet, tarder à agir en justice parce qu'il craint qu'une telle action vienne durcir sa relation avec le titulaire du pouvoir. La crainte d'envenimer la situation est donc susceptible de constituer une barrière psychologique qui peut empêcher le cocontractant d'agir avant que la procédure de mise œuvre du pouvoir ait été menée à son terme⁴. En outre, cette barrière psychologique liée à la crainte de représailles est d'autant plus

¹ Cette expression est empruntée à J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le juge des référés au regard des principes procédurales* », art. préc., spéc., n° 2.

² Pour un tel constat, v. : S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée* », art. préc., spéc., n° 35 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 467, p. 366.

³ Au sujet de ces chiffres, v. : S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée* », art. préc., spéc., n° 35.

⁴ L'existence de cette barrière psychologique, qui peut faire hésiter le cocontractant à saisir le juge des référés, a notamment pu être mise en évidence lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction. (v. par ex. : M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, Préf. M.-A. FRISON-ROCHE, PUAM, 2004, n° 162, p. 124 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 469, p. 367). Cette barrière psychologique

forte dans les relations contractuelles déséquilibrées. De ce fait, le cocontractant se décidera généralement à agir à compter du moment où il ressent effectivement les effets du pouvoir. D'ailleurs, le plus souvent, ce seront les effets d'une rupture unilatéralement décidée qui pousseront le cocontractant à agir¹.

Autrement dit, tant que le contrat ne sera pas effectivement rompu, la crainte de représailles associée à la volonté de maintenir la relation contractuelle dissuaderont, bien souvent, le cocontractant de saisir le juge des référés pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Le troisième et dernier facteur qui peut, ici, faire obstacle à la saisine du juge des référés, réside en ce que la procédure de mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels présente la particularité de ne pas s'inscrire dans le temps. En effet, lorsque la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne s'inscrit pas dans le temps, il s'avère matériellement impossible d'en suspendre le cours. Ce dernier obstacle est donc être lié à la technique même de mise en œuvre certains pouvoirs contractuels.

À l'heure actuelle, cette situation concerne, par exemple, la mise en œuvre du pouvoir de détermination unilatérale du prix, ou encore, la mise en œuvre du pouvoir de suspendre l'exécution de sa propre prestation en vertu du mécanisme de l'exception d'inexécution. Assurément, la procédure de mise en œuvre de ces pouvoirs ne s'inscrit pas dans le temps puisque celle-ci se résume à la notification, par le titulaire du pouvoir, de la décision qu'il a prise de se prévaloir des effets de sa prérogative. Le titulaire du pouvoir détermination du prix se contentant, ainsi, de notifier au cocontractant le montant du prix qu'il a fixé et l'*excipiens* se contentant de notifier au cocontractant sa décision de suspendre l'exécution de sa prestation. Dans de telles situations où la procédure de mise en œuvre du pouvoir s'ouvre et se clôt par le même acte, il s'avère absolument impossible de procéder à sa suspension.

La saisine du juge des référés n'apparaît donc ici théoriquement possible que pour les pouvoirs contractuels dont la procédure de mise en œuvre est appelée à s'inscrire dans le temps. Tel est le cas, par exemple, des pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre dépend d'une mise en demeure, ce qui concerne le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, ou encore, par principe, le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier. Tel est également le cas du pouvoir disciplinaire de l'employeur pour lequel la loi encadre dans le temps les étapes de la mise en œuvre. Mais alors, encore faut-il que le temps de cette procédure laisse matériellement le temps au juge des référés d'intervenir, ce qui rejoint la première limite évoquée². Si ce temps est suffisant, l'intervention du juge des référés sera possible.

ne semble cependant pas s'y cantonner. La crainte d'envenimer la situation par une saisine du juge des référés peut se retrouver à propos de la mise en œuvre de tous les pouvoirs contractuels.

¹ Dans les contrats de travail, qui sont des relations déséquilibrées par excellence, cette crainte de représailles expliquerait que le contentieux des sanctions disciplinaires, hors licenciement, demeure très rare en pratique. Comme il a été observé, (v. : M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise, op. cit., loc. cit.*) ce contentieux représente moins de 1% de l'activité des conseils des prud'hommes. Les salariés préférant subir une sanction injuste plutôt que de voir la relation contractuelle s'envenimer outre mesure.

² Pour les pouvoirs de résolution cités, le délai de la mise en demeure doit, en effet, être suffisamment long pour permettre au juge des référés de statuer. En ce qui concerne le pouvoir disciplinaire de l'employeur, il convient de rappeler que celui-ci doit respecter un délai d'attente de deux jours ouvrables à compter du jour de l'entretien pour prononcer la sanction tout en étant, ensuite, enfermé dans un délai maximum d'un mois pour prononcer cette

513. **Constat.-** Ainsi, au final, au regard des différents obstacles pratiques, psychologiques et techniques ici recensés, les hypothèses dans le cadre desquelles il s'avère possible de solliciter, en référé, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel apparaissent assez réduites. Néanmoins, celles-ci ont le mérite d'exister. D'ailleurs, au vu des avantages qu'une telle suspension est susceptible de procurer, à savoir, prévenir la production des effets du pouvoir et permettre la conciliation, celle-ci doit être encouragée lorsqu'elle s'avère être réalisable. C'est pourquoi il convient, dès lors, de se demander comment le juge des référés pourra procéder à cette suspension de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. En d'autres termes, il s'agit d'évoquer les modalités de la suspension de la procédure.

§ 2 - LES MODALITÉS DE LA SUSPENSION DE LA PROCÉDURE.

514. **Deux manières de procéder.-** La suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel semble susceptible d'être réalisée grâce au prononcé de deux types de mesures différentes. Chacun de ces deux types de mesures se rapporte, d'ailleurs, à une fonction particulière du juge des référés. En effet, la doctrine a pu montrer que le juge des référés est investi de deux types de fonctions qui lui permettent de prendre deux types de mesures distinctes¹.

En premier lieu, le juge des référés se voit confier une fonction conservatoire au titre de laquelle il peut ordonner des mesures d'attente qui sont destinées à la sauvegarde des intérêts en présence jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige². Dans le cadre de cette première fonction, le juge des référés s'impose essentiellement comme le juge de l'urgence³, ce qui correspond à sa fonction traditionnelle, laquelle se distingue, alors,

sanction (art. L. 1332-4 al. 4 du C. trav.). Si l'employeur agit très promptement, en prononçant, par exemple, une mise à pied disciplinaire le troisième jour suivant l'entretien, le juge des référés n'aura certainement pas le temps matériel d'intervenir. En revanche, si l'employeur tarde, le juge des référés disposera plus facilement de la possibilité d'intervenir.

¹ Cette double fonction du juge des référés apparaît déjà en germe sous la plume de H. MOTULSKY, obs. sous C.A. Paris 14^{ème} ch., 2 février 1967 et TGI Seine, 13 avril 1967, JCP G. 1967, II, n° 15181, où l'auteur met en évidence « le dualisme de la structure du référé ». Pour un exposé détaillé de cette double fonction, v. : J. NORMAND, « *Le juge unique et l'urgence* », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, avec la coordination de Ch. BOLZE et Ph. PÉDROT, Dalloz, 1996, coll. Thèmes et commentaires, p. 23 et s., spéc., p. 25 où l'auteur distingue, d'une part, la fonction conservatoire du juge des référés et, d'autre part, sa fonction de police des situations manifestement illicites ; X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V° *Référé*, *Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., n° 72 et s.

² v. : X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V° *Référé*, *Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 78

³ Si le juge des référés est présenté, ici, « essentiellement » comme le juge de l'urgence, c'est dans la mesure où la condition d'urgence n'est pas toujours requise. La rupture du lien entre l'urgence et le juge des référés, qualifié « d'ontologique » par certains (v. : X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V° *Référé*, *Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 18), est aujourd'hui acté en jurisprudence. En effet, en adoptant une lecture stricte de l'art. 809 du CPC, la Cour de cassation a pu retenir que le prononcé d'une mesure conservatoire, tout comme le prononcé d'une mesure de remise en état, sur le fondement de cet article, n'était pas subordonné à la démonstration de l'urgence. (v. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, *Bull. civ. III*, n° 207 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ. III*, n° 83 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 479 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 2011, n° 10-19.231). Certains auteurs ont néanmoins pu montrer que si

nettement de celle du juge du fond, et ce, dans la mesure où le prononcé de mesures conservatoires ne requiert pas d'appréciation du fond du litige¹. Mais, l'office du juge des référés ne se limite pas à cette seule fonction conservatoire.

En second lieu, le juge des référés se voit investi d'une fonction de police des situations manifestement illicites en vertu de laquelle il peut prononcer des mesures d'anticipation visant à garantir le respect de droits non-sérieusement contestables. Dans le cadre de cette seconde fonction, l'office du juge des référés tend, alors, à se rapprocher de celui du juge du fond dans la mesure où il lui est permis d'anticiper sur la décision que pourra rendre ce dernier en portant une appréciation sur le fond du droit dans les limites tracées par l'évidence². Ce faisant, il pourra, en l'absence de contestation sérieuse, prendre des mesures d'anticipation qui correspondent à l'effet ou à une partie de l'effet de la règle substantielle applicable aux données de l'espèce³.

Toutefois, avant d'aller plus loin et de montrer que la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut être obtenue, soit, via le prononcé d'une mesure conservatoire, soit, via le prononcé d'une mesure d'anticipation, il convient de préciser, au préalable, que le juge des référés dispose d'une grande latitude pour choisir la mesure qu'il estime la plus adaptée au litige opposant les parties.

En effet, en ce qu'il est saisi d'une situation⁴, le juge des référés doit rechercher, au besoin même d'office⁵, le fondement qui apparaît le plus approprié à la situation qui lui est soumise, et ce, dans l'optique de prendre la mesure la plus adaptée au litige, quitte, alors, à prendre quelques libertés avec les prétentions initiales des parties⁶.

Cette aisance avec laquelle le juge des référés peut se mouvoir entre les différents fondements qui sont à sa disposition va permettre de faciliter, ici, son intervention, quand bien même les parties auraient formulé leurs prétentions de manière inadaptée ou trop étroite⁷. Au

l'urgence n'a pas à être prouvée sur le fondement de l'article 809 du CPC, celle-ci demeure sous-jacente dans la mesure où un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite requièrent une intervention du juge sans délai (v. : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. III, *Procédure de première instance*, Sirey, 1991, n° 1274. Adde, S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 2006, 28^{ème} éd., coll. Précis, n° 261 et s., p. 307 et s.).

¹ v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 77.

² v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*, n° 458, p. 360.

³ v. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2015, 6^{ème} éd., coll. Domat droit privé, n° 409.

⁴ Pour une telle observation, v. not. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 36.

⁵ Sur ce point, v. not. : *Ibid*, n° 40.

⁶ Pour un tel constat, v. not. : J. BOYER, « *Le juge des référés peut... Réflexion sur les pouvoirs du juge des référés* », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales, 1996, p. 135 et s. Adde, X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 41, où l'auteur observe que dans la mesure où le juge est saisi d'une situation, il doit : « [...] par son appréciation souveraine, prendre les mesures adaptées, qui correspondent à celle-ci ». Pour ce faire, n'est alors « ni lié, ni limité par les écritures et prétentions des parties ».

⁷ Pour une telle observation, v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 74. L'auteur insiste alors sur le fait que les deux fonctions du juge des référés, à savoir, sa fonction conservatoire et sa fonction de police des situations manifestement illicites sont « efficacement complémentaires ». Adde, en ce sens, J. NORMAND, « *Dommage imminent et trouble manifestement illicite* », in *La justice civile au vingt-et-unième siècle, Mélanges Pierre JULIEN*, Aix-en-Provence, Edilax, 2003, p. 293 et s., et spéc., n° 27 et s.

final, ce seront d'ailleurs plus les circonstances de l'espèce que les prétentions des parties qui dicteront les modalités de la suspension de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Cette suspension pouvant, de la sorte, suivant les circonstances, être la conséquence du prononcé par le juge des référés d'une mesure conservatoire ou d'une mesure d'anticipation.

Cependant, même si le juge des référés dispose d'une grande marge de manœuvre dans le choix du fondement et de la mesure à prendre pour pacifier le litige entre les parties, il convient de préciser que celle-ci n'est pas absolue. Si, comme tout juge, le juge des référés doit notamment respecter le principe du contradictoire et le principe dispositif, il doit également être rappelé, qu'en droit positif, l'étendue des pouvoirs du juge des référés ne se conçoit pas de manière totalement autonome, mais au regard de l'étendue des pouvoirs conférés au juge du fond. En effet, afin d'éviter tout risque d'incompatibilité entre la décision du juge des référés et la décision du juge du fond, il est interdit au premier de prendre des mesures plus contraignantes que celles susceptibles d'être ordonnées par le second.

Autrement dit, avant même de s'interroger sur la nature du fondement et de la mesure à prendre pour suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, encore faut-il s'assurer de ce que le juge du fond dispose effectivement du pouvoir d'annuler cette procédure. Par exemple, en matière de licenciement, dans la mesure où les irrégularités de procédure ne donnent lieu qu'à des condamnations indemnitaires¹, le juge des référés ne disposera pas de la possibilité d'en suspendre le cours². Néanmoins, de telles hypothèses dans le cadre desquelles le juge des référés ne dispose pas du pouvoir de suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel demeurent assez rares.

Dans les situations où le juge des référés disposera de la compétence pour suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il conviendra de voir que cette suspension pourra, soit, être le résultat du prononcé d'une mesure conservatoire (A), soit, être liée au prononcé d'une mesure d'anticipation (B).

A. Le prononcé d'une mesure conservatoire.

515. Les deux fondements utilisables.- La suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut être simplement le résultat du prononcé d'une mesure conservatoire destinée à en arrêter temporairement le cours jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties. Deux fondements semblent alors à même d'être utilisés pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel à titre conservatoire. Ces deux fondements ne sont, alors, rien d'autre que ceux qui permettent traditionnellement d'obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire en référé, c'est-à-dire, la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile et la première

¹ Cette solution prévaut pour tout licenciement pour motif personnel (v. : l'art. L. 1235-2 al. 5 du C. trav.), peu important que ce motif soit d'ordre disciplinaire ou non (les dispositions de l'art. 1333-3 du C. trav. renvoyant, pour le licenciement disciplinaire, aux sanctions édictées d'une manière générale pour le licenciement pour motif personnel).

² v. par ex. : Cass. soc. 31 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 101, p. 91 ; Dr. soc. 2004, p. 666 et s., obs. Ch. RADÉ.

branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Ces fondements autorisant le juge des référés à prononcer une mesure conservatoire, respectivement, en présence d'un différend (1) ou pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent (2).

1. *Mesure conservatoire en présence d'un différend.*

516. **La condition d'existence d'un différend.**- La formulation de l'article 808 du Code de procédure civile a longtemps rendu délicate l'identification des mesures susceptibles d'être ordonnées sur chacune des deux branches de l'alternative qu'il vient offrir au juge des référés¹. En effet, cet article, qui se présente comme le fondement du référé de droit commun, confère au juge des référés, la possibilité de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures « qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse *ou* que justifie l'existence d'un différend » sans pour autant préciser davantage la nature de celles-ci.

Malgré cette formulation quelque peu énigmatique, la doctrine a pu montrer que là où la première branche de cet article permet au juge des référés de prononcer des mesures d'anticipation en l'absence de toute contestation sérieuse, sa seconde branche, qui nous intéresse plus particulièrement ici, l'autorise à prendre des mesures conservatoires rendues nécessaires par l'existence d'un différend, et ce, même si ce différend constitue une contestation sérieuse².

Autrement dit, l'existence d'un différend, quelle que soit, d'ailleurs, sa gravité, constitue la première condition qui doit être remplie pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile.

Dans la mesure où le différend visé par cet article se conçoit de manière extrêmement large comme tout conflit pendant entre les parties, quels que soient sa nature, ses modalités ou son degré d'avancement³, cette conception très ample doit permettre de saisir le conflit qui viendrait se nouer entre les parties au sujet de la régularité de la procédure suivie pour mettre en œuvre un pouvoir contractuel. Ce conflit pouvant alors trouver sa source, soit, dans le non-accomplissement de certains actes de procédure, soit, lorsque ces derniers ont été accomplis, dans leur validité, tant sur le plan formel⁴ que substantiel⁵. Toujours est-il que ce différend ne

¹ Au sujet des difficultés d'interprétation soulevées par l'article 808 du CPC, v. not. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 415.

² Cela signifie donc que l'existence d'une contestation sérieuse fait seulement obstacle au prononcé d'une mesure d'anticipation et non au prononcé d'une mesure conservatoire. Pour une telle analyse de l'article 808 du CPC et de ses deux branches, chacune renvoyant à un type particulier de mesures, v. not. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 416 ; X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 36 ; J. NORMAND, « *Contestation sérieuse et référé à la lumière du décret n° 87-434 du 17 juin 1987* », *RTD. civ.* 1988, p. 167 et s.

³ Pour une telle définition, v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 50.

⁴ Sur le plan formel, le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel pourra entrer en conflit avec le titulaire dudit pouvoir, par exemple, au sujet de la régularité des formalités informatives qui lui ont été adressées. (À leur sujet, v. : *supra*, n° 508., spéc., p. 618 et s.).

⁵ Sur le plan substantiel, le conflit relatif à la validité d'un acte de procédure pourra, comme il a déjà été évoqué, avoir une double origine. Ce conflit pourra, d'une part, trouver sa source dans la jouissance du pouvoir invoqué. En effet, si l'une des parties ne jouit pas du pouvoir dont elle entend se prévaloir, l'acte adopté en vertu de cette

doit pas être purement artificiel¹, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir été créé de toutes pièces par le cocontractant dans l'optique de bénéficier d'une mesure de suspension pour gagner du temps. Il semblerait, donc, que doive exister au moins un doute quant à la régularité de la procédure suivie et que ce doute soit à l'origine du différend entre les parties pour que le juge des référés puisse venir suspendre, à titre conservatoire, la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel².

Toutefois, pour obtenir la suspension à titre conservatoire de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, la seule démonstration de l'existence d'un différend ne suffit pas. Une seconde condition est, en effet, exigée.

517. La condition d'urgence.- L'urgence est la seconde condition requise pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile. Cette condition d'urgence apparaît caractérisée chaque fois « qu'un retard dans la prescription de la mesure sollicitée serait préjudiciable aux intérêts du demandeur »³. Pour prendre une autre formule, il y aurait urgence « lorsque tout retard peut être une source de préjudice »⁴.

Cela signifie donc que pour obtenir, en référé, la suspension à titre conservatoire de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il devra être établi qu'un préjudice sera nécessairement souffert par le cocontractant si la suspension de la procédure de mise en œuvre dudit pouvoir n'est pas immédiatement ordonnée.

Par exemple, lorsque le cocontractant viendra à saisir le juge des référés pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, et ce, en raison des contestations relatives à sa régularité, celui-ci devra démontrer qu'il subira effectivement un préjudice si ladite procédure de résolution n'est pas immédiatement suspendue. Cette preuve sera alors, semble-t-il, aisée à rapporter, puisqu'il suffira de démontrer que la rupture du contrat vient à lui causer un préjudice.

Pour prendre un autre exemple, lorsqu'un salarié saisira le juge des référés pour obtenir, en raison des contestations relatives à sa régularité, la suspension de la procédure disciplinaire qui doit aboutir au prononcé d'une mise à pied⁵, celui-ci devra établir qu'il subira un préjudice

prérogative se présentera, évidemment, comme irrégulier. Par exemple, il n'apparaît pas concevable de délivrer une mise en demeure au titre d'une clause résolutoire qui ne serait pas stipulée dans le contrat ou qui serait illicite. La mise en demeure se présentant, alors, comme irrégulière dans la mesure où elle ne repose sur la jouissance d'aucun pouvoir. Le conflit entre les parties pourra, d'autre part, trouver son origine dans le non-respect des conditions objectives qui encadrent l'exercice du pouvoir. Pour reprendre l'exemple de la mise en demeure, il convient d'observer que si cet acte repose sur un manquement qui n'a pas été commis par le cocontractant, ladite mise en demeure apparaîtra comme irrégulière car dépourvue d'objet.

¹ v. en ce sens : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 50, où l'auteur constate qu'un « litige artificiel ou factice n'entrerait pas dans les prévisions de l'article 808 du CPC ».

² Autrement dit, un doute relatif à la licéité de la procédure suivie doit être identifié pour que le juge des référés puisse intervenir.

³ v. : R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé, 1976-1977*, Paris, 1976, Les Cours de droit, p. 432.

⁴ v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 8.

⁵ Le formation de référé du conseil de prud'homme semble compétente pour suspendre la procédure disciplinaire devant aboutir au prononcé d'une mise à pied étant donné que cette mesure de suspension ne sera pas plus

si cette procédure disciplinaire n'est pas suspendue immédiatement. Ici encore, cette preuve sera facilement rapportée dans la mesure où la perte des salaires pour la période de mise à pied est nécessairement de nature à causer un préjudice.

Au final, il ressort donc que deux conditions, somme toute classiques, doivent être réunies pour que le juge des référés puisse ordonner, sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile, une mesure conservatoire ayant pour objet la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

La première de ces conditions correspond à l'existence d'un différend entre les parties. Ce différend qui peut, d'ailleurs, être sérieux, puisqu'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle au prononcé d'une mesure conservatoire, ne doit pas, pour autant, être artificiel, c'est-à-dire créé de toutes pièces par le cocontractant dans la perspective de bénéficier d'une mesure de suspension pour gagner du temps. Autrement dit, il doit exister au moins un doute quant à la régularité de la procédure suivie. Doute qui est à l'origine du différend entre les parties.

La seconde condition est celle de l'urgence. Pour que cette condition soit caractérisée, il devra être établi que la partie appelée à subir les effets du pouvoir éprouvera nécessairement un préjudice si la suspension de la procédure de mise en œuvre dudit pouvoir n'est pas immédiatement ordonnée.

Si la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile peut être utilisée pour obtenir, à titre conservatoire, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il peut, néanmoins, paraître plus opportun, pour obtenir le même type de mesure, de se fonder sur une autre disposition du même Code dans le cadre de laquelle l'urgence n'a pas à être démontrée de manière autonome.

2. Mesure conservatoire pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent.

518. La condition d'un dommage imminent.- La sollicitation de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile peut sembler tout à fait opportune pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire telle que la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Cette disposition autorise, en effet, le juge des référés à prendre notamment des mesures conservatoires en vue de prévenir la réalisation d'un dommage imminent. Autrement dit, le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile suppose expressément de démontrer l'imminence d'un dommage.

Le dommage imminent est alors généralement défini comme étant un « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se

contraignante que la mesure susceptible d'être ordonnée au fond. En effet, l'art. L. 1333-2 du C. trav. permet au conseil de prud'hommes, lorsqu'il statue au fond, d'annuler la sanction disciplinaire qui serait notamment irrégulière en la forme, ce qui renvoie à toute irrégularité commise lors de la procédure suivie. Néanmoins, le juge des référés ne semble pas enclin à annuler la procédure suivie lorsque l'irrégularité commise n'altère pas une garantie de fond. Constitue, par exemple, une garantie de fond la règle de l'art. L. 1332-2 al. 4 du C. trav. fixant un délai d'un mois à compter de la date de l'entretien pour prononcer la sanction disciplinaire (v. : Cass. soc. 17 janvier 1990, *Bull. civ.* V, n° 13). Dans l'hypothèse où l'employeur n'aurait pas notifié au salarié sa décision dans un tel délai, le juge des référés pourrait donc être saisi pour suspendre la procédure en raison de son caractère irrégulier.

perpétuer »¹. Si l'idée d'urgence est, ici, clairement perceptible, celle-ci n'a pas, pour autant, à être démontrée de manière autonome. L'urgence se trouve être *de facto* démontrée dès lors qu'est établie l'imminence du dommage², ce qui contribue à alléger la charge de la preuve pesant sur le demandeur³.

À s'en tenir à la lettre de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, la démonstration de l'existence d'un dommage imminent semble, *a priori*, suffire pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire. En d'autres termes, il appartiendrait seulement au cocontractant de démontrer qu'il est appelé à subir, à bref délai, un dommage, si la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel est menée à son terme, pour en obtenir immédiatement la suspension à titre conservatoire.

Cependant, cette condition du dommage imminent ne semble pas, à elle seule, suffisante pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire. En effet, la prévention du dommage imminent, sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, suppose de démontrer, en outre, le caractère illicite ou, tout du moins, potentiellement illicite, dudit dommage. Cela signifie donc que le cocontractant qui entend obtenir, à titre conservatoire, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, devra, au moins, mettre en évidence l'existence d'un doute quant à la régularité de la procédure suivie.

519. L'existence d'un doute sur la régularité de la procédure suivie.- Bien que la lettre de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile ne fasse pas expressément référence au caractère licite ou non du fait critiqué par le demandeur, la jurisprudence⁴ et la doctrine exigent que soit démontrée au moins l'existence d'un doute sur la licéité de l'acte ou de l'opération projeté, c'est-à-dire que son illégitimité soit plausible. En effet, comme certains auteurs ont pu le montrer, un dommage n'est pas susceptible d'être prévenu en référé s'il s'avère être légitime⁵. La mission du juge des référés n'étant pas de prévenir la réalisation de toute sorte de dommage, mais de prévenir seulement la réalisation des dommages

¹ Pour une telle définition, v. not. : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. III, *Procédure de première instance*, op. cit., préc., n° 1289. Pour une utilisation en jurisprudence de cette définition, v. : Cass. com., 13 avril 2010, n° 09-14386 ; Revue Procédures 2010, p. 222, obs. R. PERROT.

² Rappr. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 425, où les auteurs retiennent que : « La condition d'urgence, quant à elle, résulte suffisamment de l'imminence du péril ».

³ Tirant les conséquences d'une lecture stricte de l'art. 809 du CPC, la Cour de cassation a pu retenir que le prononcé d'une mesure conservatoire, tout comme le prononcé d'une mesure de remise en état, sur le fondement de cet article, n'était pas subordonné à la démonstration de l'urgence. (v. en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, *Bull. civ.* III, n° 207 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 83 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 479 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 2011, n° 10-19.231).

⁴ v. par ex. : Com. 26 févr. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 87, JCP 1992, II, n° 21915, note L. LÉVY ; Cass. soc. 23 mars 1982, *Bull. civ.* V, n° 208, p. 153.

⁵ v. not. en ce sens : J. NORMAND, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, RTD. civ. 2002, p. 137 et s., où l'auteur retient : « [qu'] aucune mesure préventive ne serait justifiée au regard de l'article 809 alinéa 1^{er} si la licéité du comportement dénoncé était manifeste, si l'absence de faute de son auteur était certaine ». *Adde*, en ce sens : Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. Strasbourg, 1993, spéc., p. 216 ; X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., n° 68.

illégitimes, il doit, par conséquent, être établi que ce dommage trouve son origine dans un comportement illicite ou, tout du moins, qui apparaît comme potentiellement illicite¹.

Le cocontractant qui désirerait donc obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire, telle que la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel devra-t-il, ainsi, démontrer, non seulement l'imminence d'un dommage, mais aussi l'existence d'un doute quant à la régularité de la procédure suivie. Ce doute quant à la régularité de la procédure suivie pouvant naître alors, par exemple, du non-accomplissement de certains actes de procédure, comme il en va en cas d'absence de mise en demeure lorsque celle-ci est requise², ou encore, en cas de non-respect des exigences de concertations ou de conciliation lorsque celles-ci s'imposent³. Un tel doute peut également trouver son origine tant dans la régularité formelle que substantielle des actes qui émaillent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, lorsque ceux-ci ont été accomplis.

D'ailleurs, il convient d'ajouter qu'il importe peu que ce doute quant à la régularité de la procédure suivie puisse être sérieusement contesté. En effet, l'existence d'une contestation sérieuse sur le fond du droit ne s'oppose pas au prononcé d'une mesure conservatoire. Il suffit donc que ce doute relatif à la régularité de la procédure suivie existe et qu'il soit associé à la démonstration de l'existence d'un dommage imminent pour que le juge des référés puisse prononcer, à titre conservatoire, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Bien évidemment et à l'opposé, s'il est établi, au cours de l'instance en référé, que la procédure suivie ne fait aucun doute, le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel ne pourra pas obtenir la suspension de sa procédure de mise en œuvre.

Cette condition d'illicéité du dommage joue, ainsi, un rôle particulièrement important en ce qu'elle permet d'éviter que le cocontractant puisse saisir le juge des référés pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel au seul motif que, si cette procédure est amenée à se poursuivre, celle-ci viendra lui causer un dommage.

L'exemple topique est celui de la procédure de mise en œuvre du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier qui cause nécessairement un dommage au cocontractant dans l'éventualité où elle est menée à son terme, et ce, en raison de la rupture du contrat à laquelle elle aboutit. La condition d'illicéité du dommage permet, alors, d'éviter la suspension de la procédure de résolution unilatérale lorsque celle-ci s'avère être parfaitement régulière, tant sur le plan formel que substantiel. Cette procédure conduisant, de la sorte, à la réalisation d'un dommage légitime.

520. Constat.- La seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile, tout comme la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code, semblent ainsi à même d'être sollicitées pour obtenir, à titre de mesure conservatoire, la suspension de la procédure de mise

¹ v. not. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 68.

² Au sujet du domaine de cette formalité et de ses cas de dispense, v. : *supra*, n° 476 et s., p. 558 et s.

³ À propos de ces formalités, v. : *supra*, n° 483 et s., p. 570 et s.

en œuvre d'un pouvoir contractuel. Toutefois, les conditions requises sur le fondement de ces deux dispositions ne sont pas les mêmes.

En effet, la suspension, à titre conservatoire, de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile requiert de démontrer, d'une part, l'existence d'un différend entre les parties et, d'autre part, l'urgence. En ce qui concerne le différend qui viendrait se nouer entre les parties au sujet de la régularité de la procédure suivie, peu importe sa nature, ses modalités ou son degré d'avancement. Il suffit que celui-ci existe, c'est-à-dire soit réel. Un différend artificiel, c'est-à-dire créé de toutes pièces par le cocontractant dans l'optique de bénéficier d'une mesure de suspension pour gagner du temps ne doit pas permettre d'obtenir le prononcé d'une telle mesure. En ce qui concerne la condition d'urgence, celle-ci requiert de démontrer que le cocontractant subira nécessairement un préjudice si la suspension de la procédure de mise en œuvre du pouvoir n'est pas immédiatement ordonnée.

Cette condition d'urgence n'a cependant pas à être démontrée de manière autonome sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, ce qui peut rendre le recours à cette disposition plus avantageux pour obtenir le même type de mesure. La première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile exige seulement, de manière expresse, la démonstration de l'existence d'un dommage imminent. Dès lors, il appartient au cocontractant de prouver qu'il va subir, à bref délai, un dommage, si la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel est menée à son terme, pour en obtenir la suspension à titre conservatoire. Bien que cette condition d'un dommage imminent soit la seule visée expressément par la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, sa caractérisation ne permet pas, à elle seule, d'obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire. Il faut, en plus, démontrer l'existence d'un doute quant à la licéité de l'acte ou de l'opération projetée. Autrement dit, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel sur ce fondement suppose, en outre, de mettre en évidence l'existence d'un doute quant à la régularité de la procédure suivie.

Malgré ces différences quant aux conditions requises, ces dispositions des articles 808 et 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile ont en commun de permettre le prononcé d'une mesure de suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel même en présence d'une contestation sérieuse. En effet, il convient de rappeler que ces dispositions autorisent le prononcé de mesures conservatoires auxquelles l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas, par définition, obstacle. Bien entendu, la suspension, à titre conservatoire, de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourra également être prononcée en l'absence de contestation sérieuse, c'est-à-dire lorsque l'élément d'illicéité émaillant la procédure se manifesterait avec évidence.

Néanmoins, dans une telle situation où le caractère irrégulier de la procédure apparaîtrait avec évidence, le juge des référés pourra être amené à choisir un autre type de fondement pour intervenir. La suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pouvant, alors, se trouver être liée au prononcé d'une mesure d'anticipation.

B. Le prononcé d'une mesure d'anticipation.

521. **Deux fondements utilisables.**- En l'absence de contestation sérieuse, c'est-à-dire dans l'éventualité où la solution du litige apparaîtrait comme évidente, le juge des référés est autorisé à prendre des mesures d'anticipation qui correspondent à l'effet ou à une partie de l'effet de la règle substantielle applicable aux données de l'espèce.

Lorsque cette règle implique l'anéantissement d'un acte appartenant à la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, et ce, en raison de son caractère irrégulier, il semblerait donc que le juge des référés puisse anticiper sur la décision du juge du fond en tirant les conséquences de cette irrégularité. Concrètement, cela signifie que le juge des référés doit avoir la possibilité d'ordonner au titulaire du pouvoir de cesser cette procédure et de remettre les choses dans leur état initial, ou encore, de procéder à la régularisation de celle-ci.

De telles mesures d'anticipation, qui prennent, ici, la forme de mesures de remise en état, semblent également susceptibles d'être prononcées en cas de non-accomplissement d'une formalité indispensable au bon déroulé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. En effet, en cas de non-accomplissement d'une telle formalité, le caractère irrégulier de la procédure se manifeste avec évidence, ce qui autorise naturellement le prononcé de mesures d'anticipation. L'ordre peut ainsi être donné au titulaire du pouvoir de cesser la procédure en cours et de remettre les choses dans leur état initial, ou encore, de régulariser ladite procédure en accomplissant la formalité omise.

Quand de telles mesures de remise en état viennent à être prononcées, il est alors possible d'observer que la procédure de mise en œuvre du pouvoir contractuel se trouve être nécessairement suspendue, que ce soit de manière définitive ou le temps que l'irrégularité soit corrigée. La suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, peut donc, de la sorte, être liée au prononcé d'une mesure d'anticipation, et cela, même si l'objet d'une telle mesure ne s'y réduit pas¹.

Pour parvenir à un tel résultat dans le cadre duquel la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel se trouve être liée au prononcé d'une mesure d'anticipation, deux fondements semblent à même d'être utilisés. Ces deux fondements sont ceux qui permettent traditionnellement d'obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation en référé. Il s'agit, d'une part, de la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile et, d'autre part, la seconde branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Ces fondements permettant d'obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation, respectivement, en l'absence de contestation sérieuse (1) et pour faire cesser un trouble manifestement illicite (2).

¹ L'objet des mesures d'anticipation prononcées dans le cadre de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels vient, en ce sens, se distinguer de celui des mesures conservatoires. En effet, les mesures d'anticipation permettent d'aller plus loin que la seule suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel en ordonnant au titulaire du pouvoir de faire cesser l'irrégularité qui l'affecte, que ce soit, en remettant les choses dans leur état initial, ou encore, en régularisant ladite procédure. En cela, les mesures d'anticipation se distinguent des mesures conservatoires qui sont seulement destinées à « geler » la situation, c'est-à-dire à suspendre la procédure initiée pour préserver la situation contractuelle en l'état, le temps qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties.

1. *Mesure d'anticipation en l'absence de contestation sérieuse.*

522. **La condition d'absence de contestation sérieuse.**- En dépit des difficultés d'interprétation soulevées par la formulation de l'article 808 du Code de procédure civile, la doctrine a pu montrer que la première branche de l'alternative offerte par ce texte autorise le juge des référés à prendre des mesures d'anticipation en l'absence de toute contestation sérieuse¹. L'absence de contestation sérieuse qui constitue une condition indispensable au prononcé d'une mesure d'anticipation se trouve, d'ailleurs, ici, expressément rappelée par les dispositions de cet article.

Étant donné qu'une contestation sérieuse « survient lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond »², il devra, par conséquent, être établi que la solution du litige ne fait aucun doute pour obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation visant à effacer les effets d'une procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel irrégulière.

Par exemple, en matière de clause résolutoire stipulée dans un contrat de bail d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989, il est possible de constater que la mise en demeure qui doit précéder la résolution du contrat doit prendre la forme d'un commandement de payer³. Dans l'éventualité où cette mise en demeure serait adressée au preneur sous la forme d'une lettre simple, il est permis de penser que le caractère irrégulier de la mise en demeure ressort avec évidence et que l'issue du litige qui doit aboutir au prononcé de la nullité de cet acte ne fait aucun doute.

Si le juge des référés ne peut, bien évidemment, pas prononcer la nullité de la mise en demeure puisqu'il n'est pas autorisé à dire le droit au fond, il peut néanmoins, dans une telle situation où la solution du litige apparaît avec évidence, anticiper sur la décision des juges du fond en prononçant des mesures qui tirent les conséquences de cette irrégularité.

Ainsi, le juge des référés pourra ordonner au titulaire du pouvoir de cesser la procédure en cours et de remettre les choses dans leur état initial, ou encore, de procéder à sa régularisation en délivrant une mise en demeure respectant la forme requise. La procédure de mise en œuvre du pouvoir se trouvant, alors, nécessairement suspendue en raison du prononcé de telles mesures de remise en état.

Si l'absence de contestation sérieuse constitue une première condition qui doit être démontrée pour obtenir, sur le fondement de la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile, le prononcé d'une mesure d'anticipation destinée à suspendre et à effacer les effets d'une procédure irrégulière, il ne s'agit cependant pas de la seule.

523. **La condition d'urgence.**- Que ce soit pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire ou, ce qui nous intéresse plus particulièrement, ici, le prononcé d'une mesure

¹ Pour une telle analyse de l'article 808 du CPC, v. not. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 416 ; X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 81.

² v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 25.

³ v. : l'art. 24, I de la loi du 6 juillet 1989.

d'anticipation, l'article 808 du Code de procédure civile exige la démonstration de l'urgence. Autrement dit, l'urgence constitue la seconde condition dont la preuve doit être rapportée pour que soit prononcée une mesure d'anticipation destinée à suspendre et à effacer les effets d'une procédure irrégulière sur le fondement de l'article 808 du Code de procédure civile.

Comme déjà été évoqué, l'urgence est caractérisée lorsque tout retard « dans la prescription de la mesure sollicitée serait préjudiciable aux intérêts du demandeur »¹. Pour reprendre l'exemple précédent, cela signifie que le preneur qui a reçu une mise en demeure manifestement irrégulière en la forme devra prouver qu'il subira nécessairement un préjudice s'il n'est pas immédiatement ordonné au bailleur de cesser la procédure irrégulière en cours et de remettre les choses dans leur état initial, ou encore, s'il ne lui est pas immédiatement ordonné de cesser cette procédure jusqu'à régularisation de l'acte entaché d'une irrégularité.

Cette nécessité de démontrer l'urgence vient néanmoins alourdir la charge de la preuve pesant sur le cocontractant qui désirerait obtenir le prononcé de telles mesures d'anticipation sur le fondement de la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile. C'est pourquoi, pour obtenir les mêmes mesures, il peut paraître plus indiqué de se fonder sur une autre disposition du Code de procédure civile dans le cadre de laquelle l'urgence n'a pas à être démontrée.

2. Mesure d'anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

524. La caractérisation d'un trouble manifestement illicite.- Dans l'éventualité où la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel présenterait des irrégularités manifestes, il peut paraître tout à fait opportun de se fonder sur la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile pour obtenir le prononcé de mesures d'anticipation destinées à faire cesser un trouble manifestement illicite.

La notion très large de trouble manifestement illicite qui désigne « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »² doit, en effet, permettre d'englober toute méconnaissance flagrante des règles qui gouvernent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. La méconnaissance évidente des règles qui gouvernent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels pourrait, ainsi, être qualifiée de trouble manifestement

¹ v. : R. PERROT, *Cours de droit judiciaire privé, 1976-1977*, Paris, 1976, Les Cours de droit, p. 432. Adde, S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, n° 260, spéc., p. 307, où les auteurs retiennent qu'il y a urgence : « quand un retard de quelques jours, peut-être même de quelques heures peut devenir préjudiciable à l'une des parties » ; X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référé, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 8, où l'auteur retient que l'urgence est caractérisée « lorsque tout retard peut être une source de préjudice ».

² v. : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, T. III, Procédure de première instance, op. cit.*, n° 1289.

illicite¹ et devrait, de la sorte, permettre de saisir le juge des référés pour obtenir le prononcé de mesures d'anticipation destinées à faire cette illicéité déjà réalisée et constatée².

Si le prononcé d'une mesure d'anticipation sur le fondement la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile ne requiert pas que l'urgence soit démontrée³, ce qui explique le succès de cette disposition⁴, l'absence de contestation sérieuse, doit, en revanche, être établie.

Certes, pris à la lettre, l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile autorise le juge des référés à prendre toutes les mesures qu'il prévoit, et ce, « même en présence d'une contestation sérieuse ». Cependant, la doctrine a pu montrer que la notion de contestation sérieuse, qui évoque au moins l'idée d'un doute au sujet de la régularité de l'acte litigieux, s'avère être incompatible avec celle de trouble manifestement illicite. Assurément, il ne saurait y avoir de doute au sujet de la régularité d'un acte dont le caractère illicite se manifeste avec évidence. Dès lors, le prononcé d'une mesure d'anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite ne peut se concevoir en présence d'une contestation sérieuse⁵.

Ce n'est donc bien seulement que dans l'éventualité où le caractère irrégulier de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ressort avec évidence qu'il apparait possible d'obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation destinée à faire cesser trouble manifestement illicite causé par cette procédure.

Tel sera notamment le cas lors du non-accomplissement d'une formalité indispensable au bon déroulé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. En effet, le caractère irrégulier de la procédure entreprise se manifeste avec évidence lorsqu'une telle formalité est omise, ce qui doit, alors, autoriser le prononcé de mesures d'anticipation.

Ainsi, par exemple, en cas de procédure de licenciement collectif pour motif économique menée sans avoir respecté les obligations d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, le juge des référés peut-il ordonner au titulaire du pouvoir de cesser la procédure en cours et de remettre les choses dans leur état initial, et ce, afin de faire cesser le trouble manifestement illicite constitué par la procédure irrégulière entreprise⁶.

¹ Cette notion de trouble manifestement illicite devrait, selon certains, être rapprochée de celle de dommage. Pour un rapprochement des notions de trouble et de dommage, v. not. l'analyse de : V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle de la responsabilité fondée sur le dommage », RRJ 2007, n° 3, p. 1219 et s., spéc., n° 5.

² En cela, le fondement du trouble manifestement illicite, où le dommage est déjà réalisé, viendrait-il se distinguer de celui du dommage imminent, où le dommage n'est pas encore réalisé. v. en ce sens : Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. Strasbourg, 1993, spéc., p. 193.

³ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 83 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 juillet 1997, n° 95-21483.

⁴ Le prononcé de mesures d'anticipation sur le fondement du référé spécial de l'art. 809 al. 1^{er} du CPC où l'urgence n'a pas à être prouvée inciterait, en effet, les plaideurs à se détourner du référé général de l'art. 808 du CPC où l'urgence doit être démontrée pour obtenir le prononcé du même type de mesures. (v. en ce sens : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 417).

⁵ v. en ce sens : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 426, où les auteurs dénoncent d'ailleurs le caractère absurde de la rédaction actuelle de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile dans la mesure où : « il ne peut exister de contestation sérieuse à propos d'un trouble qui serait manifestement illicite » ; X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 81 ; *Droit et pratique de la procédure civile 2017-2018*, sous la dir. de S. GUINCHARD, Dalloz, 2016, 9^{ème} éd., coll. Dalloz action, n° 125-241.

⁶ v. : Cass. soc. 17 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 223, p. 161.

Mais l'omission d'une formalité indispensable au bon déroulé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne constitue pas le seul type de manquement susceptible d'être à l'origine d'un trouble manifestement illicite. Lorsqu'une formalité a été accomplie, si le caractère irrégulier de celle-ci apparaît avec évidence, le juge des référés pourra également ordonner au titulaire du pouvoir de cesser la procédure en cours et de remettre les choses dans leur état initial, ou encore, de suspendre ladite procédure en cours le temps de procéder à sa régularisation.

Par exemple, si un créancier désire résoudre le contrat à ses risques et périls vient à mettre en demeure son débiteur d'exécuter sa prestation alors qu'il apparaît évident qu'aucun manquement n'a été commis par ce dernier, cette mise en demeure apparaît manifestement irrégulière car dépourvue d'objet. Le juge des référés pourra, dès lors, anticiper sur la décision des juges du fond en ordonnant au titulaire du pouvoir de suspendre la procédure en cours et de remettre les choses dans leur état initial pour faire cesser le trouble manifestement illicite causé par celle-ci.

525. Constat.- Deux fondements s'offrent ainsi au juge des référés pour prononcer des mesures d'anticipation qui doivent permettre, certes, de suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel en cas d'irrégularité, mais aussi d'aller plus loin en ordonnant au titulaire d'un tel pouvoir de remettre les choses dans leur état initial ou de régulariser ladite procédure en cours. Ces deux fondements correspondent à la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile et à la seconde branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code.

Les conditions requises sur le fondement de ces deux dispositions ne sont cependant pas exactement les mêmes. En effet, si le prononcé d'une mesure d'anticipation sur le fondement de chacune de ces dispositions requiert l'absence de contestation sérieuse, la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile exige, en outre, que soit démontrée l'urgence.

Bien que chacune de ces dispositions autorise le prononcé de mesures d'anticipation, le caractère plus souple des conditions d'application de la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile, qui n'exige pas que soit démontrée l'urgence, conduira, très certainement, en pratique, le cocontractant à solliciter ce fondement pour obtenir, en référé, le prononcé d'une mesure invitant le titulaire du pouvoir à suspendre la procédure en cours et à remettre les choses dans leur état initial, ou encore, à suspendre la procédure en cours dans l'attente de sa régularisation.

526. Conclusion de la Section I.- Au final, un bilan assez mitigé peut sembler ressortir de l'étude de l'intervention du juge des référés dès le stade de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. En effet, si l'analyse entreprise a permis de montrer que la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel présente des avantages certains et peut être prononcée sur différents fondements, ce qui doit faciliter l'intervention du juge des référés, ladite analyse a également conduit à mettre en évidence que de nombreux éléments sont à même de venir faire obstacle à une telle intervention.

Au titre des points positifs, il a, ainsi, pu être observé que l'intervention du juge des référés au stade de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, et ce, pour en

suspendre le cours, présente le principal intérêt de prévenir la production des effets dudit pouvoir et, donc, de préserver la situation contractuelle intacte. Cette préservation de la situation contractuelle, via la suspension de la procédure de mise en œuvre du pouvoir permet, alors, de protéger au mieux les intérêts du contractant qui aurait été appelé à en subir les effets. Cette suspension en référé peut, par ailleurs, s'avérer être un moyen de favoriser le dialogue entre les parties et de parvenir à une conciliation.

À ces premiers intérêts s'ajoute, en guise de point positif, la diversité des fondements qui autorisent l'intervention du juge des référés. La suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peut, en effet, se trouver être le résultat du prononcé d'une mesure conservatoire sur le fondement, soit, de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile, soit, de la première branche de l'article 809 al. 1^{er} du même Code. Mais elle peut aussi être liée au prononcé d'une mesure d'anticipation sur le fondement, soit, de la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile, soit, de la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} toujours du même Code.

En outre, la possibilité d'une telle intervention du juge des référés apparaît renforcée par la grande latitude dont celui-ci dispose pour choisir le fondement qui lui paraît le plus approprié au regard des circonstances de l'espèce. Cela signifie, par exemple, que si le caractère illicite de la procédure initiée n'apparaît pas avec évidence¹, le juge des référés, saisi d'une demande de suspension, pourra toujours prononcer celle-ci au titre de mesure conservatoire, et cela, quand bien même les parties auraient sollicité de lui le prononcé d'une mesure d'anticipation.

Bien que la suspension en référé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel présente des avantages certains et soit facilitée, à la fois, par la multitude de fondements offerts ainsi que par l'office du juge des référés, un certain nombre de facteurs peuvent, toutefois, venir faire obstacle à une telle suspension.

Au titre de ces points négatifs, il est possible de compter, tout d'abord, l'obstacle pratique tenant à l'encombrement et à la relative lenteur du référé. Cette relative lenteur des référés peut, alors, rendre véritablement illusoire la possibilité d'une suspension de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels avant que celle-ci ait été menée à son terme. En effet, la juridiction des référés qui met, en moyenne, environ un mois pour rendre une décision, peut ne pas être en mesure de suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel lorsque la durée de celle-ci est inférieure à ce délai d'un mois. Ici, il suffit simplement de penser à une mise en demeure visant une clause résolutoire et ordonnant au débiteur d'accomplir sa prestation dans un délai de quinze jours.

Ensuite, un second type d'obstacle tenant à l'inertie du cocontractant a pu être recensé. Étant donné que la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel n'est pas destinée à durer indéfiniment, la suspension en référé de cette procédure suppose une réaction prompte du cocontractant qui est incompatible avec son inertie. Cette inertie n'est, d'ailleurs, pas nécessairement imputable à la seule négligence du cocontractant. La crainte d'envenimer la situation avec le titulaire du pouvoir est susceptible de constituer une barrière psychologique

¹ Ce qui interdit au juge des référés de prononcer des mesures d'anticipation.

qui peut empêcher le cocontractant d'agir avant que la procédure de mise œuvre du pouvoir ait été menée à son terme.

Enfin, cette analyse a révélé que deux obstacles techniques peuvent également venir interdire la suspension en référé de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Le premier tient à la compétence du juge des référés qui ne peut suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel si le juge du fond ne dispose pas lui-même de la possibilité d'annuler cette procédure. Le second est, quant à lui, relatif au procédé de mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels qui présente la particularité de ne pas s'inscrire dans le temps. En effet, pour certains pouvoirs contractuels, tels que le pouvoir de détermination unilatérale du prix et l'exception d'inexécution, la procédure de mise en œuvre s'ouvre et se clôt par le même acte, à savoir la notification de la décision de leurs titulaire de s'en prévaloir. Dans une telle situation, où la procédure de mise en œuvre ne s'inscrit pas dans le temps, il s'avère techniquement impossible d'en suspendre le cours.

Ces différents facteurs peuvent ainsi, en fin de compte, réduire assez fortement les possibilités d'une intervention du juge des référés au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Si, en raison de ces différents facteurs, le cocontractant se trouve dans l'impossibilité d'agir en référé pour obtenir la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il sera, néanmoins, toujours envisageable pour lui, une fois la procédure menée à son terme, de chercher à agir devant la même juridiction pour tenter d'obtenir la suspension des effets résultant de la mise en œuvre d'une telle prérogative.

SECTION II : LA SUSPENSION DES EFFETS RÉSULTANT DE LA MISE EN ŒUVRE D'UN POUVOIR CONTRACTUEL.

527. **Contours.**- Une fois la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel menée à son terme, autrement dit une fois que le titulaire d'une telle prérogative a notifié au cocontractant la décision qu'il a prise de se prévaloir de ses effets¹, le juge des référés ne peut plus être saisi pour suspendre le cours de cette procédure, et ce, bien évidemment, dans la mesure où celle-ci a pris fin.

Dès lors, s'il existe, en cet instant, un conflit entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, celui-ci viendra-t-il se nouer autour de la production de ses effets. Le juge des référés pourra donc être saisi par le cocontractant pour obtenir, au plus vite, la suspension des effets produits par l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir. Cette possible saisine du juge des référés au terme du processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels invite, alors, à tracer les contours de son intervention. Comme précédemment, deux points semblent mériter un examen approfondi.

D'une part, il peut sembler important de préciser pourquoi le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel peut vouloir en obtenir, au plus tôt, la suspension. Cette question appelant ainsi à rechercher les intérêts d'une telle suspension. D'autre part, il apparaît indispensable de préciser de quelle manière cette suspension peut être réalisée, autrement dit

¹ Au sujet de la notification de cette décision, v. : *supra*, n° 498 et s., p. 597 et s.

d'en identifier les modalités. Par conséquent, il conviendra de préciser, dans un premier temps, les intérêts de la suspension des effets (§ I), puis, dans un second temps, les modalités de la suspension des effets (§ II).

§ 1 - LES INTÉRÊTS DE LA SUSPENSION DES EFFETS.

528. **Prévenir la matérialisation des effets du pouvoir.**- Là où le principal intérêt d'une saisine du juge des référés au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels était de prévenir la production de leurs effets¹, celui d'une saisine du juge des référés, une fois ladite procédure de mise en œuvre menée à son terme, est d'éviter que les effets juridiques qui viennent d'être produits puissent trouver une concrétisation matérielle. Autrement dit, il s'agit, ici, de prévenir la transposition dans les faits de la décision juridique de modification des effets du contrat.

En cas de doute quant à la régularité de l'exercice d'un pouvoir contractuel, l'intervention rapide du juge des référés, avant que ses effets n'aient eu le temps de « passer dans les faits », présente alors, semble-t-il, un double avantage. D'une part, la suspension des effets du pouvoir irrégulièrement exercé doit permettre de prévenir l'apparition ou l'aggravation d'un préjudice matériel chez le cocontractant². D'autre part, la suspension des effets du pouvoir irrégulièrement exercé doit également permettre aux juges du fond, s'il viennent à être saisis, de réparer au mieux les conséquences de cette irrégularité³. L'absence de matérialisation des effets du pouvoir étant, assurément, de nature à faciliter leur suppression que ce soit sur le plan matériel ou juridique.

Ces deux avantages que doit procurer la suspension des effets du pouvoir irrégulièrement exercé tendent, alors, à ressortir nettement dans le cadre du contentieux du contrat irrégulièrement rompu au moyen d'un pouvoir de résolution ou de résiliation.

En effet, comme il a été observé, dans le contentieux du contrat irrégulièrement rompu, le temps joue contre le contractant appelé à subir l'anéantissement du contrat⁴. Dès la décision de rupture unilatérale notifiée, le titulaire du pouvoir ne tardera généralement pas à en tirer les conséquences sur le plan matériel. Or, une fois les effets juridiques de la résolution ou de la résiliation passés dans les faits, il s'avère souvent bien difficile d'en gommer les conséquences.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 510, p. 620 et s.

² S'il est ici seulement fait allusion au préjudice matériel causé par la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel, il semblerait également qu'une telle mise en œuvre puisse également causer un préjudice moral au cocontractant. Pour cela, il conviendrait de démontrer que la faute que constitue la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel porte atteinte au lien de confiance qui unissait les parties.

³ Rappr. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 496, p. 386, où l'auteure constate, au sujet de la mise en œuvre des pouvoirs de sanction dans le contrat, que : « la possibilité d'une intervention rapide du juge des référés avant que les effets de la sanction n'aient le temps de "passer dans les faits", est, bien souvent, le gage de ce que, dans l'hypothèse où un juge du fond conclurait à l'irrégularité de la suspension, il soit possible de tirer toutes les conséquences de cette irrégularité en supprimant les effets de la sanction ». L'observation de l'auteure apparaît transposable à l'exercice irrégulier de tous les pouvoirs contractuels.

⁴ v. par ex. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 496, p. 386, où l'auteure observe que : « le temps [joue] inexorablement contre la possibilité du maintien forcé du contrat irrégulièrement rompu ».

Lorsque les conséquences matérielles de la rupture sont durablement installées, les juges du fond peuvent, effectivement, être tentés de refuser d'ordonner la reprise forcée de l'exécution du contrat.

Dès lors, attendre, ici, une décision des juges du fond favorise l'aggravation du préjudice causé au cocontractant par la rupture irrégulière, mais contribue également à rendre quasiment illusoire la possibilité d'une reprise forcée de l'exécution du contrat. Le prononcé, en référé, de mesures destinées à suspendre les effets de la rupture, et donc, leur matérialisation¹, doit ainsi permettre de prévenir l'apparition ou l'aggravation d'un préjudice matériel chez le cocontractant et favoriser la possibilité d'une reprise de l'exécution du contrat.

Si le contentieux du contrat irrégulièrement rompu constitue une illustration probante de l'intérêt d'une saisine du juge des référés pour obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé, il ne s'agit toutefois pas de la seule.

Par exemple, en cas de doute quant à la régularité du prix unilatéralement fixé, autrement dit lorsqu'un abus dans l'exercice de ce pouvoir est suspecté, prévenir la matérialisation de ses effets, c'est-à-dire prévenir la matérialisation du paiement, au moyen d'une mise sous séquestre des sommes dues, doit également permettre d'éviter au cocontractant de subir un préjudice matériel.

Si la saisine du juge des référés pour obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé doit permettre de prévenir l'apparition ou l'aggravation d'un préjudice matériel chez le cocontractant et doit, par la même occasion, faciliter la suppression des conséquences juridiques et matérielles de cet exercice irrégulier, cette saisine du juge des référés présente, également, d'autres intérêts.

529. Épuiser le contentieux.- Un autre avantage lié au prononcé, en référé, d'une mesure destinée à suspendre les effets d'un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé, réside en ce qu'une telle décision est susceptible d'épuiser le contentieux entre les parties². La pratique du

¹ Pour éviter la matérialisation des effets de la rupture, le juge des référés ordonne généralement la poursuite des effets du contrat. Le prononcé d'une telle mesure n'est pas rare. Un bel exemple en est donné par l'arrêt « Trésis » (Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 185) dans le cadre duquel le juge des référés a pu ordonner, à titre conservatoire, la poursuite temporaire d'un contrat d'assurance irrégulièrement rompu. (Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, v. : *infra*, n° 537, p. 651 et s.). Un praticien spécialisé dans le contentieux des contrats de distribution a également pu montrer que le juge des référés n'hésitait pas à suspendre, dans ce type de contrats, les effets d'une rupture unilatérale irrégulière et à ordonner la reprise de l'exécution. Par exemple, dans une espèce où n'avait pas été respectée la procédure de mise en œuvre d'une clause résolutoire et, plus précisément, où avait été méconnu le délai prévu entre la mise en demeure et la notification de la décision de résolution, le juge des référés a pu suspendre les effets de l'acte de rupture et ordonner la reprise de l'exécution du contrat irrégulièrement résilié (v. : CA Paris, 14^{ème} ch. B, 3 novembre 1988). Pour rester dans le cadre de la clause résolutoire, le juge des référés a également pu suspendre les effets d'une clause résolutoire invoquée de mauvaise foi et ordonner le maintien du contrat (v. : CA Paris, 14^{ème} ch. A, 3 février 1993). (Pour de telles observations, v. : Ch. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005/1, p. 109 et s., spéc., p. 111).

² Cet effet d'épuisement du contentieux, s'il constitue une conséquence pratique du référé, semble apparaître plus nettement en cas de décision de suspension des effets produits par un pouvoir contractuel qu'en cas de décision de suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le *potentior* peut être amené à réengager cette procédure ou à reprendre celle-ci une fois l'irrégularité corrigée, ce qui n'est pas véritablement de nature à épuiser le contentieux entre les parties. En revanche, une décision de suspension des effets produits par un pouvoir contractuel au terme de sa procédure de mise en œuvre, peut être dotée d'un impact psychologique plus important et dissuader

référé montre, en effet, que certaines décisions rendues par cette juridiction sont dotées d'une « efficacité définitive »¹, et ce, notamment dans le contentieux des affaires². Autrement dit, la saisine du juge des référés se présenterait, parfois, comme un moyen de régler définitivement un litige qui se serait noué entre les parties au sujet de la régularité des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel et ce, quand bien même la décision rendue est, par principe, provisoire. Deux facteurs semblent, alors, à même d'expliquer cet effet d'épuisement du contentieux.

Le premier est que la décision du juge des référés peut suffire à satisfaire le contractant victime de l'exercice irrégulier d'un pouvoir contractuel. Cet effet satisfaisant s'observe particulièrement dans le cadre du contentieux du contrat irrégulièrement rompu. Comme l'a notamment montré un praticien, la suspension des effets de la rupture irrégulière par une décision du juge des référés ordonnant la reprise de l'exécution en l'état ou le maintien du contrat « sur une période courte mais stratégique »³ peut suffire à satisfaire le contractant victime de la rupture qui peut donc, par la suite, refuser d'entreprendre une action au fond.

Le second facteur susceptible d'expliquer que l'ordonnance de référé puisse épuiser le contentieux entre les parties, tient au fait que celle-ci peut être dotée d'un effet dissuasif. En d'autres termes, cette décision peut avoir pour effet de décourager les parties d'introduire, ensuite, une action au fond. Cet effet dissuasif peut, d'ailleurs, toucher tant le titulaire du pouvoir que le cocontractant qui s'est plaint de sa mise en œuvre.

Le titulaire du pouvoir peut, en effet, être dissuadé de saisir les juges du fond dans l'éventualité où le juge des référés viendrait à constater que la mise en œuvre du pouvoir est de nature à créer un trouble manifestement illicite. Dans la mesure où le titulaire du pouvoir sait qu'il lui sera très difficile de remettre en cause, dans une instance au fond, l'appréciation du juge des référés qui a conclu au caractère manifestement illicite de la mise en œuvre de sa prérogative, celui-ci peut alors, effectivement, décider de se plier à la décision du juge des référés.

De son côté, le contractant qui s'est plaint de la mise en œuvre du pouvoir contractuel peut également être dissuadé de saisir les juges du fond. Dans certaines situations, il lui est en effet possible de craindre que ces derniers soient bien moins accueillants que le juge des référés⁴.

définitivement le titulaire d'une telle prérogative d'aller plus loin. Assurément, si le juge des référés qui n'est pas chargé d'un examen approfondi du droit décèle une irrégularité, le titulaire du pouvoir peut tout à fait craindre de succomber au fond, ce qui peut épuiser le contentieux.

¹ v. sur ce point : R. PERROT, « *Du "provisoire" au "définitif"* », art. préc., spéc., n° 5, p. 451-452.

² v. not. en ce sens les observations de J.-J. BOURDILLAT, *Le référé dans le contentieux des affaires*, th. Montpellier, 1996, n°1093, spéc., p. 636 : « C'est dans le contentieux des affaires que le juge des référés met le plus à mal le principe séculaire selon lequel la décision de référé est une décision provisoire [...]. Dans le contentieux des affaires, le juge s'efforce de régler le plus complètement possible les éléments du conflit, et ce, afin que les parties ne soient pas obligées de s'adresser pour un complément quelconque à une autre juridiction à l'occasion d'une autre instance ».

³ v. : Ch. BOURGEON, « *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien* », art. préc., spéc., p. 114.

⁴ Pour une telle observation, v. : Ch. BOURGEON, « *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien* », art. préc., spéc., p. 114.

Tel peut être, par exemple, le cas, dans l'hypothèse où le cocontractant se serait plaint de la résiliation brutale d'un contrat à durée indéterminée et aurait obtenu du juge du référé le maintien temporaire du contrat. Dans une telle situation, il convient d'observer que la mesure de maintien temporaire du contrat permet, d'une part, de prévenir l'apparition d'un préjudice matériel chez le cocontractant et assure, d'autre part, le respect d'un délai de préavis suffisant ce qui lui confère, ainsi, la possibilité de se retourner. Dès lors, si par la suite, les juges du fond venaient à être saisis d'une demande de réparation du préjudice causé par la rupture, ceux-ci pourraient être enclins à en refuser la réparation. En effet, ils pourraient considérer que si le cocontractant ayant bénéficié du maintien temporaire du contrat et d'un délai raisonnable pour se retourner prétend, tout de même, avoir subi un préjudice du fait de la rupture, celui-ci doit être imputé à son inertie, c'est-à-dire à sa faute.

La saisine du juge des référés pour obtenir le prononcé d'une mesure destinée à suspendre les effets d'un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé peut donc s'avérer être un moyen d'apporter une solution rapide et en pratique, le plus souvent, définitive, au litige opposant les parties. Cette décision étant à même d'épuiser, à elle seule, le contentieux relatif à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

Au regard de l'évolution générale de la pratique du référé qui tend à mettre en avant l'autonomie de cette instance, l'idée a alors pu poindre, en doctrine, de concentrer le contrôle de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels au stade du référé¹.

Il convient cependant de se méfier d'une telle proposition. Comme certains auteurs ont pu le montrer, il paraît tout à fait inopportun de confondre la tâche du juge des référés avec celle des juges du fond, et cela, en permettant au premier de rendre une décision définitive alors même qu'il n'est pas chargé d'apprécier le fond du droit². Le risque étant de mettre ici sur pied « une justice au rabais, car expéditive et sommaire »³.

Dès lors, quand bien même la décision du juge des référés serait souvent définitive en pratique, il apparaît nécessaire de toujours ménager, sur le plan théorique, la possibilité d'une saisine des juges du fond pour obtenir un examen approfondi du litige né entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

L'effet pratique « d'épuisement du contentieux » n'est toutefois pas le dernier avantage susceptible d'être procuré par une saisine du juge des référés. Le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel peut, également, avoir intérêt à saisir le juge des référés dans une optique de conciliation.

¹ v. not. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Exécution et inexécution du contrat* », art. préc., spéc., n° 26, où l'auteur, au sujet du contrôle de la mise en œuvre des pouvoirs de résolution qui est appelé à se dérouler en référé, puis au fond, estime qu'il y a « peut-être un juge de trop dans l'affaire ». L'auteur comprenant « moins quelle nécessité justifie de rajouter derrière [le contrôle du juge des référés] un contrôle du juge du fond et de lui permettre de s'épanouir en un rétablissement forcé du contrat, susceptible d'intervenir des années plus tard ».

² v. en ce sens : R. PERROT, « *Du 'provisoire' au 'définitif'* », art. préc., spéc., n° 2, p. 449, où l'auteur retient : « Une juridiction qui n'a de sens que parce qu'elle statue rapidement ne peut pas prétendre tout épuiser de façon définitive ». Adde, J. HÉRON, « *Autour du Rapport COULON* », in *États généraux de la profession d'avocat sur la réforme de la procédure civile*, Revue juridique de l'Île de France, octobre-décembre 1997, n° 48-49, Dalloz, p. 124 : « Le référé n'a été institué que pour prendre des mesures. Il épuise son utilité et sa raison d'être dans la mesure. Il ne faut pas lui demander autre chose ».

³ v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 499, spéc., p. 389.

530. **Parvenir à une conciliation.-** Comme évoqué, la saisine du juge des référés peut être le moyen de parvenir à une conciliation, c'est-à-dire de régler à l'amiable un litige qui se serait noué entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel¹. La saisine du juge des référés est donc susceptible de faire partie d'une stratégie procédurale visant à obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel, et ce, dans l'optique de les négocier.

Une telle pratique s'illustre notamment dans le cadre du contentieux du contrat irrégulièrement rompu à l'aide d'un pouvoir de résolution ou de résiliation. En effet, il a pu être observé que « le maintien du contrat ordonné par le juge des référés à titre provisoire est [...] généralement, en pratique, un moyen pour la victime de la rupture de se positionner dans la perspective d'une négociation débouchant parfois sur une poursuite amiable des relations, mais le plus fréquemment sur un accord transactionnel sur les modalités de leur cessation »².

Cette pratique qui consiste à saisir le juge des référés pour provoquer une négociation, n'est cependant pas appelée à se cantonner au contentieux du contrat irrégulièrement rompu. Il est, par exemple, tout à fait possible qu'en cas de doute sur la régularité du prix fixé unilatéralement par l'une des parties, le cocontractant insatisfait vienne à saisir le juge des référés dans l'optique de parvenir à un prix négocié. La saisine du juge des référés peut donc se trouver être, en pratique, un moyen de s'opposer à l'unilatéralisme contractuel, ce qui renforce alors l'intérêt d'une telle action.

531. **Constat.-** Le prononcé, en référé, d'une mesure destinée à suspendre les effets résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel est susceptible de procurer trois avantages qui constituent autant de raisons de solliciter celle-ci.

D'abord, le prononcé d'une telle mesure présente l'intérêt de prévenir la matérialisation des effets du pouvoir, ce qui doit, d'une part, permettre d'empêcher l'apparition ou l'aggravation d'un préjudice matériel chez le cocontractant et, d'autre part, faciliter la suppression des conséquences juridiques et matérielles de cet exercice irrégulier.

Ensuite, le prononcé d'une mesure destinée à suspendre les effets d'un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé peut s'avérer être un moyen d'apporter une solution rapide et en pratique, le plus souvent, définitive, au litige opposant les parties.

Enfin, la saisine du juge des référés peut s'avérer être le moyen de provoquer une conciliation. Autrement dit, elle peut permettre de trouver une solution amiable au litige qui se serait noué entre les parties au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, et cela, en négociant les effets résultant de la mise en œuvre d'une telle prérogative.

Dès lors que l'on perçoit l'intérêt, ou plutôt, les intérêts qu'il y a à solliciter, en référé, le prononcé d'une mesure destinée à suspendre les effets d'un pouvoir contractuel, il apparaît

¹ À propos des facteurs qui font de la juridiction des référés « le lieu privilégié de la conciliation des parties », v. : *supra*, n° 511, p. 622 et s.

² v. : Ch. BOURGEON, « *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien* », art. préc., spéc., p. 114.

naturel de se demander, par la suite, comment cette suspension peut être réalisée. Cette interrogation invitant, alors, à préciser les modalités de la suspension des effets.

§ 2 - LES MODALITÉS DE LA SUSPENSION DES EFFETS.

532. **Deux façons de procéder.**- Afin de suspendre les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, le juge des référés apparaît en mesure d'intervenir au titre de ses deux fonctions traditionnelles que sont, d'une part, sa fonction conservatoire et, d'autre part, sa fonction de police des situations manifestement illicites¹. Ces fonctions lui permettant de prononcer, respectivement, des mesures d'attente destinées à la sauvegarde des intérêts en présence et des mesures d'anticipation visant à garantir le respect de droits non-sérieusement contestables.

Cependant, avant de s'intéresser plus en détail aux modalités de cette intervention, il convient de rappeler que le juge des référés ne disposera de la possibilité de suspendre les effets d'un pouvoir contractuel que si les juges du fond disposent, eux-mêmes, de la possibilité de paralyser ces effets, c'est-à-dire d'annuler l'acte unilatéral pris par le titulaire du pouvoir. En effet, comme déjà mentionné, les pouvoirs du juge des référés ne peuvent excéder ceux des juges du fond². Dès lors, cela signifie qu'avant même de s'interroger sur la nature du fondement et de la mesure à prendre pour suspendre les effets produits par pouvoir contractuel, il convient de s'assurer de ce que les juges du fond disposent bel et bien du pouvoir d'annuler l'acte à l'origine de ces effets.

Par exemple, il n'apparaît pas possible de solliciter le juge des référés pour obtenir la suspension des effets d'un licenciement lorsque les irrégularités constatées tiennent à la procédure suivie ou à l'absence de cause réelle et sérieuse, et cela, dans la mesure où de tels manquements ne sont pas sanctionnés par la nullité. Étant donné que les irrégularités de procédure, tout comme l'absence de cause réelle et sérieuse, sont seulement sanctionnées par l'octroi de dommages-intérêts³, la jurisprudence considère, alors, de manière traditionnelle, que le juge des référés excède ses pouvoirs s'il vient à prononcer la suspension des effets du licenciement en ordonnant la réintégration du salarié dans son emploi⁴. À l'opposé, dans les cas où le licenciement est sanctionné par la nullité⁵, le juge des référés doit recouvrer la possibilité d'intervenir pour en suspendre les effets.

Lorsque le juge des référés disposera de la possibilité de suspendre les effets produits par un pouvoir contractuel, il sera possible de voir, ici encore, que cette suspension pourra être le fruit du prononcé de deux types de mesures différentes. La suspension des effets produits par

¹ Pour un exposé plus détaillé de ces deux fonctions, v. : *supra*, n° 514, p. 625 et s.

² v. : *supra*, n° 514, spéc., p. 627

³ v. : les articles L. 1235-1 à L. 1235-6 du C. trav.

⁴ v. par ex. en ce sens : Cass. soc. 9 février 1977, *Bull. civ. V*, n° 95, p. 75 ; D. 1977, p. 544 et s., note A. JEAMMAUD ; Cass. soc. 29 juin 1978, *Bull. civ. V*, n° 540, p. 404 ; JCP. G. 1979, II, n° 19135, note B. TEYSSIÉ.

⁵ La loi prévoit la nullité du licenciement, entre autres, lorsque celui-ci repose sur un motif discriminatoire (art. L. 1132-4 du C. trav.), lorsque celui-ci est prononcé pour fait de grève en l'absence de faute lourde (art. L. 2511-1 al. 3 du C. trav.), ou encore, lorsque celui-ci est prononcé à l'encontre d'un salarié victime ou témoin d'un harcèlement moral (art. L. 1152-1 à L. 1152-3 du C. trav.).

un pouvoir contractuel pouvant être ainsi, soit, le résultat du prononcé d'une mesure conservatoire (A), soit, la conséquence du prononcé d'une mesure d'anticipation (B).

A. Le prononcé d'une mesure conservatoire.

533. **Les fondements utilisables.**- Le prononcé d'une mesure conservatoire doit permettre de suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties. Pour parvenir à une telle suspension, chacun des deux fondements qui permettent d'obtenir en référé le prononcé d'une mesure conservatoire semblent en mesure d'être utilisés. Autrement dit, il semble possible de faire appel à la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile, mais aussi à la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Ces fondements permettant d'obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire, respectivement, en présence d'un différend (1) et pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent (2).

1. Mesure conservatoire en présence d'un différend.

534. **Conditions.**- Pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire permettant de suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel, il apparaît tout à fait possible de solliciter la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile. Aussi, et comme déjà évoqué, le recours à cette disposition suppose la réunion de deux conditions.

La première correspond à l'existence d'un différend entre les parties, quels que soient, d'ailleurs, sa nature, ses modalités ou son degré d'avancement. Cette conception très large du différend qui autorise l'appréhension de tout conflit pendant entre les parties¹, doit ainsi permettre de saisir le conflit qui se serait noué entre elles au sujet de la régularité des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Si la conception du différend mentionné à la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile est extrêmement large, celui-ci doit néanmoins être réel, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir été provoqué par le contractant appelé à subir les effets d'un pouvoir contractuel dans un but purement dilatoire. Autrement dit, il doit exister au moins un doute quant à la régularité des effets produits par un tel pouvoir et que ce doute soit à l'origine du différend entre les parties. Il importe cependant peu que ce doute soit plus ou moins sérieux. En effet, quand bien même il existerait une contestation sérieuse², celle-ci ne s'oppose pas au prononcé d'une mesure conservatoire³.

La seconde condition requise pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile est celle de l'urgence⁴. Pour que l'urgence soit caractérisée, le cocontractant du titulaire du pouvoir agissant

¹ v. : X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V^o *Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 50.

² C'est-à-dire quand bien même le défendeur à l'instance en référé aurait de solides arguments à faire valoir au fond.

³ v. : X. VUITTON, Juris. Class. Procédure civile, V^o *Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 39.

⁴ Pour plus de détails sur cette condition, v. : *supra*, n° 517, p. 629 et s.

en référé devra démontrer qu'il est nécessairement appelé à subir un préjudice si la suspension des effets résultant de la mise en œuvre d'un tel pouvoir n'est pas immédiatement ordonnée.

Si les conditions tenant à l'existence d'un différend et à l'urgence sont caractérisées, le juge des référés pourra donc être saisi par ledit cocontractant pour obtenir, au plus vite, le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre les effets produits par l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre du pouvoir et empêcher, ainsi, leur matérialisation.

535. Mesures envisageables.- Pour prévenir la matérialisation des effets d'un pouvoir contractuel, le prononcé de différents types de mesures conservatoires apparaît envisageable. Ces mesures, dont il n'existe, d'ailleurs, aucune liste finie, sont appelées à varier en fonction des circonstances de l'espèce et du pouvoir en question¹.

Parmi ces mesures d'attente destinées à sauvegarder les intérêts en présence le temps qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige, il est possible de compter, d'abord, les mesures d'interdiction. Par exemple, en cas de différend né entre des parties à un contrat de vente au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir de résolution par le vendeur, le juge des référés pourra, en raison de ce différend et si l'urgence est constatée, empêcher le vendeur de tirer, sur le plan matériel, les conséquences de la résolution en lui interdisant de revendre la marchandise à un tiers jusqu'à ce qu'une solution soit donnée au litige qui l'oppose à l'acheteur².

Dans la perspective de prévenir la matérialisation des effets d'un pouvoir contractuel, le juge des référés peut, ensuite, prononcer des mesures de placement sous séquestre. Par exemple, en cas de différend né relativement à la mise en œuvre d'une clause statutaire d'exclusion dans une société³, si l'urgence est constatée, le juge des référés doit pouvoir prononcer une mesure de placement sous séquestre des actions ou parts sociales de l'associé exclu, et ce, dans l'attente d'une décision tranchant la question de sa régularité sur le fond⁴. Une telle mesure de mise sous séquestre permet, alors, de prévenir la matérialisation des effets du pouvoir d'exclusion en empêchant la cession de droits sociaux qui doit intervenir consécutivement à cette décision. De même, en cas de litige relatif à la mise en œuvre du pouvoir de détermination unilatérale du prix et si l'urgence est avérée, il apparaît tout à fait concevable de saisir le juge des référés pour obtenir la mise sous séquestre des sommes dues dans l'attente d'une solution amiable ou juridictionnelle.

¹ Rappr. : J. NORMAND, « *Le juge unique et l'urgence* », art. préc., spéc., p. 25, où l'auteur, au sujet de mesures susceptibles d'être prises par le juge des référés, a pu montrer qu'il s'agit : « de dispositions pratiques, concrètes, dont la liste est pratiquement illimitée, abandonnée qu'elle est à l'imagination du juge et à son souci de découvrir en chaque circonstance la formule la plus adaptée ».

² Le prononcé d'une telle mesure se justifie, d'autant plus, lorsque le bien vendu est unique, au sens de non-fongible.

³ Les clauses statutaires d'exclusion permettent une modification du contrat organisant les rapports entre les membres du groupement par le biais de l'élimination de l'une d'entre elles, suite à une manifestation unilatérale de volonté de l'organe compétent. Comme il a été montré, elles sont ainsi le support d'un pouvoir contractuel et peuvent s'analyser comme des clauses résolutoires. Pour une telle analyse, v. : *supra*, n° 84, p. 105.

⁴ v. en ce sens : Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2002, 5^{ème} éd., n° 98 et s., ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 510, spéc., p. 396.

Enfin, le juge des référés peut même aller jusqu'à ordonner, à titre conservatoire, la prorogation temporaire des effets d'un contrat en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résiliation¹. Le prononcé d'une telle mesure permettant de suspendre les effets juridiques de la résiliation et d'éviter, de la sorte, que l'auteur de la rupture puisse en tirer les conséquences sur le plan matériel.

Bien qu'il soit possible de se fonder sur la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel, la pratique se tournera, semble-t-il, plus volontiers, vers une autre disposition du Code de procédure civile dans le cadre de laquelle l'urgence n'a pas à être démontrée pour obtenir le prononcé du même type de mesure².

2. Mesure conservatoire pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent.

536. **Conditions.-** Pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel, la pratique privilégiera, semble-t-il, le recours à la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. En effet, comme il a été constaté, cette disposition qui autorise le juge des référés à prendre des mesures conservatoires en vue de prévenir la réalisation d'un dommage imminent, ne requiert pas que soit rapportée, de manière autonome, la preuve de l'urgence³, ce qui allège le fardeau probatoire du demandeur et justifie, de la sorte, l'attrait de ce fondement.

De manière expresse, les dispositions de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile exigent seulement la démonstration de l'existence d'un dommage imminent pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire. Cela signifie qu'il appartiendrait uniquement au cocontractant de démontrer qu'il est appelé à subir, à bref délai, un dommage, si les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne sont pas immédiatement suspendus, pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre ceux-ci.

Toutefois, la condition du dommage imminent n'apparaît pas à elle seule, suffisante pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire. En effet, comme il a déjà été constaté, la prévention du dommage imminent, sur le fondement de la première branche de l'article 809

¹ La possibilité de prononcer, à titre de mesure conservatoire, la poursuite des effets d'un contrat, fut-il unilatéralement dénoncé, a été reconnue par le célèbre arrêt « Trésis » (Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 185 ; pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, v. : *infra*, n° 537, p. 651 et s.). Bien que cet arrêt ait été rendu sur le fondement de l'article 873 du CPC qui constitue le pendant de l'article 809 al. 1^{er} du même Code pour le tribunal de commerce, le prononcé d'une telle mesure conservatoire apparaît tout à fait concevable sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du CPC qui autorise le juge des référés à prendre « toutes les mesures » que « justifie l'existence d'un différend ». Le caractère extrêmement large des mesures susceptibles d'être prononcées sur le fondement de l'article 808 du CPC semble ainsi inclure la possibilité de prononcer une mesure de prorogation temporaire des effets du contrat.

² La pratique a, en effet, d'une manière générale tendance à délaissier le référé de l'article 808 du CPC au profit d'autres fondements dans le cadre desquels l'urgence n'a pas à être démontrée de manière autonome. Certains auteurs ont ainsi pu constater que le rôle du référé général de l'article 808 est « devenu non seulement subsidiaire, mais encore résiduel. La raison en est que l'éventail des mesures qui peuvent être sollicitées au moyen d'un référé spécial est aujourd'hui tellement large que le domaine d'application spécifique de l'article 808 se réduit à presque rien » (v. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 417).

³ Pour plus de détails sur ce point déjà évoqué, v. : *supra*, n° 518, p. 630 et s.

alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, suppose de rapporter la preuve du caractère illicite ou, tout du moins, potentiellement illicite, dudit dommage¹.

Assurément, dans la mesure où le juge des référés n'a pas pour mission de prévenir la réalisation de toute sorte de dommage, mais seulement de prévenir la réalisation de dommages illégitimes, le cocontractant qui désirerait obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre les effets d'un pouvoir contractuel devra, par conséquent, démontrer, non seulement l'imminence d'un dommage, mais aussi l'existence d'un doute quant à la licéité des effets produits par la mise en œuvre d'un tel pouvoir.

Cette condition d'illicéité du dommage s'illustre, d'ailleurs, très nettement dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 22 octobre 2002². En l'espèce, deux sociétés avaient conclu avec la société France Télécom des contrats « Audiotel à la durée ». En raison du non-respect par ces deux sociétés des conditions générales du contrat, la société France Télécom a mis en œuvre les clauses résolutoires stipulées dans ces contrats et s'est prévalu de leurs effets. Les deux sociétés ont alors saisi le juge des référés pour obtenir, sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, la suspension des effets de la résiliation prononcée. Déboutées de leurs demandes, ces sociétés ont, par la suite, formé un pourvoi en cassation. Ce pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation. Cette dernière approuvant le refus de la cour d'appel de suspendre les effets de la résiliation dans la mesure où le dommage imminent invoqué « n'était que la conséquence de la résiliation contractuelle » qui était « justifiée » par « les manquements délibérés » des sociétés « à leurs obligations contractuelles ».

Cet arrêt montre ainsi clairement que sur le fondement du dommage imminent, le juge des référés est appelé à porter une appréciation sur la licéité du dommage, et ce, dans la mesure où l'existence d'un dommage légitimement causé au cocontractant par la mise en œuvre d'une clause résolutoire en raison des manquements commis par ce dernier ne saurait autoriser le prononcé d'une mesure conservatoire.

La condition d'illicéité du dommage joue, alors, en quelque sorte, un rôle de « filtre », en ce qu'elle permet d'éviter que le juge des référés puisse être saisi pour prononcer la suspension des effets d'un pouvoir contractuel mis en œuvre de manière parfaitement régulière et dont lesdits effets doivent provoquer l'apparition d'un dommage légitime chez le cocontractant. Autrement dit, pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre les effets produits par un pouvoir contractuel sur le fondement du dommage imminent, encore faut-il rapporter la preuve du caractère illicite ou, du moins, l'existence d'un doute quant au caractère licite du dommage résultant de la mise en œuvre d'une telle prérogative.

Dès lors que les conditions tenant à l'existence d'un dommage imminent et au caractère illicite de ce dommage sont caractérisées, le juge des référés pourra donc prononcer une mesure conservatoire destinée à suspendre les effets produits par un pouvoir contractuel et empêcher, de la sorte, leur matérialisation.

¹ Pour plus de détails sur ce point déjà mentionné, v. : *supra*, n° 519, p. 631 et s.

² v. : Cass. com. 22 octobre 2002, n° 99-13669.

537. **Mesures envisageables.**- Les mesures conservatoires dont il sera possible de solliciter le prononcé sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile dans l'optique de suspendre les effets d'un pouvoir contractuel, vont être, ici, similaires à celles entrevues sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du même Code.

Certains auteurs ont, en effet, pu montrer que, d'une manière générale, « les mesures conservatoires destinées à prévenir la réalisation d'un dommage imminent rejoignent les mesures que justifie l'existence d'un différend, énoncées par l'article 808 du Code de procédure civile »¹. Le juge des référés pourra donc, de la même manière que sur le fondement de l'article 808, prononcer, notamment, des mesures d'interdiction et de mise sous séquestre pour suspendre les effets d'un pouvoir contractuel et prévenir, ainsi, leur matérialisation.

Au sujet des mesures susceptibles d'être ordonnées, il paraît néanmoins opportun de rappeler que c'est précisément sur le fondement de la prévention du dommage imminent qu'a été rendu le célèbre arrêt « Trésis » dans le cadre duquel la Cour de cassation a admis la possibilité de paralyser les effets d'un pouvoir de résiliation en ordonnant, à titre conservatoire, la prorogation temporaire des effets d'un contrat d'assurance².

Même s'il ne s'agissait pas du premier arrêt de la Cour de cassation ayant approuvé le prononcé, par le juge des référés, d'une mesure ordonnant le maintien forcé d'un contrat à titre conservatoire³, l'arrêt « Trésis », rendu relativement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de résiliation, a, toutefois, pu faire couler beaucoup d'encre.

Certains auteurs ont, en effet, pu affirmer que le juge des référés aurait, dans cet arrêt, outrepassé ses pouvoirs en rendant une décision incompatible avec celle des juges du fond⁴. Selon ces auteurs, le juge des référés se serait, en l'espèce, arrogé un pouvoir dont ne disposeraient pas les juges du fond : celui de neutraliser l'efficacité d'un acte de rupture parfaitement régulier.

Cette affirmation repose cependant sur deux points qui peuvent chacun être réfutés. Le premier de ces points tient à la mise en œuvre du pouvoir de résiliation et à son caractère

¹ v. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 425.

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 185 ; D. 2001, p. 256 et s., note Ch. JAMIN et M. BILLIAU ; D. 2001, p. 1137 et s., obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP G. 2001, II, n° 10506, note X. VUITTON ; RGDA 2000, p. 975 et s., comm. J. KULLMANN ; RTD civ. 2002, p. 137, obs. J. NORMAND. Les puristes feront, certes, remarquer que l'arrêt « Trésis » a été rendu sur le fondement de l'art. 873 al. 1^{er} du CPC. Mais cela n'empêche pas de l'évoquer, ici, dans un paragraphe dédié à l'article 809 al. 1^{er} du CPC car l'article 873 al. 1^{er} du CPC n'est rien d'autre que le pendant de cet article pour le tribunal de commerce.

³ v. par ex. : Cass. com. 26 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 87, p. 58 ; JCP G. 1992, II, n° 21914, comm. L. LÉVY. En l'espèce, une société chargée de la fabrication et de la livraison de pulvérisateurs automoteurs en avait refusé la livraison à son cocontractant prétextant que ceux-ci étaient nouveaux et n'entraient pas dans le cadre du contrat. Le tribunal de commerce, saisi en référé, avait ordonné, à titre conservatoire, l'exécution de l'obligation de livraison pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent. Cette ordonnance de référé fut, par la suite, confirmée en appel et par la Cour de cassation. Toutefois, il convient d'observer que cet arrêt n'a pas été rendu relativement à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, mais relativement à un refus d'exécuter, autrement dit, une inexécution volontaire.

⁴ Pour une tel constat, v. : Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « *Le juge des référés impose la poursuite des effets d'un contrat d'assurance valablement dénoncé par l'assureur* », obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, D. 2001, p. 256 et s.

prétendument régulier. Le second est relatif à la prétendue incompatibilité de la mesure prise par le juge des référés avec la sanction susceptible d'être prononcée par les juges du fond.

En ce qui concerne le premier point relatif à la mise en œuvre du pouvoir de résiliation, il est possible d'observer que si celle-ci apparaît tout à fait régulière sur le plan formel, et ce, dans la mesure où l'assureur avait dénoncé le contrat « dans les formes et délai convenus », il ne semble pas en aller de même sur le plan substantiel.

Pour le comprendre, il convient de s'intéresser aux faits de l'arrêt « Trésis ». Dans cette espèce, un assureur s'était engagé à garantir la responsabilité civile de la société « Trésis » pour les dommages que celle-ci pouvait causer dans le cadre de son activité professionnelle de prestation de services informatiques. Redoutant le bogue de l'an deux mille, l'assureur avait, un an et demi avant cette date fatidique, résilié le contrat qui l'unissait à la société « Trésis », tout en proposant, dans la foulée, à cette société, un avenant excluant de la garantie les conséquences pécuniaires de la responsabilité qui lui incomberaient du fait des dommages qui trouveraient leur origine dans un dysfonctionnement lié au codage de l'année.

Il ressort alors nettement des faits que l'assureur n'a pas mis en œuvre le pouvoir de résiliation qu'il détenait dans le but de reprendre sa liberté, ce qui correspond à la finalité objective assignée à ce pouvoir¹, mais dans une optique de renégociation du contrat et, plus précisément, afin d'éluder l'un des risques qu'il s'était engagé à couvrir.

En outre, à la lecture de l'arrêt, il apparaît que cette méconnaissance de la finalité assignée au pouvoir de résiliation a été réalisée sciemment par l'assureur, c'est-à-dire de mauvaise foi. En effet, il est possible de constater que la Cour de cassation insiste, dans ses motifs, sur le fait que l'assureur « connaissait exactement la nature de leur activité et n'ignorait pas les problèmes techniques que posait ou pourrait poser le passage à l'an deux mille ».

Autrement dit, l'assureur a, ici, sciemment méconnu la finalité assignée à son pouvoir de résiliation en l'exerçant, non pas pour préserver sa liberté et être en mesure, par la suite, de se lier avec un autre sujet de droit, mais afin d'éluder un risque qu'il connaissait et qu'il s'était engagé à garantir.

Cette méconnaissance intentionnelle de la finalité assignée au pouvoir de résiliation constitue, alors, un détournement de pouvoir², que certains commentateurs de l'arrêt ont pu qualifier de méconnaissance de « l'esprit » du pouvoir de résiliation³. Avec la présence d'un détournement de pouvoir, on retrouve donc la condition d'illicéité nécessaire au prononcé d'une mesure conservatoire sur le fondement de la première branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile. Condition qui n'a pas été perçue par les auteurs qui se sont arrêtés à l'examen de la régularité formelle de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation.

Pour autant, le constat de l'existence d'un détournement de pouvoir autorise-t-il le juge des référés à suspendre temporairement les effets de la résiliation en ordonnant, à titre de mesure conservatoire, le maintien forcé du contrat pour une certaine durée ? Cette interrogation invite

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 299, spéc., p. 328.

² Au sujet du détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 460, p. 530 et s.

³ v. not. en ce sens : D. MAZEAUD, « *Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale abusive* », D. 2001, p. 1137 et s., où l'auteur constate que dans l'arrêt « Trésis », « le lien contractuel a été unilatéralement anéanti par une des parties conformément à la lettre du contrat », mais contrairement à son « esprit » ; J. KULLMANN, « *La sanction d'une résiliation illicite* », RGDA 2000, p. 975 et s.

à se tourner vers le second point de discordance lié à l'arrêt « Trésis » qui est relatif à la prétendue incompatibilité de la mesure prise par le juge des référés avec la sanction susceptible d'être prononcée par les juges du fond.

Pour savoir si la mesure ordonnée par le juge des référés est ici incompatible avec celle susceptible d'être prononcée par les juges du fond, il convient, bien évidemment, de chercher à identifier la sanction susceptible d'être prononcée par ces derniers en cas de détournement de pouvoir. Il s'avère que la sanction traditionnelle du détournement de pouvoir est la nullité de l'acte juridique pris en vertu d'une telle prérogative¹. Autrement dit, ici, en cas de détournement du pouvoir de résiliation, l'acte de rupture irrégulier doit être considéré comme nul. Cette nullité de l'acte de rupture irrégulier, qui est occultée par les analyses menées uniquement en termes de responsabilité, permet donc d'expliquer que les parties sont encore liées par le contrat dans la mesure où ledit acte de rupture n'a pas pu produire ses effets.

En conséquence, la partie qui a mis en œuvre le pouvoir de résiliation et qui, se prétendant libérée, refuse d'exécuter ses obligations alors qu'elle est toujours liée, se trouve, en réalité, dans une situation d'inexécution fautive. Dans une telle situation, les sanctions de l'inexécution retrouvent leur empire. Cela signifie que les juges du fond peuvent notamment ordonner l'exécution forcée en nature du contrat irrégulièrement rompu s'il n'existe aucune impossibilité matérielle ou morale au prononcé d'une telle sanction.

Dès lors, dans l'arrêt « Trésis », le prononcé par le juge des référés d'une mesure ordonnant, à titre de mesure conservatoire, le maintien forcé du contrat pour une certaine durée, n'apparaît pas incompatible avec la décision susceptible d'être rendue par les juges du fond car ces derniers sont, eux-mêmes, en mesure d'ordonner l'exécution forcée en nature du contrat suite à la mise en évidence d'un détournement du pouvoir de résiliation.

Aussi et plus largement, il semblerait que le prononcé d'une telle mesure par le juge des référés soit envisageable chaque fois que l'acte de rupture irrégulier peut se voir, au fond, sanctionné par la nullité et que l'exécution forcée en nature est susceptible d'être ordonnée². Lorsque de telles conditions sont réunies, le maintien temporaire des effets du contrat à titre conservatoire est ainsi appelé à faire partie de l'arsenal du juge des référés.

538. Constat.- Pour obtenir le prononcé d'une mesure conservatoire destinée à suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel, et ce, dans l'optique de prévenir leur matérialisation, il apparaît ainsi possible de faire appel tant à la seconde branche de l'article

¹ Au sujet de la sanction du détournement de pouvoir, v. : *infra*, n° 585 et s., p. 741 et s.

² Par exemple, en cas de détournement du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier l'acte de rupture doit être sanctionné par la nullité. Si l'exécution forcée de l'obligation résolue est possible, le juge des référés doit pouvoir prononcer, à titre conservatoire, le maintien temporaire des effets du contrat.

Une telle analyse doit permettre, semble-t-il, de justifier le prononcé par le juge des référés d'une mesure ordonnant, à titre conservatoire, la prorogation temporaire des effets d'un contrat résilié brutalement, c'est-à-dire sans respecter un délai de préavis suffisant. En effet, si l'on considère que l'écoulement d'un délai constitue un moyen permettant de consommer l'exercice d'un pouvoir de résiliation (sur ce point, v. : *supra*, n° 313, p. 341) et vient, de la sorte, se présenter comme une condition de validité de la rupture, le non-respect de ce délai, qui correspond alors à un dépassement de pouvoir, doit être sanctionné par la nullité. Le prononcé, en référé, d'une mesure ordonnant, à titre conservatoire, le maintien temporaire des effets du contrat, ne serait, dès lors, pas incompatible avec la décision des juges du fond qui doivent ainsi disposer du pouvoir d'annuler cet acte de rupture et d'ordonner l'exécution forcée en nature du contrat, sauf cas d'impossibilité matérielle, juridique ou morale.

808 du Code de procédure civile, qu'à la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code.

L'utilisation de ces dispositions repose, cependant, sur des conditions différentes. En effet, le recours à la seconde branche de l'article 808 suppose, d'une part, de rapporter la preuve de l'existence d'un différend entre les parties au sujet, ici, de la régularité des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel et, d'autre part, de prouver l'urgence. De son côté, l'utilisation de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} requiert de rapporter la preuve d'un dommage imminent résultant, ici, de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, mais aussi, du caractère potentiellement illicite de ce dommage, sans pour autant exiger la démonstration de l'urgence, ce qui, en pratique, invite naturellement à privilégier ce fondement.

Bien que les conditions de mise en œuvre de chacune de ces dispositions soient différentes, celles-ci autorisent le prononcé des mêmes mesures conservatoires. Au nombre de ces mesures conservatoires, il a ainsi pu être constaté que le juge des référés pouvait être amené à prononcer des mesures faisant interdiction au titulaire d'un pouvoir contractuel de tirer les conséquences de la mise en œuvre de sa prérogative sur le plan matériel. À ces mesures s'ajoutent les mesures de mise sous séquestre qui doivent permettre de prévenir la matérialisation des effets d'un pouvoir contractuel, sans oublier la possibilité d'ordonner le maintien temporaire des effets d'un contrat en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résiliation.

Ces mesures conservatoires qui permettent de suspendre les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel peuvent, comme toutes les mesures conservatoires, être ordonnées même en présence d'une contestation sérieuse, c'est-à-dire même si la solution du litige qui oppose les parties au sujet de la régularité des effets produits n'apparaît pas avec évidence. Si la solution du litige qui oppose les parties apparaît avec évidence, autrement dit, s'il n'existe pas de contestation sérieuse, le juge des référés pourra, certes, toujours prononcer une mesure conservatoire, mais il pourra également intervenir sur un autre fondement pour suspendre les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. La suspension des effets produits par un pouvoir contractuel pouvant, alors, être la conséquence du prononcé d'une mesure d'anticipation.

B. Le prononcé d'une mesure d'anticipation.

539. **Les fondements utilisables.-** Lorsqu'il apparaît avec évidence que les effets produits par un pouvoir contractuel sont irréguliers, autrement dit, dans la situation où la solution du litige opposant les parties ne souffre aucune contestation sérieuse, le juge des référés est autorisé à intervenir au titre de sa fonction de police des situations manifestement illicites. Au titre de cette fonction, le juge des référés pourra prononcer des mesures d'anticipation, qui pourront, par exemple, prendre la forme de mesures de remise en état ou consister en l'octroi d'une provision, et cela, dans l'optique de garantir le respect de droits non-sérieusement contestables du cocontractant.

Plusieurs fondements semblent alors s'offrir au juge des référés pour prononcer de telles mesures qui auront, ici, pour conséquence de paralyser, c'est-à-dire de suspendre, les effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Parmi ces fondements, il est possible de compter, bien évidemment, la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile. Bien qu'il soit théoriquement possible de se fonder sur la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile pour obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation, la pratique tend, cependant, à délaisser ce fondement en raison de la nécessité de rapporter la preuve de l'urgence.

En présence d'une irrégularité manifeste, il semblerait que la pratique ait plutôt tendance à se tourner vers le fondement du trouble manifestement illicite, c'est-à-dire vers la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile, et ce, dans la mesure où ce fondement ne requiert pas que soit rapportée la preuve de l'urgence¹. En d'autres termes, il sera possible de voir que les effets produits par un pouvoir contractuel peuvent se trouver être paralysés pour faire cesser un trouble manifestement illicite (1). Mais ce n'est pas tout, car dans l'optique d'obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé et de prévenir, ainsi, leur matérialisation, la pratique n'hésite également pas à solliciter les dispositions de l'alinéa second de l'article 809 du Code de procédure civile, c'est-à-dire de faire appel au référé-injonction et au référé-provision (2).

1. Mesure d'anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

540. **Conditions.-** Dans l'hypothèse où le caractère irrégulier des effets produits par un pouvoir contractuel se manifesterait avec évidence, le juge des référés peut tout à fait avoir recours à la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui résulterait de la mise en œuvre d'une telle prérogative.

En effet, les contours extrêmement larges de la notion de trouble manifestement illicite qui désigne « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »² doivent, semble-t-il, permettre de saisir toute méconnaissance évidente des règles de fond et de procédure qui enserment la mise en œuvre des pouvoirs contractuels³. Cette méconnaissance évidente des règles qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels conduisant, alors, à voir les effets produits par ces prérogatives comme étant à l'origine d'un trouble manifestement illicite.

¹ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 83 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 juillet 1997, n° 95-21483.

² v. : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T. III, *Procédure de première instance*, *op. cit.*, n° 1289.

³ Comme il a été montré (v. : *supra*, n° 508, p. 617 et s.), lorsqu'un différend viendra se nouer entre les parties au sujet de la régularité des effets produits par la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, ce différend aura pour support l'acte juridique portant notification de la décision de mise en œuvre effective dudit pouvoir. Ce différend pourra alors trouver sa source, au fond, soit, dans les irrégularités formelles qui l'affectent, soit, dans les irrégularités qui entachent la jouissance ou l'exercice du pouvoir en vertu duquel ledit acte a été élaboré. Mais le différend en question pourra aussi puiser sa source dans les irrégularités qui ont entaché la procédure ayant abouti à l'édictation d'un tel acte. En effet, il ne faut pas oublier qu'en qualité de point d'aboutissement d'une procédure, la régularité de l'acte portant notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir est également conditionnée par la régularité de la procédure antérieurement suivie.

Dans une telle situation où il ne saurait exister de contestation sérieuse au sujet du caractère irrégulier des effets produits, puisque ceux-ci se présentent comme « manifestement illicites »¹, le juge des référés est notamment autorisé à prononcer des mesures d'anticipation² pour faire cesser le trouble qui serait causé par la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel³.

Ces mesures d'anticipation, destinées à faire respecter les droits non-sérieusement contestables du cocontractant, vont certes, ici, tout comme les mesures conservatoires, provoquer la suspension des effets produits par le pouvoir contractuel dont la mise en œuvre est litigieuse. Néanmoins, de telles mesures qui, comme leur nom l'indique, autorisent le juge des référés à anticiper sur décision des juges du fond en tirant les conséquences des effets ou d'une partie des effets de la de la règle substantielle applicable aux données de l'espèce⁴, vont permettre audit juge des référés d'aller plus loin que ce que permettent les mesures conservatoires⁵.

Par exemple, en cas de mise en œuvre manifestement irrégulière d'un pouvoir de résiliation, le juge des référés pourra ne pas simplement se contenter de prononcer une prorogation temporaire des effets du contrat à titre conservatoire, mais prononcer une mesure de remise en état ordonnant la reprise de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales.

La Cour de cassation a notamment validé le prononcé d'une telle mesure de remise en état dans un arrêt rendu par sa chambre commerciale en date du 3 décembre 1991⁶. En l'espèce, une banque avait brutalement révoqué une ouverture de crédit consentie à une société, ce qui avait provoqué le rejet d'un chèque émis par cette dernière, mais aussi conduit à l'interdiction

¹ Au sujet de cette idée selon laquelle la caractéristique manifestement illicite du trouble est inconciliable avec l'existence d'une contestation sérieuse, v. not. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 426

² Le juge des référés est, en effet, seulement autorisé à anticiper sur la décision des juges du fond en l'absence de contestation sérieuse, autrement dit lorsque la solution du litige apparaît avec évidence. v. sur ce point : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 81.

³ Il convient toutefois de préciser que si le juge des référés est autorisé à prendre des mesures d'anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite, cela ne signifie pas, pour autant, qu'il soit nécessairement tenu de prendre un tel type de mesure. En effet, en qualité de juge d'une situation, le juge des référés apprécie souverainement la mesure qui s'impose pour mettre un terme à un trouble manifestement illicite qui résulterait, ici, de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Dès lors, la mesure qu'il sera amené à prononcer se rapprochera, parfois, plus d'une mesure conservatoire que d'une mesure d'anticipation.

En guise d'illustration, il est possible de faire allusion au fameux arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 juillet 1992 dans le cadre duquel fut validée la décision du juge des référés de suspendre les effets de la résolution d'un groupement d'intérêt économique ayant prononcé l'exclusion de l'un de ses membres sans que ce dernier ait bénéficié d'aucune information préalable à ce sujet ni du droit de s'exprimer (v. : Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 p. 183, préc.). Pour faire cesser le trouble manifestement illicite constitué par la méconnaissance flagrante des règles de procédure devant aboutir au prononcé de la mesure d'exclusion, le juge des référés a pu décider d'en suspendre les effets dans l'attente d'une décision sur sa validité, ce qui ressemble davantage à une mesure conservatoire qu'une mesure d'anticipation. Le juge des référés n'est, en effet, pas allé jusqu'à tirer les conséquences de cette irrégularité en ordonnant la réintégration du membre exclu, c'est-à-dire en ordonnant l'exécution forcée du contrat. *Adde*, Cass. com. 29 janvier 2008, n° 07-10797, où la Cour de cassation a validé la décision du juge des référés de prononcer la suspension des effets de la résolution d'un GIE ayant prononcé l'exclusion de l'un de ses membres en raison du trouble manifestement illicite constitué par la violation de la procédure prévue par le règlement intérieur.

⁴ Pour une telle définition des mesures d'anticipation, v. : J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 409

⁵ Ces dernières étant simplement destinées à geler la situation le temps qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties.

⁶ v. : Cass. com. 3 décembre 1991, n° 90-13714, *Rev. Banque* 1992, p. 734, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

pour elle d'en émettre de nouveaux. Pour faire cesser le trouble manifestement illicite causé par la résiliation brutale du contrat, le juge des référés avait alors ordonné le maintien du découvert en compte, autrement dit la reprise de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales.

Bien que cette décision fut approuvée par la Cour de cassation, certains pourraient, ici encore, objecter que le juge des référés a outrepassé ses pouvoirs en rendant une décision incompatible avec celle des juges du fond car ceux-ci ne peuvent annuler les effets d'une résiliation.

Une telle objection peut être écartée dès lors que l'on considère que l'écoulement d'un délai, autrement dit le respect d'un préavis, se présente comme un moyen permettant de consommer l'exercice d'un pouvoir de résiliation¹ et constitue, de la sorte, une condition de validité de l'acte de rupture. En effet, si le respect d'un délai de préavis constitue un moyen permettant de consommer l'exercice d'un pouvoir de résiliation et vient, de la sorte, se présenter comme une condition de validité de la rupture, le non-respect de ce délai, qui correspond alors à un dépassement de pouvoir, doit, au fond, conduire au prononcé de la nullité de l'acte de rupture². Les juges du fond doivent ainsi disposer de la possibilité d'annuler cet acte de rupture, puis, d'ordonner l'exécution forcée en nature du contrat, sauf en cas d'impossibilité matérielle ou morale. De la sorte, la décision du juge des référés de suspendre les effets de la rupture et d'anticiper sur la décision des juges du fond en ordonnant la reprise de l'exécution du contrat n'apparaît pas incompatible avec la sanction susceptible d'être prise par ces derniers puisque ceux-ci doivent être en mesure de parvenir au même résultat.

L'intervention du juge des référés sur le fondement de la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile doit donc permettre de suspendre les effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé et, ce faisant, de prévenir ou de faire cesser leur matérialisation en mettant un terme au trouble manifestement illicite qu'ils étaient de nature à causer³.

Les dispositions de cet article ne sont cependant pas les seules qui doivent autoriser le juge des référés à prendre des mesures d'anticipation permettant de provoquer la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel et de prévenir, ou de faire cesser, leur matérialisation.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 313, p. 341 et s.

² Au sujet de la sanction du dépassement de pouvoir, v. : *infra*, n° 566 et s., p. 691 et s.

³ Si, dans le cadre de cette analyse, il était question d'une intervention du juge des référés destinée à faire cesser le trouble manifestement illicite causé par les effets d'un pouvoir contractuel, il convient néanmoins de préciser que le juge des référés pourra également intervenir pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui serait causé, non pas les effets produits par un pouvoir contractuel, mais par le procédé qui doit conduire à leur matérialisation. Tel sera notamment le cas lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel aura commis une voie de fait pour obtenir la matérialisation des effets de l'exercice de sa prérogative.

En guise d'illustration, il est possible de faire allusion à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation dans le cadre duquel une clinique qui prétendait avoir régulièrement résilié le contrat qui l'unissait avec un médecin, avait, « sans autorisation de quiconque, sans préavis et par surprise », transféré le service dudit médecin et ses malades dans d'autres locaux que ceux conventionnellement mis à sa disposition. Ici, la Cour de cassation a pu approuver la décision du juge des référés qui, sans se prononcer sur la régularité des effets produits par l'exercice du pouvoir de résiliation, avait ordonné la réintégration du médecin dans les locaux originellement mis à sa disposition pour faire cesser la voie de fait commise par la clinique génératrice d'un trouble manifestement illicite (v. : Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1978, *Bull. civ.* I, n° 384, p. 299).

2. *Mesure d'injonction ou d'octroi d'une provision.*

541. **La suspension des effets par la voie du référé-injonction.**- Afin d'obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé et, ainsi, prévenir ou faire cesser leur matérialisation, il apparaît tout à fait possible de solliciter les dispositions du second alinéa de l'article 809 du Code de procédure civile au rang desquelles on trouve, en premier lieu, le référé-injonction.

Toutefois, avant de s'intéresser au rôle que peut avoir le référé-injonction en matière de pouvoirs contractuels, il convient de rappeler que celui-ci permet au juge des référés d'ordonner l'exécution d'une obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire. Aussi, étant donné qu'une telle mesure vient anticiper sur la décision des juges du fond, son prononcé requiert-il, comme pour toutes les mesures d'anticipation, l'absence de contestation sérieuse. Cette condition qui est, d'ailleurs, la seule exigée pour bénéficier des dispositions du second alinéa de l'article 809 du Code de procédure civile¹, y est expressément évoquée via la référence à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable².

Le référé-injonction qui permet donc de contraindre le débiteur à exécuter ses obligations lorsqu'il n'existe aucun doute quant à leur existence, pourra venir trouver toute son utilité en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel destiné à provoquer la disparition desdites obligations. Autrement dit, le référé-injonction pourra être utilisé, par exemple, en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de résolution ou de résiliation.

En effet, dans les hypothèses où l'irrégularité commise à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir de résiliation ou de résolution est manifeste et empêche ces derniers de provoquer la disparition du lien d'obligation³, l'existence dudit lien d'obligation n'apparaît, dès lors, pas sérieusement contestable. Le juge des référés pourra donc, ici, être autorisé à anticiper sur la décision des juges du fond en ordonnant à la partie qui se prétendait libérée, suite à la mise en œuvre d'un pouvoir de résolution ou de résiliation, d'exécuter son obligation. L'ordre ainsi donné aura pour conséquence de paralyser les effets produits par le pouvoir irrégulièrement mis en œuvre et permettra de prévenir, ou de faire cesser, leur matérialisation, via la reprise de l'exécution du contrat.

Les dispositions du second alinéa de l'article 809 du Code de procédure civile dédiées au référé-injonction sont donc susceptibles d'être utilisées pour provoquer la paralysie des effets produits par un pouvoir contractuel et, de la sorte, prévenir ou faire cesser leur matérialisation. Bien que les dispositions dédiées au référé-injonction soient appelées à subir la concurrence des

¹ L'urgence n'a donc pas à être prouvée sur ce fondement.

² Comme l'a observé M. VUITTON (v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 42) « même en des termes différents, la notion de contestation sérieuse se manifeste ainsi sur ce fondement [celui du second alinéa de l'art. 809 du CPC] ».

³ La sanction du défaut de pouvoir, tout comme celle du dépassement et du détournement de pouvoir, appliquée aux pouvoirs de résolution et de résiliation doit conduire à la nullité de l'acte unilatéral de rupture. (Au sujet de ces sanctions, v. : *infra*, respectivement, n°, 550 et s. p. 670 et s., n° 567 et s., p. 691 et s. et n° 585 et s., p. 741 et s.). La question de la nature de la sanction de l'abus par déloyauté est plus délicate (v. *infra*, n° 577 et s., p. 721 et s.).

dispositions consacrées au trouble manifestement illicite¹, leur utilité apparaît confirmée en pratique. Comme certains auteurs ont, en effet, pu le constater, la référence au référé-injonction tend de plus en plus à se développer lorsqu'une partie vient à agir en référé pour réclamer la reprise de l'exécution d'un contrat abusivement rompu².

Si l'utilité du référé-injonction apparaît indéniable, l'alinéa second de l'article 809 du Code de procédure civile offre également une autre disposition qui doit permettre de provoquer la suspension des effets résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

542. La suspension des effets par la voie du référé-provision.- Pour obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé, il est envisageable de se tourner, en second lieu, vers le référé-provision.

Ici encore, avant de s'intéresser à l'utilisation de ce référé en matière de pouvoirs contractuels, il convient de préciser, qu'en octroyant une provision, le juge des référés vient anticiper sur la décision des juges du fond³. Dès lors, cela signifie que l'octroi d'une provision requiert l'absence de contestation sérieuse, et, plus précisément, comme le rappelle l'alinéa second de l'article 809 du Code de procédure civile, l'existence d'une obligation non sérieusement contestable. D'ailleurs, et de la même manière que pour le référé-injonction, cette condition est la seule exigée dans le cadre du référé-provision⁴.

En matière de pouvoirs contractuels, le référé-provision va alors se montrer particulièrement utile pour provoquer la neutralisation des pouvoirs dont la mise en œuvre a pour effet de suspendre l'exécution d'une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent.

¹ En effet, il semblerait que, bien souvent, des mesures d'injonction soient ordonnées pour faire cesser un trouble manifestement illicite. M. VUITTON a ainsi pu se demander « si, en pratique, ce qui pourrait relever du référé-injonction ne se trouve pas intégré plus ou moins volontairement au trouble manifestement illicite et de l'article 809, alinéa 1er, du CPC » (v. : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., spéc., n° 47).

Pour illustrer ce phénomène, il est possible de faire allusion à un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix en Provence en date du 22 janvier 2004. Dans cette espèce, une société avait rompu unilatéralement la convention de collaboration qui l'unissait à une SCP depuis près de vingt ans, par simple affichage d'une note de service prenant effet un mois plus tard. La SCP avait alors saisi la juridiction des référés qui avait pu retenir qu'en mettant fin brusquement et unilatéralement au contrat, sans aucun préavis ni notification individuelle et sans avoir eu recours à la procédure de conciliation préalable instituée par la convention, la société était à l'origine d'un trouble manifestement illicite, et cela, d'autant plus qu'aucune violation avérée suffisamment grave n'était imputable à la SCP. L'ordonnance de référé qui fut, par la suite, confirmée en appel, avait fait injonction à la société de mettre un terme à ce trouble en respectant les contrats unilatéralement rompus, sous astreinte de cinq cent euros par infraction constatée. Ici, il est ainsi possible de voir qu'une mesure d'injonction a été prononcée sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 809 du CPC pour faire cesser un trouble manifestement illicite, ce qui illustre le phénomène décrit par l'auteur précité.

² v. : *Droit et pratique de la procédure civile 2017-2018*, sous la dir. de S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 125-351.

³ v. not. en ce sens : X. VUITTON, *Juris. Class. Procédure civile, V° Référés, Conditions générales des pouvoirs du juge des référés, Fonctions du juge des référés*, Fasc. préc., n° 42, où l'auteur constate que lorsque le juge des référés octroie une provision, celui-ci intervient « dans sa fonction d'anticipation ». *Adde*, J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 409, qui rangent l'octroi d'une provision parmi les mesures d'anticipation.

⁴ L'urgence n'a notamment pas à être prouvée dans le cadre du référé-provision. Retenant l'autonomie de l'article 809 du CPC par rapport à l'article 808 du même Code, la Cour de cassation a ainsi pu décider que l'octroi d'une provision sur le fondement du premier de ces articles était seulement soumis à la condition du caractère non sérieusement contestable de l'obligation, à l'exclusion de toute autre condition, telle que, par exemple, l'urgence (v. not. : Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1976, *Bull. civ.* I, n° 330 ; Cass. 3^{ème}, 6 décembre 1977, *Bull. civ.* III, n° 428).

Ainsi, par exemple, le référé-provision a pu être utilisé pour suspendre les effets d'une mise à pied disciplinaire dont le prononcé était manifestement irrégulier¹. En effet, dans l'hypothèse où une telle sanction apparaît manifestement irrégulière, la créance de salaire correspondant à la période de suspension n'apparaît pas sérieusement contestable, ce qui autorise l'octroi d'une provision. Dans une telle situation, l'octroi d'une provision sur les salaires qui auraient dû être versés permet de suspendre les effets du pouvoir de sanction irrégulièrement exercé et de prévenir, ou de faire cesser, leur matérialisation.

543. **Conclusion du Chapitre I.-** À l'issue de ces développements, il semblerait que l'on dispose d'une image plus précise de l'éventail de mesures qui s'offre au juge des référés pour neutraliser la mise en œuvre des pouvoirs contractuels lorsque celle-ci s'avèrerait être irrégulière. Cette image a pu être obtenue en cherchant à identifier la nature des différentes mesures susceptibles d'être ordonnées à chacun des deux stades du processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

Pour rappel, ces deux stades s'articulent autour d'un critère chronologique fondamental qui est celui de la production de ses effets par le pouvoir, ce qui correspond à l'instant où le cocontractant reçoit notification de la décision du titulaire du pouvoir de se prévaloir des effets de sa prérogative. Ce critère chronologique conduisant, alors, à distinguer une période temporelle précédant la notification de la décision de mise en œuvre effective du pouvoir et une période temporelle suivant ladite notification.

Antérieurement à la notification de la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, autrement dit, au stade de la procédure de mise en œuvre d'une telle prérogative, le juge des référés pourra intervenir pour prononcer des mesures destinées à en suspendre le cours.

Certes, l'intervention du juge des référés qui doit, ici, permettre prévenir la production des effets du pouvoir et favoriser la conciliation entre les parties, est susceptible d'être limitée par certains facteurs. Comme constaté, ces facteurs tiennent, notamment, à l'encombrement de la juridiction des référés, à l'inertie du contractant, mais aussi, à la non inscription dans le temps du processus de mise en œuvre de certains pouvoirs, ou encore, à la limite des pouvoirs du juge des référés qui ne peut suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel si le juge du fond ne dispose pas lui-même de la possibilité d'annuler cette procédure.

Toujours est-il que lorsque ces obstacles ne se dresseront pas sur la route qui conduit jusqu'au juge des référés, ce dernier aura la possibilité de provoquer la suspension de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels en prononçant deux types de mesures différentes.

D'une part, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourra être le résultat du prononcé d'une mesure conservatoire destinée à en arrêter

¹ v. par ex. : Cass. soc. 18 juillet 2000, *Bull. civ. V*, n° 290, p. 229, où l'autorisation de licencier ayant été refusée par l'inspecteur du travail, la mise à pied devait être annulée de plein droit. Dès lors, doit être cassé l'arrêt ayant rejeté la demande formée en référé de paiement d'une provision sur les salaires correspondant à la période de mise à pied. *Adde*, Cass. soc. 18 juin 1997, *Bull. civ. V*, n° 225, p. 164 et Cass. soc. 24 octobre 1997, *Bull. civ. V*, n° 334, p. 239.

temporairement le cours jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties. Une telle mesure, dont le prononcé est envisageable même en présence d'une contestation sérieuse, sera susceptible d'être ordonnée, soit, sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile qui permet, en cas d'urgence, de prendre toute mesure que justifie l'existence d'un différend, soit, sur le fondement de la première branche de l'article 809 al. 1^{er} du même Code qui permet de prendre des mesures destinées à prévenir la réalisation d'un dommage imminent.

D'autre part, la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourra être suspendue suite au prononcé d'une mesure d'anticipation. Ces mesures qui, certes, doivent permettre de suspendre la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel en cas d'irrégularité, mais surtout, d'aller plus loin que les simples mesures conservatoires en ordonnant, par exemple, au titulaire d'une telle prérogative de remettre les choses dans leur état initial ou de régulariser ladite procédure en cours, ne pourront, toutefois, être prononcées qu'en l'absence de contestation sérieuse. En outre, pour obtenir le prononcé de telles mesures, il sera possible de solliciter, soit, la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile qui autorise le juge des référés, en cas d'urgence, à prendre toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, soit, la seconde branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code qui permet au juge des référés de prendre des mesures destinées à faire cesser un trouble manifestement illicite.

Postérieurement à la notification de la décision de mise en œuvre effective d'un pouvoir contractuel, autrement dit, à compter du moment où une telle prérogative est appelée à produire ses effets, le juge des référés pourra intervenir pour prononcer des mesures destinées à provoquer la suspension desdits effets. Ces mesures, dont le prononcé aura pour principal intérêt de prévenir la matérialisation des effets du pouvoir¹, pourront, ici encore, prendre la forme de mesures conservatoires ou de mesures d'anticipation.

Parmi les mesures conservatoires que le juge des référés pourra prononcer pour suspendre temporairement les effets produits par un pouvoir contractuel et, ainsi, geler la situation sur le plan matériel, il est possible de compter, notamment, les mesures de mise sous séquestre. À celles-ci s'ajoutent les mesures faisant interdiction au titulaire d'un pouvoir contractuel de tirer les conséquences de la mise en œuvre de sa prérogative sur le plan matériel, sans oublier la possibilité d'ordonner le maintien temporaire des effets d'un contrat en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résiliation.

Comme toutes les mesures conservatoires, leur prononcé pourra être obtenu soit sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile, soit, sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code.

De plus, à l'instar de toutes les mesures conservatoires, celles-ci pourront être ordonnées même en présence d'une contestation sérieuse, c'est-à-dire même si la solution du litige qui oppose les parties au sujet de la régularité des effets produits n'apparaît pas avec évidence. Bien entendu, dans l'éventualité où la solution apparaîtrait avec évidence, autrement dit, dans

¹ La saisine du juge des référés pour obtenir la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé peut également s'avérer être un moyen d'épuiser le contentieux entre les parties ou de provoquer une conciliation. À propos de ces différents intérêts, v. : *supra*, n° 510, p. 620 et s.

l'hypothèse où il n'existerait pas de contestation sérieuse, le juge des référés disposera toujours de la possibilité de prononcer de telles mesures conservatoires. Mais il pourra également provoquer la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel en ayant recours à des mesures d'anticipation.

Ces mesures d'anticipation qui ne se contentent pas simplement, comme les mesures conservatoires, de geler temporairement la situation jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties, pourront notamment être prononcées sur le fondement de la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile dédié à la cessation du trouble manifestement illicite. Comme il a été montré, par exemple, en cas de mise en œuvre manifestement irrégulière d'un pouvoir de résiliation, le juge des référés pourra ne pas simplement se contenter d'une mesure conservatoire destinée à proroger temporairement les effets du contrat, mais il lui sera possible de prononcer une mesure de remise en état ordonnant la reprise de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales, et ce, afin de faire cesser le trouble manifestement illicite causé par la rupture.

En sus des dispositions dédiées au trouble manifestement illicite, il apparaît possible de faire appel aux dispositions de l'alinéa second de l'article 809 du Code de procédure civile consacrées au référé-injonction et au référé-provision pour provoquer la suspension des effets produits par un pouvoir contractuel irrégulièrement exercé.

Le référé-injonction pourra être opportunément sollicité pour neutraliser les effets d'un pouvoir de résolution ou de résiliation mis en œuvre de manière manifestement irrégulière. Assurément, l'injonction faite à la partie qui se prétendait libérée, d'exécuter ses obligations, doit permettre de paralyser les effets d'une résiliation ou d'une résolution irrégulière.

Quant au recours au référé-provision, celui-ci pourra s'avérer être utile lorsqu'il s'agira de provoquer la neutralisation de pouvoirs dont la mise en œuvre a pour effet de provoquer la suspension ou la disparition d'obligations dont l'objet est le paiement d'une somme d'argent.

Au final, la variété des mesures à la disposition du juge des référés associée à la diversité des fondements qui autorisent leur prononcé semblent garantir la possibilité d'une intervention efficace de ce dernier à chacune des deux étapes du processus de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Cette efficacité se trouve, en outre, renforcée par la grande marge de manœuvre accordée au juge des référés qui, en qualité de juge d'une situation, peut se mouvoir entre les différents fondements mis à sa disposition dans la perspective de prendre la mesure la plus adaptée au litige qui lui est soumis.

Ainsi, en l'état actuel des textes et de la pratique du référé, le juge des référés apparaît doté de pouvoirs suffisants pour prononcer des mesures permettant de provoquer la suspension, soit, de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, soit, des effets produits par une telle prérogative. Ce constat tend, par ailleurs, à rendre inopportune toute proposition de modification du droit positif sur ce point.

Une fois l'éventail de mesures à la disposition du juge de référés précisé, il convient, tout naturellement, de chercher à savoir de quelles mesures disposent les juges du fond étant donné que leur intervention pourra, par la suite, être souhaitée par l'une ou l'autre des parties pour trancher au principal, c'est-à-dire au fond, le litige qui les oppose au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Chapitre II

Les mesures à la disposition des juges du fond.

544. **Méthode d'identification.**- La dernière étape de l'étude qui doit permettre de proposer une image complète du rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels se présente, tout naturellement, comme une invitation à identifier les différentes mesures de sanction dont doivent disposer les juges du fond pour réprimer la mise en œuvre irrégulière de ces prérogatives.

Cette étape d'identification des différents moyens de sanction à la disposition des juges du fond apparaît, en effet, incontournable, car les parties doivent toujours avoir la possibilité de saisir ces derniers pour trancher le litige qui viendrait à les opposer au sujet de la régularité de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel¹.

En outre, cette étape s'inscrit dans la suite logique de celle qui consistait à définir l'objet du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels. Assurément, une fois l'objet du contrôle défini, autrement dit, une fois la méthode permettant de diagnostiquer les irrégularités mise au point, il semble tout à fait naturel de chercher à identifier les remèdes appropriés, c'est-à-dire les moyens qui permettent de sanctionner les irrégularités décelées, et cela, dans le cadre d'une instance au fond.

Afin d'identifier l'éventail de sanctions à la disposition des juges du fond, la démarche ici proposée se voudra essentiellement pragmatique. Celle-ci consistera à rechercher quels sont les types de sanctions qui se rapportent aux différents points du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels précédemment identifiés.

¹ Cette possibilité de saisir les juges du fond a déjà pu être évoquée à propos des pouvoirs contractuels de sanction (v. : *supra*, n° 186, p. 202 et s.). Comme il a été constaté, le droit positif ne reconnaît de justice privée qu'articulée à la justice étatique. Ainsi, le droit positif interdit-il que l'une des parties puisse dire d'une manière définitive le droit, c'est-à-dire qu'elle dispose de la possibilité de sanctionner son cocontractant sans que soit aménagée la possibilité d'un contrôle judiciaire *a posteriori* de la sanction prononcée. Dès lors, le recours au juge doit-il toujours être possible pour contrôler la régularité de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction et toute clause qui tendrait à interdire ce recours devrait-elle être déclarée illicite.

Au-delà de ces justifications spécifiques aux pouvoirs de sanctions, il semblerait que la possibilité d'un contrôle judiciaire *a posteriori* de régularité de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels et, de manière corrélative, la prohibition des clauses interdisant celui-ci, puisse, en réalité, être étendue à tous les pouvoirs contractuels. En effet, il suffit d'observer qu'interdire la possibilité d'un recours au juge reviendrait à faire des pouvoirs contractuels des pouvoirs discrétionnaires car non-contrôlés. Or, comme il a été constaté, les pouvoirs contractuels ne peuvent être discrétionnaires car le subjectivisme absolu dans leur mise en œuvre se présente comme l'ennemi de la structure contractuelle en ce qu'il peut conduire à la méconnaissance totale de l'intérêt du cocontractant. Assurément, comme le contrat repose sur un équilibre entre des intérêts distincts, il apparaît impossible d'autoriser une partie à modifier à sa guise le contrat en faisant fi de l'intérêt du cocontractant, sous peine de ne consacrer l'existence que d'un seul intérêt dans le contrat, et donc, de nier sa structure même. En conséquence, quel que soit le type de pouvoir contractuel, les parties doivent toujours avoir la possibilité de s'adresser au juge pour que celui-ci puisse vérifier que leur mise en œuvre s'est faite dans des conditions respectueuses des intérêts du cocontractant.

L'objectif étant d'offrir, de la sorte, une présentation organisée des différentes sanctions susceptibles d'être prononcées à chaque étape du contrôle. Cette présentation organisée des différentes mesures de sanction conduira, d'ailleurs, à préciser leurs effets sur l'acte unilatéral qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels et sur le contrat.

Aussi et comme il a été montré, le contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels s'organise-t-il autour de deux grands axes que sont, d'une part, le contrôle de leur jouissance et, d'autre part, le contrôle de leur exercice¹. L'analyse qui se propose d'identifier les différentes sanctions susceptibles d'être prononcées à chaque étape du contrôle va donc être amenée à suivre ce découpage. Par conséquent, dans le cadre de cette étude, il s'agira de chercher à identifier, dans un premier temps, les sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels (Section I), puis, dans un second temps, les sanctions relatives à l'exercice des pouvoirs contractuels (Section II).

SECTION I : LES SANCTIONS RELATIVES À LA JOUISSANCE DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

545. Identification et conséquences.- L'identification des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels suppose de rappeler les différents points dédiés au contrôle de la jouissance de ces prérogatives. En effet, comme exposée ci-avant, la démarche analytique proposée doit conduire à identifier les sanctions qui se rapportent aux différents points du contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels précédemment identifiés.

Ainsi, pour rappel, les développements consacrés au contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels ont permis de mettre en évidence que le juge pouvait être conduit à examiner trois points. Ces trois points susceptibles d'être contrôlés sont, d'abord, l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, ensuite, l'existence d'une telle prérogative et, enfin, sa licéité. L'objectif consistera donc, ici, à identifier les sanctions afférentes à ces trois points de contrôle.

Bien qu'*a priori* de nature différente, les sanctions en rapport avec chacun des points du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels sembleraient toutes avoir en commun de faire état d'un défaut de pouvoir². Autrement dit, la notion de défaut de pouvoir serait un moyen d'appréhender de manière unitaire l'ensemble des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels. De la sorte, la notion de défaut de pouvoir permettrait d'offrir une présentation rationalisée de ces différentes sanctions, ce qui milite, ici, en faveur de son utilisation.

Dès lors, dans la perspective d'identifier les sanctions afférentes à la jouissance des pouvoirs contractuels et d'en proposer une présentation organisée, il s'agira donc de s'intéresser à la notion de défaut de pouvoir. Plus exactement, il s'agira de montrer que les différentes

¹ Au sujet du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 339 et s., p. 379 et s.

Au sujet du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 425 et s., p. 469 et s.

² Le défaut de pouvoir désignant, très prosaïquement, la situation dans le cadre de laquelle un sujet de droit n'est pas titulaire d'un pouvoir. v. not. en ce sens : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 194 et s., n° 224 et s.

sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels se rejoignent en ce que leur application conduit à dresser le même constat, celui d'un défaut de pouvoir (§ 1). L'étude des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels ne s'arrêtera cependant pas à cette phase de recensement et d'organisation. En effet, une fois ces différentes sanctions identifiées, il apparaît indispensable de chercher à mesurer leurs conséquences. Cela signifie qu'il conviendra, par la suite, de s'intéresser aux conséquences d'un défaut de pouvoir (§ 2).

§ 1 - LE CONSTAT D'UN DÉFAUT DE POUVOIR.

546. **Notion de défaut de pouvoir.-** Telle qu'elle a été théorisée, et ce, notamment par le Professeur STORCK, la notion de défaut de pouvoir sert à désigner « l'exercice pour son propre compte ou pour le compte d'autrui de pouvoirs dont on n'est pas titulaire »¹.

Bien que cette définition fasse, en premier lieu, allusion à l'exercice du pouvoir, cette référence ne doit pas tromper. En effet, le défaut de pouvoir sert à dresser le constat de ce qu'un sujet de droit n'est pas titulaire d'une telle prérogative. Autrement dit, le défaut de pouvoir évoque un problème qui se rapporte à la jouissance d'un pouvoir et non à son exercice.

La référence à l'exercice sert, ici, seulement à marquer le fait que ce problème sera généralement révélé lorsque le sujet de droit qui se prétend titulaire d'un pouvoir décidera de s'en prévaloir. Le plus souvent, c'est, en effet, au moment même où le sujet de droit qui se prétend être titulaire d'un pouvoir entend en faire usage que la partie appelée à en subir les effets essaiera de démontrer que ce premier ne pouvait disposer de la jouissance d'une telle prérogative. Cette précision faite, il convient d'observer que le défaut de pouvoir recouvre deux types d'hypothèses.

547. **Hypothèses de défaut de pouvoir.-** Deux hypothèses de défaut de pouvoir, mises en évidence par le professeur STORCK², doivent, semble-t-il, permettre d'appréhender l'ensemble des sanctions afférentes à la jouissance des pouvoirs. Celles-ci doivent donc, *a fortiori*, permettre de regrouper l'ensemble des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels puisque ces derniers ne constituent qu'une catégorie particulière de pouvoirs.

La première hypothèse de défaut de pouvoir renvoie à la situation dans le cadre de laquelle le sujet de droit qui se prétend titulaire d'un pouvoir ne dispose pas, en réalité, de l'aptitude à recueillir une telle prérogative. Assurément, celui qui ne dispose pas de l'aptitude à recueillir un pouvoir ne saurait en être titulaire, ce qui conduit à dresser le constat d'un défaut de pouvoir. Le défaut de pouvoir, en ce qu'il permet de rendre compte de l'inaptitude d'un sujet de droit à recueillir un pouvoir, permet donc, ici, de faire état d'une première sanction, à savoir, celle de l'incompétence de celui qui se prétendait être titulaire d'un pouvoir. Cette sanction de l'incompétence se rapporte alors, naturellement, au premier point du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels qui a pu être précédemment évoqué, à savoir, le contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel³.

¹ v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., spéc., n° 224.

² *Ibid*, loc. cit.

³ À propos de ce contrôle et de son domaine assez restreint, v. : *supra*, n° 344 et s., p. 384 et s.

La seconde hypothèse de défaut de pouvoir correspond à la situation dans le cadre de laquelle un sujet de droit disposait bien de l'aptitude à recueillir un pouvoir mais n'en était pas attributaire. Cette hypothèse vient se dédoubler car le défaut de pouvoir qui y est décrit peut avoir deux origines.

D'une part, le défaut de pouvoir peut tenir à l'inexistence pure et simple de cette prérogative. Sous cet angle, le défaut de pouvoir se trouve être en rapport avec le second point du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels qui a pu être identifié, à savoir, le contrôle de leur existence¹. Comme l'a mis en évidence l'étude de ce contrôle, une partie peut s'avérer être dépourvue d'un pouvoir contractuel, soit, car la durée limite de jouissance d'une telle prérogative est écoulée, soit, car la jouissance de celle-ci était subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire qui, respectivement, a défailli ou s'est accomplie. S'ajoute, naturellement, à ces hypothèses, celle dans le cadre de laquelle l'une des parties entendait se prévaloir d'une clause de pouvoir qui n'a jamais été stipulée². Dans de telles situations, le défaut de pouvoir peut, alors, se révéler être un moyen de décrire adéquatement la sanction de l'inexistence d'un pouvoir contractuel.

D'autre part, le défaut de pouvoir peut être lié à la sanction de l'illicéité d'une clause attributive de pouvoir. Tel sera, plus précisément, le cas, lorsque la sanction prévue aura pour effet de priver le bénéficiaire de la clause attributive de pouvoir de la jouissance de cette prérogative. La question est alors de savoir si le défaut de pouvoir permet, ici, rendre de compte de la sanction qui se rapporte au troisième point du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels consacré à la vérification de leur licéité.

La réponse apparaît positive si l'on met de côté le cas particulier de la sanction du déséquilibre excessif induit par une clause attributive de pouvoir sur le fondement de l'article 1143 du Code civil. En effet, la sanction attachée à l'article 1143 du Code civil est la nullité du contrat, ce qui empêche de constater un défaut de pouvoir dans un contexte contractuel si ce contexte contractuel n'existe plus lui-même.

À cette exception près, la notion de défaut de pouvoir semble en mesure de faire état de la sanction des clauses attributives de pouvoir déclarées illicites. Il est, en effet, possible d'observer que la sanction attachée par la loi ou la jurisprudence aux différents articles qui permettent, en droit positif, de contrôler la licéité des clauses attributives de pouvoirs contractuels est l'éradication, autrement dit, le « réputé non-écrit ». Si cette sanction est expressément prévue par la loi lorsque les clauses attributives de pouvoir sont appréhendées sur le fondement des articles 1170 et 1171 du Code civil ou sur le fondement des dispositions du droit de la consommation³, certains pourraient, toutefois, objecter que tel n'est pas le cas lorsque lesdites clauses sont saisies sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

¹ Au sujet du contrôle de l'existence des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 356 et s., p. 395 et s.

² Un défaut de pouvoir peut, par exemple, être constaté lorsqu'une partie entend, dans un contrat-cadre, fixer le prix d'un contrat d'application alors même qu'aucune clause lui conférant la jouissance d'un tel pouvoir n'a été stipulée. En effet, la formule du nouvel article 1164 al. 1^{er} du C. civ. qui dispose expressément : « dans les contrats cadre, *il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties* », ne semble reconnaître l'existence d'un tel pouvoir qu'en présence d'une clause qui en conférerait expressément la jouissance à l'une ou l'autre des parties.

³ v. : l'art. L. 241-1 al. 1^{er} du C. consom. qui dispose que « les clauses abusives sont réputées non écrites ».

qui prévoit seulement un mécanisme de responsabilité civile. Une telle objection ne tiendrait cependant pas compte de ce que la jurisprudence s'est octroyée le pouvoir de purger le contrat des clauses qui créent un déséquilibre significatif lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce¹.

L'éradication semble donc être la sanction attachée au contrôle de la licéité des clauses attributives de pouvoirs lorsque celui-ci est réalisé sur le fondement des articles 1170 et 1171 du Code civil, mais également sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Or, l'éradication d'une clause attributive de pouvoir a nécessairement pour effet de priver son bénéficiaire de la prérogative que celle-ci devait lui conférer, ce qui conduit, bel et bien, à dresser le constat d'un défaut de pouvoir.

548. Point d'étape.- En permettant de faire état de la sanction, d'abord, de l'incompétence de celui qui se prétendait titulaire d'un pouvoir contractuel, puis, de l'inexistence d'une telle prérogative, et enfin, de l'illicéité des clauses attributives de pouvoirs contractuels, la notion de défaut de pouvoir apparaît, ainsi, en mesure de regrouper l'ensemble des sanctions afférentes aux différents points du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels. Ces différentes sanctions identifiées et rassemblées autour d'une notion unitaire, il convient de se demander ce qui doit advenir dans l'éventualité où le contrôle auquel procéderait le juge le mènerait à constater et à sanctionner un défaut de pouvoir contractuel.

§ 2 - LES CONSÉQUENCES D'UN DÉFAUT DE POUVOIR.

549. Deux types d'interrogations.- L'étude qui doit permettre de mesurer les conséquences d'un défaut de pouvoir contractuel pourrait, *a priori*, être très brève et se contenter d'indiquer que la partie qui se prétendait titulaire d'une telle prérogative se voit, en réalité, privée de sa jouissance. Une telle analyse serait cependant tout à fait insuffisante car elle ne tiendrait pas compte du contexte dans lequel un défaut de pouvoir vient généralement à être révélé.

En effet, comme il a déjà été évoqué, dans la majorité des cas, c'est au moment même où la personne qui se prétend être titulaire d'un pouvoir contractuel vient à en faire usage que la partie appelée à subir ses effets sera amenée à démontrer que ce premier ne disposait pas, en réalité, de la jouissance d'une telle prérogative². Autrement dit, le plus souvent, c'est une fois la décision de modification des effets du contrat prise par celui qui se prétendait être titulaire d'un pouvoir contractuel que le défaut de pouvoir sera mis en évidence.

Le contexte de la révélation du défaut de pouvoir peut, alors, être de nature à susciter deux types d'interrogations. D'une part, il est possible de se demander ce qui doit advenir de

¹ v. par ex. : C.A. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 et 16 décembre 2015, n° 13/11879 qui ont estimé que les clauses qui créent un déséquilibre significatif devaient être réputées non écrites. Dans certaines espèces, il est cependant possible de constater que la jurisprudence a retenu comme sanction, non pas l'éradication, mais la nullité de la clause. (v. : C.A. Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 ; 29 octobre 2014, n° 13/11059 et 24 mars 2011, n° 10/02616). Cette différence au sujet de la nature de la sanction ne remet, quoiqu'il en soit, pas en cause le raisonnement ici entrepris. En effet, que la clause soit réputée non écrite ou sanctionnée par la nullité, le résultat sur la jouissance de la prérogative que celle-ci devait conférer est le même : la personne qui s'estimait en être titulaire s'en trouve privée, ce qui conduit à reconnaître, dans les deux cas, un défaut de pouvoir.

² v. : *supra*, n° 546, p. 667.

l'acte unilatéral de modification des effets du contrat qui a été édicté sans pouvoir. D'autre part, il est possible de s'interroger quant au sort réservé au contrat lorsqu'une partie a entendu modifier ses effets en l'absence de pouvoir.

L'identification des conséquences d'un défaut de pouvoir conduira donc à examiner deux points. Lorsqu'un défaut de pouvoir se trouve être constaté et sanctionné, il convient, dans un premier temps de s'intéresser à ses conséquences sur l'acte unilatéral édicté sans pouvoir (A). Puis, dans un second temps, il apparaît nécessaire de mesurer ses conséquences sur le contrat (B).

A. Les conséquences sur l'acte unilatéral édicté en l'absence de pouvoir.

550. Nullité, inexistence ou inopposabilité ?.- Lorsqu'un défaut de pouvoir vient à être démontré, l'acte unilatéral de modification des effets du contrat qui se trouve, donc, avoir été édicté sans pouvoir, s'avère nécessairement être irrégulier. Si, en raison de son caractère irrégulier, cet acte doit évidemment se voir appliquer une sanction, tout l'enjeu est alors d'identifier la nature de celle-ci.

Autrement dit, il s'agit d'identifier, parmi les différentes sanctions de l'acte juridique offertes en droit positif, celle qui doit venir s'appliquer à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat lorsque celui-ci a été édicté sans pouvoir. Cette sanction correspond-elle à la nullité ? à l'inexistence ? à l'inopposabilité ? La réponse ne saurait être immédiate. Aussi, étant donné que le défaut de pouvoir recouvre, comme il a été montré, deux types d'hypothèses¹, l'identification de la nature de la sanction applicable supposera de s'intéresser plus précisément à chacune de celles-ci.

Il s'agira donc de chercher à identifier, dans un premier temps, la nature de la sanction applicable en l'absence d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel (1), puis, dans un second temps, la nature de la sanction applicable en cas de non-attribution d'un pouvoir contractuel (2).

1. La nature de la sanction applicable en l'absence d'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel.

551. Inexistence ou nullité ?.- La première hypothèse de défaut de pouvoir correspond à la situation dans le cadre de laquelle le sujet de droit qui se prétend titulaire d'un pouvoir ne dispose pas, en réalité, de l'aptitude à recueillir une telle prérogative. Dans une telle situation où celui qui se prétendait titulaire d'un pouvoir contractuel a inévitablement agi sans pouvoir car il ne disposait même pas de l'aptitude à recueillir cette prérogative, il convient donc de chercher à identifier la nature de la sanction qu'il s'agit d'appliquer à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat.

La solution ne saurait être directement trouvée parmi les dispositions issues de la réforme du droit des contrats car le législateur, n'ayant pas pris le soin d'élaborer une théorie

¹ À propos de ces deux hypothèses, v. : *supra*, n° 547, p. 667 et s.

générale du pouvoir dans le contrat, n'a pas consacré de dispositions aux conditions de validité et aux sanctions de l'acte unilatéral qui résulterait de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

Bien que le droit des contrats ne consacre pas spécifiquement de dispositions aux conditions de validité de l'acte unilatéral résultant de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, il convient d'observer que celui-ci prévoit de régler les problèmes relatifs aux conditions de validité des actes unilatéraux en transposant, autant que faire se peut, à ces derniers, les règles applicables aux contrats¹.

Dès lors, il est possible de se demander si la nature de la sanction ici recherchée ne pourrait pas être identifiée suite à une transposition des règles applicables au contrat à l'acte unilatéral qui résulte de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel.

La réponse apparaît négative dans la mesure où les règles prévues par le droit des contrats n'envisagent pas la question de la sanction d'un acte accompli par une personne qui ne disposerait pas de la titularité de la prérogative nécessaire à son édicton, et ce, en raison de l'incapacité de jouissance qui l'affecte, c'est-à-dire en raison de son inaptitude à recueillir ladite prérogative.

En effet, les dispositions du droit des contrats ne s'intéressent pas à la question de la capacité de jouissance ni à ses conséquences, mais seulement à celle de la capacité d'exercice². Elles prévoient, ainsi, uniquement, que la sanction de l'acte accompli par une personne frappée d'une incapacité d'exercice est la nullité relative³.

Si cette observation permet de préciser, au passage, la nature de la sanction qu'il conviendrait d'appliquer à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat dans l'éventualité où la partie qui entendrait faire usage de l'un de ses pouvoirs contractuels se verrait frappée d'une incapacité d'exercice⁴, celle-ci n'apporte toutefois pas de solution au problème ici envisagé.

Afin de trouver une de réponse, il peut sembler opportun de se tourner vers les analyses du droit administratif qui se sont intéressées à la sanction des actes accomplis par des personnes qui ne disposaient même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir nécessaire à leur édicton. Pour les auteurs qui ont étudié cette forme d'incompétence, l'acte alors accompli ne doit pas seulement être sanctionné par la nullité, mais doit être considéré comme inexistant⁵.

¹ v. : le nouvel art. 1100-1 al. 2 du C. civ. qui prévoit notamment que les actes unilatéraux « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

² Les dispositions des nouveaux articles 1145 et s. du C. civ. sont effectivement dédiées à la « capacité de contracter », autrement à l'aptitude à exercer des droits subjectifs pour s'engager en tant que partie dans un contrat.

³ v. : le nouvel art. 1147 du C. civ.

⁴ Pour que la nullité relative de l'acte accompli soit encourue, encore faut-il que la mise en œuvre du pouvoir contractuel en question se heurte à l'incapacité d'exercice qui vient frapper le titulaire du pouvoir. Cela suppose donc d'identifier, au préalable, pour chaque type de pouvoir contractuel, le type d'acte qu'il implique et donc la capacité requise. Une auteure a, par exemple, pu montrer que la résiliation du contrat de prêt à usage devait être considéré comme un acte d'administration (v. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 213). Dans le même ordre d'idées, la résiliation unilatérale du contrat de dépôt par le déposant pourrait être considérée comme un acte d'administration, tout comme la détermination unilatérale du prix et la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. En revanche, la résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier devrait, semble-t-il, être considérée comme un acte de disposition.

⁵ L'hypothèse généralement envisagée en droit administratif est celle de l'usurpation de pouvoir, autrement dit de l'acte accompli par une personne qui ne disposait même pas de la qualité d'agent public. L'acte qui se trouve, dans

L'inexistence tendant à se présenter, en droit administratif, comme la sanction des actes accomplis par des personnes qui ne disposaient même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir nécessaire à leur édicton, il convient, alors, de se demander si cette sanction doit venir s'appliquer, en droit privé, à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat lorsque celui-ci a été édicté par une partie qui ne disposait même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel indispensable à son édicton.

La question est délicate dans la mesure où, en droit privé, la notion d'inexistence peine à trouver son autonomie par rapport à la notion de nullité.

En effet, la notion d'inexistence qui fut proposée, à l'époque de la théorie classique des nullités, comme une troisième forme d'inefficacité de l'acte juridique¹, a toujours eu des difficultés à s'affranchir des liens qui la relient à cette dernière, et ce, en raison du caractère assez fragile des critères censés permettre de démontrer son autonomie.

Pour affirmer l'autonomie de l'inexistence, les partisans de cette théorie font notamment valoir que cette sanction est appelée à se distinguer de la nullité sur trois points².

À la différence de la nullité, l'inexistence, tout d'abord, ne nécessiterait pas l'intervention du juge. Dans l'éventualité où le juge serait tout de même saisi, les partisans de l'inexistence considèrent que ce dernier serait simplement appelé à constater l'inexistence et donc à rendre un jugement déclaratif, alors qu'en matière de nullité celui-ci serait amené à rendre un jugement constitutif en procédant à son prononcé. Ensuite, l'inexistence se distinguerait de la nullité en ce qu'elle ne serait pas soumise à la prescription extinctive. Enfin, l'inexistence ne serait pas, à la différence de la nullité, susceptible de confirmation.

Or, ces différents critères destinés à affirmer l'autonomie de l'inexistence par rapport à la nullité ont tous pu être critiqués et remis en cause par la doctrine.

Le premier, relatif à la possibilité de se dispenser de l'intervention du juge, apparaît contredit par la pratique. Comme certains auteurs ont pu le constater, les situations dans lesquelles l'inexistence se révèle de manière assez évidente pour éviter une discussion et une décision judiciaire sont, en pratique, très rares. Dès l'instant où il y aura une apparence d'acte, le recours au juge apparaît, en pratique, nécessaire, pour se soustraire à ses effets. En outre, il a été montré que la nature du jugement susceptible d'être rendu dispose de la même nature que ce soit en matière de nullité ou d'inexistence. En effet, il convient d'observer que si les jugements

ces conditions, avoir été accompli par une personne qui ne disposait même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir nécessaire à son édicton est, alors, traditionnellement, considéré comme inexistant. v. not. sur ce point : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec 1992, n° 95, p. 97 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, spéc., n° 632 ; S. BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif, Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, Préf. J.-C. RICCI, L'Harmattan, 2010, coll. Logiques juridiques, n° 101.

¹ Cette troisième forme de sanction des conditions de formation de l'acte juridique, à côté de la nullité relative et de la nullité absolue, se retrouve exposée, par exemple, chez : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. I, Paris, MARCHAL et BILLARD, 1869, 4^{ème} éd, § 37, p. 118 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et G. CHÉNEAUX, *Précis de droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1911, 11^{ème} éd, n° 387 et s., p. 261 et s. En droit privé, on doit en particulier à JAPIOT d'avoir procédé, en premier, à l'identification la plus précise de la notion d'inexistence à l'occasion de sa thèse consacrée aux nullités. v. : R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. ROUSSEAU, 1909, p. 121 et s.

² Pour un exposé condensé de ces différents critères, v. not. : S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Juris. Class. Civil Code, V° Contrat, Nullité du contrat, Généralités*, Fasc. n° 10, 30 avril 2017, n° 77 et s.

d'annulation sont constitutifs en ce qu'ils ordonnent des restitutions, ceux-ci sont déclaratifs en ce qu'ils constatent la nullité. Ainsi, que le jugement concerne l'inexistence ou la nullité, celui-ci est déclaratif en ce qu'il est appelé à constater ce vice et constitutif en ce qu'il ordonne des restitutions.

En ce qui concerne le second critère relatif à l'imprescriptibilité de l'action tendant à voir constatée l'inexistence d'un acte juridique, certains auteurs ont pu faire observer que celle-ci apparaissait contredite par la généralité des termes de l'article 2224 du Code civil qui évoque la soumission à la prescription extinctive de toutes les actions « personnelles ou mobilières » sans autre forme de restriction. De la généralité de cette formule, il est alors déduit que la prescription extinctive est susceptible de s'appliquer à l'action visant à voir constater en justice l'inexistence d'un acte juridique¹.

Quant au troisième et dernier critère de distinction qui tiendrait au fait que là où l'inexistence serait insusceptible de confirmation la nullité serait, pour sa part, susceptible de confirmation, celui-ci a pu être aisément réfuté dans la mesure où la nullité absolue s'avère, comme l'inexistence, insusceptible de confirmation.

La réfutation, par une partie de la doctrine, des critères de distinction entre nullité et inexistence vient, par conséquent, mettre en avant la proximité de ces deux notions et tend à démontrer l'absence de véritable autonomie de la notion d'inexistence. La notion d'inexistence qui fut élaborée à l'époque de la théorie classique des nullités, peine, ainsi, en raison de ses contours incertains, à établir son autonomie². À l'heure actuelle, l'inexistence semblerait, d'ailleurs, être absorbée par la nullité absolue dans la théorie moderne des nullités³.

L'absence de réelle autonomie de la notion d'inexistence par rapport à la nullité conduirait donc plutôt à voir dans la sanction ici recherchée un cas de nullité. Autrement dit, l'acte de modification des effets du contrat pris par une partie qui ne disposerait même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel indispensable à son édicton devrait-il être sanctionné non par l'inexistence, mais par la nullité.

Si la sanction applicable s'avère être la nullité, encore faut-il déterminer s'il s'agit d'un cas de nullité relative ou de nullité absolue. Pour cela, il convient de déterminer si la règle transgressée en cas d'acte de modification des effets du contrat édicté par une partie qui ne disposait pas du pouvoir contractuel nécessaire à son édicton a pour finalité de garantir la protection de l'intérêt général ou d'intérêts particuliers.

Dans la mesure où l'anéantissement de l'acte de modification des effets du contrat édicté par une partie qui ne disposait même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir nécessaire à son édicton apparaît destiné à protéger les intérêts du cocontractant, c'est-à-dire des intérêts privés,

¹ v. not. en ce sens : S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Juris. Class. Civil Code, V° Contrat, Nullité du contrat, Généralités*, Fasc. préc., n° 82.

² Cette incertitude relative aux contours de la notion d'inexistence conduit alors certains auteurs à écarter purement et simplement la notion d'inexistence dans la théorie moderne des nullités qu'ils présentent. v. par ex. : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique, op. cit.*, n° 326, spéc., p. 333 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 88, p. 107.

³ Cette absorption est liée à la proximité de leurs régimes. En effet, l'inexistence était généralement invoquée pour assurer la protection de règles d'ordre public et excluait toute possibilité de confirmation, ce qui correspond, aujourd'hui, au régime de la nullité absolue.

l'analyse doit pencher en faveur de la nullité relative¹. En d'autres termes, l'acte de modification des effets du contrat édicté au mépris d'une incapacité de jouissance devrait, par principe, être sanctionné par la nullité relative².

En pratique, il semblerait, toutefois, que cette sanction soit appelée à être assez peu sollicitée étant donné que les hypothèses dans le cadre desquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dépend de la détention d'une qualité particulière sont assez rares. L'avantage est néanmoins d'avoir, ici, proposé une solution de principe à un problème qui pourrait être amené à se poser. Cependant, comme toute règle de principe, celle-ci est susceptible de connaître des exceptions.

552. Le cas particulier de l'inaptitude constatée chez un mandataire.- Comme montré, les pouvoirs contractuels sont susceptibles de circuler et d'être notamment transmis à un mandataire via le mécanisme de la délégation de pouvoir. Or, dans certaines situations, il a pu être constaté que ledit mandataire doit disposer d'une qualité particulière pour être en mesure de recueillir un pouvoir contractuel³.

Dans l'éventualité où l'absence de la qualité requise viendrait à être constatée chez un mandataire, il semblerait que la nature de la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat, alors édicté sans pouvoir, puisse être quelque peu différente de celle sus-évoquée. En effet, si l'on s'intéresse aux règles relatives à la représentation qui ont, d'ailleurs, pu être précisées à l'occasion de la réforme du droit des contrats, il est possible de constater que le nouvel article 1156 du Code civil prévoit deux types de sanctions applicables au défaut de pouvoir⁴, quelle que soit son origine⁵, dont l'une diffère de celle sus-citée.

Cette sanction qui vient se démarquer de la nullité, est la première prévue par l'article 1156 du Code civil. Il s'agit de l'inopposabilité. Une telle sanction qui trouve à s'appliquer dans le rapport entre le représentant et le représenté, présente la particularité de ne pas affecter

¹ Cette analyse en faveur de la nullité relative tend, alors, à justifier d'autant plus la mise à l'écart de la notion d'inexistence dès lors que celle-ci est assimilée à un cas de nullité absolue.

² Une telle sanction apparaît d'ailleurs en conformité avec le droit positif qui sanctionne, déjà, par la nullité relative, les actes accomplis au mépris d'une incapacité de jouissance, lorsque cette incapacité est destinée à protéger le cocontractant. v. sur ce point : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, spéc., n° 98, spéc., p. 116

³ Lorsque la technique de délégation de pouvoir employée repose sur la technique de la représentation, il a, par exemple, pu être montré que les prérogatives afférentes à l'exercice du pouvoir de licencier ne peuvent être remises à une personne étrangère à l'entreprise (v. : *supra*, n° 347, p. 387). Lorsque la technique de la délégation de pouvoir se présente comme une technique d'organisation de l'entreprise, il a pu être constaté que le délégataire doit toujours au moins avoir la qualité de membre de l'entreprise (v. : *supra*, n° 352, p. 391 et n° 354, p. 393).

⁴ Le nouvel article 1156 du C. civ. fait allusion au défaut de pouvoir via la référence à « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir », autrement dit à l'acte accompli sans avoir été titulaire de la prérogative nécessaire à son édicton. À titre indicatif, dans ce même article, la référence à l'acte accompli « au-delà de ses pouvoirs » renvoie, quant à elle, au dépassement de pouvoir. Dans ce second cas, le représentant disposait bien de l'aptitude à recueillir le pouvoir en question et en était bel et bien attributaire, mais il a excédé les limites objectives de sa mission. Ces deux types de manquements sont soumis par l'article 1156 du C. civ. aux mêmes sanctions.

⁵ Le nouvel article 1156 du C. civ. fait référence à « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir », sans aucunement distinguer l'origine de ce défaut de pouvoir. Ses dispositions sont donc susceptibles de s'appliquer que le défaut de pouvoir trouve son origine dans une non-attribution de celui-ci ou, comme dans le cas qui nous intéresse, dans une inaptitude à le recueillir.

l'existence de l'acte alors accompli, mais l'entendue de ses effets qui ne peuvent être imputés au représenté¹.

Autrement dit, dans l'hypothèse où l'inaptitude à recueillir un pouvoir contractuel viendrait à être constatée chez le représentant de l'une des parties au contrat, il semblerait que l'acte alors accompli sans pouvoir par ce dernier doive, par principe, être sanctionné par l'inopposabilité, ce qui signifie que ses effets ne pourront être imputés au représenté.

Il existe toutefois deux exceptions classiques à cette sanction qui ont été reprises par le nouvel article 1156 du Code civil. L'inopposabilité pouvant être écartée et, par conséquent, ici, les effets de l'acte de modification du contrat imputés à la partie représentée, soit, suite à une application de la théorie de l'apparence, soit, suite à une ratification par celle-ci de l'acte accompli par le mandataire.

Quant à la seconde sanction prévue par l'article 1156 du Code civil, celle-ci est plus classique. Elle est réservée au tiers de bonne foi qui, lorsqu'il ignorait que l'acte avait été accompli par un représentant sans pouvoir, peut agir en justice pour que soit rendue une décision constatant la nullité de l'acte accompli. Dans la situation qui nous intéresse, cela signifie que le cocontractant de bonne foi doit être en mesure d'invoquer la nullité de l'acte de modification des effets du contrat². Cette sanction étant destinée à protéger les intérêts du cocontractant, autrement des intérêts privés, il doit alors s'agir d'une nullité relative.

Si ce régime de sanction est applicable lorsque la technique de délégation de pouvoir employée est synonyme de représentation, il semblerait que celui-ci puisse également venir s'appliquer lorsque la technique de délégation de pouvoir utilisée se présente comme une technique d'organisation de l'entreprise³. En effet, tout comme dans la représentation, le bénéficiaire de ce second type de délégation de pouvoir n'est pas appelé à agir pour son propre compte, mais au nom et pour le compte d'autrui, c'est-à-dire, plus précisément, ici, au nom de l'entreprise.

Or, comme l'inopposabilité tend à se présenter comme la sanction des effets de tout acte accompli sans pouvoir au nom d'autrui, son utilisation peut sembler tout à fait pertinente dans l'hypothèse où le bénéficiaire de cette délégation de pouvoir ne disposerait pas, en réalité, de l'aptitude à recueillir une telle prérogative et aurait, par conséquent, agi sans pouvoir.

À ce propos, il a pu être montré que lorsque la technique de la délégation de pouvoir est mise en œuvre dans le cadre d'une entreprise, seules les personnes qui disposent de la qualité de préposé du délégant et de membre de l'entreprise peuvent en bénéficier.

¹ Pour le comprendre, il suffit d'observer que pour qu'un acte produise ses effets dans le patrimoine d'une personne qui n'a pas participé à son élaboration, il est nécessaire que son auteur ait été habilité à intervenir au nom et pour le compte de celle-ci. Dès lors que l'auteur dudit acte serait intervenu sans avoir été titulaire des pouvoirs requis, les effets de l'acte accompli se trouvent alors régis par le principe *res inter alios acta*. L'inopposabilité des effets de l'acte accompli sans pouvoir au nom d'autrui se présente alors comme la sanction attachée à ce principe. v. sur ce point : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n° 231.

² Cette règle connaît cependant une exception notable. Celle-ci est relative au pouvoir de licencier. En effet, lorsque le mandat pour procéder au licenciement est donné à une personne extérieure à l'entreprise, autrement dit à une personne qui ne disposait pas de l'aptitude à recueillir un tel pouvoir, la jurisprudence retient, non pas la nullité du licenciement, mais son absence de cause réelle et sérieuse. v. par ex. : Cass. soc. 26 avril 2006, n° 04-42860 ; Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-23713, Dr. soc. 2012, p. 325, obs. F. DUQUESNE.

³ À propos de cette technique, v. : *supra*, n° 349 et s., p. 388 et s.

Par exemple, le chef d'une entreprise-franchiseur ne pourrait pas déléguer la titularité du pouvoir de fixer le prix des contrats de vente destinés à alimenter les franchisés à une personne extérieure à l'entreprise. Si une telle situation venait néanmoins à se présenter, l'acte de fixation du prix, alors édicté sans pouvoir par le mandataire, devrait être déclaré inopposable à l'entreprise, sauf si le cocontractant pouvait légitimement croire en la réalité des pouvoirs du représentant. Le cocontractant de bonne foi doit, pour sa part, disposer de la possibilité d'agir en justice pour que soit constatée la nullité de l'acte fixant le prix tant que le mandant ne l'aura pas ratifié.

553. **Constat.-** Deux types de sanctions sont susceptibles d'être appliquées à l'acte de modification des effets du contrat qui viendrait à être adopté par une personne qui ne disposerait même pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel indispensable à son édicition.

Par principe, il semblerait, que la sanction applicable à cet acte soit la nullité relative. Cette solution de principe semble cependant connaître une exception en matière de mandat. Plus précisément, dans l'hypothèse où l'acte de modification des effets du contrat viendrait à être pris par un mandataire qui ne disposerait pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel indispensable à son édicition, cet acte, alors adopté sans pouvoir, devrait être déclaré inopposable au mandant. Cette sanction qui s'applique dans le rapport entre le mandant et le mandataire peut, néanmoins, être écartée par le jeu de la théorie de l'apparence ou par le biais d'une ratification de l'acte accompli sans pouvoir. De son côté, avant toute ratification, le cocontractant de bonne foi dispose de la possibilité d'agir en justice pour que soit constatée la nullité dudit acte édicté sans pouvoir.

S'il en va ainsi des sanctions applicables dans la première hypothèse de défaut de pouvoir qui a pu être recensée, qu'en est-il dans la seconde ?

2. La nature de la sanction applicable en cas de non-attribution d'un pouvoir contractuel.

554. **Inexistence ou nullité ?.-** La seconde hypothèse de défaut de pouvoir contractuel qui a pu être recensée correspond à la situation dans le cadre de laquelle celui qui se prétendait titulaire d'une telle prérogative disposait bien de l'aptitude à la recueillir et à l'exercer, mais n'en était pas attributaire.

Ce défaut de pouvoir qui peut être constaté suite à la mise en œuvre du contrôle de l'existence des pouvoirs contractuels, ou encore, être lié à la sanction du caractère illicite d'une clause attributive de pouvoir¹, a nécessairement des conséquences sur l'acte unilatéral de modifications des effets du contrat qui serait adopté en l'absence d'une telle prérogative indispensable à son édicition.

Identifier ces conséquences revient, alors, à déterminer la nature de la sanction applicable à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat qui aurait été édicté par une partie non-attributaire du pouvoir requis.

¹ Au sujet des deux origines de ce défaut de pouvoir, v. : *supra*, n° 547, p. 667.

Les dispositions issues de la réforme du droit des contrats ne semblent pas en mesure d'apporter une réponse à ce problème. En effet, celles-ci envisagent seulement les sanctions afférentes aux conditions de validité que sont le consentement, la capacité et le contenu licite et certain de l'acte. Elles ne traitent dès lors pas de la sanction qu'il s'agirait d'appliquer à un acte juridique adopté par une personne qui ne disposerait même pas de la prérogative nécessaire à son édicton.

En l'absence de précision fournie par la partie générale du droit des contrats, il apparaît possible, ici encore, de se demander si la sanction appropriée ne serait pas l'inexistence ? Effectivement, l'acte pourrait sembler inexistant puisque son édicton ne peut prendre appui sur l'existence d'aucun droit ou, plus précisément, sur l'existence d'aucun pouvoir¹.

Cependant, le recours à l'inexistence peut sembler inopportun au regard des contours incertains de cette notion qui, comme il a déjà été évoqué, peine à trouver son autonomie par rapport à la notion de nullité².

En outre, il est possible d'observer que le droit positif semble privilégier la nullité pour sanctionner l'acte accompli sans droit³. Ce choix apparaît compréhensible dans la mesure où la validité d'un acte juridique suppose naturellement que celui-ci ait été accompli par une personne qui était titulaire de la prérogative nécessaire à son édicton. La titularité de la prérogative indispensable à l'édicton d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'un droit subjectif ou d'un pouvoir, tend donc à se présenter comme une condition de validité de celui-ci, au même titre que le consentement, la capacité et le contenu licite et certain. En cela, le défaut de droit ou le défaut de pouvoir semblent, par principe, appelés à se voir appliquer la sanction classiquement attachée aux conditions de validité, à savoir, la nullité⁴.

Pour ces différentes raisons, il semblerait donc que la sanction applicable à l'acte unilatéral de modification des effets du contrat qui aurait été adopté par une partie non-attributaire du pouvoir requis soit, par principe, la nullité. Destinée à protéger les intérêts du cocontractant, autrement dit des intérêts privés, cette nullité devrait, d'ailleurs, avoir la nature d'une nullité relative. Toutefois, il semblerait, à nouveau, que la sanction applicable à l'acte de modification des effets du contrat puisse être quelque peu différente dans l'éventualité où le défaut de pouvoir viendrait à être constaté chez un mandataire.

¹ Rapp. : S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Juris. Class. Civil Code, V° Contrat, Nullité du contrat, Généralités*, Fasc. préc., n° 86, où l'auteure constate que l'inexistence peut notamment se concevoir pour les actes accomplis sans droit ou sans pouvoir.

² À propos de ce point, v. : *supra*, n° 551, p. 670 et s.

³ L'exemple topique en est l'art. 1599 du C. civ. qui dispose que la vente de la chose d'autrui est nulle. Comme certains auteurs ont pu le montrer, l'acte accompli n'est pas, ici, vicié et susceptible d'être annulé en raison de l'incapacité du vendeur, mais en raison de son absence de droit. (v. not. : R. HOUIN, « *Les incapacités* », art. préc., p. 396). Autrement dit, la nullité de la vente de la chose d'autrui n'est pas la sanction d'une incompétence, mais découle du défaut de droit du vendeur. (v. en ce sens : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 224 ; Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1973, n° 76).

⁴ Rapp. : S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *Juris. Class. Civil Code, V° Contrat, Nullité du contrat, Généralités*, Fasc. préc., n° 33, où l'auteure, au sujet des actes accomplis en l'absence de droit ou de pouvoir, retient : « *A priori*, ces actes présentent un défaut de formation et devraient être sanctionnés de nullité ».

555. Le cas particulier du mandat.- Que doit-il advenir dans l'éventualité où l'acte de modification des effets du contrat viendrait à être adopté par une personne qui se serait présentée comme le mandataire de l'une des parties, mais qui ne disposerait, en réalité, d'aucune délégation de pouvoir¹ ?

La mise en œuvre des règles propres au mandat peut, ici encore, conduire à l'application d'une sanction autre que la nullité. En effet, il convient d'observer que si la technique de délégation de pouvoir employée repose sur le mécanisme de la représentation, les dispositions de l'article 1156 du Code civil vont de nouveau trouver à s'appliquer, car celles-ci ne distinguent pas selon l'origine du défaut de pouvoir².

Autrement dit, les deux types de sanction prévus par cet article sont appelés à s'appliquer que le défaut de pouvoir trouve son origine, soit, dans l'inaptitude à recueillir une telle prérogative, soit, dans la non-attribution de celle-ci.

En conséquence, cela signifie que dans le rapport entre le représentant et le représenté, la sanction applicable ne sera pas la nullité de l'acte, mais l'inopposabilité de ses effets au représenté. Ici également, conformément aux dispositions de l'article 1156, l'inopposabilité pourra être écartée et, partant, les effets de l'acte de modification du contrat imputés à la partie représentée, que ce soit, suite à une application de la théorie de l'apparence ou suite à la ratification par celle-ci de l'acte accompli par le mandataire.

Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où une personne viendrait à se présenter comme le représentant de l'une des parties et indiquerait au cocontractant sa décision de résoudre le contrat, et ce, alors même qu'elle ne bénéficierait d'aucune délégation de ce pouvoir, les effets de l'acte de résolution du contrat devraient-ils, par principe, être considérés comme inopposables au représenté. L'inopposabilité ne trouvera cependant pas à s'appliquer dans le cas où le cocontractant aurait pu légitimement croire en la réalité des pouvoirs du représentant, ou encore, en cas de ratification de cet acte de résolution par le représenté.

Bien que proscrite dans le dans le rapport entre le représentant et le représenté, la sanction qu'est la nullité n'est cependant pas totalement exclue par 1156 du Code civil. Cette sanction peut être invoquée par le tiers de bonne foi, c'est-à-dire par la personne qui a eu affaire au soit-dit représentant, mais qui ignorait que l'acte accompli par ce dernier l'avait été sans pouvoir. En matière de pouvoirs contractuels, cela signifie que le cocontractant qui aura eu affaire à un représentant agissant sans pouvoir car non-attributaire de celui-ci, pourra agir en justice pour obtenir le prononcé d'une décision constatant la nullité de l'acte de modification des effets du contrat. Cette possibilité d'obtenir la nullité de l'acte de modification des effets du contrat sera cependant exclue en cas de ratification dudit acte par le représenté.

¹ Ce défaut de pouvoir peut avoir différentes origines. Le pseudo-mandataire peut se révéler ne pas être attributaire du pouvoir qu'il invoque, soit, parce que la délégation de pouvoir dont il entend se prévaloir n'a jamais existé, soit parce qu'elle a été annulée ou révoquée.

² Si l'on s'intéresse aux termes du nouvel article 1156 du C. civ., il est possible de constater que celui-ci fait référence à « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir », sans distinguer quant à l'origine de ce défaut de pouvoir. Ses dispositions sont donc susceptibles de s'appliquer que le défaut de pouvoir trouve son origine dans l'inaptitude à recueillir une telle prérogative ou, comme ici, dans une non-attribution de celui-ci.

Pour reprendre l'exemple sus-évoqué de la résolution unilatérale prononcée par un représentant non-attributaire de ce pouvoir, cela veut dire que le cocontractant, s'il ignorait avoir affaire à un représentant agissant sans pouvoir, pourra demander en justice que soit constatée la nullité de l'acte de résolution, et cela, tant que le représentant ne l'aura pas ratifiée.

Aussi, et comme il a déjà été constaté, il semblerait que ce régime de sanction prévu à la base pour la représentation, puisse également venir s'appliquer lorsque la technique de délégation de pouvoir utilisée n'est pas synonyme de représentation mais se présente comme une technique d'organisation de l'entreprise. L'analogie entre ces deux mécanismes dans le cadre desquels le délégataire n'est pas appelé à agir pour son propre compte, mais au nom et pour le compte d'autrui, milite, en effet, en faveur de l'application d'un même régime de sanction.

Pour illustrer le propos, il est possible de se référer à nouveau à l'exemple de la délégation, par le chef d'une entreprise franchiseur, de la titularité du pouvoir de fixer le prix des contrats de vente destinés à alimenter les franchisés. Dans l'éventualité où l'acte de fixation du prix viendrait à être adopté par un membre de l'entreprise franchiseur qui, en réalité, se révélerait ne pas être attributaire du pouvoir qu'il invoque, soit, parce que la délégation de pouvoir dont il entend se prévaloir n'a jamais existé, soit parce que celle-ci a été annulée ou révoquée, les effets de l'acte de fixation du prix devraient, par principe, être considérés comme inopposables à l'entreprise-franchiseur.

L'inopposabilité sera néanmoins écartée dans le cas où le cocontractant aurait pu légitimement croire en la réalité des pouvoirs du mandataire, ou encore, en cas de ratification de cet acte de fixation du prix par le mandant. Le cocontractant de bonne foi doit également avoir la possibilité d'agir en justice pour que soit constatée la nullité de l'acte fixant le prix tant que le mandataire ne l'a pas ratifié.

556. Point d'étape.- Au terme de ces développements, il semblerait que l'on puisse mesurer plus précisément les conséquences d'un défaut de pouvoir contractuel sur l'acte unilatéral de modification des effets du contrat.

Que le défaut de pouvoir trouve son origine dans l'inaptitude de son titulaire à le recueillir ou dans la non-attribution de celui-ci, la sanction applicable, par principe, à l'acte de modification des effets du contrat adopté en l'absence du pouvoir nécessaire à son édicton apparaît être la nullité relative.

Cependant, l'application de cette sanction de principe se trouve être perturbée par les règles du mandat. Comme il a été observé, dans l'éventualité où l'acte de modification des effets du contrat viendrait à être adopté par un mandataire qui ne disposerait pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel nécessaire à son édicton ou qui n'en serait pas attributaire, cet acte, alors pris sans pouvoir, devrait être déclaré inopposable au mandant. Cette inopposabilité des effets de l'acte qui trouve à s'appliquer dans le rapport entre le mandant et le mandataire pourra, néanmoins, être écartée par le jeu de la théorie de l'apparence ou suite à une ratification de l'acte accompli sans pouvoir. Bien qu'écartée dans le rapport entre le mandant et le mandataire, la nullité n'est pas totalement exclue dans le cadre de cette hypothèse particulière

de défaut de pouvoir. Ici, la nullité sera seulement invocable par le cocontractant de bonne foi, et ce, tant que le mandant n'aura pas ratifié l'acte accompli par le mandataire.

L'identification des sanctions applicables à l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir ne constitue, toutefois, que la première étape de l'étude visant à déterminer les conséquences d'un défaut de pouvoir contractuel. En effet, le constat et la sanction d'un défaut de pouvoir ont nécessairement un impact sur le contrat qu'il convient de mesurer. Le second temps de cette étude consistera donc à identifier les conséquences d'un défaut de pouvoir sur le contrat lui-même.

B. Les conséquences sur le contrat.

557. Deux types de conséquences.- Lorsqu'un défaut de pouvoir vient à être constaté, autrement dit, lorsqu'il est établi que la décision de modification du contrat a été prise par une personne qui ne disposait pas de la titularité du pouvoir requis à cet effet, la sanction de cette irrégularité n'est pas sans conséquences sur le contrat. Plus précisément, deux types de conséquences semblent susceptibles d'en découler. Les premières apparaissent, d'ailleurs, directement liées au point sus-évoqué. En d'autres termes, il serait possible de distinguer un premier type de conséquences résultant de la sanction de l'acte de modification des effets du contrat (1). Les secondes résultant, quant à elles, de la sanction du comportement fautif de l'auteur de la modification (2).

1. Les conséquences résultant de la sanction de l'acte de modification des effets du contrat.

558. La neutralisation des changements juridiques dans la situation contractuelle.- La sanction de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir n'est pas sans incidence sur le contrat. Il est effectivement possible d'observer que, lorsque l'acte destiné à modifier le contrat se trouve être frappé de nullité ou d'inopposabilité¹, et cela, parce que son auteur ne disposait pas du pouvoir indispensable à son édicton, celui-ci ne peut, assurément, produire ses effets² et donc provoquer, sur le plan juridique, une modification de la situation contractuelle.

Autrement dit, la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir conduit à neutraliser le changement juridique dans la situation contractuelle que celui-ci impliquait. Plus précisément, cette sanction permet un retour à la situation juridique contractuelle antérieure ou un maintien de celle-ci. L'annulation de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir assurant un retour au *statu quo ante*. Quant à l'inopposabilité, qui empêche aux effets de l'acte de modification du contrat de venir s'imputer

¹ À propos de l'analyse qui a conduit à retenir ces deux types de sanctions, v. : *supra*, n° 550 et s., p. 670 et s. Pour un résumé, se référer au bilan *supra*, n° 556, p. 679.

² Au sujet de l'idée selon laquelle la nullité consiste dans la suppression des effets juridiques de l'acte, v. not. : R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, op. cit., spéc., p. 666 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, n° 378, p. 205. À propos de l'idée selon laquelle l'inopposabilité affecte les effets d'un acte accompli par un mandataire sans pouvoir, v. : M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op. cit., spéc., n° 231.

sur l'une des parties au contrat lorsque son mandataire a agi sans pouvoir, cette sanction garantit un maintien du *statu quo ante*.

Pour prendre un exemple concret, il est possible de se référer au pouvoir de détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadre. Comme il convient de le rappeler, pour que l'une ou l'autre des parties puisse se voir confier la titularité d'un tel pouvoir, il est dorénavant nécessaire qu'une clause du contrat le prévoit expressément¹. Cela signifie, donc, qu'en l'absence d'une telle stipulation contractuelle, la partie qui déciderait de fixer unilatéralement le prix viendrait à agir sans pouvoir, c'est-à-dire sans être titulaire du pouvoir requis à cet effet. Pour échapper au paiement de ce prix, le cocontractant pourra alors agir en justice afin que soit constatée la nullité de l'acte unilatéral de fixation du prix édicté sans pouvoir. La neutralisation des effets de l'acte unilatéral fixant le prix ayant, ainsi, pour conséquence d'écarter le changement dans la situation juridique que cette décision induisait, à savoir, préciser la quotité de l'objet de l'obligation du débiteur.

Quant à l'hypothèse dans le cadre de laquelle le prix viendrait à être fixé par un mandataire agissant sans pouvoir, cet acte devrait, alors, être considéré comme inopposable au soit-dit mandant. La neutralisation des effets de cet acte conduisant, ici également, à mettre à l'abri la situation juridique contractuelle du changement que celui-ci impliquait au plan juridique².

Si la sanction de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir permet de neutraliser le changement que celui-ci impliquait, au plan juridique, dans la situation contractuelle, il semblerait que la sanction de cet acte puisse parfois également s'accompagner de la neutralisation de ses conséquences matérielles.

559. La neutralisation de changements matériels.- Dans certaines situations, la sanction de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir pourra, semble-t-il, s'accompagner de la neutralisation de ses conséquences matérielles. Tel sera le cas lorsque le juge, concomitamment à la neutralisation des effets juridiques de l'acte de modification du contrat adopté sans pouvoir, pourra, par exemple, ordonner des restitutions.

En guise d'illustration, il est possible de se référer, à nouveau, à l'hypothèse du prix d'un contrat d'application qui aurait été fixé par l'une des parties à un contrat-cadre, et cela, alors même qu'aucune de ce contrat ne serait venue lui conférer la jouissance du pouvoir requis à cet effet. Dans l'éventualité où le débiteur du prix aurait déjà payé, l'annulation de l'acte de fixation du prix édicté sans pouvoir appelle, alors, naturellement, une restitution du prix versé.

¹ Le nouvel art. 1164 al. 1^{er} du C. civ. dispose, en effet, que : « dans les contrats cadre, *il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties* ». (Nous soulignons). Si cet article reconnaît la possibilité d'une détermination unilatérale du prix, il exige cependant que ce procédé de détermination unilatérale soit initialement convenu. Autrement dit, l'existence du pouvoir de détermination du prix semble reconnue seulement si une clause en confère expressément la jouissance à l'une ou l'autre des parties.

² Il convient toutefois de rappeler que l'inopposabilité pourra être écartée par le jeu de la théorie de l'apparence ou suite à une ratification de l'acte accompli sans pouvoir. Dans ce cas, la modification apportée au contrat par la définition du prix aura bel et bien lieu. Néanmoins, le cocontractant, s'il s'avère être de bonne foi, c'est-à-dire s'il ignorait que l'acte avait été pris par un représentant sans pouvoir, pourra invoquer la nullité dudit acte avant toute ratification. L'anéantissement des effets de l'acte unilatéral fixant le prix permettant un retour au *statu quo ante* et donc d'écarter le changement induit dans la situation contractuelle.

En ce sens, la sanction de l'acte unilatéral de fixation du prix permet de neutraliser à la fois les changements juridiques et matériels que celui-ci impliquait dans la situation contractuelle.

Si la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir doit permettre de préserver la situation juridique contractuelle des changements juridiques et, parfois, aussi, des changements matériels que celui-ci impliquait, il ne s'agit toutefois pas des seules conséquences sur le contrat qui peuvent découler du constat d'un défaut de pouvoir.

2. Les conséquences résultant de la sanction du comportement fautif de l'auteur de la modification.

560. L'identification préalable du comportement fautif.- Lorsque l'une des parties entend modifier les effets du contrat alors même qu'elle n'est pas titulaire du pouvoir requis pour y procéder, celle-ci vient, semble-t-il, commettre une faute en manquant à la force obligatoire du contrat et, plus précisément, à son corollaire qu'est l'irrévocabilité unilatérale du contrat¹.

En effet, il ne faut pas oublier que si la possibilité d'une modification unilatérale des effets du contrat est reconnue en droit positif, ce procédé, qui se présente comme une dérogation au principe de l'irrévocabilité unilatérale du contrat, n'est admis que dans les cas où l'une des parties dispose effectivement d'un pouvoir contractuel lui permettant de procéder à cette modification².

Autrement dit, afin d'éviter un délitement total du principe de force obligatoire et, par la même occasion, du contrat, le droit positif limite les hypothèses de modification unilatérale du contrat en exigeant que celles-ci prennent appui sur la jouissance d'un pouvoir contractuel³.

En conséquence, toute modification des effets du contrat unilatéralement décidée qui ne prendrait pas appui sur la titularité d'un pouvoir contractuel, tend à se présenter comme une modification non-autorisée du contrat. Cette modification non-autorisée des effets du contrat étant, alors, fautive, en ce qu'elle contrevient au principe de force obligatoire et, plus exactement, au principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat qui interdit à chacune des parties, sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, de modifier seule le contenu de l'accord convenu entre elles.

¹ Ce principe est, aujourd'hui, énoncé à l'art. 1193 du C. civ. qui dispose que : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

² En cela, les pouvoirs contractuels feraient-ils donc partie des dérogations au principe de l'irrévocabilité unilatérale admises par l'art. 1193 du C. civ. Cet article dispose, en effet, que : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, *ou pour les causes que la loi autorise* ». Les pouvoirs contractuels répondraient ainsi aux « causes » qui autorisent, en droit positif, la modification unilatérale des effets du contrat. Parmi ces causes, il est possible de trouver, par exemple, l'inexécution suffisamment grave de ses obligations par le cocontractant qui justifie alors la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, ou encore, la nécessité de fixer, en cours d'exécution d'un contrat-cadre, le prix des contrats d'application.

³ En l'absence d'une telle limite, autrement dit si chacune des parties était libre de se délier ou de modifier le contenu de son engagement dans n'importe quelle situation et à son gré, il est bien évident que le contrat, privé de son pilier qu'est la force obligatoire, n'aurait plus aucune valeur contraignante et donc plus aucune substance. Rappr. : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 179, p. 403, où les auteurs constatent que si l'irrévocabilité unilatérale n'était pas, par principe, garantie, « il n'y aurait pas d'obligation et la notion de contrat serait vide de sens ».

Dès lors, en qualité de manquement à la force obligatoire, la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir semble naturellement appelée à se voir appliquer les sanctions afférentes à la méconnaissance de ce principe. Au rang de celles-ci, figureraient la résolution et l'exécution forcée en nature. Or, de telles sanctions vont inévitablement avoir des conséquences sur le contrat.

561. Le recours à la résolution.- Parmi les sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire à mêmes d'être prononcées en cas de modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir, il semblerait possible de compter la résolution du contrat. En effet, la modification non-autorisée des effets du contrat pourrait, *a priori*, être analysée comme une faute contractuelle susceptible d'être sanctionnée par la résolution du contrats aux torts de son auteur dans l'éventualité où celle-ci présenterait un degré de gravité suffisant. Cette sanction aurait, alors, bien évidemment, un impact sur le contrat en ce qu'elle provoquerait la disparition de la plupart de ses effets¹.

Cependant, certains pourraient objecter, qu'au regard des termes du nouvel article 1244 du Code civil, la résolution n'est pas une sanction adaptée à la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir.

Plus exactement, en ce qu'elles font de la résolution une mesure de sanction attachée à l'inexécution des obligations, les dispositions de l'article 1224 du Code civil viendraient limiter son domaine et ne lui permettraient pas de sanctionner toute forme de modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir. Ainsi, à s'en tenir strictement aux termes de cet article, la résolution serait seulement susceptible de s'appliquer aux situations dans le cadre desquelles la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir conduirait l'une des parties à se mettre en situation d'inexécution de ses obligations.

Tel serait, par exemple, le cas, dans l'hypothèse où l'une des parties à un contrat à durée déterminée qui se serait engagée à exécuter une obligation, prétendrait résilier son engagement, et ce, alors qu'aucune disposition légale ou clause du contrat ne lui conférerait la jouissance d'un tel pouvoir. Dans une telle situation, il convient de rappeler que l'acte de résiliation édicté sans pouvoir pourrait être annulé², ce qui devrait conduire à neutraliser ses effets et à rétablir la contractuelle antérieure à son adoption³. De la sorte, l'auteur de la rupture devrait-il être considéré comme étant toujours lié par le contrat dont il a cessé d'exécuter, volontairement et fautivement, les obligations. L'inexécution fautive de ses obligations par l'auteur de la rupture irrégulière pourrait, alors, être sanctionnée par la résolution du contrat prononcée à ses torts, et ce, bien entendu, dans l'éventualité où le juge estimerait l'inexécution commise comme suffisamment grave.

¹ Si la résolution entraîne l'anéantissement des obligations principales des parties, celle-ci n'entraîne pas, pour autant, la disparition de l'ensemble des effets du contrat. Comme le rappelle le nouvel art. 1230 du C. civ., la résolution n'affecte pas les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence

² À propos de la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat adopté sans pouvoir, v. : *supra*, n° 550, p. 670 et s.

³ Au sujet des conséquences découlant de l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat adopté sans pouvoir, v. : *supra*, n° 558 et s., p. 680 et s.

En revanche, si l'on s'en tient encore strictement aux termes du nouvel article 1224 du Code civil, la résolution ne pourrait pas être sollicitée pour sanctionner, par exemple, la partie qui, dans un contrat-cadre, aurait entendu fixer unilatéralement le prix en l'absence d'une clause lui conférant expressément la jouissance de ce pouvoir¹², et cela, dans la mesure où cette modification non-autorisée des effets du contrat ne conduit pas son auteur à se placer en situation d'inexécution de ses obligations.

Une telle analyse qui vient, alors, fortement limiter les possibilités de recourir à la résolution en cas de modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir, ne saurait, toutefois, être retenue car celle-ci repose sur une conception tronquée du rôle dévolu à cette sanction en droit positif. Cette conception tronquée du rôle dévolu à la résolution étant, ici, induite par les termes mêmes du nouvel article 1224 du Code civil qui font de la résolution la sanction attachée aux seuls manquements obligationnels.

Or, à l'heure actuelle, il est possible de constater que la résolution ne semble pas être une mesure seulement destinée à sanctionner l'inexécution des obligations. En effet, en droit positif, la résolution du contrat tend à se présenter comme une mesure au champ d'application bien plus large qui permet de sanctionner tous les manquements à la force obligatoire du contrat, quelle que soit leur origine, dès lors que ceux-ci sont d'une certaine gravité. En cela, les dispositions de l'article 1224 du Code civil dédiées à la résolution du contrat pour inexécution des obligations feraient-elles seulement allusion à une application particulière de cette mesure de sanction destinée à réprimer les manquements à la force obligatoire du contrat. Plusieurs études ont, d'ailleurs, en ce sens, pu montrer que la résolution peut être prononcée pour sanctionner des manquements à la force obligatoire du contrat qui ne s'analysent pas en la méconnaissance d'obligations³.

Par conséquent, si la résolution se présente comme une mesure qui permet de sanctionner les manquements à la force obligatoire du contrat et que la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir correspond à un manquement à la force obligatoire du contrat, il doit, semble-t-il, en être déduit que la résolution est susceptible de venir sanctionner toute modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir.

¹ Comme il convient de le rappeler, pour que l'une ou l'autre des parties puisse se voir confier la titularité d'un tel pouvoir, il est dorénavant nécessaire qu'une clause du contrat le prévoit expressément. Les dispositions du nouvel art. 1164 al. 1^{er} du C. civ. prévoyant, en effet, que : « dans les contrats cadre, *il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties* ». (Nous soulignons).

² Certains pourraient cependant arguer que le raisonnement ici mené ne tient pas compte des dispositions de l'alinéa second de l'art. 1164 du C. Civ. qui font expressément allusion à la résolution. Toutefois, il convient de préciser que cet alinéa second de l'art. 1164 du C. civ. fait référence à la résolution en qualité de sanction de « l'abus dans la fixation du prix », c'est-à-dire en qualité de sanction de l'exercice de ce pouvoir dont l'une des parties est effectivement titulaire. Or, le problème ici évoqué est celui d'un défaut de pouvoir. Autrement dit, ce problème trouve son origine non pas dans l'exercice de ce pouvoir, mais dans sa titularité, sa jouissance. Ainsi, dans la mesure où l'art. 1164 du C. civ. attache la résolution à un problème trouvant son origine dans l'exercice du pouvoir de fixation du prix et non dans sa jouissance, la question de l'application de la résolution en cas de fixation du prix par une partie qui n'était pas titulaire de ce pouvoir n'est-elle pas tranchée par le second alinéa de cet article et peut, en conséquence, se poser.

³ v. not. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 280 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 584 et s., p. 504 et s., où l'auteure montre que la résolution peut être prononcée en cas de manquement à des devoirs contractuels qui ne peuvent s'analyser en la méconnaissance d'obligations.

Pour reprendre l'exemple précédent, cela signifie donc que la partie qui, dans un contrat-cadre, viendrait à fixer unilatéralement le prix d'un contrat d'application, en l'absence d'une clause lui conférant expressément la jouissance d'un tel pouvoir, pourrait se voir sanctionnée par la résolution du contrat à ses torts dans l'éventualité où le juge estimerait que cette modification non-autorisée des effets du contrat présente un degré de gravité suffisant.

Aussi, à côté de la résolution, une autre sanction destinée à réprimer les atteintes à la force obligatoire et à même d'avoir conséquences sur le contrat semble en mesure d'être sollicitée en cas de modification des effets de ce dernier réalisée sans pouvoir.

562. Le recours à l'exécution forcée en nature.- Comme entraperçu au cours des développements précédents, la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir peut, parfois, conduire la partie qui en est à l'origine à se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations. Cette situation se rencontre lorsque l'une des parties entend se délier de ses obligations alors même qu'elle ne dispose pas du pouvoir requis à cet effet.

Pour prendre un exemple déjà évoqué, il est possible de faire allusion à l'hypothèse dans le cadre de laquelle une partie à un contrat à durée déterminée qui se serait engagée à exécuter une obligation, prétendrait résilier son engagement, et ce, alors même qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne lui conférerait la jouissance d'un tel pouvoir. Dans une telle situation où les parties sont liées par un contrat à durée déterminée, il convient, effectivement, de rappeler, qu'en l'absence de disposition légale ou conventionnelle autorisant l'une ou l'autre des parties à se délier avant terme, chacune d'elles est tenue de respecter son engagement jusqu'à l'échéance de celui-ci.

Dans l'éventualité où l'une des parties déciderait, néanmoins, de résilier son engagement, le cocontractant pourrait, comme il a été montré, saisir le juge pour que celui-ci constate la nullité de l'acte de résiliation édicté sans pouvoir¹. L'anéantissement de l'acte de résiliation édicté sans pouvoir viendrait, alors, en neutraliser les effets juridiques². En conséquence, l'auteur de la rupture devrait être considéré comme étant toujours lié par le contrat dont il aurait cessé d'exécuter les obligations. En cela, il serait venu se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations.

Il convient alors, ici, d'observer que l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir ne permet pas d'effacer ses conséquences matérielles, c'est-à-dire qu'elle ne permet pas de remédier aux conséquences de l'inexécution. Autrement dit, l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat permet seulement, dans ce type d'hypothèse, de faire apparaître l'inexécution fautive, mais non d'y remédier³.

Dans une telle situation, l'effacement des conséquences matérielles de l'acte de modification des effets du contrat réalisé sans pouvoir va provenir de la sanction du

¹ À propos de la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat adopté sans pouvoir, v. : *supra*, n° 550 et s., p. 670 et s.

² Au sujet de cette conséquence découlant de l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat adopté sans pouvoir, v. : *supra*, n° 558, p. 680 et s.

³ À titre de comparaison, il a, par exemple, pu être constaté que l'annulation de l'acte de fixation unilatérale du prix, suite au constat d'un défaut de pouvoir, induisait des restitutions qui permettaient d'en effacer les conséquences matérielles. Sur ce point, v. : *supra*, n° 559, p. 681.

comportement fautif de l'auteur de cette modification et, plus précisément, de l'application des sanctions de l'inexécution, puisqu'il s'agit de sanctionner une inexécution fautive.

Si le préjudice matériel causé par l'inexécution pourra être réparé par l'octroi de dommage-intérêts, le manquement à la force obligatoire que constitue l'inexécution fautive des obligations pourra, quant à lui, se voir appliquer les sanctions afférentes à la méconnaissance de ce principe parmi lesquelles il est possible de compter, certes la résolution, mais aussi, l'exécution forcée en nature.

L'exécution forcée en nature constitue donc une seconde mesure de sanction afférente à la méconnaissance du principe de force obligatoire susceptible d'être sollicitée en cas de modification non-autorisée du contrat. Plus exactement, cette mesure de sanction pourra être sollicitée en cas de rupture non-autorisée du contrat et devra permettre, via la reprise de l'exécution, d'effacer une partie des conséquences matérielles de l'acte de rupture édicté sans pouvoir¹.

Si le recours à l'exécution forcée en nature est aujourd'hui garanti par le nouvel article 1221 du Code civil, il convient néanmoins de rappeler qu'une telle sanction ne pourra pas s'appliquer dans deux types d'hypothèses. D'une part, la possibilité de contraindre le débiteur à reprendre l'exécution de son obligation sera écartée en cas d'impossibilité matérielle². D'autre part, le recours à l'exécution forcée en nature sera écarté en cas d'impossibilité morale, c'est-à-dire lorsque l'application de cette sanction viendrait porter atteinte aux libertés individuelles du débiteur.

563. Conclusion de la Section I.- Au terme de ces développements, il semblerait que l'on puisse disposer d'une image plus nette des sanctions qui se rapportent à la jouissance des pouvoirs contractuels et de leurs conséquences.

L'étude ici entreprise a, dans un premier temps, permis de montrer que les sanctions attachées aux différents points du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels tendent toutes à faire état d'un défaut de pouvoir. En effet, il a pu être constaté que les sanctions de l'incompétence de celui qui se prétendait titulaire d'un pouvoir contractuel, de la non-existence d'un tel pouvoir et de l'illicéité des clauses attributives de pouvoirs contractuels, se traduisent toutes par une privation de la titularité de ces prérogatives. En cela, la notion de défaut de pouvoir qui désigne, très prosaïquement, la situation dans le cadre de laquelle un sujet de droit n'est pas titulaire d'un pouvoir, permettrait d'appréhender de façon unitaire l'ensemble des sanctions relatives à la jouissance des pouvoirs contractuels.

¹ Si la reprise forcée de l'exécution doit permettre d'effacer une partie des conséquences matérielles de l'acte de rupture irrégulier, l'autre partie de ces conséquences matérielles sera effacée par l'octroi de dommages-intérêts. Au final, c'est l'application combinée de l'exécution forcée en nature et des dommages-intérêts qui doit permettre de parvenir à un effacement des conséquences matérielles de l'acte de rupture adopté sans pouvoir.

² Aux hypothèses d'impossibilité matérielle absolues, c'est-à-dire aux situations dans le cadre desquelles l'exécution forcée en nature est techniquement impossible, doivent, semble-t-il, être assimilées les hypothèses d'impossibilité matérielle « relatives » visées au nouvel art. 1221 du C. civ. *in fine*. Ces hypothèses correspondent aux situations dans le cadre desquelles l'exécution forcée en nature est théoriquement concevable, mais serait manifestement disproportionnée eu égard à son coût pour le débiteur et à son intérêt pour le créancier.

Puis, l'étude ici conduite a cherché, dans un second temps, à mesurer les conséquences du constat et de la sanction d'un défaut de pouvoir contractuel. D'ailleurs, pour mesurer précisément les conséquences résultant du constat et de la sanction d'un défaut de pouvoir contractuel, il apparaissait nécessaire de tenir compte du contexte dans le cadre duquel un défaut de pouvoir vient généralement à être mis en évidence. À ce propos, il a pu être observé que le défaut de pouvoir contractuel vient généralement à être constaté et à être sanctionné après que la décision de modification des effets du contrat a été prise par celui qui se prétendait être titulaire d'une telle prérogative.

L'identification du contexte de révélation et de sanction du défaut de pouvoir invitait, alors, tout naturellement, à s'interroger sur deux types de conséquences. D'une part, il s'agissait de se demander ce qui doit advenir de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat lorsque celui-ci a été édicté sans pouvoir. D'autre part, il convenait de s'intéresser au devenir du contrat lorsque ses effets ont été modifiés par une partie sans pouvoir.

En ce qui concerne le devenir de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat, il a pu être montré que le constat et la sanction d'un défaut de pouvoir se répercutent nécessairement sur celui-ci. Assurément, lorsqu'un défaut de pouvoir vient à être démontré, l'acte unilatéral de modification des effets du contrat qui se trouve, ainsi, avoir été édicté sans pouvoir, s'avère inévitablement être irrégulier. Dès lors, en raison de son caractère irrégulier, cet acte doit être sanctionné.

Une sanction de principe a alors pu être identifiée. Il s'agit de la nullité relative. Autrement dit, que le défaut de pouvoir trouve son origine dans l'inaptitude de son titulaire à le recueillir ou dans la non-attribution de celui-ci en raison de son inexistence ou de son illicéité, il semblerait que la sanction applicable, par principe, à l'acte de modification des effets du contrat adopté sans pouvoir soit la nullité relative.

Toutefois, il été constaté que l'application de cette sanction de principe se trouve être perturbée par les règles du mandat. Comme il le fut montré, dans l'éventualité où l'acte de modification des effets du contrat viendrait à être adopté par un mandataire qui ne disposerait pas de l'aptitude à recueillir le pouvoir contractuel nécessaire à son édicition ou qui n'en serait pas attributaire, cet acte, alors adopté sans pouvoir, devrait être déclaré inopposable au mandant. L'inopposabilité des effets de l'acte qui trouve à s'appliquer dans le rapport entre le mandant et le mandataire pourra, néanmoins, être écartée par le jeu de la théorie de l'apparence ou suite à une ratification de l'acte accompli sans pouvoir. Aussi, et bien qu'elle soit écartée dans le rapport entre le mandant et le mandataire, la nullité n'est pas totalement exclue dans le cadre de cette hypothèse particulière de défaut de pouvoir. Dans une telle situation, la nullité sera seulement invocable par le cocontractant de bonne foi, et ce, sous réserve que le mandant n'ait pas ratifié l'acte accompli par le mandataire.

Quant à la question du devenir du contrat lorsque ses effets ont été modifiés par une partie sans pouvoir, il a pu être montré que le constat et la sanction d'un défaut de pouvoir sont susceptibles d'engendrer deux sortes de conséquences sur celui-ci.

Les premières découlent, d'ailleurs, directement du point précédent, c'est-à-dire de la sanction de l'acte de modification des effets du contrat réalisé sans pouvoir. Effectivement, il a pu être constaté que, lorsque l'acte destiné à modifier le contrat se trouve être frappé de nullité

ou d'inopposabilité, et cela, parce que son auteur ne disposait pas du pouvoir indispensable à son édiction, celui-ci ne peut, bien évidemment, produire ses effets et donc provoquer, sur le plan juridique, une modification de la situation contractuelle.

En d'autres termes, la sanction de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir doit permettre de neutraliser le changement que celui-ci devait provoquer au plan juridique, dans la situation contractuelle¹. En outre, il semblerait que, dans certaines situations, la sanction de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir puisse s'accompagner de la neutralisation de ses conséquences matérielles. Comme montré, tel sera le cas lorsque le juge pourra ordonner des restitutions concomitamment à la neutralisation des effets juridiques de l'acte de modification du contrat adopté sans pouvoir².

Autrement dit, la sanction de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir doit permettre de préserver la situation juridique contractuelle des changements juridiques, mais parfois, aussi, des changements matériels que celui-ci impliquait.

Mais ce n'est pas tout, car du constat et de la sanction d'un défaut de pouvoir peut découler un second type de conséquences sur le contrat. Ces conséquences sont, alors, pour leur part, liées à la sanction du comportement fautif de l'auteur de la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir.

Comme constaté, lorsqu'une partie se trouve être privée de la titularité d'un pouvoir contractuel, la modification des effets du contrat à laquelle celle-ci entend procéder doit s'analyser comme un manquement fautif à la force obligatoire du contrat. Dès lors, en qualité de manquement à la force obligatoire, la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir semble appelée à se voir appliquer les sanctions afférentes à la méconnaissance de ce principe.

Ainsi, il a pu être montré que la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir est susceptible d'entraîner la résolution du contrat aux torts de son auteur lorsque cette faute présente un degré de gravité suffisant. À côté de la résolution, il semblerait également que le juge puisse ordonner la reprise de l'exécution du contrat dans l'éventualité où la modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir aurait conduit la partie qui en est à l'origine à se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations. Cette possibilité de recourir à l'exécution forcée en nature sera, néanmoins, écartée en cas d'impossibilité matérielle ou morale.

L'identification des sanctions afférentes à la jouissance des pouvoirs contractuels et de leurs conséquences vient ainsi clore le premier temps de l'analyse qui se propose de recenser les différentes mesures de sanction susceptibles d'être prononcées à chaque étape du contrôle de ces prérogatives. Étant donné que le contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels s'organise autour de deux grands axes que sont, d'une part, le contrôle de leur jouissance et, d'autre part, le contrôle de leur exercice, l'analyse ici entreprise devra se prolonger, dans un second temps, par une recherche des sanctions relatives à l'exercice des pouvoirs contractuels.

¹ Comme il a été constaté, l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir assure un retour au *statu quo ante*. Quant à l'inopposabilité, qui empêche aux effets de l'acte de modification du contrat de venir s'imputer sur l'une des parties au contrat lorsque son mandataire a agi sans pouvoir, cette sanction garantit le maintien du *statu quo ante*.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 559, p. 681 et s.

SECTION II : LES SANCTIONS RELATIVES À L'EXERCICE DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

564. **L'identification de deux types de sanctions.**- Au regard de la démarche analytique qui se propose de recenser les différentes mesures de sanction susceptibles d'être prononcées à chaque étape du contrôle des pouvoirs contractuels, il ne sera possible de procéder à l'identification des sanctions en rapport avec le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels qu'après avoir rappelé, bien entendu, les deux étapes de ce contrôle.

Ainsi, pour rappel, les développements consacrés au contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels ont permis de montrer que le juge pouvait être conduit à examiner, d'une part, les conditions de fond de leur mise en œuvre et, d'autre part, les conditions qui se rapportent à leur procédure de mise en œuvre¹.

En conséquence, l'étude ici menée aura pour objectif d'identifier deux types de sanctions. Il s'agira donc de chercher à identifier, dans un premier temps, les sanctions relatives aux conditions de fond (§ 1), puis, dans un second temps, les sanctions relatives à la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels (§ 2).

§ 1 - LES SANCTIONS RELATIVES AUX CONDITIONS DE FOND.

565. **L'identification des sanctions en rapport avec trois types d'abus.**- L'identification des différentes mesures de sanction susceptibles d'être prononcées par le juge suite au contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels et, plus précisément, suite au contrôle des conditions de fond de leur mise en œuvre, constitue l'un des enjeux majeurs d'une étude dédiée à ces prérogatives.

Pour répondre à un tel enjeu et identifier correctement ces différentes sanctions, il convient semble-t-il, alors, de se remémorer la structure de ce contrôle. Comme il a été montré, au plan substantiel, le contrôle des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels vient se diviser en deux et laisse apparaître, d'une part, un contrôle de type objectif et, d'autre part, un contrôle de type subjectif, qui doivent permettre, à eux deux, d'appréhender trois types d'abus².

Ainsi, pour rappel, le contrôle de type objectif invite-t-il le juge à s'intéresser au contenu des pouvoirs contractuels. Plus précisément ce contrôle objectif correspond à une approche purement technique dans le cadre de laquelle le juge est amené à vérifier que les limites objectives d'exercice du pouvoir n'ont pas été outrepassées. Autrement dit, dans le cadre de ce contrôle, il s'agit pour le juge de vérifier que le pouvoir contractuel en question a été exercé conformément au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui encadrent sa mise en œuvre. Ce premier type de contrôle se présente, alors, comme celui du dépassement de pouvoir³.

¹ Pour une analyse détaillée de chacun de ces deux points du contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 425 et s., p. 469 et s.

² Il convient de préciser, ici, que l'abus est naturellement synonyme d'exercice illicite du pouvoir. Autrement dit, la notion d'abus est liée à la question de l'exercice des pouvoirs contractuels.

³ À propos du contrôle du dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 430 et s., p. 475 et s.

Tel que son nom l'indique, il vise à déceler l'abus de pouvoir qui consiste en un dépassement de ses limites objectives, c'est-à-dire l'abus par dépassement de pouvoir.

De son côté, le contrôle de type subjectif invite le juge à s'intéresser au titulaire du pouvoir contractuel et, plus précisément, à son éthique lors de la mise en œuvre de sa prérogative. En d'autres termes, ce contrôle doit conduire le juge à apprécier la moralité du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative, et cela, afin de déceler si ce dernier a fait preuve de mauvaise foi à cette occasion. Comme il a été mis en évidence, le contrôle de type subjectif se subdivise, lui-même, en deux étapes et peut amener le juge à examiner le comportement, puis les mobiles, du titulaire du pouvoir¹.

La première étape, qui est dédiée au contrôle du comportement du titulaire du pouvoir, doit permettre d'appréhender les comportements déloyaux qui sont susceptibles d'accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel². Aussi il a été montré que cette première étape du contrôle peut être amenée à jouer un double rôle. Cette étape, qui peut exister de manière autonome, doit permettre, d'une part, d'appréhender, sur le fondement de la bonne foi, un type particulier d'abus commis dans l'exercice d'un pouvoir contractuel, à savoir, l'abus par déloyauté. Cette étape peut également, d'autre part, se révéler être un être un moyen de rapporter la preuve des véritables intentions du titulaire du pouvoir, et ce, dans la mesure où la mise en évidence d'un comportement déloyal peut s'avérer être un moyen d'établir la réalité des mobiles de ce dernier. En cela, le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir peut constituer un tremplin vers la seconde étape du contrôle de type subjectif.

La seconde étape du contrôle de type subjectif, dédiée au contrôle des mobiles du titulaire du pouvoir, invite le juge à saisir les mobiles de ce dernier qui s'écarteraient de la finalité assignée à sa prérogative³. S'il est établi que le titulaire du pouvoir s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative, un détournement de pouvoir sera, alors, caractérisé. Autrement dit, cette seconde étape permet de saisir l'abus par détournement de pouvoir.

En cela, le contrôle de type subjectif doit permettre d'appréhender deux formes d'abus que sont l'abus par déloyauté et l'abus par détournement de pouvoir.

Une fois la structure du contrôle rappelée, il s'avère ainsi possible de constater que vouloir procéder à l'identification des différentes mesures de sanction susceptibles d'être prononcées suite au contrôle des conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels revient, plus précisément, à chercher à déterminer la nature des sanctions en rapport avec les trois types d'abus qu'un tel contrôle peut conduire à mettre en évidence. Autrement dit, il s'agira de chercher à identifier, d'abord, les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir (A), puis, les sanctions de l'abus par déloyauté (B) et, enfin, les sanctions de l'abus par détournement de pouvoir (C).

¹ Pour une présentation des deux étapes du contrôle de type subjectif dont le point d'aboutissement est la caractérisation d'un détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 444, p. 502 et s.

² Pour une présentation détaillée de cette première étape du contrôle de type subjectif, v. : *supra*, n° 445 et s., p. 504 et s.

³ Pour une présentation détaillée de cette seconde étape du contrôle de type subjectif, v. : *supra*, n° 459 et s., p. 530 et s.

A. Les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir.

566. **Trois types de sanctions.**- Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel vient à commettre un abus par dépassement de pouvoir, autrement dit, lorsqu'il a méconnu les limites objectives d'exercice de son pouvoir en ne se conformant pas au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui sont susceptibles d'encadrer sa mise en œuvre, cette forme d'abus de pouvoir semble en mesure de se voir appliquer trois types de sanctions.

En premier lieu, il s'agira de montrer que le non-respect des limites objectives du pouvoir appelle la nullité de l'acte édicté en vertu de celui-ci (1).

En second lieu, il conviendra de mettre en évidence que l'abus par dépassement de pouvoir porte atteinte au principe de force obligatoire que ce soit, en lui-même, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine, ce qui doit, par conséquent, entraîner l'application des sanctions afférentes à la méconnaissance de ce principe. En d'autres termes, il s'agira de montrer que le dépassement de pouvoir est en mesure de se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements au principe de force obligatoire du contrat (2).

Enfin, en troisième et dernier lieu, il ne faut pas oublier que le non-respect des limites objectives d'un pouvoir contractuel constitue un comportement fautif qui peut être de nature à causer un préjudice au cocontractant. Le titulaire d'un pouvoir contractuel qui commettrait un abus de pouvoir par dépassement de ses limites objectives pourrait, donc, en conséquence, être condamné à procéder à l'indemnisation du préjudice causé (3).

1. La nullité de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir.

567. **Une sanction souvent occultée.**- La plupart du temps, les analyses qui s'intéressent à la nature des sanctions applicables en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir contractuel occultent la question de la sanction de l'acte unilatéral édicté en vertu d'une telle prérogative¹.

Une telle omission se rencontre, d'ailleurs, assez souvent, lors de l'examen des sanctions susceptibles d'être prononcées suite à l'exercice irrégulier du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.

En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de la sanction applicable en cas d'exercice irrégulier d'un tel pouvoir, les analyses se tournent classiquement vers la seule responsabilité du créancier². Autrement dit, dans la majorité des analyses, l'accent est mis sur la prérogative et, plus exactement, sur la sanction de la faute commise dans l'exercice du

¹ v. par ex. : C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., p. 225, où l'auteur fait allusion à une possible privation des effets résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un droit potestatif contractuel, mais ne fait aucunement allusion à la sanction de l'acte unilatéral édicté en vertu d'une telle prérogative. *Adde*, J. ROCHFELD, « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », art. préc., n° 18 et s., p. 764 et s., où l'auteur, parmi, les sanctions de l'exercice abusif des droits potestatifs contractuels, n'envisage pas la question de la sanction de l'acte édicté en vertu de ces prérogatives.

² v. par ex. en ce sens : E. BAZIN, « *La résolution unilatérale du contrat* », RRJ, 2000-4, p. 1381 et s., spéc., p. 1398, où l'auteur considère que la « seule sanction est la condamnation de l'auteur de la rupture à verser des dommages-intérêts à la victime si la résolution unilatérale se révèle disproportionnée ». *Adde*, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 661, spéc., p. 672.

pouvoir de résolution, au détriment de la sanction de l'acte qui en concrétise l'exercice¹. Ces analyses qui occultent la sanction de l'acte qui sert de support à l'exercice du pouvoir de résolution concluent, alors, généralement, que le juge du fond ne peut, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, être saisi que pour sanctionner la faute commise par le créancier en engageant sa responsabilité².

Si certains auteurs ont pu dénoncer le glissement du contentieux de la rupture du contrat vers celui de la seule responsabilité du créancier³, d'autres, dans le prolongement de cette contestation, ont pu montrer que l'exercice irrégulier du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier devrait, dans certains cas, entraîner l'annulation de l'acte de rupture⁴. Plus précisément, selon ces auteurs, cette sanction serait encourue lorsque l'acte de résolution ne prendrait pas appui sur une inexécution suffisamment grave imputable au débiteur.

Il convient alors, ici, de rappeler, que l'inexécution suffisamment grave constitue le motif-efficient prédéfini par le droit objectif sur lequel la volonté du créancier doit nécessairement prendre appui pour rompre le contrat⁵. Autrement dit, l'inexécution suffisamment grave se présente comme la cause-efficientie objectivée de l'acte de rupture.

Or, il a pu être montré que la cause-efficientie peut être appelée à jouer un rôle dans le cadre de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice des pouvoirs contractuels. Plus précisément, lorsque la cause-efficientie de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel est

¹ Pour un tel constat, v. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 519, p. 402. L'auteur met alors en évidence que l'occultation de l'acte juridique unilatéral qui sert de support à l'exercice du pouvoir de résolution résulte de « l'appréhension du phénomène de la sanction prononcée par les parties à partir du seul prisme de la prérogative juridique [...] ». Comp., Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale* », in *La résiliation unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Droit et patrimoine, mai 2004, n° 126, p. 70 et s., spéc., p. 74-75, où l'auteur évoque l'inefficacité du droit de rupture, mais ne fait cependant pas référence à la sanction de l'acte qui sert de support à cette rupture. Rappr. : A. BRÈS, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, op. cit., où l'auteur, après avoir pourtant qualifié la dénonciation du contrat d'acte unilatéral (n° 411 et s., p. 253 et s.), ne fait plus référence, par la suite, à ce support, lorsqu'elle envisage la sanction d'une dénonciation unilatérale qui se révélerait être irrégulière.

² Il existe alors un débat au cœur de ce courant fondé sur la responsabilité entre les auteurs qui admettent que le préjudice subi par le cocontractant peut être réparé par le maintien forcé du contrat (v. par ex. : P. ANCEL, « *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle* », JCP E. 1999, supplément n° 6 p 30-38, spéc., p. 33) et ceux considèrent que seul l'octroi de dommages-intérêts est envisageable (v. par ex. : E. BAZIN, « *La résolution unilatérale du contrat* », art. préc., spéc., p. 1398). Dans le cadre de cette étude, la question de la reprise forcée de l'exécution du contrat sera envisagée avec les sanctions du manquement au principe de force obligatoire (v. : *infra*, n° 572, p. 705 et s.).

³ v. en ce sens : J. ROCHFELD, « *Résolution et exception d'inexécution* », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 213 et s., spéc., p. 229-230. Si l'auteur constate que la reconnaissance d'un pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier entraîne un glissement du contentieux de la rupture du contrat vers un contrôle de la responsabilité de ce dernier, celle-ci estime, toutefois, qu'il « n'est pas évident que la contrôle doive s'arrêter là ». Par la suite (p. 230 et s.), l'auteur se demande alors, notamment, si la décision de rupture injustifiée ne pourrait pas être remise en cause par le juge.

⁴ v. not. en ce sens : Ph. CHAUVIRÉ, « *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ?* », RLDC, octobre 2010, n° 75, p. 7 et s. ; A. MARAIS, « *Le maintien forcé du contrat par le juge* », LPA 2 octobre 2002, n° 197, p. 7 et s. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 520, p. 403.

⁵ Sur ce point, v. : *supra*, n° 303, p. 331 et s.

prédéfinie par le droit objectif, il a pu être observé que celle-ci devient une condition de validité de l'acte unilatéral qui sert de support à la mise en œuvre d'une telle prérogative¹.

En conséquence et comme le mettent en évidence les analyses sus-évoquées, toute mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier qui ne prendrait pas appui sur une inexécution suffisamment grave correspondrait à un non-respect des conditions objectives d'exercice de ce pouvoir et, par la même occasion, à un non-respect des conditions de validité de l'acte de rupture. Or, lorsque les conditions requises pour la validité d'un acte juridique ne sont pas respectées, celui-ci encourt, traditionnellement, la nullité². De la sorte, l'acte de rupture du contrat édicté en vertu du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier qui ne viendrait pas prendre appui sur un manquement suffisamment grave pourrait-il être annulé par le juge dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*³. Aucun obstacle relevant de la technique juridique ne paraît effectivement s'y opposer⁴.

Aussi, cet exemple tiré du pouvoir de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier doit permettre de faire ressortir, plus largement, le lien qui existe entre les conditions d'exercice d'un pouvoir qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte édicté en vertu d'une telle prérogative.

En effet, les différentes conditions objectives qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre des pouvoirs contractuels tendent à se présenter comme des conditions de validité de l'acte unilatéral destiné à modifier les effets du contrat, et ce, dans la mesure où la volonté du titulaire du pouvoir doit venir s'y conformer pour parvenir à générer un effet de droit, c'est-à-dire, ici, provoquer une modification des effets du contrat.

Pour rappel, il a pu être montré que l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels se traduit nécessairement par l'assignation d'un but objectivement défini à l'action de son titulaire, mais peut également s'étendre aux moyens que celui-ci doit mettre en œuvre, ou encore, aux motifs-efficients qui justifient l'exercice d'une telle prérogative⁵. Dès lors, ces différentes conditions qui sont susceptibles d'encadrer la mise

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 174, p. 186 et s.

² Pour une telle observation, v. not. : Ph. CHAUVIRÉ, « *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ?* », art. préc. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 514, p. 399 et n° 520, p. 403.

³ v. très nettement en ce sens : Ph. CHAUVIRÉ, « *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ?* », art. préc., où l'auteur, après avoir montré que « le comportement grave, condition de la rupture unilatérale, en constitue la cause-efficiente », en conclut « [qu']en assimilant l'absence de comportement grave à un défaut de cause, la sanction de la nullité paraît s'imposer puisqu'elle constitue la sanction naturelle des conditions de formation des actes juridiques ». Adde, A. MARAIS, « *Le maintien forcé du contrat par le juge* », art. préc., où l'auteur retient : « [qu']en l'absence d'un comportement suffisamment grave du débiteur, la décision de cessation anticipée du contrat à durée déterminée devrait-elle être annulée par le juge [...] ».

⁴ L'analyse technique reposant sur l'étude des conditions de validité de l'acte unilatéral de rupture milite, en effet, ici, en faveur de l'annulation de l'acte de rupture irrégulier. Cela signifie donc que si le législateur ou la jurisprudence venaient à faire le choix de mettre à l'écart cette sanction, une telle mise à l'écart ne serait pas justifiée par des considérations d'ordre technique, mais par des considérations de politique juridique. Au plan purement technique, rien ne semble ainsi justifier que l'acte unilatéral de résolution du contrat qui ne prendrait pas appui sur une inexécution suffisamment grave imputable au débiteur fasse partie de la catégorie des « actes juridiques irréguliers efficaces ». (Au sujet de cette catégorie d'actes, v. : C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace : contribution à la théorie de l'acte juridique*, th. Paris I, 2017).

⁵ Au sujet des différents degrés d'encadrement objectif des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 287 et s., p. 318 et s.

en œuvre des pouvoirs contractuels doivent, donc, venir s'analyser comme des conditions de validité de l'acte unilatéral que ces prérogatives permettent d'édicter¹.

En conséquence, l'abus par dépassement de pouvoir qui se caractérise par un non-respect des limites objectives assignées à une telle prérogative, telle qu'une méconnaissance de son but, des moyens qui encadrent sa mise en œuvre, ou encore, des motifs-efficients qui en justifient l'exercice, se doit d'être relié à l'inobservation des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat. Plus exactement, il convient d'observer que l'abus par dépassement de pouvoir emporte, nécessairement, une méconnaissance des conditions de validité de l'acte de modification des effets du contrat.

Or, comme il le fut déjà évoqué, la méconnaissance des conditions de validité d'un acte juridique est traditionnellement sanctionnée la nullité. Ce faisant, la sanction de l'abus par dépassement de pouvoir doit, semble-t-il, par principe, passer par l'annulation de l'acte unilatéral édicté en vertu d'une telle prérogative.

Pour prendre l'exemple des pouvoirs contractuels dont la mise en œuvre repose sur des motifs-efficients objectivement prédéfinis, comme le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, ou encore, le pouvoir issu d'une clause d'agrément, cela signifie que si le contrôle judiciaire de ces motifs-efficients vient à mettre en évidence une irrégularité², l'acte de modification des effets du contrat édicté en

¹ Il est alors, ici, intéressant de noter que ce lien entre les conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir et les conditions de validité de l'acte que celui-ci permet d'adopter est largement mis en avant en droit administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

En effet, le contrôle de l'excès de pouvoir peut, par exemple, conduire le juge administratif à contrôler les motifs-efficients de la décision qui lui est soumise lorsque ceux-ci font l'objet d'un encadrement objectif. Si le juge vient alors à déceler une erreur de fait, une erreur de droit, ou une erreur de qualification juridique des faits, ce dernier prononcera la nullité de l'acte édicté par l'administration, ce qui démontre bien que les motifs-efficients, lorsque ceux-ci font l'objet d'un encadrement objectif, constituent des conditions de validité de l'acte édicté en vertu du pouvoir.

Mais ce n'est pas tout, car le contrôle de l'excès de pouvoir peut également conduire le juge administratif à contrôler les moyens employés par l'administration, et ce, par exemple, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, ou encore, le but poursuivi par le titulaire du pouvoir. La mise en œuvre de moyens disproportionnés ou le non-respect, par l'administration, du but assigné au pouvoir dont elle est titulaire, entraînant, alors, l'annulation de l'acte édicté, ce qui démontre, ici encore, que les conditions objectives d'exercice d'un pouvoir sont des conditions de validité de l'acte édicté en vertu de cette prérogative.

Or, comme il est possible de le constater, la structure du contrôle de l'excès de pouvoir en droit administratif et celle du dépassement de pouvoir en droit privé sont extrêmement proches. Dans les deux types de contrôles, il s'agit, en effet, de s'intéresser au but, mais aussi aux moyens et aux motifs-efficients qui peuvent encadrer l'exercice d'un pouvoir. Cette proximité est alors liée au fait que, dans les deux cas, il s'agit de contrôler la mise en œuvre d'un même type de prérogative juridique, à savoir, un pouvoir. Si le parallèle avec le droit administratif permet de mettre en évidence l'unité conceptuelle de la notion de pouvoir à travers l'identité des mécanismes de contrôle, ce parallèle doit également permettre, semble-t-il, de justifier encore davantage le fait que les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir se présentent comme des conditions de validité de l'acte que cette prérogative permet d'édicter.

² Comme il a été montré, lorsque les motifs-efficients qui justifient l'exercice d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif, le contrôle du juge est susceptible de se développer sur trois points qui constituent autant d'hypothèses de dépassement de pouvoir. Le dépassement de pouvoir, pourra-t-il, ainsi, être caractérisé, soit, en cas d'inexistence matérielle des faits qui justifient l'exercice du pouvoir, soit en cas d'erreur de droit, c'est-à-dire en cas de mauvaise interprétation des motifs contenus dans la norme attributive du pouvoir, soit en cas d'erreur dans la qualification juridique des faits. (Au sujet de ces trois points de contrôle, v. : *supra*, n° 430 et s., p. 475 et s.).

vertu d'une telle prérogative sera considéré comme privé de sa cause-efficiente et, de ce fait, de l'une de ses conditions de validité, ce qui doit entraîner le prononcé de sa nullité.

De la même façon, lorsque les moyens que doit employer le titulaire d'un pouvoir contractuel font l'objet d'un encadrement objectif¹, leur non-respect doit s'analyser comme une méconnaissance des conditions de validité de l'acte de modification des effets du contrat, ce qui doit, également, conduire au prononcé de sa nullité. Ainsi, pour prendre l'exemple du prononcé d'une mise à pied disciplinaire, si le juge estime ce moyen de sanction disproportionné, celui-ci pourra prononcer la nullité de cet acte de sanction².

Dans la même logique, en cas de non-respect du but assigné à un pouvoir contractuel, l'acte de modification des effets du contrat édicté en vertu d'une telle prérogative doit être considéré comme privé de sa cause-finale et, de ce fait, de l'une de ses conditions de validité, ce qui doit conduire au prononcé de sa nullité.

Il convient, d'ailleurs, de préciser que dans la mesure où l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel est destiné à protéger les intérêts du cocontractant, c'est-à-dire des intérêts privés, la méconnaissance de ces conditions qui constituent également des conditions de validité de l'acte unilatéral édicté par le *potentior*, est, naturellement, appelée à être sanctionnée par une nullité relative.

Si l'abus par dépassement de pouvoir se doit donc, par principe, d'être sanctionné par l'annulation de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir, il convient, alors, d'en préciser les conséquences.

568. Les conséquences de l'annulation de l'acte édicté en vertu du pouvoir.- L'annulation de l'acte de modification du contrat édicté par une partie qui aurait dépassé les limites objectives de son pouvoir va permettre de neutraliser ses effets juridiques, c'est-à-dire d'écarter le changement que celui-ci impliquait, au plan juridique, dans la situation contractuelle³. Autrement dit, cette sanction va permettre un retour à la situation juridique antérieure à l'édition de cet acte.

¹ Au sujet du contrôle des moyens employés par le titulaire d'un pouvoir contractuels, v. : *supra*, n° 437 et s., p. 488 et s.

² Ici, c'est d'ailleurs même la loi qui prévoit la possibilité d'une telle annulation. L'art. L. 1333-2 du C. trav. dispose, en effet, que : « Le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou *disproportionnée* à la faute commise ». (Nous soulignons). Il convient toutefois de préciser que la nullité ne peut être prononcée que dans les cas où une sanction autre qu'un licenciement disciplinaire est prononcée.

³ Rapp. : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 789 et s., p. 578 et s., où l'auteur, sans pour autant faire allusion à la neutralisation de l'acte unilatéral qui sert de support à l'exercice d'un pouvoir contractuel, considère néanmoins que l'inefficacité doit être la sanction de principe en cas de dépassement des limites objectives d'une telle prérogative. Certes, certains pourraient objecter que le Professeur STOFFEL-MUNCK traite du détournement de pouvoir alors, qu'il est traité, ici, du dépassement de pouvoir. Toutefois, il convient d'observer que l'auteur adopte une conception « objective » du détournement de pouvoir, détachée de toute référence à la moralité du titulaire, dans le cadre de laquelle il s'agit uniquement de vérifier que le pouvoir a été exercé conformément à sa finalité, c'est-à-dire conformément à ses conditions objectives de mise en œuvre. Celui-ci le concède, d'ailleurs, en indiquant qu'il s'agit, dans les développements qu'il entreprend, de « ramener l'idée d'abus par détournement à un dépassement des limites internes d'un droit ». Autrement dit, ce que le Professeur STOFFEL-MUNCK appelle « détournement de pouvoir » correspond à ce que nous appelons, ici, « dépassement de pouvoir ».

Pour donner une illustration de ce phénomène, il conviendra de reprendre l'exemple classique de la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier qui ne viendrait pas s'appuyer sur un manquement suffisamment grave. Dans une telle situation, l'annulation de l'acte de rupture, en raison du dépassement de pouvoir commis par son auteur, aura pour conséquence de neutraliser les effets juridiques de la rupture et d'entraîner, alors, au plan juridique, un retour à la situation contractuelle antérieure à son édicition. De la sorte, l'effacement des effets juridiques de l'acte de rupture et le retour à la situation juridique antérieure devront conduire les juges à considérer que l'auteur de la rupture irrégulière se trouve, en réalité, toujours lié par le contrat dont il prétendait s'être libéré¹.

La sanction de l'abus par dépassement de pouvoir par le prononcé de la nullité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat présente ainsi l'avantage de permettre un retour, au plan juridique, à la situation contractuelle antérieure à l'édicition de cet acte. Cependant, il existe des situations dans le cadre desquelles cet avantage ne pourra pas être obtenu car la nullité de l'acte de modification des effets du contrat ne pourra pas être prononcée en cas de dépassement de pouvoir.

569. Les limites au prononcé de la nullité de l'acte édicté en vertu du pouvoir.- Dans certains cas, pour des raisons de politique juridique, le législateur s'oppose à l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat qui viendrait à être édicté par une partie qui aurait dépassé les limites objectives de son pouvoir.

L'illustration la plus célèbre de ce type de refus est alors fournie par le droit du licenciement. En effet, en dehors des situations dans lesquelles le législateur estime que le salarié mérite une protection particulière, celui-ci refuse que la décision de rupture du contrat de travail prise dans le cadre d'un licenciement puisse faire l'objet d'une annulation lorsque les motifs-efficients qui doivent justifier son prononcé ne sont pas réunis².

Ici, il convient, alors, de rappeler, que les motifs-efficients, prédéfinis par le droit objectif, sur lesquels la mise en œuvre du pouvoir de licencier doit nécessairement appuyer correspondent à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Dès lors, toute mise en œuvre du pouvoir de licencier qui ne prendrait pas appui sur une cause réelle et sérieuse doit venir

¹ Si l'annulation de l'acte de rupture va permettre de neutraliser ses effets juridiques, il convient néanmoins de préciser que cette sanction ne va pas conduire à l'effacement de ses conséquences matérielles. En effet, il convient d'observer que, suite à l'annulation de l'acte de rupture irrégulier, le créancier, qui a nécessairement cessé d'exécuter ses obligations suite à la mise en œuvre de son pouvoir de résolution, se retrouve, alors, en situation d'inexécution fautive, car son refus d'exécution n'était pas justifié. L'annulation de l'acte de modification des effets du contrat va donc seulement permettre, dans cette situation, de faire apparaître l'inexécution fautive, mais non d'y remédier. Pour effacer les conséquences matérielles de la rupture, c'est-à-dire les conséquences matérielles résultant de l'inexécution fautive du créancier, il sera alors nécessaire de se tourner vers l'exécution forcée en nature, lorsque celle-ci s'avèrera possible (v. : *infra*, n° 572, p. 705 et s.) et, de manière cumulative ou alternative, vers l'octroi de dommages-intérêts (v. : *infra*, n° 574 et s., p. 711 et s.).

² Cette interdiction faite au juge de prononcer la nullité du licenciement lorsque celui-ci ne repose pas sur les motifs-efficients qui doivent justifier son prononcé, à savoir, la présence d'une cause réelle et sérieuse, s'applique qu'il s'agisse d'un licenciement disciplinaire (v. : l'art. L. 1333-3 du C. trav.) ou non (v. : l'art. 1235-3 du C. trav.).

s'analyser comme un non-respect des conditions objectives d'exercice de ce pouvoir, c'est-à-dire comme un dépassement de pouvoir¹.

Or, comme il a pu être montré que les conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels sont des conditions de validité de l'acte unilatéral que ces prérogatives permettent d'adopter², cela signifie donc, qu'en l'absence de cause réelle et sérieuse, une condition de validité de l'acte de rupture du contrat de travail vient à faire défaut. De la sorte, l'acte de rupture du contrat de travail pourrait-il être, théoriquement, annulé. Cette annulation aurait, alors, pour conséquence de neutraliser les effets juridiques de la rupture et d'entraîner, au plan juridique, un retour à la situation contractuelle antérieure à son édicition. Autrement dit, l'employeur, auteur de la rupture irrégulière, se trouverait, en réalité, toujours lié par le contrat dont il aurait cessé d'exécuter les obligations. Afin de remédier à cette inexécution fautive, car non autorisée, le juge pourrait, dans ces conditions, faire appel aux sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire du contrat parmi lesquelles il est notamment possible de compter l'exécution forcée en nature.

Aussi, est-ce alors pour éviter l'application d'une telle sanction, qui se traduirait par la réintégration forcée du salarié, que le législateur vient soustraire le licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'annulation. En effet, au plan idéologique, cette conséquence que constitue la réintégration forcée du salarié est jugée comme trop attentatoire à la liberté de l'employeur dans la gestion de son entreprise³.

Dès lors, pour parvenir à l'écarter sur le plan technique, le législateur refuse que soit prononcée la nullité de l'acte de licenciement. Effectivement, par ce biais, le législateur vient faire obstacle à la neutralisation des effets juridiques de cet acte⁴, ce qui empêche, de la sorte, de provoquer un retour à la situation contractuelle antérieure à son édicition et de dresser, par la même occasion, le constat d'une inexécution fautive de l'employeur à laquelle il pourrait être remédié par l'exécution forcée en nature⁵.

Il convient néanmoins de souligner que les situations dans le cadre desquelles le législateur refuse que soit prononcée la nullité de l'acte de modification des effets du contrat

¹ En effet, il est possible de constater qu'en licenciant le salarié sans prendre appui sur une cause réelle et sérieuse, l'employeur dépasse les limites objectives de son pouvoir puisqu'il vient rompre le contrat en dehors des cas de rupture que celui-ci autorisait.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

³ En ce sens, il est d'ailleurs intéressant d'observer que le Conseil constitutionnel rappelle assez fréquemment le caractère inconstitutionnel de la réintégration obligatoire d'un salarié non protégé car cette sanction est, dans cette situation, considérée comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre. v. par ex. : la décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Rec. p. 119. L'article 15 de la loi d'amnistie soumise à l'examen du Conseil constitutionnel prévoyait d'amnistier certaines sanctions professionnelles et d'ordonner la réintégration obligatoire de certains salariés. Cette dernière sanction est alors écartée. Le Conseil constitutionnel ayant retenu dans son considérant n° 22 : « que les dispositions de l'article 15 risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs [...] ».

⁴ Autrement dit, bien qu'irrégulier, cet acte de rupture du contrat de travail continue de produire ses effets sur le plan juridique. De la sorte, cet acte ferait-il partie de la catégorie des « actes irréguliers efficaces ». (Au sujet de cette catégorie d'actes, v. : C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace : contribution à la théorie de l'acte juridique*, th. Paris I, 2017).

⁵ Dès lors, en l'absence de la possibilité d'effacer les effets de l'acte de rupture et d'ordonner l'exécution forcée en nature du contrat, la reprise de l'exécution ne peut-elle être que proposée par le juge (v. sur ce dernier point, l'art. L. 1235-3 du C. trav.). Autrement dit, la neutralisation des effets juridiques de la rupture et la reprise de l'exécution ne peut se faire que d'un commun accord des parties.

pour faire obstacle à l'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire sont, au demeurant, exceptionnelles. Autrement dit, il semblerait que, par principe, l'abus par dépassement de pouvoir contractuel puisse être réprimé par l'annulation de l'acte édicté en vertu du pouvoir, mais aussi et comme il s'agira de le voir, par l'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire.

2. L'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire.

570. L'identification préalable d'un manquement à la force obligatoire.- L'affirmation selon laquelle le dépassement de pouvoir contractuel pourrait se voir appliquer les sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire repose, nécessairement, sur l'identification préalable d'un manquement à ce principe.

Autrement dit, pour que le dépassement de pouvoir puisse se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements au principe de force obligatoire du contrat, il faudrait que cette forme d'abus de pouvoir soit, elle-même, susceptible de s'analyser comme un manquement à la force obligatoire, ou bien, que celle-ci soit à l'origine d'un manquement à la force obligatoire.

Or, il semblerait que l'abus par dépassement de pouvoir puisse s'analyser, en soi, comme un manquement à la force obligatoire et puisse, également, parfois, être à l'origine d'une inexécution fautive de ses obligations par le *potentior*, ce qui correspond, ici encore, à un manquement à la force obligatoire du contrat.

Afin de comprendre, dans un premier temps, pourquoi l'abus par dépassement de pouvoir peut s'analyser, en soi, comme un manquement à la force obligatoire, il s'avère nécessaire de rappeler que les pouvoirs contractuels sont des effets du contrat¹. En qualité d'effets du contrat, leurs conditions de mise en œuvre sont donc appelées à être régies par le principe de force obligatoire. Plus précisément, ce sont les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective qui apparaissent régies par le principe de force obligatoire, et cela, dans la mesure où le contrat n'autorise la modification de ses effets que lorsque de telles conditions sont remplies.

¹ Certains pourraient ici objecter que seuls les pouvoirs contractuels dont la jouissance est conférée par une clause du contrat, comme ceux qui sont issus d'une clause résolutoire, d'une clause de réméré, ou encore, d'une clause de dédit, sont des effets du contrat. De la sorte, les pouvoirs contractuels qui trouvent leur source dans la loi, la jurisprudence ou les usages ne seraient pas des effets du contrat.

Une telle objection serait néanmoins très maladroite car elle serait fondée sur une conception désuète des effets de l'acte juridique. En effet, cette objection serait le fruit d'une analyse subjectiviste de l'acte juridique, basée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle la volonté individuelle doit être à l'origine de tous les effets du contrat.

Or, l'évolution du siècle dernier, qui a vu un recul du courant subjectiviste au profit d'une montée de l'objectivisme dans l'acte juridique, a permis de mettre en évidence que les effets d'un acte juridique sont régis par le droit objectif. Si la volonté doit venir prendre appui sur le droit objectif pour produire des effets de droit, il n'en reste pas moins que le droit objectif, qui régit les effets de l'acte, peut attacher à la volonté des parties des effets que celles-ci pouvaient ne pas avoir eu en vue lors de l'élaboration dudit acte. Dès lors, les pouvoirs contractuels qui sont attachés par la loi, la jurisprudence, ou encore, les usages, au contrat se présentent, tout autant que les pouvoirs qui prennent naissance dans les stipulations des parties, comme des effets du contrat.

Dès lors, en commettant un abus par dépassement de pouvoir, c'est-à-dire en ne se conformant pas au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre d'une telle prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel vient-il, inévitablement, modifier les effets du contrat en dehors des hypothèses autorisées par ce dernier, ce qui doit, alors, s'analyser comme un non-respect de sa force obligatoire.

En guise d'illustration, il est possible de se référer, à nouveau, au pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier. Ici, il convient d'observer que, si la mise en œuvre de ce pouvoir n'est pas justifiée par une inexécution suffisamment grave, autrement dit, si cette mise en œuvre ne prend pas appui sur les motifs-efficients objectivement prédéfinis qui encadrent l'exercice de ce pouvoir, le créancier vient donc procéder à une modification des effets du contrat en dehors des hypothèses que ce dernier autorise, ce qui doit, de la sorte, s'analyser comme un non-respect de sa force obligatoire.

Pour prendre un autre exemple, il est possible de se tourner vers le pouvoir de détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadre. Comme il a été montré, ce pouvoir a généralement pour finalité de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché¹. Dans l'éventualité où le titulaire du pouvoir de fixation du prix méconnaîtrait la finalité assignée à sa prérogative en fixant un prix qui ne se contenterait pas de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès techniques ou de s'adapter aux évolutions du marché, les effets du contrat d'application viendraient, ainsi, à être précisés en dehors des hypothèses spécifiées par le contrat-cadre, ce qui doit s'analyser, ici encore, comme un non-respect de sa force obligatoire.

Si l'abus par dépassement de pouvoir contractuel peut s'analyser, en soi, comme un manquement à la force obligatoire, il semblerait également, comme il le fut évoqué, que cette forme d'abus de pouvoir puisse, parfois, dans un second temps, s'accompagner d'une inexécution fautive de ses obligations par le *potentior*.

Une telle situation se rencontrera en cas de dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels destinés à rompre ou à suspendre le lien d'obligation. Plus exactement, cette situation d'inexécution fautive sera mise en évidence consécutivement à l'annulation de l'acte unilatéral de rupture ou de suspension du lien d'obligation.

En effet, comme il a été montré, l'abus par dépassement de pouvoir semble, par principe, en mesure d'être réprimé par l'annulation de l'acte unilatéral édicté en vertu d'une telle prérogative². Dans une telle situation, l'effacement des effets juridiques de l'acte de suspension ou de rupture du lien d'obligation et le retour à la situation juridique antérieure à son édicton devront conduire les juges à considérer que le *potentior* se trouve, en réalité, toujours tenu par les obligations dont il prétendait s'être libéré, respectivement, de manière temporaire ou définitive.

L'annulation de l'acte de rupture ou de suspension va, ce faisant, venir faire ressortir le refus d'exécution du *potentior* qui s'estimait libéré. Ce refus d'exécution du *potentior* apparaîtra, alors, ici, comme fautif, dans la mesure où celui-ci ne sera pas en mesure d'être

¹ Au sujet de la finalité objective assignée au pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 567 et s., p. 691 et s.

justifié par l'exercice régulier d'un pouvoir contractuel destiné à rompre ou à suspendre le lien d'obligation. En d'autres termes, le refus d'exécution du *potentior* devra s'analyser comme une inexécution fautive de ses obligations.

Pour illustrer ces propos, il est possible de reprendre l'exemple de la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier qui ne viendrait pas s'appuyer sur une inexécution suffisamment grave, c'est-à-dire sur les motifs-efficients objectivement prédéfinis qui en justifient l'exercice. Comme constaté, l'annulation de l'acte de rupture, en raison du dépassement de pouvoir commis par le créancier, va provoquer l'effacement de ses effets juridiques et permettre, de la sorte, un retour à la situation juridique antérieure à son édicition. S'il s'agissait d'un contrat synallagmatique, le créancier qui a fait usage de son pouvoir de résolution devra être considéré comme encore lié par les obligations dont il s'estimait libéré et qu'il a, par conséquent, refusé d'exécuter. Son refus d'exécution se présentera, alors, comme un manquement fautif à ses obligations dans la mesure où celui-ci ne pourra pas être justifié par la gravité du manquement commis par le débiteur et la résolution du contrat à ses torts.

Il en va tout à fait de même en cas de dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir destiné à suspendre l'exécution des obligations. Par exemple, si l'exception d'inexécution est mise en œuvre alors que les motifs-efficients qui justifient son exercice ne sont pas réunis, à savoir, ici encore, une inexécution suffisamment grave, l'annulation de l'acte de suspension en raison du dépassement de pouvoir commis par l'*excipiens* viendra mettre en lumière un refus d'exécution fautif de sa part.

Ainsi, l'abus par dépassement de pouvoir peut donc, bel et bien, dans certains cas, conduire la partie qui a fait usage d'un pouvoir contractuel à se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations.

Dès lors que le dépassement de pouvoir est susceptible de porter atteinte au principe de force obligatoire que ce soit, en lui-même, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine, cette forme d'abus de pouvoir s'avère donc être en mesure de se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements à ce principe. Pour réprimer ces différents manquements à la force obligatoire, il semblerait d'ailleurs possible de faire appel, soit, à la résolution du contrat, soit, à l'exécution forcée en nature.

571. Le recours à la résolution du contrat.- Au nombre des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire susceptibles d'être prononcées en cas de dépassement de pouvoir, il semblerait ainsi possible de compter, en premier lieu, la résolution du contrat. Autrement dit, la partie qui viendrait à méconnaître les limites objectives de son pouvoir à l'occasion de sa mise en œuvre pourrait se voir sanctionnée par la résolution du contrat à ses torts.

Certains pourraient cependant objecter que la résolution, dont la fonction traditionnelle est de sanctionner l'inexécution des obligations, n'est pas une sanction adaptée au dépassement de pouvoir, et ce, bien entendu, dans la mesure où le non-respect des limites objectives d'un pouvoir ne peut, en soi, s'analyser comme l'inexécution d'une obligation¹.

¹ L'obligation constitue le support juridique de la réalisation d'un transfert de valeurs (v. not. sur ce point, F. CHÉNEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 2, spéc.,

Une telle objection ne saurait toutefois être retenue car celle-ci viendrait reposer sur une conception tronquée du rôle dévolu à la résolution en droit positif. En effet, et comme déjà mentionné¹, la résolution ne semble pas être, de nos jours, une mesure seulement destinée à sanctionner l'inexécution des obligations. En droit positif, la résolution tend à se présenter comme une mesure de sanction au champ d'application bien plus large qui doit permettre de réprimer, d'une manière générale, les manquements à la force obligatoire dès lors que ceux-ci sont d'une certaine gravité².

Par conséquent, si la résolution se présente comme une mesure permettant de sanctionner les manquements à la force obligatoire du contrat dès lors que ceux-ci présentent un certain degré de gravité et que le dépassement de pouvoir peut s'analyser, en lui-même, comme un manquement à la force obligatoire du contrat, rien ne semble s'opposer à ce que la résolution puisse venir sanctionner l'abus par dépassement de pouvoir dès lors que celui-ci s'avère être d'une certaine gravité.

Une telle analyse apparaît, d'ailleurs, corroborée par certaines dispositions issues de la réforme du droit des contrats. En effet, il est, par exemple, possible de constater que la résolution est une mesure de sanction expressément prévue par le législateur pour réprimer l'abus commis lors de la mise en œuvre du pouvoir de détermination unilatérale du prix, que ce soit, dans les contrats-cadre³ ou dans les contrats de prestation de service⁴.

Aussi, il est intéressant de préciser que les dispositions des articles 1164 et 1165 du Code civil qui autorisent le juge à prononcer la résolution du contrat, rattachent indistinctement cette sanction à « l'abus dans la fixation du prix », ce qui, au regard du principe d'interprétation « *ubi lex non distinguit...* », doit vouloir signifier que cette mesure de sanction est susceptible de s'appliquer quel que soit le type d'abus commis lors de la mise en œuvre du pouvoir de détermination du prix et donc, y compris, en ce qui nous concerne, ici, en cas d'abus par dépassement de pouvoir.

En matière de fixation unilatérale du prix, l'abus par dépassement de pouvoir pourra, alors, par exemple, être caractérisé en cas de non-respect de la finalité assignée à cette

p. 3). Plus précisément, ce transfert de valeurs est réalisé par l'accomplissement de la prestation objet de l'obligation. Dans la mesure où le non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne correspond pas à l'inaccomplissement d'une prestation, c'est-à-dire à une faute commise dans la réalisation d'un transfert de valeurs, ce manquement ne peut donc s'analyser comme l'inexécution d'une obligation.

¹ Ce point a déjà pu être évoqué lors de l'étude des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir. À ce propos, v. : *supra*, n° 561, p. 683 et s.

² Plusieurs études ont, en ce sens, pu montrer que la résolution est, en droit positif, susceptible d'être prononcée pour sanctionner des manquements à la force obligatoire du contrat qui ne s'analysent pas en la méconnaissance d'obligations. v. par ex. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 280 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 584 et s., p. 504 et s., où l'auteure montre que la résolution peut être prononcée en cas de manquement à des devoirs contractuels qui ne peuvent s'analyser en la méconnaissance d'obligations.

³ v. : l'art. 1164 al. 2 du C. civ. qui dispose : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts *et le cas échéant la résolution du contrat* ». (Nous soulignons).

⁴ La version de l'art. 1165 du C. civ. telle qu'issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ne faisait pas référence à la possibilité offerte au juge de résoudre le contrat de prestation de service en cas d'abus dans la fixation du prix. Cette possibilité a été précisée par la loi du 20 avril 2018 ratifiant cette ordonnance. Le texte du second alinéa de l'art. 1165 du C. civ. reprenant, dorénavant, la même formule que celle présente au second alinéa de l'art. 1164 du C. Civ. (v. la note *supra*). Il convient de préciser que cette modification du texte de l'art. 1165 du C. civ. présente, selon la loi de ratification du 20 avril 2018, un caractère simplement interprétatif.

prérogative. Comme il a été mis en évidence, la finalité du pouvoir de détermination du prix est de définir l'équilibre d'un contrat-commutation, c'est-à-dire l'équilibre de l'échange¹. À ce propos, il a également pu être précisé que cette finalité objective peut connaître des nuances en fonction du type de contrat dans lequel vient s'inscrire le pouvoir de détermination du prix.

Lorsque le pouvoir de détermination du prix vient s'inscrire dans le cadre d'un contrat-commutation isolé, comme dans un contrat de prestation de service, il a pu être montré que la finalité du pouvoir sera méconnue, et donc l'abus caractérisé, à compter du moment où la contrepartie obtenue du créancier apparaîtra comme dérisoire au regard du prix demandé². Dès lors, dans l'éventualité où le juge viendrait à estimer cette méconnaissance de la finalité assignée au pouvoir de détermination du prix comme suffisamment grave, celui-ci disposerait, de la sorte, de la possibilité de prononcer la résolution du contrat aux torts de la partie qui est venue fixer le prix.

Lorsque le pouvoir de détermination du prix prend place dans un contrat-cadre, il a pu être constaté, qu'en sus de définir l'équilibre du contrat d'application, la finalité assignée à ce pouvoir était généralement de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché³.

Selon la finalité assignée au pouvoir de détermination du prix, l'abus par dépassement de pouvoir sera caractérisé, soit, en présence d'un décrochage trop important par rapport au prix du marché, soit, en présence d'un prix qui ne se contente pas de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique. Ici encore, si le juge estime que le non-respect de la finalité assignée au pouvoir est suffisamment grave, celui-ci pourra prononcer la résolution du contrat-cadre aux torts de la partie titulaire du pouvoir de détermination du prix.

Les dispositions issues de la réforme du droit des contrats dédiées à la détermination unilatérale du prix ne semblent cependant pas être les seules à offrir une possibilité de résolution du contrat aux torts du *potentior* en cas d'abus de pouvoir. Cette possibilité apparaît également offerte par les dispositions du nouvel article 1228 du Code civil qui définissent l'office du juge dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à être saisi en matière de résolution. Pour rappel, cet article dispose que le juge pourra, « selon les circonstances », « constater ou prononcer la résolution » ou « ordonner l'exécution du contrat en accordant éventuellement un délai au débiteur », ou encore, « allouer seulement des dommages et intérêts ».

Généralement, les deux premiers termes de cette formule sont interprétés comme faisant référence aux deux modes d'intervention du juge. Saisi dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la mise en œuvre d'un pouvoir de résolution, le juge viendrait « constater » la résolution décidée unilatéralement par le créancier, alors que, saisi d'une demande de résolution judiciaire, le juge viendrait « prononcer » la résolution du contrat aux torts du débiteur⁴.

¹ v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

² Comme précédemment constaté, si le seuil de l'abus apparaît très élevé, il n'en est pas moins conforme au principe classique selon lequel l'équivalence objective des prestations n'est pas une condition de validité du contrat. Seule l'absence totale de contrepartie, c'est-à-dire la rupture totale de l'équilibre, s'avère donc être susceptible d'être sanctionnée dans l'hypothèse d'un contrat-commutation isolé. Pour de plus amples développements sur ce point, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

³ À ce propos, v. : *supra*, n° 297, spéc., p. 325 et s.

⁴ v. not. en ce sens : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 664, p. 575

Néanmoins, il est possible de constater que le texte de l'article 1228 du Code civil ne fait pas expressément référence au prononcé de la résolution « aux torts du débiteur ». Cette précision n'étant pas formulée par le texte, celui-ci semble, alors, ouvrir la porte au prononcé de la résolution aux torts du *potentior*. Autrement dit, le prononcé de la résolution ne serait pas réservé à la seule demande en résolution judiciaire du contrat. Rien ne semblerait donc interdire au juge, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, de prononcer la résolution du contrat aux torts du *potentior* en cas de dépassement de pouvoir, et cela, bien entendu, consécutivement à l'annulation de la décision de ce dernier de résoudre unilatéralement le contrat¹.

Certains pourraient cependant s'opposer à une telle lecture en faisant remarquer que celle-ci fait fi de la structure de l'article 1228 du Code civil qui relie les sanctions qu'il énumère aux deux modes d'intervention du juge. Une telle objection pourrait toutefois être écartée dans la mesure où l'article 1228 du Code civil semble davantage venir recenser, d'une manière générale, les différentes mesures susceptibles d'être prises par le juge lorsque celui-ci est saisi en matière de résolution, qu'en proposer une présentation organisée en fonction de son mode de saisine.

En effet, il suffit de constater que les deux sanctions que sont l'exécution forcée en nature et l'octroi de dommages-intérêts, peuvent être prononcées tant dans le cadre d'une saisine qui visait à obtenir la résolution judiciaire du contrat que dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale, ce qui doit permettre de réfuter l'argument d'une présentation organisée des sanctions en fonction du mode de saisine du juge.

De la sorte, le prononcé de la résolution pourrait être rattaché, à la fois, à la demande de résolution judiciaire du contrat où le juge peut venir prononcer la résolution aux torts du débiteur et au contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale où le juge peut venir prononcer la résolution aux torts du *potentior* en cas d'exercice abusif de son pouvoir de résolution.

S'il est admis que le juge puisse, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, prononcer la résolution du contrat aux torts du *potentior* en cas d'exercice abusif de son pouvoir de résolution, cette sanction pourra, semble-t-il, alors, venir réprimer le non-respect par ledit *potentior* des limites objectives qui enserrent l'exercice de son pouvoir, autrement dit, l'abus par dépassement de pouvoir.

Ici, il convient de rappeler que le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier et le pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire voient leur encadrement objectif s'étendre du but de leur mise en œuvre aux motifs-efficients qui justifient celle-ci. Comme il a été montré, ces pouvoirs ont, en effet, tous deux pour finalité objective de sanctionner l'inexécution commise par le cocontractant². Quant aux motifs-efficients qui justifient leur mise en œuvre, il a pu être constaté que la loi vient faire dépendre l'exercice du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier d'une « inexécution suffisamment grave » imputable au débiteur³, alors qu'en matière de clause résolutoire, ce sont les parties, elles-mêmes, qui

¹ Au sujet de l'annulation de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat en cas de dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 293, p. 322 et s.

³ v. : *supra*, n° 303, p. 331.

définissent les manquements imputables au débiteur susceptibles de justifier l'exercice du pouvoir de résolution qui en est issu¹.

Dès lors, l'abus par dépassement de pouvoir pourra, ici, être caractérisé, soit, en cas de non-respect de la finalité objective assignée à ces pouvoirs de résolution, soit, en cas de non-respect des motifs-efficients prédéfinis qui doivent justifier leur mise en œuvre. Il doit néanmoins être précisé, qu'en pratique, le contentieux se concentrera généralement autour de ce second point qui est celui du respect des motifs-efficients objectivement prédéfinis qui sont appelés à justifier l'exercice de ces pouvoirs de résolution.

À ce propos, il a d'ailleurs pu être mis en évidence que le contrôle des motifs-efficients qui doivent justifier la mise en œuvre de certains pouvoirs contractuels peut se développer sur trois points que sont, d'abord, le contrôle l'existence matérielle des faits sur lesquels s'est fondé le titulaire du pouvoir², ensuite, le contrôle l'interprétation des motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir³, et enfin, le contrôle de la qualification juridique des faits⁴.

Ce contrôle pourra, alors, ici, conduire le juge à déceler, soit, une erreur de fait, si les faits qui devaient justifier l'exercice du pouvoir de résolution n'existent pas, soit, une erreur de droit, en cas de mauvaise interprétation des motifs de droit contenus dans la norme attributive du pouvoir et permettant la résolution, soit, une erreur de qualification juridique des faits en cas d'inadéquation des motifs de fait sur lesquels s'est appuyé le titulaire du pouvoir pour résoudre le contrat avec ceux contenus dans la norme attributive du pouvoir⁵.

Si l'une de ces erreurs venait à être décelée, un abus par dépassement de pouvoir pourrait être constaté car le *potentior* serait venu résoudre le contrat sans respecter les conditions objectives de mise en œuvre de sa prérogative. Dans l'éventualité où le juge estimerait cette erreur comme suffisamment grave, celui-ci disposerait, alors, de la possibilité de prononcer la résolution du contrat aux torts du *potentior*.

Mais il est permis de penser, qu'en pratique, le recours à cette sanction qu'est la résolution sera assez rare, et ce, dans la mesure où il ne faut pas oublier que le dépassement de pouvoir ne s'intéresse pas à la moralité du titulaire du pouvoir et permet, de la sorte, d'appréhender toute méconnaissance non-intentionnelle des limites objectives d'une telle prérogative⁶. Or, en cas de méconnaissance non-intentionnelle des limites objectives de sa prérogative par le *potentior*, autrement dit, en cas d'erreur d'appréciation commise de toute bonne foi, il est fort peu probable que le juge estime la faute commise par ce dernier comme suffisamment grave pour prononcer la résolution du contrat à ses torts.

Aussi, à côté de la résolution du contrat, une autre sanction destinée à réprimer les atteintes au principe de force obligatoire semble en mesure d'être sollicitée en cas de dépassement de pouvoir.

¹ v. : *supra*, n° 304, p. 333.

² Au sujet du contrôle de l'existence matérielle des faits, v. : *supra*, n° 432 et s., p. 479 et s.

³ Au sujet du contrôle des motifs de droit, v. : *supra*, n° 434 et s., p. 482 et s.

⁴ Au sujet du contrôle de la qualification juridique des faits, v. : *supra*, n° 435 et s., p. 485 et s.

⁵ Par exemple, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, une erreur de qualification juridique des faits pourra être constatée si les manquements commis par le débiteur et invoqués par le créancier au soutien de la mise en œuvre de son pouvoir de résolution ne peuvent pas être considérés comme « suffisamment graves ».

⁶ Sur ce point, v. : *supra*, n° 429, p. 474 et s.

572. **Le recours à l'exécution forcée en nature.**- Au cours de développements précédents, il a pu être constaté que l'abus par dépassement de pouvoir peut, parfois, conduire le *potentior* à se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations. Plus précisément, cette situation d'inexécution fautive va venir se présenter en cas de dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels destinés à rompre ou à suspendre le lien d'obligation.

En effet, il convient de rappeler que l'annulation de l'acte unilatéral de rupture ou de suspension du lien d'obligation irrégulièrement pris par le *potentior* va entraîner, au plan juridique, un retour à la situation antérieure à son édicition¹. De la sorte, ledit *potentior* devra être considéré comme étant toujours lié par les obligations dont il s'estimait libéré et qu'il a, ce faisant, refusé d'exécuter. Un tel refus d'exécution apparaîtra, alors, ici, comme étant illégitime dans la mesure où il ne pourra pas être justifié par l'exercice régulier d'un pouvoir contractuel destiné à rompre ou à suspendre le lien d'obligation. En conséquence, ce refus d'exécution du *potentior*, en ce qu'il s'avère injustifié, devra s'analyser comme une inexécution fautive de ses obligations.

La question qui va alors nécessairement, ici, venir se poser est celle de savoir comment remédier à cette inexécution fautive. Plus exactement, il s'agit de déterminer si le juge dispose de la possibilité de sanctionner cette inexécution fautive en ordonnant l'exécution forcée du contrat ou si cette sanction doit être écartée au profit de la seule allocation de dommages-intérêts. Autrement dit, tout l'enjeu est de savoir si le juge peut ordonner la reprise de l'exécution du contrat irrégulièrement rompu ou suspendu.

La question du recours à l'exécution forcée en nature ne soulève, généralement, guère de débat en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir destiné à provoquer la suspension de l'exécution des obligations. La reprise de l'exécution du contrat ordonnée, au besoin, sous astreinte, étant considérée comme une conséquence logique de la sanction de l'exercice irrégulier de l'un de ces pouvoirs².

En revanche, cette même question du recours à l'exécution forcée en nature a pu être bien plus discutée en doctrine en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de rupture. En effet, antérieurement à la réforme du droit des contrats, deux courants doctrinaux s'opposaient sur la question du maintien du contrat irrégulièrement rompu. L'un se montrait défavorable au prononcé de l'exécution forcée en nature en cas de rupture unilatérale irrégulière du contrat, alors que l'autre, à l'opposé, se montrait favorable à l'application d'une telle sanction.

Aussi, cette opposition doctrinale qui se manifestait, traditionnellement, lors de l'étude des sanctions applicables en cas d'exercice irrégulier du pouvoir de résolution aux risques et

¹ Au sujet de l'annulation de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat en cas de dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 567 et s., p. 691 et s.

² Ainsi, par exemple, la sanction de la mise en œuvre irrégulière de l'exception d'inexécution doit-elle se traduire par la reprise de l'exécution du contrat. Il en va de même en cas d'annulation d'une mise à pied disciplinaire. L'annulation de la sanction rétablit, en effet, le salarié dans ses droits et l'autorise à obtenir le rétablissement dans sa situation antérieure. (Sur ce dernier point relatif aux conséquences de l'annulation d'une sanction disciplinaire en droit du travail, v. : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 759, p. 814-815).

périls du créancier, reposait davantage sur des arguments tirés de considérations de politique juridique que sur de véritables arguments de technique juridique¹.

Cette orientation idéologique du débat était, d'ailleurs, tout à fait compréhensible dans la mesure où certaines études ont pu montrer que le choix des sanctions applicables en cas de manquement à la force obligatoire du contrat s'avère être guidé essentiellement par des considérations de politique juridique². Très prosaïquement, cela signifie que le choix d'une sanction et, donc, l'intensité de la répression des atteintes au principe de force obligatoire va être dictée par la valeur accordée à ce principe dans système juridique donné et dans une situation donnée. Ainsi, selon la valeur accordée à ce principe, le choix sera fait de se tourner vers une sanction dotée d'une intensité plus ou moins importante.

Autrement dit, chacun des deux courants doctrinaux qui se faisaient face prenait appui sur une certaine conception de la valeur à accorder au principe de force obligatoire en présence de pouvoirs contractuels pour en déduire la nature de la sanction applicable.

Pour le premier courant doctrinal, la reconnaissance, en droit positif, de pouvoirs de résolution ou de résiliation se voulait être le signe d'un moindre attachement au principe de force obligatoire, ce qui devait, alors, se traduire, en cas de rupture irrégulière, par le simple versement de dommages-intérêts³.

Pour le second courant doctrinal, la reconnaissance de pouvoirs de résolution ou de résiliation en droit positif devait permettre de moderniser le droit des contrats sans pour autant en abandonner les valeurs fondamentales, au premier rang desquelles il est, bien entendu, possible de trouver le respect de la parole donnée. Pour les auteurs qui s'inscrivent dans ce courant doctrinal, le respect dû à la parole donnée qui porte, en lui, une certaine conception du « juste », serait ainsi, susceptible d'être concilié avec les aspirations économiques qui visent à promouvoir l'utilité du contrat à travers la reconnaissance des pouvoirs contractuels⁴. Cette conciliation de « l'utile » et du « juste » impliquerait, alors, la possibilité de sanctionner la rupture irrégulière par l'exécution forcée du contrat⁵. Une telle possibilité de sanctionner la

¹ Pour un tel constat, v. not. : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 514, p. 399.

² v. not. sur ce point la thèse du Professeur LAITHIER, (Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit.), où celui-ci montre que la force obligatoire du contrat signifie tout simplement que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation sous la sanction du droit, mais que le choix de la nature de la sanction applicable en cas de manquement à cette obligation est avant tout guidé par des considérations de politique juridique.

³ Pour l'exposé d'une telle conception, v. not. : Ch. JAMIN, « *Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif* », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON, Economica, coll. Études juridiques, 2007, p. 3 et s., spéc., n° 23. Rapp. : Th. GÉNICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., où l'auteur estime que les dommages-intérêts sont la seule sanction possible de la rupture irrégulière. Le contrat devant être considéré comme « détruit une bonne fois pour toutes » (v. : n° 631, p. 450), car, toujours selon cet auteur, « on ne va pas favoriser l'anéantissement unilatéral des contrats à grande échelle pour ordonner dans la foulée des séries d'exécutions forcées provisoires puis définitives. Et quand bien même on le voudrait, les juges ne suivraient sans doute pas : ils tireront les conséquences pratiques – qui s'imposeront à eux par l'effet du nombre – d'un choix de politique juridique fait en amont par le législateur et nécessairement moins favorable au maintien du contrat » (v. : n° 623, p. 446. Ici, c'est l'auteur qui souligne).

⁴ Au sujet de la possible conciliation des pouvoirs contractuels avec le principe de force obligatoire, v. : *supra*, n° 189, p. 206 et s.

⁵ Pour les auteurs favorables au maintien du contrat irrégulièrement rompu, v. not. : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 661, spéc., p. 672 ; D. MAZEAUD, note sous Cass. com. 18 novembre 2008, n° 07-20304, RDC 2009/2, p. 484 et s., spéc., p. 485 ; S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation*

rupture irrégulière permettrait, en conséquence, de ne pas sombrer dans une vision purement utilitariste et désincarnée du rapport contractuel¹ dans le cadre de laquelle une partie disposerait de la faculté de se délier moyennant le paiement d'une indemnité compensatrice².

Cette opposition doctrinale a, semble-t-il, été tranchée à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Tout du moins, elle apparaît avoir été tranchée en matière de pouvoirs de résolution.

En effet, si l'on examine le nouvel article 1228 du Code civil qui définit l'office du juge lorsque celui-ci vient à être saisi en matière de résolution, il est possible d'observer que les dispositions de cet article offrent au juge le choix entre « constater ou prononcer la résolution » ou « ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur », ou « allouer des dommages-intérêts ».

Ici, il est alors intéressant de constater que la possibilité d'ordonner l'exécution du contrat, c'est-à-dire la possibilité de recourir à l'exécution forcée en nature, figure bel et bien parmi les mesures mises à la disposition du juge. Or, dans la mesure où l'article 1228 du Code civil se réfère indistinctement aux mesures susceptibles d'être prises par le juge, que ce soit tant dans le cadre d'une saisine qui visait à obtenir la résolution judiciaire du contrat que dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale, cela doit vouloir signifier que cette possibilité de recourir à l'exécution forcée en nature lui est offerte notamment dans ce dernier cas.

En cela les auteurs de la réforme seraient venus donner une consécration légale au second courant doctrinal qui militait en faveur de la possibilité de recourir à cette sanction en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résolution. À cet égard, ces auteurs auraient fait montre de leur attachement au principe fondamental du respect de la parole donnée en affirmant la primauté de l'exécution forcée en nature sur la responsabilité contractuelle.

Ainsi, dès lors que l'exécution forcée en nature fait partie de l'arsenal des mesures à la disposition des juges du fond en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résolution, cette sanction apparaît à même de venir réprimer l'inexécution fautive qui va accompagner l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'une telle prérogative. Autrement dit, en cas de non-respect des limites objectives d'un pouvoir de résolution³, les juges du fond semblent disposer, avec l'article 1228 du Code civil, de la possibilité de condamner l'auteur de la rupture irrégulière qui avait, alors, cessé d'exécuter fautivement ses obligations, à en reprendre l'exécution⁴.

unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., spéc., n° 30 ; J. MESTRE, « *Rupture abusive et maintien du contrat* », RDC 2005-1, p. 99 et s.

¹ v. en ce sens : D. MAZEAUD, note sous Cass. com. 18 novembre 2008, n° 07-20304, RDC 2009/2, p. 484 et s., spéc., p. 485

² Ce courant doctrinal visait ainsi à faire obstacle à l'introduction, en droit interne, de la théorie anglo-saxonne dite de la violation efficace du contrat ou « *efficient breach of contract* ». (Au sujet de cette théorie et de sa genèse v. not. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.*), n° 405 et s., p. 485 et s.).

³ Il peut ici s'agir du non-respect des limites objectives du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, ou encore, du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire.

⁴ Antérieurement à la réforme du droit des contrats, la jurisprudence avait déjà pu sanctionner l'inexécution accompagnant la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résolution par le maintien forcé du contrat. v. par ex. : Cass. com. 18 novembre 2008, n° 07-20304. Dans cette espèce, un abus par dépassement de pouvoir était

Si le droit positif garantit la possibilité de recourir à l'exécution forcée en nature pour remédier à l'inexécution qui va accompagner l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir de résolution, en va-t-il, pour autant, de même, lorsqu'un tel abus vient à être commis lors de la mise en œuvre des pouvoirs de rupture que sont les pouvoirs de résiliation ?

La question du recours à l'exécution forcée en nature pour sanctionner l'inexécution qui va accompagner l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir de résiliation est effectivement, ici, susceptible de se poser dans la mesure où les dispositions de l'article 1228 du Code civil définissent seulement les mesures à la disposition du juge en matière de résolution. En conséquence, il s'avère uniquement possible de s'y référer pour déterminer la nature des sanctions applicables en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de résolution, c'est-à-dire en cas d'abus commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir destiné à sanctionner l'inexécution du cocontractant. Ces dispositions ne permettent donc pas de déterminer la nature des sanctions applicables en cas d'exercice irrégulier des pouvoirs de résiliation dont la fonction n'est pas de sanctionner l'inexécution commise par le cocontractant, mais de préserver la liberté individuelle de leurs titulaires en leur permettant de se délier de leurs engagements.

Pour remédier à l'inexécution qui va accompagner l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir de résiliation, il semblerait ici possible de faire appel au nouvel article 1221 du Code civil, et cela, dans la mesure où cet article vient affirmer, d'une manière générale, la primauté de l'exécution forcée en nature pour remédier à l'inexécution des obligations¹.

Cet article pourrait donc, par exemple, être sollicité pour remédier à l'inexécution fautive qui accompagnerait l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre du pouvoir de résiliation dont disposent chacune des parties à un contrat à durée indéterminée.

Pour rappel, le pouvoir de résiliation mis à la disposition des parties dans un contrat à durée indéterminée se voit assigner une finalité objective qui est de préserver la liberté individuelle de leurs titulaires². Mais là ne semble pas s'arrêter l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre d'un tel pouvoir. En effet, comme il a été montré, le respect d'un délai de préavis qui assortit, en général, l'exercice des pouvoirs de résiliation, apparaît en mesure d'être rangé parmi les conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un tel pouvoir³. Plus précisément, le respect d'un délai de préavis ferait partie des moyens à respecter pour consommer l'exercice d'un pouvoir de résiliation.

caractérisé car le pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier avait été exercé par l'une des parties sans que cette dernière ne rapporte la preuve d'un manquement suffisamment grave imputable à son cocontractant. Autrement dit, la preuve des motifs-efficients qui doivent justifier l'exercice de ce pouvoir de résolution n'était pas rapportée. De la sorte, l'auteur de la rupture, qui n'avait pas respecté les limites objectives d'exercice de son pouvoir, devait être considéré comme ayant refusé d'exécuter ses obligations sans raison valable. L'arrêt d'appel, qui avait relevé que l'auteur de la rupture ne rapportait pas la preuve d'un manquement du cocontractant à ses obligations et qui avait décidé de sanctionner la rupture irrégulière par le maintien forcé du contrat, fut, ici, confirmé par la Cour de cassation.

¹ v. not. en ce sens : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 632, p. 547

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 299, spéc., p. 328.

³ À propos de l'objectivation du facteur temps, v. : *supra*, n° 313, p. 341 et s.

Dès lors, l'abus par dépassement de pouvoir pourrait être caractérisé, ici, soit, en cas de non-respect de la finalité objective assignée à ce pouvoir, ce qui, en pratique, sera très rare, soit, en cas d'inobservation d'un délai de préavis¹, ce qui apparaîtra beaucoup plus fréquemment.

Dans la mesure où ces différentes conditions qui encadrent la mise en œuvre du pouvoir de résiliation présent dans les contrats à durée indéterminée semblent devoir s'analyser comme des conditions de validité de l'acte unilatéral de résiliation², leur non-respect pourrait par conséquent, entraîner le prononcé de sa nullité³. L'annulation de l'acte de résiliation conduirait, ainsi, au plan juridique, à un retour à la situation antérieure à son édicton et mettrait en évidence le refus d'exécution fautif du *potentior*.

C'est à ce moment qu'il serait, alors, théoriquement possible d'avoir recours au nouvel article 1221 du Code civil pour contraindre la partie auteure de la rupture irrégulière à reprendre l'exécution de ses obligations.

Pour autant, ce n'est pas parce que la réforme du droit des contrats a fait le choix d'affirmer la primauté de l'exécution forcée en nature par rapport à la responsabilité contractuelle que le prononcé de cette première sanction sera toujours possible. En effet, si le recours à l'exécution forcée en nature est aujourd'hui garanti par les articles 1221 et 1228 du Code civil, ce qui doit permettre de remédier à l'inexécution qui va accompagner l'abus par dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir de résiliation ou de résolution, il convient néanmoins de rappeler qu'une telle sanction ne pourra pas s'appliquer dans deux types de situations.

D'une part, la possibilité de contraindre l'auteur de la rupture irrégulière à reprendre l'exécution de son obligation sera écartée en cas d'impossibilité matérielle. Aux hypothèses d'impossibilité matérielle absolues, c'est-à-dire aux situations dans le cadre desquelles l'exécution forcée en nature est techniquement impossible, doivent s'ajouter les hypothèses d'impossibilité matérielle « relatives » notamment visées par le nouvel article 1221 du Code civil. Ces hypothèses d'impossibilité matérielle « relatives » renvoient aux situations dans le cadre desquelles l'exécution forcée en nature est théoriquement concevable, mais serait manifestement disproportionnée eu égard à son coût pour le débiteur et à son intérêt pour le créancier. Une telle situation se rencontrera, par exemple, lorsque la rupture sera venue s'inscrire dans le temps. En effet, une fois les effets de la rupture durablement inscrits dans les

¹ Ici, il convient de préciser qu'à l'inobservation pure et simple d'un délai de préavis doit être assimilée l'inobservation d'un délai de préavis doté d'une durée suffisante. Autrement dit, cela signifie que la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourra être jugée comme étant brutale, et donc fautive, non seulement en cas de non-respect d'un délai de préavis, mais aussi lorsque ce délai disposera d'un caractère trop bref. (Au sujet de l'exercice brutal d'un pouvoir contractuel, v. *supra*, n° 452, p. 514 et s.).

² À propos du lien qui existe entre les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat que ce pouvoir permet d'adopter, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

³ Autrement dit, la nullité de l'acte de rupture pourrait être prononcée, soit, en cas de non-respect de la finalité assignée au pouvoir de résiliation, soit, plus intéressant, encore, en cas de non-respect pur et simple d'un délai de préavis ou de non-respect d'un délai de préavis d'une durée suffisante. En effet, si le respect d'un délai de préavis peut être rangé parmi les conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel et que ces dernières s'analysent comme des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat, le respect d'un délai de préavis devrait, donc, se présenter comme une condition de validité de l'acte unilatéral de résiliation du contrat. Le non-respect d'un tel délai devrait, en conséquence, conduire au prononcé de la nullité de l'acte de rupture.

faits, la reprise de l'exécution du contrat pourra apparaître comme une mesure disproportionnée eu égard à son coût pour le débiteur et à son intérêt pour le créancier¹.

D'autre part, le recours à l'exécution forcée en nature sera écarté en cas d'impossibilité morale. Ce second type d'impossibilité renvoyant aux situations dans le cadre desquelles le prononcé de l'exécution forcée en nature viendrait porter atteinte aux libertés individuelles du débiteur².

573. Point d'étape.- Les développements ici entrepris ont, dans un premier temps, permis de mettre en évidence que l'abus par dépassement de pouvoir porte atteinte au principe de force obligatoire que ce soit, en lui-même, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine.

Dans un second temps, il a pu être montré que, pour réprimer ces différents manquements à la force obligatoire, les juges du fond disposent, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, de la possibilité de faire appel à deux sanctions que sont la résolution du contrat et l'exécution forcée en nature.

Autrement dit, la partie qui viendrait à méconnaître les limites objectives de son pouvoir à l'occasion de sa mise en œuvre pourrait, d'une part, se voir sanctionnée par la résolution du contrat à ses torts. Le prononcé d'une telle sanction supposerait, néanmoins, que la méconnaissance limites objectives du pouvoir alors commise puisse s'analyser comme une faute suffisamment grave.

D'autre part, il semblerait que les juges du fond puissent remédier à l'inexécution qui assortit l'exercice abusif d'un pouvoir destiné à provoquer la suspension ou la rupture du lien d'obligation en ordonnant au *potentior* de reprendre l'exécution de ses obligations. Le prononcé d'une telle sanction sera cependant écarté en cas d'impossibilité matérielle ou morale.

Bien entendu, si les juges du fond venaient à être saisis d'une affaire où un manquement très grave aux conditions de mise en œuvre d'un pouvoir destiné à provoquer la suspension ou la rupture du lien d'obligation pourrait être constaté, ceux-ci ne disposeraient toutefois pas de la possibilité de prononcer cumulativement la résolution du contrat et son exécution forcée en nature, et ce, en raison du caractère incompatible de ces sanctions. Le choix serait alors, ici, offert au cocontractant entre demander la résolution du contrat ou son exécution forcée en

¹ D'où l'intérêt de saisir le juge des référés pour prévenir la matérialisation des effets du pouvoir de résolution ou de résiliation. (Au sujet de cet intérêt déjà évoqué, v. : *supra*, n° 528, p. 640 et s.).

² Pour certains auteurs, une telle situation se rencontrerait en matière de contrats-coopération et, notamment, en matière de contrats de concession ou de franchise. Ordonner, ici, l'exécution forcée du contrat serait de nature à porter une atteinte à la liberté individuelle du concédant ou du franchiseur auteur de la rupture. Cette atteinte serait, d'ailleurs, toujours selon ces auteurs, d'autant plus difficile à justifier qu'une coopération forcée risquerait, en pratique, de conduire à des résultats peu productifs. (v. not. en ce sens : S. LEQUETTE, *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, n° 497, p. 410 ; Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec, 2010, 2^{ème} éd., n° 305, p. 154). Mais cette opinion n'est pas partagée par tous. Hormis le fait qu'il puisse y avoir un doute à ranger les obligations du concédant et du franchiseur parmi celles présentant un caractère éminemment personnel, certains auteurs affirment, certainement avec raison, que la valeur accordée au principe de force obligatoire en droit interne et les lourds investissements parfois entrepris par l'une des parties doivent justifier la reprise de l'exécution du contrat irrégulièrement rompu. (v. not. en ce sens : J. MESTRE, « *Rupture abusive et maintien du contrat* », RDC 2005-1, p. 99 et s.).

nature, sous réserve, naturellement, que cette dernière sanction ne se heurte pas, dans cette l'espèce, à un cas d'impossibilité.

Là ne s'arrêtent cependant pas les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir. En effet, si la commission d'un tel abus venait à causer un préjudice au cocontractant, la partie qui en est l'auteure pourrait, semble-t-il, être condamnée à procéder à son indemnisation.

3. *L'indemnisation du préjudice causé.*

574. **Dépassement de pouvoir et responsabilité.-** Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel méconnaît les limites objectives qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative, celui-ci vient à commettre une faute qui peut être de nature à causer un préjudice à son cocontractant. De la sorte, la partie qui commettrait un abus par dépassement de pouvoir pourrait voir sa responsabilité engagée.

Mais s'agirait-il, alors, de responsabilité contractuelle ou de responsabilité délictuelle ? Dans la mesure où le préjudice subi ne résulterait pas, ici, de la méconnaissance d'une norme prescrivant un devoir de portée générale supporté par tout un chacun dans le cadre de la vie en société, mais de la méconnaissance d'une norme particulière prescrivant les conditions d'exercice d'un pouvoir dans un cadre contractuel, la responsabilité devrait, semble-t-il, être de nature contractuelle et non délictuelle¹. Autrement dit, la partie qui viendrait à commettre un abus par dépassement de pouvoir pourrait être condamnée à procéder à l'indemnisation du préjudice alors causé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Cependant, certains pourraient s'opposer à une telle analyse en faisant valoir que se référer, en soi, au concept de responsabilité contractuelle constitue une erreur méthodologique car ce prétendu concept serait, en lui-même, erroné.

En effet, selon certains auteurs², le concept même de responsabilité contractuelle ne saurait exister dans la mesure où la sanction des manquements contractuels ne reposerait pas sur les conditions de la responsabilité.

Pour ce courant doctrinal, il ne s'agirait pas, en matière contractuelle, de réparer un préjudice issu d'une faute, mais simplement de procéder à l'exécution par équivalent des obligations inexécutées. Dès lors, pour les tenants de cette analyse, il ne saurait exister qu'un

¹ Il est, en effet, traditionnellement admis que le contrat « oblige à quelque chose de plus que la normale » par rapport aux devoirs généraux « auxquels toute personne est tenue en vertu de la vie en société » (v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 567, p. 572). Cette distinction classique entre, d'un côté, les normes individuelles que se sont données les parties et de l'autre, les normes générales qui s'appliquent à tout individu vivant en société, permettrait de faire le départ entre ce qui relève de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Ici, dans la mesure où la norme qui prescrit les conditions objectives d'exercice d'un pouvoir dans un cadre contractuel se présente comme une norme particulière issue de la « loi » que se sont données les parties, à savoir, le contrat, le préjudice qui résulterait de sa violation devrait-il, alors, être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

² Parmi les auteurs qui rejettent la réalité du concept de responsabilité contractuelle, v. not. : Ph. RÉMY, « *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept* », RTD. civ. 1997, p. 323 et s. ; D. TALLON, « *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation* », RTD. civ. 1994, p. 223 et s. ; L. LETURMY, « *La responsabilité délictuelle du contractant* », RTD. civ. 1998, p. 839 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2008, 7^{ème} éd., n° 802 et s. ; P. RÉMY-CORLAY, « *Exécution et réparation : deux concepts ?* », RDC 2005, n° 1, p. 13 et s.

seul type de responsabilité, à savoir, la responsabilité délictuelle, qui devrait trouver à s'appliquer dès qu'un manquement autre qu'à des obligations issues d'un contrat viendrait à être constaté, et cela, peu important que la victime de ce manquement soit un contractant ou un tiers.

Ici, il est alors intéressant de constater que, pour les auteurs qui nient le concept de responsabilité contractuelle, seuls les manquements aux obligations issues du contrat relèveraient des mécanismes de sanction de type contractuel.

Au regard de cette analyse, il conviendrait, donc, de retenir que le non-respect des limites objectives d'un pouvoir contractuel qui ne peut, en soi, s'analyser comme l'inexécution d'une obligation contractuelle¹, ne saurait relever des mécanismes de sanction propres au contrat. En d'autres termes, si un dommage venait à être causé au cocontractant suite à l'exercice fautif d'un pouvoir contractuel, ce manquement, qui ne correspondrait pas à l'inexécution d'une obligation issue du contrat, devrait, nécessairement, être réparé sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

Bien qu'*a priori* séduisante, une telle conclusion ne saurait, toutefois, être retenue, et ce, en raison des critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de l'analyse qui nie l'existence du concept de responsabilité contractuelle. En effet, l'analyse qui réfute l'existence du concept de responsabilité contractuelle, et ce, au motif que le procédé de sanction des manquements contractuels ne reposerait pas sur les conditions de la responsabilité, n'apparaît pas conforme au droit positif. Deux critiques principales peuvent, en ce sens, être dirigées à l'encontre de cette analyse.

D'une part, il convient d'observer que le courant doctrinal qui rejette le concept même de responsabilité contractuelle entend expurger le procédé destiné à sanctionner les manquements aux obligations de toute idée de faute², et donc, de toute appréciation portée sur la qualité du comportement du débiteur. Autrement dit, si l'on suit ce courant doctrinal qui voit dans la technique de sanction de l'inexécution des obligations une technique purement objective³ car détachée de toute idée de faute, il conviendrait de ne pas tenir compte de la gravité du manquement commis par le débiteur, lequel serait sans influence sur l'évaluation du montant des dommages-intérêts contractuels.

Or, cette analyse apparaît démentie par l'observation du droit positif dans la mesure où le comportement de débiteur défaillant y est bel et bien pris en considération par le juge. Plus précisément, le comportement du débiteur est pris en considération comme un facteur

¹ Il convient de rappeler, ici, que l'obligation constitue le support juridique de la réalisation d'un transfert de valeur (v. not. sur ce point, F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 2, spéc., p. 3). Ce transfert de valeur étant réalisé, plus précisément, par l'accomplissement de la prestation objet de l'obligation. Ici, étant donné que le non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne correspond pas à l'inaccomplissement d'une prestation, c'est-à-dire à une faute commise dans la réalisation d'un transfert de valeurs, ce manquement ne peut donc bien évidemment pas s'analyser comme l'inexécution d'une obligation.

² Le courant doctrinal qui rejette le concept de responsabilité contractuelle au motif que la réparation du préjudice causé par l'inexécution ne repose pas sur les conditions de la responsabilité, à savoir, la faute, le préjudice et le lien de causalité qui les unit, conduit, en effet, logiquement à l'abandon de l'idée de faute.

³ Cette technique de sanction purement objective se traduit, alors, concrètement, par l'exécution par équivalent des obligations inexécutées.

aggravant¹, c'est-à-dire que si sa mauvaise foi est établie, celle-ci va avoir un impact direct sur l'évaluation du montant des dommages-intérêts dus par le débiteur défaillant². Ce jugement de valeur porté sur le comportement du débiteur tend ainsi à démontrer que le procédé destiné à sanctionner les manquements contractuels ne correspond pas, en droit positif, à une technique purement objective détachée de toute idée de faute.

D'autre part, il a pu être constaté que l'indemnisation du dommage causé par l'inexécution ne se réduit pas, en droit positif, à la seule perte de l'avantage attendu du contrat. Plus exactement, il semblerait que les dommages-intérêts en matière contractuelle soient appelés à y jouer un double rôle. Si les dommages-intérêts en matière contractuelle ont pour fonction de compenser la perte de l'avantage attendu du contrat, ceux-ci doivent également permettre de réparer le préjudice causé par l'exécution³. On retrouve, alors, notamment, ici, l'idée de préjudice en lien avec l'inexécution, c'est-à-dire avec la faute du débiteur défaillant.

La réunion des composantes traditionnelles de la responsabilité, à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité qui les unit, militerait, ainsi, en faveur des analyses qui reconnaissent une certaine réalité au concept de responsabilité contractuelle.

Pour autant, ce n'est pas parce que le concept de responsabilité contractuelle disposerait d'une certaine réalité en droit positif que la réparation du préjudice résultant de la méconnaissance des limites objectives d'un pouvoir contractuel soit, nécessairement, appelée à relever de la responsabilité contractuelle.

En effet, lorsque le concept de responsabilité contractuelle est reconnu, celui-ci est traditionnellement mis au service de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle⁴. De la sorte, certains pourraient objecter que la responsabilité contractuelle, dont la fonction traditionnelle est de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation, ne serait pas adaptée à la réparation du préjudice causé par un abus par dépassement de pouvoir, et cela, dans la mesure où la réparation du préjudice résultant du non-respect des limites objectives d'un pouvoir contractuel ne peut, en soi, s'analyser comme la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Une telle critique, si elle venait à être formulée, pourrait cependant être écartée, car celle-ci reposerait sur conception réductrice du rôle dévolu à la responsabilité contractuelle en droit positif. De nos jours, la responsabilité contractuelle ne semble, en effet, pas être un mécanisme seulement destiné à réparer le préjudice résultant de l'inexécution des obligations issues du contrat. Le domaine d'application de ce mécanisme apparaît, effectivement, bien plus large puisque celui-ci doit notamment permettre de réparer les préjudices résultant de

¹ Pour une telle observation, v. not. : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit., n° 796. Adde, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 45 et s. ; R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôles actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939, n° 83 et s.

² Pour une telle observation, v. not. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 398, p. 350.

³ v. en ce sens : E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 271 et s., spéc., n° 17. La double fonction attachée aux dommages-intérêts permettrait-elle, ainsi, de concilier les analyses qui voient dans leur octroi un simple procédé d'exécution par équivalent avec celles qui se montrent favorables au concept de responsabilité contractuelle.

⁴ v. par ex. en ce sens : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 12^{ème} éd., coll. Thémis, 1985, n° 71, p. 275 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 558 et s., p. 564 et s.

manquements autres qu'à des obligations issues du contrat, comme par exemple, des manquements à des devoirs contractuels¹.

Ainsi, à l'heure actuelle, la responsabilité contractuelle tendrait à se présenter comme un mécanisme permettant de réparer le préjudice résultant de tout type de manquement fautif aux effets du contrat, autrement dit, de tout type de manquement fautif au principe de force obligatoire.

Dès lors, s'il est admis que le concept de responsabilité contractuelle dispose d'une certaine réalité en droit positif et qu'il est reconnu que celui-ci permet de réparer le préjudice résultant de tout type de manquement fautif aux effets du contrat, il semblerait possible d'en déduire que le préjudice résultant d'un abus par dépassement de pouvoir puisse être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Pour parvenir à une telle déduction, il convient de rappeler que les pouvoirs contractuels sont des effets du contrat. Comme il fut déjà été évoqué², leurs conditions de mise en œuvre qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective apparaissent régies par le principe de force obligatoire.

De la sorte, l'abus par dépassement de pouvoir qui correspond à un non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'une telle prérogative, doit s'analyser comme un manquement fautif au principe de force obligatoire et donc comme un manquement fautif aux effets du contrat. Dans l'éventualité où ce manquement fautif aux effets du contrat viendrait à causer un préjudice au cocontractant, ce préjudice pourrait, semble-t-il, alors, être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle puisque l'objet même de ce mécanisme paraît être de réparer les préjudices résultant des manquements fautifs aux effets du contrat.

Par exemple, dans un contrat-cadre, si la partie titulaire du pouvoir de fixer le prix venait à méconnaître la finalité assignée à sa prérogative qui peut être, notamment, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché³, le préjudice alors causé au cocontractant par le dépassement de pouvoir pourrait être réparé par l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁴.

¹ v. not. en ce sens : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 369 et s., p. 327 et s. L'auteur entend d'ailleurs démontrer que l'existence de devoirs contractuels doit permettre d'affirmer l'autonomie du concept de responsabilité contractuelle.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 570, p. 698 et s.

³ Au sujet de la finalité objective assignée au pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

⁴ Cette précision peut apparaître intéressante dans la mesure où le nouvel art. 1164 al. 2 du C. civ. ne fournit aucune indication quant à la nature des dommages-intérêts susceptibles d'être octroyés en cas d'abus dans la fixation du prix. Ici, en cas de non-respect des limites objectives du pouvoir de détermination du prix, il semblerait donc que les dommages-intérêts alloués au cocontractant le soient sur le fondement de la responsabilité contractuelle. L'octroi de dommages-intérêts en cas d'abus dans la fixation du prix n'aurait cependant pas pour seule fonction de réparer le préjudice causé au cocontractant. Plusieurs auteurs ont, en effet, pu mettre en lumière que l'octroi de dommages-intérêts serait également un procédé de « réfaction » ou de « révision » judiciaire du contrat. v. not. en ce sens : M. BANDRAC, « *Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée plénière* », Cah. dr. entr., 1996, p. 5 et s., spéc., p. 41 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix* », RJDA, 1996-1, p. 3 et s., spéc., p. 10 : « L'indemnisation équivaut à une modification du prix par le juge de la même manière que l'annulation partielle d'un contrat conduit à la réécriture judiciaire de ce dernier » ; D. FERRIER, « *Les apports au droit commun des obligations* », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, op. cit., p. 49 et s., spéc., n° 43, p. 66 ; Th. REVET,

De même, en cas non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir de rupture comme, par exemple, en cas de mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier en l'absence d'inexécution suffisamment grave imputable au cocontractant¹, le préjudice causé par la rupture irrégulière du contrat pourrait être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Cette indemnisation serait, d'ailleurs, ici, susceptible de venir accompagner les autres sanctions prononcées par le juge. D'abord, l'indemnisation du préjudice causé par la rupture pourrait s'ajouter à la résolution du contrat prononcée, par le juge, aux torts du *potentior*. Autrement dit, dans l'hypothèse où, par exemple, la rupture irrégulière du contrat serait venue causer un préjudice matériel au cocontractant en endommageant ses installations², l'indemnisation de ce préjudice matériel serait susceptible de venir s'ajouter à la résolution du contrat.

Ensuite, l'indemnisation du préjudice causé par la rupture irrégulière pourrait venir s'ajouter à l'exécution forcée en nature du contrat ordonnée par le juge³. Pour reprendre l'exemple précédent, cela signifie que l'indemnisation du préjudice matériel causé par la rupture irrégulière serait susceptible de venir s'ajouter à la condamnation du *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations.

Enfin, dans l'éventualité où l'exécution forcée en nature ne pourrait pas être ordonnée, l'indemnité destinée à réparer le préjudice causé par la rupture serait en mesure de venir s'ajouter à celle destinée à replacer le cocontractant dans une situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté⁴.

Au final, il ressort donc de ces développements que la réparation du préjudice causé au cocontractant en cas de dépassement de pouvoir sera assurée sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Conformément aux principes classiques, il s'agira de procéder, alors, à la réparation intégrale du préjudice subi par le cocontractant. Mais tel ne sera pas toujours le cas. En effet, parfois, le montant de cette indemnisation se verra opposer certaines limites.

« *Le juge et la révision du contrat* », RDC 2016, p. 373 et s., spéc., n°19. La réfaction du contrat interviendrait, alors, dans les hypothèses où le juge déciderait de ne pas sanctionner le dépassement de pouvoir par la nullité de l'acte de fixation du prix, mais seulement par la condamnation du *potentior* à verser des dommages-intérêts à son cocontractant. L'acte unilatéral fixant le prix serait ainsi toujours valide, mais ses conséquences juridiques et matérielles seraient en partie neutralisées par l'allocation de dommages-intérêts au cocontractant. On serait donc, ici, en face d'un acte juridique irrégulier efficace, mais dont les conséquences se verraient atténuées. D'où, l'idée d'une « révision judiciaire » du contrat par la modification de ses effets juridiques et de ses conséquences matérielles.

¹ L'inexécution suffisamment grave imputable au cocontractant, constitue, pour rappel, le motif-efficient objectif qui doit justifier la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier. Sur ce point, v. : *supra*, n° 303, p. 331 et s.

² Ce qui peut s'avérer être le cas, par exemple, dans l'hypothèse de la rupture d'un contrat d'entretien ou d'approvisionnement.

³ Au sujet du recours à l'exécution forcée en nature, v. : *supra*, n° 572, p. 705 et s.

⁴ Cette indemnisation de « l'intérêt positif » est assurée, au plan technique, par l'exécution du contrat par équivalent. Au sujet de la distinction entre la réparation de « l'intérêt positif » qui correspond à l'intérêt au maintien du contrat et la réparation de l'intérêt négatif qui se rapporte, quant à lui, à l'intérêt à la non-conclusion du contrat, v. not. : Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 405 et s., p. 485 et s., n° 106 et s., p. 157 et s.

575. **Limites.-** Par dérogation au principe de réparation intégrale, le montant de l'indemnité allouée au cocontractant en réparation du préjudice causé par un dépassement de pouvoir pourra se heurter à un plafond. Plus exactement, deux types de plafond seront susceptibles de venir limiter l'indemnisation de ce préjudice.

En premier lieu, la demande de réparation du cocontractant pourra venir se heurter à un plafond légal. L'illustration la plus célèbre de ce type de plafonnement légal du montant des indemnités dues en cas de dépassement de pouvoir est alors fournie par le droit du licenciement. En effet, en dehors des situations dans lesquelles le législateur estime que le salarié mérite une protection particulière¹, celui-ci vient fixer des maxima et limiter, ainsi, le montant des indemnités susceptibles d'être allouées au salarié lorsque le licenciement a été prononcé sans cause réelle et sérieuse².

Pour rappel, l'existence d'une « cause réelle et sérieuse » correspond aux motifs-
efficaces prédéfinis par le droit objectif, sur lesquels la mise en œuvre du pouvoir de licencier doit nécessairement appui. De la sorte, toute mise en œuvre du pouvoir de licencier qui ne prendrait pas appui sur une cause réelle et sérieuse doit venir s'analyser comme un non-respect des conditions objectives d'exercice de ce pouvoir, et donc, comme un dépassement de pouvoir. Or, la loi vient, ici, limiter l'indemnisation du préjudice causé par ce dépassement de pouvoir.

Les plafonds légaux ne constituent toutefois pas le seul type de limites susceptibles d'être opposées au cocontractant qui réclamerait l'indemnisation du préjudice causé par un dépassement de pouvoir.

En second lieu, il semblerait que la demande de réparation du cocontractant puisse se voir opposer des plafonds de type conventionnels, autrement dit, des clauses limitatives de responsabilité. Bien que traditionnellement, les clauses limitatives de responsabilité soient stipulées pour limiter l'indemnisation du préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, il est néanmoins vrai, qu'en pratique, les parties pourraient venir stipuler de telles clauses pour limiter l'indemnisation du préjudice résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel.

La question de la validité de ces clauses pourrait, alors, venir se poser. En effet, il ne faut pas oublier, qu'antérieurement à la réforme du droit des contrats, la jurisprudence avait, sur le fondement de la cause, procédé à la traque des clauses limitatives de responsabilité qui

¹ Le nouvel art. L. 1235-3-1 du C. trav. dispose, en effet, que les plafonds légaux ne trouvent pas à s'appliquer lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une cause de nullité. Ces causes de nullité énumérées par cet article correspondent, par exemple, à celles qui sont afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 du C. trav., ou encore, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues aux articles L. 1134-4 et L. 1132-4 du même Code.

² Ces maxima sont l'une des innovations majeures de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail. Ils sont énumérés par le nouvel art. L. 1235-3 du C. trav. et varient en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise. À côté de ces maxima, il convient également de préciser que la loi vient fixer des minima. Ces minima sont applicables même si le salarié ne subit aucun préjudice, de telle sorte que l'indemnité allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse semble avoir une nature hybride. Si elle doit permettre de réparer le préjudice causé au salarié, l'existence de minima applicables même en l'absence de préjudice subi par le salarié tend également à faire apparaître son aspect punitif, c'est-à-dire son caractère de peine prononcée à l'encontre d'un employeur fautif. (Au sujet de la nature hybride de cette indemnité, v. not. : G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail, op. cit.*, n° 454, p. 496).

portent sur l'obligation essentielle du contrat et qui viennent contredire la portée de l'engagement pris par le débiteur¹.

Aussi, la réforme du droit des contrats est-elle venue introduire, dans le Code civil, un nouvel article 1170 qui se veut être l'héritier de cette jurisprudence dite « Chronopost », et ce, même s'il ne limite pas son champ d'application matériel à ces seules clauses. Pour rappel, cet article dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Or, en faisant, ici, indistinctement référence à « toute clause » du contrat, cet article doit, indubitablement, permettre de sanctionner les clauses limitatives de responsabilité dès lors que celles-ci viennent priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, à l'image de ce que permettait la jurisprudence « Chronopost ».

Mais, pour autant, cet article permettrait-il de saisir les clauses qui viennent limiter l'indemnisation préjudice résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel ? De prime abord, il semblerait permis de penser que les clauses qui viennent limiter l'indemnisation préjudice résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel échappent au domaine d'application de l'article 1170 du Code civil, et cela, dans la mesure où ces dernières ne portent pas, en elles-mêmes, sur l'obligation essentielle, mais sur l'obligation de réparation mise à la charge du *potentior*.

Cette analyse qui conclut au rejet de l'application de l'article 1170 pourrait, cependant, apparaître quelque peu hâtive. En effet, il convient d'observer que le nouvel article 1170 du Code civil n'exige pas expressément que la clause litigieuse porte directement sur l'obligation essentielle du débiteur, mais que celle-ci ait pour effet de la priver de sa substance. En d'autres termes, la fonction assignée au nouvel article 1170 apparaît être de sanctionner les clauses dont les effets permettraient à leurs bénéficiaires de s'affranchir de leur obligation essentielle en réduisant à rien la prestation qu'ils s'étaient engagés à fournir.

Or, tel peut s'avérer être l'effet d'une clause limitant l'indemnisation du préjudice causé par la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel.

Ainsi en irait-il, par exemple, de la stipulation d'une clause limitant drastiquement le montant des dommages-intérêts dus par la partie qui viendrait à faire un usage irrégulier du pouvoir de résolution unilatérale à ses risques et périls. Effectivement, une telle clause permettrait, à la partie qui en bénéficie, de se libérer de son obligation principale sans être tenue de réparer, outre mesure, le préjudice causé au cocontractant par la rupture irrégulière, ce qui pourrait, alors, venir réduire à rien le contenu de son engagement et, plus précisément, le contenu de la prestation qu'il s'était engagé à fournir.

Il en irait certainement de même d'une clause qui limiterait excessivement le montant des dommages-intérêts dus par la partie qui viendrait à faire un usage à faire un usage irrégulier du pouvoir de fixer le prix dont elle serait débitrice. En effet, une telle clause lui permettrait de fixer un prix anormalement bas, pour ensuite, échapper un maximum aux conséquences de sa

¹ L'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, obs. A. SÉRIAUX ; D. 1997, somm. p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP. G. 1997, I, n° 4025, obs. G. VINEY ; JCP. G. 1997, I, n° 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN) fut à l'origine de toute une saga jurisprudentielle dont l'épilogue est associé à l'arrêt Faurecia II (Cass. com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; D. 2010, p. 1832, obs. X. DELPECH ; D. 2010, p. 1697, édito. F. ROME, note D. MAZEAUD ; JCP. G. 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF).

responsabilité, ce qui lui assurerait, de la sorte, la possibilité de réduire à rien le contenu de son obligation principale, à savoir, payer un prix.

Autrement dit, dans l'éventualité où le juge serait confronté à une clause limitative de responsabilité stipulée pour plafonner le montant de l'indemnité due en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir contractuel, celui-ci pourrait donc être invité à contrôler la validité d'une telle clause sur le fondement du nouvel article 1170 du Code civil¹. Il lui appartiendrait, alors, de vérifier si l'application de cette clause a pour effet de vider de sa substance l'obligation essentielle à laquelle s'était engagé le *potentior*.

Une fois la validité de la clause limitative de responsabilité examinée, encore conviendrait-il de vérifier si celle-ci est susceptible de recevoir application dans le cas d'espèce soumis au juge. Il convient effectivement de rappeler que l'application des clauses limitatives de responsabilité est écartée, soit, en cas de dol, c'est-à-dire en cas de faute intentionnelle, soit, par extension, en cas de faute lourde, c'est-à-dire en cas de « négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée »².

Certes, il est vrai que, traditionnellement, ces notions sont sollicitées pour saisir le comportement du débiteur, et ce, dans la mesure où les clauses limitatives de responsabilité sont généralement stipulées pour limiter le montant de l'indemnité due en cas d'inexécution d'une obligation.

Cependant, dès lors qu'il est admis que des clauses limitatives de responsabilité peuvent être stipulées en matière de pouvoirs contractuels, rien ne semble empêcher de faire appel à ces notions pour saisir le comportement du *potentior* lors de la mise en œuvre de sa prérogative et écarter, ainsi, l'application d'une telle clause.

Autrement dit, l'application d'une clause limitative de responsabilité pourrait être écartée, d'une part, en cas de faute dolosive commise par le titulaire du pouvoir, ce qui doit, ici, correspondre à une méconnaissance intentionnelle des conditions objectives qui encadrent l'exercice de sa prérogative³. D'autre part, l'application d'une telle clause pourrait également être écartée lorsque la méconnaissance des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre

¹ Ce fondement serait, ainsi, susceptible d'être utilisé dans l'attente de la réforme de la responsabilité civile. Le projet de réforme de la responsabilité civile en date du 13 mars 2017 propose, en effet, d'introduire un article 1282 dans le Code civil qui serait, alors, la consécration expresse de la jurisprudence « Chronopost » et de ses suites. En l'état actuel du projet, cet article prévoit notamment que doivent être réputées non-écrites, les clauses limitatives ou évasives de responsabilité qui « privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». En cela, l'article 1282 se présenterait-il comme une application particulière aux clauses limitatives de responsabilité de l'article 1170 du Code civil. Aussi, dans l'éventualité où cette version de l'article 1282 du projet de réforme de la responsabilité civile venait à être adoptée, le juge serait-il naturellement amené à préférer ce texte à celui de l'actuel article 1170 du Code civil pour fonder le contrôle de la validité des clauses limitatives de responsabilité. Mais cela ne signifierait pas, pour autant, que le texte plus général de l'article 1170 du Code civil ne puisse pas également être utilisé.

² Cette conception subjective de la faute lourde a été adoptée par les arrêts rendus en Chambre mixte le 22 avril 2005 (v. : Cass., ch. mixte, 22 avril 2005, Bull. ch. mixte, n° 3 et 4 ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI ; JCP 2005, II, n° 10066, note G. LOISEAU ; RDC 2005, p. 673, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN.

³ La faute dolosive sera, ainsi, caractérisée lorsque le titulaire du pouvoir aura méconnu sciemment les limites objectives d'exercice de son pouvoir en ne se conformant pas au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui sont susceptibles d'encadrer sa mise en œuvre.

du pouvoir résulterait d'une faute lourde du *potentior*, c'est-à-dire d'une attitude négligente revêtant un degré de gravité extrême¹.

Si la faute dolosive et la faute lourde doivent permettre d'écarter l'application d'une clause limitative de responsabilité stipulée en matière de pouvoirs contractuels, il semblerait, toutefois, que l'une de ces deux notions n'ait pas vocation à être utilisée dans le cadre du contrôle qui nous intéresse, c'est-à-dire, ici, dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir.

En effet, il convient de rappeler que le contrôle du dépassement de pouvoir ne vise pas à saisir la mauvaise foi du titulaire du pouvoir². Or, la faute dolosive implique la mauvaise foi de son auteur en raison de son caractère intentionnel³. D'ailleurs, il a pu être montré que la méconnaissance intentionnelle des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ressort du contrôle du détournement de pouvoir⁴. En cela, la faute dolosive ne se rencontrera donc pas dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir⁵.

En revanche, dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir, il sera possible d'avoir affaire à une faute lourde, et ce, en raison du caractère non-intentionnel de cette faute, et donc, de l'absence de mauvaise foi de son auteur⁶. Autrement dit, dans le cadre de ce contrôle, s'il vient à être démontré que le *potentior* a méconnu les limites objectives d'exercice de son pouvoir et que cette méconnaissance s'avère être la conséquence d'une faute de négligence présentant un degré de gravité extrême, les clauses limitant sa responsabilité ne devront pas recevoir application. D'ailleurs, en raison de sa faute lourde, le *potentior* sera également tenu de réparer le préjudice même imprévisible causé au cocontractant. Bien entendu, la caractérisation d'une faute lourde ne sera pas systématique. Dans les hypothèses où la méconnaissance des limites objectives du pouvoir ne correspondra pas à une faute lourde, les clauses limitatives de responsabilité pourront, évidemment, venir s'appliquer⁷.

¹ En d'autres termes, la faute lourde sera caractérisée lorsque la méconnaissance du but, des motifs-efficients, ou encore, des moyens, qui encadrent l'exercice d'un pouvoir contractuel sera la conséquence d'une attitude particulièrement négligente du *potentior*. Ainsi, par exemple, lorsque la mise en œuvre du pouvoir contractuel doit reposer sur des motifs-efficients objectivement prédéfinis, la faute lourde du *potentior* pourra-t-elle être caractérisée en cas d'erreur de fait, d'erreur de droit ou d'erreur dans la qualification juridique des faits, se présentant comme particulièrement grave et faisant état de l'attitude extrêmement négligente de ce dernier. De même, dans l'éventualité où la méconnaissance du but ou des moyens qui encadrent l'exercice du pouvoir résulterait d'une erreur d'appréciation particulièrement grave du *potentior*, faisant état de sa négligence extrême dans la mise en œuvre de sa prérogative, une faute lourde serait, également, caractérisée.

² Au sujet de la distinction entre le contrôle du dépassement de pouvoir et du détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 429, p. 474 et s.

³ v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 565, p. 570.

⁴ À ce propos, v. : *supra*, n° 459, p. 530 et s.

⁵ La faute dolosive, qui doit être rattachée au détournement de pouvoir, devra donc entraîner la mise à l'écart des clauses limitatives de responsabilité lorsqu'un tel type d'abus sera constaté. (v. : *infra*, n° 593, p. 754 et s.).

⁶ v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 575, spéc., p. 579. Adde, H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2014, m.à.j. avril 2018, n° 334.

⁷ Lorsque la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doit reposer sur des motifs-efficients objectivement prédéfinis, une faute légère sera, par exemple, caractérisée en cas d'erreur de fait, d'erreur de droit, ou encore, d'erreur dans la qualification juridique des faits, dont la gravité serait mineure. De même, en irait-il dans l'éventualité où la méconnaissance du but ou des moyens qui encadrent l'exercice du pouvoir résulterait d'une erreur d'appréciation mineure.

576. **Point d'étape.**- Au final, il ressort donc que lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel vient à commettre un abus par dépassement de pouvoir, autrement dit, lorsqu'il vient à méconnaître les limites objectives d'exercice de son pouvoir en ne se conformant pas au but, aux motifs-efficients, ou encore, aux moyens, qui sont susceptibles d'encadrer sa mise en œuvre, la commission d'un tel abus pourra se voir appliquer trois types de sanctions.

D'abord, il a pu être constaté que dans la mesure où les conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doivent s'analyser comme des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat, l'abus par dépassement de pouvoir, qui se caractérise par la méconnaissance de ces conditions objectives de mise en œuvre, emporte, nécessairement, une méconnaissance des conditions de validité dudit acte de modification des effets du contrat. Or, cette méconnaissance des conditions de validité de l'acte de modification des effets du contrat doit, sauf dans les cas où le droit positif s'y oppose¹, être sanctionnée par la nullité. Autrement dit, l'abus par dépassement de pouvoir doit, semble-t-il, par principe, être sanctionné par l'annulation de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat édicté en vertu d'une telle prérogative. D'ailleurs, en ce que l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels est appelé à protéger les intérêts du cocontractant, c'est-à-dire des intérêts privés, la nullité qui sanctionne leur méconnaissance doit présenter les caractères d'une nullité relative.

Ensuite, il a pu être montré que le dépassement de pouvoir porte atteinte au principe de force obligatoire du contrat que ce soit, en lui-même², ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine³. Dès lors, dans la mesure où le dépassement de pouvoir est susceptible de porter, en lui-même, atteinte au principe de force obligatoire, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine, il a pu en être déduit que cette forme d'abus de pouvoir est à même de se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements à ce principe.

Ainsi il a pu être mis en évidence que la partie qui commettrait un dépassement de pouvoir serait, d'une part, en mesure de se voir sanctionnée par la résolution du contrat à ses

¹ Au sujet des limites relatives à l'application de cette sanction, v. : *supra*, n° 569, p. 693 et s.

² Afin de comprendre pourquoi l'abus par dépassement de pouvoir porte en lui-même atteinte au principe de force obligatoire, il a pu être souligné que les contractuels sont des effets du contrat. Il en a alors été déduit qu'en qualité d'effets du contrat, leurs conditions de mise en œuvre sont appelées à être régies par le principe de force obligatoire. Plus exactement, ce sont les conditions de mise en œuvre qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective qui apparaissent régies par le principe de force obligatoire, et cela, dans la mesure où le contrat n'autorise la modification de ses effets que lorsque de telles conditions sont remplies. Dès lors, en ne respectant pas les conditions objectives de mise en œuvre de sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel vient-il nécessairement modifier les effets du contrat en dehors des hypothèses autorisées par ce dernier, ce qui doit, par conséquent, s'analyser comme un non-respect de sa force obligatoire. (Sur ces points, v. : *supra*, n° 570, p. 698 et s.).

³ Si l'abus par dépassement de pouvoir peut s'analyser, en soi, comme un manquement à la force obligatoire, il a également pu être montré que cette forme d'abus de pouvoir est susceptible de s'accompagner d'une inexécution fautive de ses obligations par le *potentior*. Comme il a été observé cette situation est appelée à se rencontrer en cas de dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels destinés à rompre ou à suspendre le lien d'obligation. L'annulation de l'acte de suspension ou de rupture du lien d'obligation en raison du dépassement de pouvoir commis par le *potentior* va, en effet, entraîner un retour à la situation juridique antérieure à son édicton et, ce faisant, venir faire ressortir le refus d'exécution dudit *potentior* qui s'estimait libéré. Ce refus d'exécution devra alors, ici, être considéré comme fautif, dans la mesure où celui-ci ne sera pas en mesure d'être justifié par l'exercice régulier d'un pouvoir contractuel destiné à rompre ou à suspendre le lien d'obligation. (Pour une telle analyse, v. : *supra*, n° 572, p. 705 et s.).

torts, et ce, dans l'éventualité où le juge estimerait que l'abus de pouvoir constaté constitue une faute suffisamment grave.

D'autre part, il a pu être observé que la partie qui viendrait à commettre un dépassement de pouvoir lors de la mise en œuvre d'un pouvoir destiné à rompre ou à suspendre le lien d'obligation pourrait se voir condamnée à reprendre l'exécution de ses obligations. Le prononcé de l'exécution forcée en nature étant, cependant, écarté, en cas d'impossibilité matérielle ou morale.

Enfin, il a pu être observé que le non-respect des limites objectives d'un pouvoir contractuel constitue un comportement fautif qui peut être de nature à causer un préjudice au cocontractant. Comme montré, la réparation du préjudice causé au cocontractant en cas de dépassement de pouvoir sera assurée sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Aussi, conformément aux principes classiques, il s'agira de procéder à la réparation intégrale du préjudice subi par le cocontractant.

Mais tel ne sera pas toujours le cas. Parfois, le montant de cette indemnisation pourra, en effet, se voir opposer certaines limites. Le montant de l'indemnité allouée au cocontractant pourra, par exemple, venir se heurter à un plafond légal, comme en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le montant de cette indemnité sera également susceptible de se voir opposer une clause limitative de responsabilité stipulée expressément pour limiter l'indemnisation du préjudice résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel. Ici encore, conformément aux principes classiques, une telle clause sera valable dès lors que ses effets ne permettent pas au *potentior* de s'affranchir de son obligation essentielle en réduisant à rien la prestation qu'ils s'étaient engagé à fournir. En outre, et toujours conformément aux règles gouvernant les clauses limitatives de responsabilité, celles-ci pourront être écartées en cas de faute dolosive ou de faute lourde commise par le *potentior*. À ce propos, il a d'ailleurs pu être précisé que la faute dolosive, synonyme de faute intentionnelle, ne pourra pas se retrouver dans le cadre du contrôle du dépassement de pouvoir, mais seulement dans le cadre du détournement de pouvoir qui vise à saisir la méconnaissance intentionnelle des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Autrement dit, les clauses limitatives de responsabilité pourront, ici, seulement être écartées si une faute lourde du *potentior* venait à être constatée, c'est-à-dire s'il venait à être démontré que la méconnaissance des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre du pouvoir résulte d'une attitude négligente de sa part, revêtant un degré de gravité extrême.

Une fois les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir identifiées, il convient de se mettre en quête des sanctions afférentes au second type d'abus susceptible d'être commis par le *potentior* à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, à savoir, l'abus par déloyauté.

B. Les sanctions de l'abus par déloyauté.

577. **Contours.-** L'abus par déloyauté correspond à une faute comportementale accompagnant l'exercice d'un pouvoir contractuel. Comme il le fut montré, cette faute comportementale est susceptible d'être mise en évidence dans le cadre du contrôle qui

s'intéresse à la moralité, à l'éthique, du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative¹.

Plus précisément, il a pu être constaté que si la mise en évidence d'une attitude déloyale du *potentior* peut s'avérer être un être un moyen de rapporter la preuve de ses véritables intentions dans l'optique de démontrer l'existence d'un détournement de pouvoir, cette attitude déloyale peut, également, être sanctionnée de manière autonome sur le fondement de la bonne foi.

Dès lors que la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir peut être sanctionnée de manière autonome sur le fondement de la bonne foi, il apparaît indispensable de chercher à en savoir plus sur les différentes sanctions afférentes à cette faute, et ce, en leur consacrant une analyse distincte de celle dédiées aux sanctions de l'abus par détournement de pouvoir².

Pour en savoir plus au sujet des sanctions de l'abus par déloyauté, il conviendra, alors, d'en tracer les contours, que ce soit de manière « positive » et « négative ». Autrement dit, tracer les contours des sanctions de l'abus par déloyauté supposera, dans un premier temps, de chercher à identifier, de manière positive, la nature des sanctions applicables (1). Puis, dans un second temps, il s'agira de préciser, de manière négative, le type de sanctions qui ne peuvent être prononcées, c'est-à-dire de définir la limite des sanctions (2).

1. La nature des sanctions.

578. Deux ou trois types de sanctions ?.- Procéder à l'identification des sanctions de l'abus par déloyauté doit permettre de déterminer le type de mesures susceptibles d'être prononcées par les juges du fond à l'encontre d'un *potentior* qui aurait fait preuve d'incurie, de brutalité, d'inconstance, à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, mais aussi, de malhonnêteté, en procédant à une manipulation des faits, ou encore, de manque de respect³.

Comme mentionné, ces attitudes déloyales constituent des manquements à la bonne foi en matière contractuelle. Dès lors, en qualité de manquements à la bonne foi en matière contractuelle, ces fautes comportementales semblent, tout naturellement, appelées à se voir appliquer les sanctions afférentes à la méconnaissance de ce principe. Or, parmi les sanctions traditionnellement destinées à réprimer les manquements au principe de bonne foi en matière contractuelle, il apparaît possible de compter la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts.

Autrement dit, la déloyauté comportementale du *potentior* pourrait être sanctionnée par le prononcé de la résolution du contrat à ses torts, mais aussi, de manière cumulative ou alternative, par la condamnation à verser au cocontractant des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'une telle faute viendrait à lui causer.

À ces deux premières sanctions, il est alors possible de se demander s'il faut en ajouter une troisième. En effet, il convient de rappeler qu'il existe un débat, en doctrine, au sujet de

¹ Au sujet du contrôle qui s'intéresse à la moralité du titulaire du pouvoir, v. : *supra*, n° 445 et s., p. 504 et s.

² Pour une étude des sanctions de l'abus par détournement de pouvoir, v. : *infra*, n° 585 et s., p. 741 et s.

³ Au sujet de ces différents comportements déloyaux susceptibles d'accompagner la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 449 et s., p. 511 et s.

l'admission d'un troisième type de sanction, à savoir, la paralysie des effets du pouvoir. Certains auteurs soutiennent, ainsi, que la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire sa mauvaise foi, devrait le mettre dans l'impossibilité de se prévaloir des effets de sa prérogative¹. De la sorte, les effets du pouvoir se verraient paralysés ou neutralisés.

À l'appui d'une telle affirmation, ces auteurs font, alors, généralement allusion à la jurisprudence qui, depuis près bientôt d'un demi-siècle, paralyse la mise en œuvre des clauses résolutoires lorsque celles-ci ont été invoquées de mauvaise foi par le créancier. En d'autres termes, ces auteurs se réfèrent aux décisions dans le cadre desquelles les juges ont pu refuser de constater le jeu de la clause résolutoire, parce que le créancier avait, lui-même, par son comportement actif ou passif, créé de toutes pièces les conditions de l'inexécution du débiteur justifiant la résolution². Ou encore, ils se réfèrent à celles dans le cadre desquelles les effets de la clause résolutoire ont pu être écartés parce que le créancier avait fait preuve d'inconstance en s'abstenant de réclamer le montant de sa créance pendant de nombreuses années, puis, en avait brutalement exigé le paiement, mettant ainsi le débiteur dans l'impossibilité de remédier correctement et à temps, à son inexécution³.

Cependant, il n'est pas certain que dans les décisions précitées, la paralysie des effets de la clause résolutoire soit à rattacher à la déloyauté comportementale du *potentior*.

En effet, si l'on s'intéresse plus attentivement à ces espèces, il s'avère possible de constater que lorsque le titulaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire provoque, par son comportement actif ou passif, la défaillance de son cocontractant, l'inexécution est alors imputable à sa propre faute et non pas à celle de son cocontractant.

¹ v. not. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 440, spéc., p. 459, où les auteurs retiennent que : « d'une manière générale, la mauvaise foi devrait mettre le contractant coupable dans l'impossibilité de réclamer les droits nés du contrat [...] ». *Adde*, O. DESHAYES, « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011 préc., p. 726 et s., spéc., n° 7 et s.

² Un exemple célèbre de manipulation des faits, fruit d'un comportement positif, est celui du bailleur qui adresse une mise en demeure visant la clause résolutoire au domicile de son locataire alors qu'il sait que ce dernier ne s'y trouve plus en raison de son départ en vacances. Dans cette situation, la jurisprudence refuse traditionnellement le jeu de la clause résolutoire (v. : Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, *Bull. civ. III*, n° 529, p. 386 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1976, *Bull. civ. III*, n° 465, p. 354, *RTD. civ.* 1977, p. 340, obs. G. CORNU). De même en va-t-il lorsque lesquelles le bailleur choisit, à dessein, de mettre en demeure le locataire de réaliser des travaux locatifs, sous peine de mise en œuvre de la clause résolutoire, à une époque de l'année où ces travaux ne peuvent pas être réalisés. Pour une impossibilité de réaliser les travaux demandés pendant la période estivale en raison de la fermeture des entreprises pour cause de congés, v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971, *Bull. civ. III*, n° 404, p. 287. *Adde*, Cass. com. 19 juillet 1966, *Bull. civ. IV*, n° 367, pour une impossibilité matérielle de réaliser les travaux dans le mois de la mise en demeure en raison de leur importance et de la saison d'hiver. Dans ces situations, la jurisprudence refuse le jeu de la clause résolutoire.

La création artificielle des conditions d'exercice du pouvoir issu de la clause résolutoire peut également résulter d'un comportement passif du créancier. (v. par ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 1987, *Bull. civ. III*, n° 108, p. 63. Dans cette espèce, une bailleresse avait mis en demeure ses locataires, sous peine de résiliation de plein droit prévue au bail, d'avoir à effectuer dans le délai d'un mois les travaux nécessaires pour faire cesser les infiltrations d'eau provenant des lieux loués. La mise en œuvre de la clause résolutoire y est cependant jugée déloyale et ses effets paralysés dans la mesure où il est relevé que ces infiltrations d'eau étaient imputables à la carence de la bailleresse dans l'entretien de l'immeuble).

³ v. en ce sens : Cass. com. 7 janvier 1963, *Bull. civ. IV*, n° 16 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, *Bull. civ. III*, n° 88, p. 53, *JCP G.*, 1988, II, n° 21037, obs. Y. PICOD ; *RTD. civ.*, 1988, 146, obs. Ph. RÉMY ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 57, p. 41, *RTD. civ.* 1995, p. 623, note J. MESTRE ; *D.* 1995, p. 230, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1995, p. 383, note Ch. JAMIN ; Cass. civ. 1^{ère}, *Bull. civ. I*, n° 52, p. 35, *Defrénois*, 2000, p. 248, obs. D. MAZEAUD.

De même, il est possible de constater que lorsque le titulaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire met le débiteur dans l'impossibilité de remédier correctement et à temps à son inexécution, en s'abstenant de réclamer le montant de sa créance pendant plusieurs années, puis en exigeant brutalement le paiement, l'inexécution apparaît, alors, imputable au comportement fautif du créancier, ce que ne se prive pas de faire remarquer la jurisprudence¹.

Autrement dit, ce qui semble, ici, justifier la paralysie des effets de la clause résolutoire n'est pas tant le manquement à la bonne foi du créancier, mais le défaut d'une de ses conditions de mise en œuvre, à savoir, la présence d'une inexécution imputable au débiteur². En effet, dans ces espèces, il convient d'observer que deux types d'abus peuvent être caractérisés. D'une part, le titulaire du pouvoir issu de la clause résolutoire commet un abus par déloyauté en procédant, respectivement, ici, à une manipulation des faits et en faisant preuve d'inconstance. D'autre part, le titulaire du pouvoir commet un abus par dépassement de pouvoir en agissant en l'absence des motifs qui justifient la mise en œuvre de sa prérogative, c'est-à-dire en l'absence d'une inexécution visée par la clause résolutoire qui serait imputable au débiteur.

Or, si le fondement de la bonne foi doit permettre, ici, de saisir et de sanctionner la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir, c'est, en réalité, la sanction du non-respect de l'une des conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire, et donc la sanction du dépassement de pouvoir, qui est appelée à en fonder la paralysie.

En effet, il a pu être montré que, dans la mesure où les conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doivent s'analyser comme des conditions de validité de l'acte unilatéral édicté en vertu d'une telle prérogative, leur non-respect, en cas de dépassement de pouvoir, doit être sanctionné par le prononcé de la nullité de cet acte³. Ici, c'est donc le non-respect des motifs-efficients justifiant la mise en œuvre du pouvoir issu de la clause résolutoire, à savoir, l'absence d'une inexécution imputable au débiteur, qui devra entraîner l'annulation de l'acte de rupture et, ainsi, la neutralisation de ses effets.

En conséquence, l'analyse qui se propose de faire de la paralysie des effets du pouvoir une sanction de la déloyauté comportementale de son titulaire, ne saurait être retenue. Dès lors,

¹ v. par ex. en ce sens : Cass. com. 7 janvier 1963, préc., où la Cour relève que : « par le fait du bailleur, les locataires n'avaient pas été mis en mesure d'accomplir pleinement leur obligation » ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, préc., où la Cour retient que les débiteurs ont été « empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu ».

² Rapp. : Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 182, p. 197. L'auteur estime, à propos de cette jurisprudence relative à la paralysie de la clause résolutoire, que le juge : « trouve dans la mauvaise foi une solution facile, qui lui évite de s'interroger sur la possibilité même de l'application de la clause. Or, il ne faut pas perdre de vue que la clause résolutoire offre au créancier le moyen de se libérer d'un partenaire défaillant et que le droit de résolution dépend donc de l'existence de cette défaillance ». Adde, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 395, p. 314, où l'auteur considère, à propos de cette jurisprudence, que : « l'invocation de la mauvaise foi peut paraître superfétatoire, la neutralisation de la clause résolutoire résultant tout simplement de l'absence d'une condition nécessaire à sa mise en œuvre : une inexécution par le débiteur de l'obligation visée par la clause résolutoire » ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 758, p. 553, où l'auteur déplore également, en matière de clause résolutoire, le recours à la bonne foi pour fonder la paralysie de leurs effets lorsque le créancier est à l'origine de l'inexécution reprochée au débiteur. L'auteur retient alors que dans : « [...] l'hypothèse où c'est le créancier qui empêche le débiteur de satisfaire à ses obligations [celui-ci] serait tout simplement hors du champ opératoire de la clause résolutoire. Dans ces conditions, le détour par l'article 1134 al. 3 du C. civ. ne s'imposerait plus pour expliquer les solutions précédentes. L'article 1134 al. 1^{er} du C. civ. y suffit [...] ».

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

il semblerait que l'abus par déloyauté, autrement dit, la faute comportementale accompagnant l'exercice d'un pouvoir, puisse seulement conduire à l'application de deux types de mesures, à savoir, la résolution du contrat (a) et l'allocation de dommages-intérêts (b).

a. *La résolution du contrat.*

579. Manquement au devoir de bonne foi et résolution du contrat.- Au nombre des sanctions destinées à réprimer les manquements au principe de bonne foi en matière contractuelle et susceptibles d'être prononcées en cas d'abus par déloyauté, il semblerait, ainsi, possible de compter, en premier lieu, la résolution du contrat. En d'autres termes, cela signifie que la partie qui viendrait à mettre en œuvre son pouvoir dans des conditions jugées contraires à l'exigence de bonne foi en matière contractuelle pourrait se voir sanctionnée par la résolution du contrat prononcée à ses torts.

Ici, certains pourraient s'opposer à une telle affirmation en faisant valoir que la résolution, dont la fonction traditionnelle est de sanctionner l'inexécution des obligations, n'est pas une mesure permettant de réprimer la faute comportementale commise par le titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, et cela, parce que le manquement à la bonne foi en matière contractuelle ne peut s'analyser comme l'inexécution d'une obligation¹.

Une telle critique, si elle venait un jour à être formulée, ne saurait cependant s'avérer être pertinente car celle-ci reposerait sur une conception tronquée du rôle dévolu à la résolution en droit positif. En effet, il est possible de constater que la jurisprudence reconnaît, depuis déjà longtemps, que la partie qui vient à manquer à la bonne foi en matière contractuelle peut se voir sanctionnée par la résolution du contrat prononcée à ses torts si un tel manquement s'avère être suffisamment grave².

Par conséquent, si la résolution permet de sanctionner les manquements à la bonne foi en matière contractuelle dès lors que ceux-ci présentent un degré suffisant et que l'abus par déloyauté constitue un manquement à la bonne foi en matière contractuelle, il semblerait, donc, que la résolution puisse venir sanctionner l'abus par déloyauté, c'est-à-dire la faute comportementale commise par le titulaire d'un pouvoir contractuel à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, et ce, dès lors que celle-ci présenterait un degré de gravité suffisant³.

¹ Comme évoqué, l'obligation constitue le support juridique de la réalisation d'un transfert de valeurs (v. : *supra*, n° 102, p. 121). Le devoir de bonne foi, quant à lui, n'a pas pour fonction de réaliser un transfert de valeurs d'un patrimoine à un autre. Qu'il soit appréhendé dans sa dimension négative qui impose de s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte à la réalisation du but contractuel, ou dans sa dimension positive qui implique un comportement positif de collaboration ou de coopération entre les parties, le devoir de bonne foi en matière contractuelle ne constitue pas l'un des termes de l'échange marchand. Le devoir de bonne foi vient simplement encadrer le comportement des parties dans la perspective d'une réalisation effective et efficace de l'opération économique projetée par le contrat. En cela, le devoir de bonne foi en matière contractuelle ne saurait s'analyser comme une obligation.

² v. par ex. : Cass. req. 2 janvier 1901, Gaz. Trib. 10 janvier 1901 ; Cass. req. 18 juin 1902, D. 1903, 1, p. 342 et s. ; Cass. req. 18 avril 1904, S. 1904, 1, p. 444 ; Cass. civ. 30 novembre 1949, Gaz. Pal. 1950, I, p. 38 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2000, *Bull. civ.* I, n° 6, p. 3 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 462, p. 398.

³ Rapp. : O. DESHAYES, « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles* colloque préc., p. 726 et s., spéc., n° 29.

Néanmoins, il convient de préciser que toutes les déloyautés comportementales ne semblent pas permettre le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*. Comme il a été montré, certaines exigences comportementales mises à la charge des contractants ne sont que la reprise *in contractu* des règles générales de civilité promues par l'ancien article 1382 Code civil, devenu l'article 1240 du même Code. Tel est notamment le cas du respect que se doivent mutuellement les contractants et qui interdit que la mise œuvre d'un pouvoir contractuel se fasse dans des conditions vexatoires ou soit assortie d'injures¹.

De la sorte, la déloyauté comportementale qui consisterait à porter atteinte à l'honneur ou à la considération du cocontractant à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel devrait se voir appliquer les sanctions propres aux délits, ce qui exclut, par conséquent, l'application d'une sanction contractuelle telle que la résolution.

Autrement dit, seuls les manquements aux devoirs comportementaux dotés d'une nature contractuelle apparaissent en mesure d'être sanctionnés par la résolution du contrat. À ce propos, il a pu être observé que les exigences de cohérence, d'honnêteté, de patience et de diligence qui pèsent sur les épaules des contractants semblent être dotées d'une nature contractuelle². En cela, seuls les manquements à ces exigences, c'est-à-dire, l'incohérence, la manipulation des faits, la brutalité et l'incurie, seraient donc susceptibles d'être sanctionnées par la résolution du contrat.

En guise d'illustration, il est possible de reprendre l'exemple des clauses résolutoires invoquées de mauvaise foi par le *potentior*. À ce propos, il a pu être montré que la jurisprudence a été confrontée à deux types de déloyauté accompagnant la mise en œuvre du pouvoir de résolution issu de ces clauses.

Dans certaines espèces, la déloyauté du *potentior* ressortait de ce que ce dernier avait procédé à une manipulation des faits en créant, par son comportement, les conditions de mise en œuvre de sa prérogative, c'est-à-dire les conditions de l'inexécution du débiteur justifiant la résolution³.

Dans d'autres, la déloyauté du *potentior* provenait de ce que celui-ci avait fait montre d'inconstance en s'abstenant de réclamer le montant de sa créance pendant de nombreuses années, puis, en exigeant brutalement le paiement⁴. Ce changement soudain d'attitude étant ainsi jugé déloyal en ce qu'il empêche généralement le débiteur de remédier à temps à son inexécution et conduit, de la sorte, à la mise en œuvre de la clause résolutoire.

Alors, certes, il est possible de constater que, dans les différentes espèces citées, les juges sont venus neutraliser les effets de la clause résolutoire pour répondre à une demande de maintien du contrat émanant du cocontractant. Cependant, rien ne semblerait s'opposer à ce que la partie victime de la mise en œuvre déloyale de la clause résolutoire puisse, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, solliciter du juge le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 447, p. 509 et s.

² À ce sujet, v. : *supra*, n° 447, spéc., p. 510 et s.

³ v. : *supra*, n° 578, spéc., p. 723.

⁴ v. : *supra*, n° 578, spéc., p. 724.

En effet et comme précédemment évoqué, le nouvel article 1228 du Code civil qui définit l'office du juge lorsque celui-ci vient à être saisi en matière de résolution, ne semble pas interdire à ce dernier de prononcer, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, la résolution du contrat aux torts du *potentior*¹. Dès lors, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, le juge serait en mesure de prononcer la résolution du contrat aux torts du titulaire du pouvoir issu de la clause résolutoire qui serait venu en faire un usage déloyal.

Il convient néanmoins de préciser que cette sanction ne pourra être prononcée par le juge que consécutivement à l'annulation de la décision prise par le *potentior* de résoudre unilatéralement le contrat. Assurément, sur le plan logique, la résolution du contrat en peut être prononcée aux torts du *potentior* si celui-ci n'existe déjà plus.

Or, l'annulation de la décision de résolution unilatérale du contrat pourra, ici, être obtenue en raison du dépassement de pouvoir commis par le titulaire du pouvoir issu de la clause résolutoire. Comme il a effectivement pu être montré, en procédant à une manipulation des faits ou en faisant preuve d'inconstance, le *potentior* vient à agir en l'absence d'une inexécution imputable au débiteur². De la sorte, ledit *potentior* commet, en sus d'un abus par déloyauté, un abus par dépassement de pouvoir puisqu'il agit en l'absence des motifs qui justifient la mise en œuvre de sa prérogative, c'est-à-dire en l'absence d'une inexécution visée par la clause résolutoire qui serait imputable au débiteur.

La sanction du dépassement de pouvoir se traduira, alors, par l'annulation de l'acte de rupture irrégulier³, et la commission d'un abus par déloyauté, en sus d'un abus par dépassement de pouvoir, sera, semble-t-il, susceptible de venir justifier la résolution du contrat aux torts du *potentior*. En effet, le non-respect des conditions objectives de mise en œuvre du pouvoir issu de la clause résolutoire associé à la déloyauté de son titulaire, c'est-à-dire à sa mauvaise foi, constituent, respectivement, des manquements à la force obligatoire et à la bonne foi en matière contractuelle, dont le cumul pourra, très certainement, conduire le juge à considérer que la faute commise par le *potentior* est dotée d'un degré de gravité suffisant pour prononcer la résolution du contrat à ses torts.

Bien entendu, le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior* n'est pas appelé à se réduire aux seules hypothèses de manipulation des faits et d'inconstance accompagnant la mise en œuvre des clauses résolutoires. Cette sanction doit permettre de réprimer toute forme de déloyauté comportementale accompagnant la mise en œuvre d'un

¹ Ce point a, en effet, pu être abordé lorsque s'est posée la question de la possibilité d'avoir recours à la résolution en cas de dépassement de pouvoir. À cette occasion, il a notamment pu être constaté que les dispositions de l'article 1228 du Code civil ne font pas expressément référence au prononcé de la résolution « aux torts du débiteur ». De cette absence de précision, il a pu en être déduit que le prononcé de la résolution ne serait pas réservé à la seule demande en résolution judiciaire du contrat. Cette mesure pourrait, donc, également, être prise dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* pour sanctionner le *potentior*. (Pour de plus amples développements à ce sujet, v. : *supra*, n° 571, spéc., p. 702).

² Il a, effectivement, pu être observé que lorsque le titulaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire provoque, par son comportement actif ou passif, la défaillance de son cocontractant, l'inexécution est alors imputable à sa propre faute et non pas à celle de son cocontractant. De même, lorsque le titulaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire met le débiteur dans l'impossibilité de remédier correctement et à temps à son inexécution, en s'abstenant de réclamer le montant de sa créance pendant de nombreuses années, puis en exigeant brutalement le paiement, l'inexécution apparaît, alors, imputable au comportement fautif du créancier. (Pour de telles observations, v. : *supra*, n° 578, spéc., p. 723 et s.).

³ Au sujet de cette sanction, v. : *supra*, n° 567 et s., p. 691 et s.

pouvoir contractuel dès lors que ce manquement à la bonne foi, considéré individuellement, ou associé à un dépassement de pouvoir, amènera le juge à conclure que la faute commise par le *potentior* est dotée d'un degré de gravité suffisant pour justifier le prononcé de la résolution du contrat à ses torts.

Ainsi, la résolution pourrait être prononcée pour sanctionner, par exemple, l'incurie dont viendrait à faire preuve le titulaire du pouvoir de détermination du prix à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative. Cette possibilité apparaît, d'ailleurs, largement offerte par les dispositions des nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil qui autorisent le juge à prononcer la résolution du contrat en cas d'abus dans la fixation du prix¹. Effectivement, il est possible de constater que les dispositions de ces articles rattachent indistinctement la résolution à « l'abus dans la fixation du prix », ce qui doit vouloir signifier que cette sanction est en mesure d'être prononcée quel que soit le type d'abus commis lors de la mise en œuvre du pouvoir de détermination du prix et donc, y compris, en cas d'abus par déloyauté.

Néanmoins, pour que la résolution puisse être prononcée, il faudrait que la nonchalance, la désinvolture, avec laquelle le *potentior* a mis en œuvre sa prérogative apparaisse comme suffisamment grave. Dans un contrat-cadre, il pourrait, peut-être, par exemple, en aller ainsi, en cas de retards importants et répétés dans la communication du prix fixé, le tout, associé à l'indication de coordonnées bancaires inexactes pour procéder au paiement.

Pour prendre un dernier exemple, il est possible de faire allusion à la mise en œuvre brutale des clauses de mobilité stipulées dans les contrats de travail. Autrement dit, il s'agit de se référer aux situations dans lesquelles l'employeur est venu imposer au salarié un déplacement immédiat vers un autre poste.

Dans ces situations, il a pu être montré, qu'à la déloyauté comportementale de l'employeur semble s'ajouter un dépassement des limites objectives de son pouvoir². En effet, s'il est admis que l'écoulement d'un délai constitue un moyen permettant de consommer l'exercice d'un pouvoir et que, donc, le facteur temps peut être rangé parmi les conditions objectives qui encadrent l'exercice d'un pouvoir³, il doit en être déduit que l'exercice brutal d'une telle prérogative conduit son titulaire à en méconnaître les limites objectives. En d'autres termes, il s'agirait, à nouveau, de l'une de ces situations dans lesquelles le titulaire du pouvoir commet, en sus d'un abus par déloyauté, un abus par dépassement de pouvoir.

De la sorte, au regard de l'analyse ici proposée, le salarié serait en mesure de saisir le juge prud'hommal de deux demandes. D'une part, le salarié pourrait demander l'annulation de

¹ Pour rappel, l'art. 1164 al. 2 du C. civ. dispose : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts *et le cas échéant la résolution du contrat* ». (Nous soulignons). La possibilité de faire appel à la résolution pour sanctionner le titulaire du pouvoir de fixer le prix n'était, originellement, pas prévue par la version de 1165 du C. civ. telle qu'issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Une telle possibilité a pu être précisée par la loi du 20 avril 2018 qui est venue ratifier cette ordonnance. Cette loi est, en effet, venue réécrire la deuxième partie de l'art. 1165 du C. civ. en y introduisant un second alinéa qui reprend mot pour mot la formule précitée de l'art. 1164 al. 2 du C. civ. Cette modification de l'art. 1165 présente, d'ailleurs, selon la loi de ratification du 20 avril 2018, un caractère simplement interprétatif. Autrement dit, elle est d'application rétroactive.

² Pour une telle observation, v. : *supra*, n° 453, p. 517 et s.

³ Au sujet de l'objectivation du facteur temps, v. : *supra*, n° 313, p. 341 et s.

la décision de mutation en raison du dépassement de pouvoir commis par l'employeur¹. D'autre part, le salarié pourrait demander la résolution judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.

Bien évidemment, le juge ne fera droit à cette seconde demande que s'il estime que la faute commise par l'employeur est suffisamment grave. Mais il est permis de penser que le cumul d'un abus par déloyauté et d'un abus par dépassement de pouvoir pourra sûrement conduire le juge à considérer que la faute commise par l'employeur à l'occasion de l'exercice de son pouvoir est dotée d'un degré de gravité suffisant pour prononcer la résolution du contrat à ses torts.

Dans une telle éventualité, la résolution du contrat prononcée aux torts de l'employeur serait assimilée, dans ses effets, à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. La conclusion à laquelle aboutit cette analyse apparaît, d'ailleurs, en accord avec la jurisprudence qui retient déjà que le licenciement prononcé suite au refus du salarié de se soumettre à clause de mobilité invoquée brutalement doit être considéré comme licenciement sans cause réelle et sérieuse².

Si la déloyauté comportementale du *potentior* peut être sanctionnée par le prononcé de la résolution à ses torts, il ne s'agit toutefois pas de la seule mesure susceptible d'être prise à son encontre. En effet, le *potentior* peut, semble-t-il, également, être condamné à verser des dommages-intérêts à son cocontractant en réparation du préjudice subi par ce dernier.

b. *L'allocation de dommages-intérêts.*

580. Abus par déloyauté et responsabilité.- Lorsque le titulaire d'un pouvoir contractuel fait preuve de déloyauté à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, celui-ci adopte un comportement fautif qui peut venir causer un préjudice à son cocontractant. De la sorte, le *potentior* qui commettrait un abus par déloyauté pourrait voir sa responsabilité engagée. Autrement dit, il pourrait être condamné à verser au cocontractant des dommages-intérêts en réparation du préjudice que sa faute comportementale serait venue lui causer.

Dans l'éventualité où la responsabilité du *potentior* viendrait à être engagée, toute la question serait, alors, de savoir s'il doit s'agir de responsabilité contractuelle ou de responsabilité délictuelle. Ici, il ne semble pas possible de formuler une réponse qui serait uniforme. En effet, la nature de la responsabilité va être dictée par la nature des exigences comportementales auxquelles le *potentior* aura contrevenu.

Comme il a été constaté, certaines exigences comportementales mises à la charge des contractants par le devoir de bonne foi et qui doivent, de ce fait, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, ont une nature délictuelle dans la mesure où elles ne sont que la reprise *in contractu* des exigences générales de civilité qui s'imposent à tout individu vivant en société. Il en va ainsi du respect que se doivent mutuellement les parties et qui interdit que la mise œuvre d'un pouvoir contractuel se fasse dans des conditions vexatoires ou soit assortie d'injures³.

¹ Comme il a été déjà mentionné, l'annulation de l'acte édicté par le *potentior* semble se présenter comme l'une des sanctions attachées au dépassement de pouvoir. (Au sujet de cette sanction, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.). Ici, l'annulation de l'acte de mutation permettrait d'expliquer la neutralisation de ses effets.

² v. en ce sens : Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 219 p. 161 ; Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 273 p. 263 ; Cass. soc. 11 mai 2005, n° 03-43040.

³ À ce sujet, v. : n° 447, p. 509 et s.

Cela signifie donc que le préjudice qui viendrait à être causé au cocontractant suite à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dans des conditions injurieuses ou vexatoires¹ devrait être réparé sur le fondement de la responsabilité délictuelle. En cela, le *potentior* serait tenu de réparer le préjudice, même imprévisible, qui résulterait de son comportement fautif, et il ne saurait s'abriter derrière une clause limitative de responsabilité.

À l'opposé, il a pu être observé que d'autres exigences comportementales qui pèsent sur les épaules des contractants telles que la cohérence, la patience, la diligence et l'honnêteté, et qui doivent, dès lors, accompagner l'exercice d'un pouvoir contractuel, acquièrent une certaine spécificité lorsqu'elles sont mises au service d'une opération contractuelle. Cette spécificité doit, alors, permettre de distinguer ces exigences comportementales de leur pendant dans l'ordre délictuel et, ce faisant, d'expliquer leur nature contractuelle².

Dès lors, le préjudice causé au cocontractant par un *potentior* qui aurait manqué à ces exigences comportementales en faisant preuve d'inconstance, de brutalité, d'incurie ou en ayant procédé à une manipulation des faits, semble appelé à être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Cette soumission aux règles de la responsabilité contractuelle, signifie, donc, que le *potentior* ne pourra être tenu que du préjudice prévisible et qu'il pourra, également, se prévaloir des clauses limitatives de responsabilité.

Bien entendu, de telles limites ne trouveront pas à s'appliquer dans les cas où la faute comportementale du *potentior* pourra être qualifiée de faute lourde ou de faute dolosive. Certes, il a déjà pu être mentionné que, traditionnellement, ces notions sont sollicitées pour saisir le comportement du débiteur et apprécier la bonne foi, ou plutôt, le manque de bonne foi, la déloyauté, dont celui-ci a fait preuve lors de l'exécution de sa prestation. Cependant, dès lors qu'il est admis que le titulaire d'un pouvoir contractuel est tenu de faire preuve de bonne foi à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative³, rien ne semble faire obstacle à l'utilisation de ces notions pour apprécier son comportement. En cela, la caractérisation d'une faute lourde ou d'une faute dolosive pourrait, donc, entraîner la condamnation du *potentior* à réparer le préjudice, même imprévisible, causé par sa déloyauté comportementale et devrait, également, conduire à écarter l'application des clauses limitatives de responsabilité.

La caractérisation d'une faute lourde supposerait, alors, de démontrer que l'incurie, la brutalité ou l'inconstance, dont a fait preuve le *potentior* sont le reflet d'une attitude négligente de sa part revêtant un degré de gravité extrême⁴.

¹ Pour des illustrations jurisprudentielles, v. *supra*, n° 457 et s., p. 526 et s.

² À ce propos, v. : *supra*, n° 447, spéc., p. 510 et s.

³ Sur ce point, v. : *supra*, n° 445, p. 504 et s.

⁴ Il est vrai que la faute lourde est généralement définie comme : « un comportement » ou une « négligence » d'une « extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée » (Pour une définition faisant référence au « comportement » du débiteur, v. : Cass. com. 3 avril 1990, *Bull. civ. IV*, n° 108, p. 71. Pour une définition faisant allusion à la « négligence » du débiteur, v. : Cass., ch. mixte, 22 avril 2005, *Bull. ch. mixte*, n° 4, p. 10). La seconde partie de la formule qui fait référence à l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle, ne seyant pas aux pouvoirs contractuels, il a été, ici, fait le choix d'insister sur la première partie de la définition qui met en avant le caractère particulièrement grave de la faute commise. Mais la formule pourrait être entièrement adaptée aux pouvoirs contractuels en faisant, par exemple, référence au comportement ou à la négligence du *potentior* d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude de ce dernier à exercer correctement la prérogative qui lui a été conférée.

Quant à la faute dolosive qui se présente comme une faute intentionnelle, sa caractérisation supposerait de rapporter la preuve du caractère intentionnel de l'attitude déloyale dont a fait montre le *potentior*. Autrement dit, il s'agirait de démontrer que le *potentior* a sciemment fait preuve d'incurie, d'inconstance ou de brutalité lors de la mise en œuvre de sa prérogative pour caractériser une faute dolosive. Il convient néanmoins de préciser, ici, qu'un type de déloyauté comportementale apparaît toujours être intentionnelle. Il s'agit de la manipulation des faits. En effet, cette attitude déloyale qui consiste en la création, par le *potentior*, des conditions d'exercice de sa prérogative, se trouve toujours être le résultat d'un comportement intentionnel, ce qui doit, semble-t-il, conduire à voir systématiquement dans cette forme d'abus par déloyauté intentionnelle, c'est-à-dire une faute dolosive.

L'identification des fondements sur lesquels le juge devra prendre appui pour procéder à la réparation du préjudice causé par la mise en œuvre déloyale d'un pouvoir contractuel marque, ainsi, le terme de l'analyse qui consistait à tracer, en positif, les contours des sanctions de l'abus par déloyauté. Désormais, il convient de préciser, de manière négative, la limite des sanctions de l'usage déloyal des pouvoirs contractuels.

2. *La limite des sanctions.*

581. **L'identification de la limite découlant de la jurisprudence « Les Maréchaux ».-** Assez favorablement accueilli à l'époque de son prononcé, c'est-à-dire dans un contexte de constante expansion de la bonne foi, l'arrêt « Les Maréchaux »¹ est généralement interprété comme étant venu limiter le domaine dévolu à l'intervention du juge sur le fondement de cette notion qu'est la bonne foi. En réalité, il semblerait que cet arrêt soit venu non pas limiter le domaine de l'intervention du juge, mais définir une limite à la sanction de l'usage déloyal des « prérogatives contractuelles », laquelle serait, d'ailleurs, susceptible de s'appliquer aux pouvoirs contractuels.

Une telle divergence d'interprétation est liée au flou émanant du célèbre attendu retenu par la Cour de cassation². Pour rappel, dans cet arrêt très remarqué du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation était venue affirmer, au visa des alinéas 1 et 3 de l'ancien article 1134 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 ».

¹ Cass. com. 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; D. 2007, p. 1955, note X. DELPECH, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; JCP G. 2007, II, n° 10154, note D. HOUTCIEFF ; CCC 2007, comm. 294, note L. LEVENEUR ; Defrénois 2007, p. 1454, obs. É. SAVAUX ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGES.

² À ce propos, v. not. : D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 644 et s., spéc., n° 27, où l'auteur constate le paradoxe lié au flou entourant ces arrêts, duquel peut résulter une certaine insécurité juridique, alors même que ces derniers ont été inspirés par un courant doctrinal qui condamne l'incertitude liée au recours à la bonne foi.

Ainsi, pour une large part de la doctrine, la Cour de cassation aurait, dans cette « formule d'allure doctrinale »¹, fait le choix de distinguer, d'une part, « les prérogatives contractuelles » dont le juge peut sanctionner l'usage déloyal sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil², et d'autre part, « la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » qui échapperait au contrôle de la bonne foi³.

Autrement dit, c'est selon ces auteurs que la jurisprudence « Les Maréchaux » serait venue restreindre le domaine dévolu à l'intervention du juge et, plus précisément, au contrôle de la bonne foi en matière contractuelle, et cela, en le cantonnant à une certaine catégorie de droits dans le contrat, les « prérogatives contractuelles », qui se définissent par opposition au contenu obligationnel du contrat. Ainsi, pour les auteurs favorables à cette lecture, l'arrêt « Les Maréchaux », inviterait à distinguer deux types de droits dans le contrat et à les soumettre, chacun, à un régime différent vis-à-vis de la bonne foi.

Cette première lecture de l'arrêt « Les Maréchaux » peine, cependant à convaincre, et ce, essentiellement pour deux raisons.

D'une part, il est possible de constater que celle-ci vient introduire une distinction là où la loi ne distingue pas. En effet, que ce soit à l'époque où cet arrêt a été rendu, ou même encore aujourd'hui, la loi soumet la réalisation de l'ensemble des effets du contrat à la bonne foi. L'ancien article 1134 alinéa 3, tout comme le nouvel article 1104 du Code civil, ne distinguant pas, d'un côté, les « prérogatives » et de l'autre « la substance des droits et obligations »⁴.

D'autre part, l'affirmation selon laquelle la substance des droits et obligations échappe au contrôle de la bonne foi s'accorde mal avec des solutions depuis longtemps établies comme la modération des honoraires excessifs, ou encore, la révision des clauses pénales⁵. En cela, le contenu obligationnel du contrat apparaît, tout autant que les prérogatives contractuelles, soumis au contrôle de la bonne foi⁶.

Ces différentes raisons invitent, alors, à se tourner vers une seconde lecture de l'arrêt « Les Maréchaux ». Comme certains auteurs ont pu le montrer, la distinction formulée par le célèbre arrêt ne doit pas être lue comme une césure du contenu contractuel, mais comme une

¹ v. : Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 10 juillet 2007, D., 2007, p. 2839 et s., spéc., n° 1.

² Pour rappel, l'ancien art. 1134 al. 3 du C. civ. est devenu, aujourd'hui, l'article 1104 du même Code.

³ v. not. en ce sens : L. AYNÈS, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, RDC, 1^{er} octobre 2007 n° 4, p. 1107 et s., spéc., p. 1109 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 10 juillet 2007, préc., spéc., n° 4 ; O. DESHAYES, « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles* colloque préc., n° 3.

⁴ Pour une telle observation, v. not. : D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », in *Les prérogatives contractuelles*, colloque préc., spéc., n° 22.

⁵ Pour un tel constat, v. not. : D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », art. préc., spéc., n° 22 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 302, spéc., p. 256-257

⁶ Un tel constat reviendrait, alors, à remettre en cause l'affirmation selon laquelle « on n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens ». (Pour une telle affirmation suite à l'arrêt « Les Maréchaux », v. not. : L. AYNÈS, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, préc., spéc., p. 1109. Pour la critique d'une telle affirmation, v. not. : D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », art. préc., spéc., n° 22 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 440, spéc., p. 458).

limite aux sanctions susceptible d'être prononcées¹. Autrement dit, cet arrêt indiquerait que si le juge peut, sur le fondement de la bonne foi, venir sanctionner l'usage déloyal d'une « prérogative contractuelle », cette sanction ne doit pas porter atteinte à « la substance des droits et obligations », c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir pour effet de réécrire le contrat.

De la sorte, l'arrêt « Les Maréchaux » serait venu rappeler, dans un langage plus moderne, les deux règles fondamentales anciennement contenues dans les alinéas 1 et 3 de l'article 1134, à savoir le principe de force obligatoire et la bonne foi, tout en précisant leur articulation². Au regard de cet arrêt, le juge pourrait, donc, venir sanctionner l'usage déloyal des prérogatives contractuelles, mais il resterait néanmoins tenu par la principe de force obligatoire, de telle sorte que la sanction prononcée ne devrait lui permettre de modifier, c'est-à-dire de réviser, le contrat³.

En cela, il semblerait donc que la cassation prononcée par l'arrêt « Les Maréchaux », ne soit pas justifiée par le contrôle de la bonne foi du créancier auquel a pu procéder la Cour d'appel, mais par les effets produits par la sanction que celle-ci avait pu choisir.

Pour rappel, en l'espèce, il était question d'une clause de garantie de passif stipulée dans un contrat de cession de droits sociaux. Cette clause était destinée à garantir le cessionnaire contre toute augmentation de passif résultant d'évènements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la date de cession. La société dont les parts ont été cédées ayant fait l'objet d'un redressement fiscal au titre d'un exercice antérieur à la cession, le cessionnaire avait alors demandé que les cédants soient condamnés à lui verser une certaine somme au titre de la garantie de passif.

Dans un arrêt en date du 14 mars 2006, les juges d'appel ont alors rejeté sa demande aux motifs que celui-ci ne pouvait, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors qu'en qualité de dirigeant et de principal actionnaire de la société, il était nécessairement au courant des irrégularités comptables qui avaient été commises et qu'en ne se montrant pas particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, il avait délibérément exposé la société aux risques qui se sont réalisés. Autrement dit, les juges du fond étaient venus priver le cessionnaire de sa créance en raison de sa mauvaise foi.

Si leur décision est cassée, c'est semble-t-il, alors, non parce qu'ils ont procédé au contrôle de la bonne foi du créancier, mais parce que le choix de sanctionner le cessionnaire en le privant de sa créance revenait à réviser le contrat, c'est-à-dire à le réécrire. Or, comme le

¹ Pour une telle lecture, v. not. : P. LE CANNU et B. DONDERO, obs. sous Cass. com. 10 juillet 2007, RTD. com. p. 786 et s. ; F. CHÉNÉDÉ, « *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 709 et s., spéc., n° 3.

² v. en ce sens : F. CHÉNÉDÉ, « *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles* », art. préc., n° 3.

³ L'arrêt « Les Maréchaux » serait ainsi venu exclure la possibilité d'une révision judiciaire de révision du contrat sur le fondement de la bonne foi, et ce, au grand dam de certains. (v. en ce sens : D. MAZEAUD, note sous Cass. com. 10 juillet 2007, RDC 1^{er} octobre 2007, p. 1110 et s., spéc., p. 1113, où l'auteur déplore la portée de cette solution qui vient « sonner le glas des espoirs de ceux qui voyaient dans l'article 1134 al. 3 du Code civil le ferment de la révision judiciaire pour imprévision ». La réforme du droit des contrats est cependant venue remédier à ce problème en introduisant, dans le nouvel art. 1195 du C. civ., la possibilité d'une révision judiciaire du contrat pour imprévision. *Adde*, S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., n° 302 et s., p. 217 et s., où l'auteure critique notamment le rejet, par cet arrêt, du « rôle annihilateur » de la bonne foi).

rappelle l'arrêt « Les Maréchaux », le juge est tenu par la force obligatoire du contrat. Il ne peut, sur le fondement de la bonne foi, prononcer des sanctions qui auraient pour effet d'en redéfinir le contenu¹. Telle serait, ainsi, la limite posée par ce célèbre arrêt. L'identification de cette limite est alors une chose importante puisqu'elle semble appelée à s'appliquer à la sanction de l'usage déloyal des pouvoirs contractuels.

582. La soumission des pouvoirs contractuels à la jurisprudence « Les Maréchaux ».- L'arrêt « Les Maréchaux » ayant été rendu au sujet d'une clause de garantie de passif, c'est-à-dire d'une clause relative à un droit subjectif de créance², il pourrait, de prime abord, être possible de penser que celui-ci ne concerne pas les pouvoirs contractuels dans la mesure où ceux-ci ont pu être identifiés comme des droits potestatifs³. Plus précisément, il s'agirait de droits potestatifs finalisés appartenant, de ce fait, à la catégorie des pouvoirs.

Cependant, il ne faut pas oublier que dans son célèbre attendu la Cour de cassation a employé le terme de « prérogative contractuelle » ce qui lui donne une très large portée et lui permet, semble-t-il, d'englober les pouvoirs contractuels. En effet, il convient d'observer que dans un sens large et neutre le terme de « prérogative » englobe « tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »⁴. En ce qu'il permet de désigner à la fois les droits subjectifs et les pouvoirs, le terme de prérogative apparaît donc en mesure de faire référence aux pouvoirs contractuels⁵. De la sorte, la sanction de l'usage déloyal des pouvoirs contractuels semble appelée à respecter la limite posée par l'arrêt « Les Maréchaux ».

Cette possible soumission de la sanction de l'usage déloyal des pouvoirs contractuels à la jurisprudence « Les Maréchaux » a, d'ailleurs, été confirmée deux années plus tard dans un arrêt « Société la Belle Époque »⁶, et ce, dans la mesure où cet arrêt était notamment venu se prononcer sur la sanction de l'usage déloyal d'un pouvoir d'agrément.

¹ Autrement dit, dans cette espèce, le créancier même déloyal ne saurait être privé de son droit de créance.

² Plus exactement, il semblerait que la clause de garantie de passif donne naissance à droit de créance corrélatif à une obligation sous condition suspensive. En effet, il est possible de constater que la partie débitrice en vertu de la clause de garantie de passif ne sera de tenue de payer que *si* un tel passif vient à être découvert. La découverte d'un passif correspondrait donc à l'événement érigé en condition dont dépend la formation de l'obligation issue de ladite clause. La réalisation de cette condition casuelle entraînerait, ainsi, la formation de l'obligation et permettrait au créancier de réclamer le paiement du montant conventionnellement prévu.

³ Au sujet de la qualification de droit potestatif, v. : *supra*, n° 216 et s., p. 240 et s.

⁴ v. en ce sens : *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. CORNU, *op. cit.*, V° Prérogative, sens n° 3.

⁵ De nombreux auteurs considèrent, en ce sens, que le terme de prérogative contractuelle permet de désigner les pouvoirs contractuels. Certains vont même jusqu'à assimiler totalement les deux notions. Pour une analyse de la notion de « prérogative contractuelle » et un rapprochement avec les pouvoirs contractuels, c'est-à-dire avec les droits potestatifs qui permettent à l'une ou l'autre des parties d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit, v. not. : L. AYNÈS, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, préc., spéc., p. 1108 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 10 juillet 2007, préc., n° 9 et s. ; D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », art. préc., n° 28 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 302, spéc., p. 256.

⁶ v. : Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, Bull. civ. III, n° 275 ; D. 2010, p. 476, note J. BILLERONT ; RDC 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD, p. 666, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

En l'espèce, le litige portait sur un bail de locaux commerciaux dans le cadre desquels aucun fonds de commerce n'avait jamais été exploité par le preneur, à savoir, la société « La Belle Époque ». Et pour cause, deux mois après la conclusion du bail, le gérant de fait et le gérant de droit de la société locataire furent incarcérés. Puis, peu de temps après, la liquidation judiciaire de ladite société fut prononcée.

Pour s'opposer à la cession du bail à un repreneur ordonnée par le juge-commissaire, le bailleur s'était alors prévalu d'une clause du contrat qui retreignait sa cession au seul acquéreur du fonds de commerce. Le bailleur avait ainsi refusé de donner son agrément à la cession.

La Cour d'appel de Montpellier refusa cependant de faire application de la stipulation qui interdisait la cession du bail indépendamment du fonds et elle débouta le bailleur de ses prétentions considérant alors son refus d'agrément comme injustifié. Autrement dit, les juges d'appel décidèrent de neutraliser les effets juridiques du pouvoir d'agrément. Pour statuer ainsi, les juges du second degré relevèrent que le gérant de droit de la société bailleuse était également gérant de fait de la société locataire et qu'il avait nécessairement, en cette qualité, connaissance de l'impossibilité de créer et d'exploiter un fonds de commerce dans les locaux pris à bail. Pire encore, celui-ci apparaissait même être à l'origine de cette impossibilité dans la mesure où il avait acquis les locaux objet du bail à la seule fin de les aménager en cuisines destinées à desservir un restaurant contigu. Au regard de ces différents éléments faisant état de la mauvaise foi du bailleur, la Cour en déduisit que ce dernier ne pouvait ni s'opposer à la cession ni solliciter la résolution judiciaire du bail.

Sur pourvoi du bailleur, l'arrêt est cassé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation au terme d'une décision dont les motifs viennent s'inscrire dans la droite lignée de l'arrêt « Les Maréchaux ». Au visa des articles 1134 alinéas 1 et 3 du Code civil et L. 145-I du Code de commerce la Cour de cassation est, en effet, venue affirmer 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 ni à s'affranchir des dispositions impératives du statut des baux commerciaux ».

La référence aux dispositions impératives du statut des baux commerciaux ne nous intéressera pas, ici, outre mesure, étant donné que celle-ci sert à censurer le refus de la Cour d'appel de faire droit à la demande de résiliation judiciaire du bail¹, ce qui n'est pas une question de pouvoirs contractuels.

En revanche, il s'agira de s'intéresser à la reprise, par la Cour de cassation, des motifs de l'arrêt « Les Maréchaux » pour censurer la décision de la Cour d'appel de paralyser les effets du refus d'agrément opposé par le bailleur.

Ici, il convient de constater, avant toute chose, que deux types d'abus de pouvoir pouvaient être caractérisés. D'une part, en ce qu'il avait créé les conditions de son refus d'agrément, le bailleur avait procédé à une manipulation des faits et s'était, ainsi, rendu coupable d'un abus par déloyauté. D'autre part, le bailleur avait également commis un abus par

¹ Ici, la Cour constate que si aucun fonds de commerce n'a jamais été exploité dans les locaux loués, le preneur doit être déchu du bénéfice du droit au bail de l'art. L. 145-1 du C. com et que donc la Cour d'appel ne saurait refuser de prononcer la résiliation du bail sans contrevenir à cette disposition qualifiée d'impérative.

dépassement de pouvoir puisque, en créant les motifs de son refus d'agrément, l'exercice de sa prérogative ne pouvait pas prendre appui sur un motif légitime. Or, comme il a été montré, l'existence d'un motif légitime constitue une condition objective de mise en œuvre du pouvoir d'agrément¹.

Autrement dit, on retrouve, de nouveau, l'une de ces situations dans lesquelles le comportement déloyal du *potentior* l'a conduit à méconnaître les limites objectives de son pouvoir. À ce propos, il a pu être mis en évidence que le dépassement de pouvoir doit, par principe, être sanctionné par l'annulation de l'acte pris par le *potentior*², ce qui entraîne, naturellement, la neutralisation de ses effets. L'annulation du refus d'agrément en raison du dépassement de pouvoir commis par son auteur devrait, alors, permettre d'expliquer la solution de la Cour d'appel qui a, elle-même, procédé à la neutralisation des effets du pouvoir d'agrément détenu par le bailleur.

Si la décision de la Cour d'appel se retrouve alors censurée par la Cour de cassation sur la base des motifs de l'arrêt « Les Maréchaux », c'est dans la mesure où la sanction prononcée par celle-ci qui consistait à neutraliser les effets du refus d'agrément, revenait à réécrire le contrat. En effet, neutraliser le refus d'agrément ici opposé par le bailleur revenait à autoriser une cession de bail indépendamment du fonds, ce qu'interdisait le contrat. Or, comme le rappelle l'attendu de l'arrêt « Les Maréchaux », en ce qu'il est tenu par le principe de force obligatoire, le juge ne peut prononcer une sanction qui aurait pour effet de réécrire le contrat.

Doit-on pour autant en déduire que lorsqu'un abus par déloyauté s'accompagne d'un abus par dépassement de pouvoir l'annulation de l'acte pris par le *potentior*, autrement dit la neutralisation de ses effets, ne puisse jamais être obtenue ?

La débat était alors ouvert sur ce point suite à l'arrêt « Les Maréchaux ». Certains auteurs avaient, ainsi, pu attirer l'attention sur le fait que neutraliser les effets d'une prérogative contractuelle pourrait être considéré comme une modification des effets du contrat par le juge, c'est-à-dire comme une réécriture de celui-ci, ce que prohibe l'arrêt précité³.

Cependant cet argument oublie une chose essentielle, à savoir, le fait que le pouvoir ait été irrégulièrement exercé. En effet, lorsque l'abus par déloyauté commis par le *potentior* le conduit à méconnaître les limites objectives de son pouvoir, ce dernier procède à une modification des effets du contrat en dehors des hypothèses que celui-ci autorise. Ici, ce serait donc, plutôt, le refus du juge de neutraliser les effets du pouvoir irrégulièrement exercé qui le conduirait à entériner une modification non-autorisée du contrat et, donc, à procéder à sa révision.

Pour en donner une illustration, il est possible de se référer à la mise en œuvre déloyale des clauses résolutoires. Comme il a été montré, lorsque la partie bénéficiaire du pouvoir issu d'une clause résolutoire crée de toutes pièces les conditions de l'inexécution du débiteur pour se prévaloir du pouvoir de résolution qui en est issu, celle-ci commet, en sus d'un abus par

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 306, p. 334 et s.

² À propos de cette sanction, v. : *supra*, n° 567 et s., p. 691 et s.

³ v. not. sur ce point les interrogations du Professeur Denis MAZEAUD au sujet de la possibilité pour le juge de neutraliser les effets de l'exercice d'une prérogative contractuelle (D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, préc., spéc., p. 1112-1113).

déloyauté, un abus par dépassement de pouvoir en ce qu'elle vient résoudre le contrat en l'absence du motif qui devait justifier sa mise en œuvre, à savoir, une inexécution imputable au débiteur¹. Ici, le refus de neutraliser les effets du pouvoir irrégulièrement exercé reviendrait, de la part du juge, à entériner une modification des effets du contrat en dehors des cas que celui-ci autorise, et donc, à procéder à sa révision.

Les arrêts « Les Maréchaux » et « Société la Belle Époque » ne semblent d'ailleurs pas interdire, par principe, la neutralisation des effets produits par un pouvoir irrégulièrement exercé. Ils paraissent, plutôt, inviter le juge à vérifier si, dans chaque espèce qui lui est soumise, la sanction qu'il entend prononcer en raison de la déloyauté dont a fait preuve le *potentior* n'a pas pour effet de réécrire le contrat.

583. La question de la compatibilité des sanctions de l'abus par déloyauté précédemment identifiées avec la jurisprudence « Les Maréchaux ».- En fin de compte, il est alors possible de se demander si les deux sanctions de l'abus par déloyauté ici précédemment identifiées, à savoir, la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts², sont compatibles avec la limite posée par la jurisprudence « Les Maréchaux ».

En ce qui concerne la résolution du contrat, il serait effectivement possible de penser, de prime abord, que cette sanction heurte frontalement la limite posée par la célèbre jurisprudence en ce qu'elle vient affecter les effets du contrat. Cependant, une telle conclusion serait hâtive dans la mesure où l'anéantissement du contrat n'équivaut pas à une révision de celui-ci. La résolution vient anéantir le contrat, c'est-à-dire mettre un terme à ses effets sans en changer le contenu, alors que la révision consiste à modifier le contenu du contrat sans mettre un terme à ses effets.

La différence de nature de ces deux mécanismes semble donc faire échapper la résolution du contrat en raison de la déloyauté du *potentior* à la limite posée par la jurisprudence « Les Maréchaux » qui fait interdiction au juge de réviser le contrat en rappelant sa soumission au principe de force obligatoire. D'ailleurs, il est possible de constater, d'une manière générale, que même soumis au principe de force obligatoire, le juge a toujours disposé de la possibilité de prononcer la résolution du contrat en cas de manquement suffisamment grave à ses effets.

Si la résolution du contrat apparaît bel et bien échapper à la limite posée par la jurisprudence « Les Maréchaux », qu'en est-il, pour autant, de l'allocation de dommages-intérêts ?

Ici encore, au premier abord, il semblerait possible de penser que l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par la déloyauté comportementale du *potentior* peut, dans certaines situations, conduire à une réécriture du contrat et, de la sorte, heurter la limite posée par la jurisprudence « Les Maréchaux ».

Tel serait, par exemple, le cas, dans l'hypothèse d'un abus par déloyauté commis dans l'exercice du pouvoir de détermination du prix. En effet, dans l'éventualité où le *potentior* ferait

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 578, spéc., p. 723 et s.

² Au sujet de la sanction de l'abus par déloyauté par la résolution du contrat, v. : *supra*, n° 579, p. 725 et s. À propos de l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par l'abus par déloyauté, v. : *supra*, n° 580 et s., p. 729 et s.

preuve de légèreté blâmable en communiquant avec grand retard le prix fixé, ou encore, en indiquant de façon répétée des coordonnées bancaires inexactes pour procéder au paiement, la condamnation de celui-ci, sur le fondement de la bonne foi, à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé au cocontractant viendrait, nécessairement, se compenser avec la somme due par ce dernier, ce qui conduirait à une réfaction du contrat, et donc, à une réécriture de son contenu.

En cela, l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par un abus par déloyauté pourrait s'avérer être incompatible avec la jurisprudence « Les Maréchaux » qui interdit au juge de prononcer, sur le fondement de la bonne foi, des sanctions qui auraient pour effet de redéfinir le contenu du contrat.

Cette apparente incompatibilité semble cependant démentie par un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 21 mars 2012¹. Bien que cet arrêt ne concerne pas l'usage déloyal d'un pouvoir contractuel mais l'usage déloyal d'un droit subjectif de créance, la solution qu'il formule vient préciser, d'une manière générale, la portée de la jurisprudence « Les Maréchaux » qui concerne « les prérogatives contractuelles », ce qui comprend, comme il a été montré, tant les droits subjectifs de créance issus du contrat que les pouvoirs contractuels².

En l'espèce, il était question d'un bailleur qui, durant sept années, n'avait pas répondu aux demandes de régularisation des charges locatives qui lui avaient été adressées par le preneur, puis qui en avait brutalement exigé le paiement. Plus exactement, le bailleur avait assigné le locataire et sa caution en paiement des charges afférentes aux cinq années précédentes, et ce, pour un montant trois fois plus élevé que celui de la provision pour charge conventionnellement stipulée. À titre reconventionnel, la caution avait, pour sa part, sollicité le paiement de dommages-intérêts.

La cour d'appel avait alors accueilli chacune des deux demandes. D'un côté elle avait condamné la caution à payer au bailleur la somme réclamée par ce dernier. De l'autre, elle avait condamné le bailleur à payer à la caution une somme équivalente. Puis, la Cour d'appel avait ordonné la compensation des créances.

Le pourvoi du bailleur, qui faisait notamment valoir que sa mauvaise foi dans l'exécution du contrat n'était pas caractérisée et, qu'en toute hypothèse, la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, fut rejeté par la Cour de cassation. Celle-ci approuva donc la solution des juges d'appel qui avaient pu condamner le bailleur à des dommages-intérêts d'un montant équivalent à la somme qui lui était due en vertu du contrat.

Autrement dit, cet arrêt montre que l'octroi de dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé par l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ne se heurte pas à la limite

¹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2012, *Bull. civ.* III, n° 49 ; D. 2012, p. 946 et s., obs. Y. ROUQUET ; D. 2013, Chron. p. 863, obs. N. DAMAS ; AJDI 2012, p. 597, obs. S. LE GAC-PECH ; RDC 2013, p. 763 et s., note Y.-M. LAITHIER, p. 806 note. O. DESHAYES.

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 582, p. 734.

posée par la jurisprudence « les Maréchaux », et ce, même si le jeu de la compensation entraîne l'extinction de la créance de la partie ayant fait preuve de déloyauté.

Si certains ont pu critiquer l'incohérence de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation¹, d'autres ont pu dénoncer l'hypocrisie du procédé retenu par la Cour² pour rendre compatible sa décision avec l'arrêt « Les Maréchaux », à savoir, condamner, d'un côté, le débiteur au paiement de ce qu'il doit pour ne pas porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus pour, ensuite, condamner, de l'autre côté, le créancier déloyal à des dommages-intérêts et faire ensuite jouer la compensation. Pour certains, la solution s'expliquerait par le fait que la Cour de cassation ait caractérisé, outre le manquement à la bonne foi, un manquement obligationnel, à savoir, l'absence de mise à disposition d'une cave, et qu'elle ait ainsi alloué une somme globale de dommages-intérêts pour la réparation des différents postes de préjudice³.

Mais, en réalité, cette analyse ne permet pas d'expliquer la compatibilité de la solution retenue avec la jurisprudence « Les Maréchaux » car quel que soit le montant des dommages-intérêts alloués sur le fondement de la bonne foi, ceux-ci ont naturellement participé à la compensation et contribué à la disparition de la créance du bailleur.

Pour expliquer la compatibilité de cette décision avec la jurisprudence « Les Maréchaux », il conviendrait, semble-t-il, de se tourner vers le mécanisme même de la responsabilité contractuelle qui se présente, en lui-même, comme un effet du contrat. Dès lors, en ce qu'elle ne constitue rien d'autre qu'un effet du contrat, son application, c'est-à-dire, notamment, ici, la condamnation du titulaire d'une prérogative contractuelle à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par sa déloyauté comportementale, ne doit pas être considéré comme une révision du contrat, mais seulement comme une application de ses effets, et ce, même si une compensation intervient par la suite. De la sorte, l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par l'usage déloyal d'un pouvoir contractuel, qui constitue un type particulier de prérogative contractuelle, viendrait échapper à la limite posée par l'arrêt « Les Maréchaux ».

Pour reprendre l'exemple précité, cela signifie donc le *potentior* qui viendrait à faire preuve de légèreté blâmable dans la mise en œuvre de son pouvoir de détermination du prix pourrait, bel et bien, être condamné, sur le fondement de la bonne foi, à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé au cocontractant et ce, même si cette créance serait, naturellement, par la suite, appelée à se compenser partiellement ou totalement avec la créance de prix du *potentior*. Il s'agirait donc, ici, non pas d'une révision du contrat, mais seulement d'une application des effets du contrat suivi du jeu de la compensation.

584. Point d'étape.- Au terme de l'analyse ici entreprise, il semblerait, que l'on dispose d'une image plus nette des contours des sanctions de l'abus par déloyauté.

En ce qui concerne les contours « positifs » de ces sanctions, il a pu être montré que, la déloyauté comportementale dont ferait preuve le *potentior* à l'occasion de la mise en œuvre de

¹ v. : Y.-M. LAITHIER, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2012 préc.

² v. : O. DESHAYES, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2012 préc.

³ *Ibid.*

sa prérogative pourrait, si elle s'avère suffisamment grave, conduire au prononcé de la résolution du contrat à ses torts. Plus exactement, seules l'incurie, l'inconstance, la brutalité et la manipulation des faits, apparaissent susceptibles d'être sanctionnés par la résolution du contrat dans la mesure où ces comportements contreviennent à des exigences comportementales de nature contractuelle. La mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dans des conditions injurieuses ou vexatoires ne peut, quant à elle, être sanctionnée par la résolution du contrat en ce qu'elle ne constitue qu'un manquement à des exigences comportementales de nature délictuelle.

À côté de cette première mesure, il a pu être constaté que le juge disposait, également, de la possibilité de condamner le *potentior* à verser au cocontractant des dommages-intérêts en réparation du préjudice que sa faute comportementale serait venue lui causer. Dans le prolongement de la distinction précédemment faite, il a pu être mis en évidence que le préjudice qui viendrait à être causé au cocontractant suite à la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel dans des conditions injurieuses ou vexatoires devrait être réparé sur le fondement de la responsabilité délictuelle, alors que le préjudice causé par l'incurie, l'inconstance, la brutalité et la manipulation des faits devrait être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Puis, les contours « négatifs » des sanctions de l'abus par déloyauté, autrement dit, leur limite, a pu être tracée. Cette limite découle de l'arrêt « Les Maréchaux » qui, en ce qu'il affirme, en matière contractuelle, la primauté du principe de force obligatoire sur celui de la bonne foi, vient faire interdiction au juge de prononcer sur ledit fondement de la bonne foi des sanctions qui auraient pour effet de redéfinir le contenu du contrat. Autrement dit, l'arrêt « Les Maréchaux » invite le juge à vérifier, dans chaque espèce qui lui est soumise, si la sanction qu'il entend prononcer en raison de la déloyauté dont a fait preuve le *potentior* n'a pas pour effet de réécrire le contrat.

Toutefois, la portée de cette limite apparaît, au final, assez réduite. Comme constaté, cette limite peut, parfois, interdire au juge de prononcer la nullité de l'acte pris par le *potentior*. Nullité qui aurait pu être prononcée en raison du dépassement de pouvoir accompagnant la déloyauté comportementale de ce dernier¹. Mais, cette limite ne semble pas appelée à s'appliquer aux deux sanctions précitées, à savoir, la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts, ce qui vient, alors, réduire drastiquement sa portée.

Les sanctions de l'abus par déloyauté identifiées, il convient, désormais, de chercher à identifier les sanctions de l'abus par détournement de pouvoir pour que l'on puisse, enfin, disposer d'une image complète des différentes mesures de sanction susceptibles d'être prononcées suite au contrôle des conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 582, p. 734 et s., l'analyse de l'arrêt Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, « Société La Belle Époque ».

C. Les sanctions de l'abus par détournement de pouvoir.

585. **Trois types de sanctions.**- L'abus par détournement de pouvoir se trouve être caractérisé lorsqu'il est établi que le titulaire d'un pouvoir s'est écarté intentionnellement, c'est-à-dire de mauvaise foi, du but qui était assigné à sa prérogative. En raison de cet élément de mauvaise foi, le détournement de pouvoir contractuel est, ainsi, comme il fut montré, susceptible d'être mis en évidence dans le cadre du contrôle qui s'intéresse à la moralité, à l'éthique, du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative¹.

Aussi, afin de ne pas confondre le détournement de pouvoir contractuel avec le dépassement pouvoir contractuel dont les sanctions ont déjà pu être étudiées², il peut sembler opportun de rappeler, brièvement, les éléments qui distinguent ces deux notions³.

Au plan matériel, il a pu être mis en évidence que le dépassement de pouvoir se présente comme un non-respect des limites objectives qui encadrent la mise en œuvre d'un pouvoir, ce qui peut correspondre à un non-respect du but, des motifs-efficients, ou encore, des moyens qui enserrent son exercice. De son côté, le détournement de pouvoir constitue, de manière spécifique, un manquement au but assigné au pouvoir.

Au plan volontaire, il a pu être observé que le dépassement de pouvoir ne s'intéresse pas à la moralité du titulaire du pouvoir alors que le détournement de pouvoir est, quant à lui, axé sur la moralité du titulaire du pouvoir en ce qu'il vise à saisir une méconnaissance intentionnelle des limites objectives du pouvoir, et en particulier, de son but⁴.

De prime abord, tout semble, ainsi, opposer ces deux notions. Mais si l'on approfondit les rapports qu'entretiennent le dépassement de pouvoir et le détournement de pouvoir, il semblerait possible de mettre en lumière une certaine proximité entre ces deux notions. En effet, le détournement de pouvoir tend à se présenter comme une forme particulière de dépassement de pouvoir dans la mesure où il s'agit de la méconnaissance de l'une des limites qui constituent l'encadrement objectif d'un pouvoir, à savoir, ici, précisément, une méconnaissance du but assigné au pouvoir, à laquelle vient s'ajouter un élément intentionnel.

De cette proximité notionnelle va, alors, naturellement découler un certain rapprochement du régime des sanction du détournement de pouvoir avec celui du dépassement de pouvoir. Autrement dit, il sera possible de constater une certaine ressemblance des mesures que le juge peut être amené à prononcer pour sanctionner un détournement de pouvoir contractuel avec celles dont le juge dispose pour sanctionner un dépassement de pouvoir

¹ Au sujet du contrôle qui s'intéresse à la moralité du titulaire du pouvoir et qui est dénommé « contrôle du détournement de pouvoir » au regard de son point d'aboutissement, v. : *supra*, n° 444 et s., p. 502 et s.

² Au sujet de sanctions du dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 566 et s., p. 691 et s.

³ Ces éléments de distinction ont notamment pu être évoqués lors de la présentation du contrôle du dépassement de pouvoir et du contrôle du détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 429, p. 474.

⁴ Le fait que le dépassement de pouvoir permette de saisir toute méconnaissance des limites objectives d'un pouvoir et que le détournement de pouvoir soit, pour sa part, plus spécifiquement destiné à saisir la méconnaissance intentionnelle de ces limites va, au final, conduire à solliciter la notion dépassement de pouvoir pour saisir la méconnaissance non-intentionnelle des limites objectives d'une telle prérogative.

contractuel. Cependant, au-delà de ces ressemblances, le caractère intentionnel du détournement de pouvoir va appeler un traitement plus sévère de celui-ci¹.

Il sera donc possible de voir que les juges du fond, confrontés à un détournement de pouvoir contractuel, pourront, comme en matière de dépassement de pouvoir, avoir recours à trois types de mesures.

D'abord, il s'agira de montrer que la commission d'un détournement de pouvoir va entraîner le prononcé de la nullité de l'acte édicté en vertu du pouvoir (1).

Ensuite, il sera possible de constater que le détournement de pouvoir porte également atteinte au principe de force obligatoire du contrat ce qui signifie que cette forme d'abus de pouvoir pourra, elle aussi, se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements au principe de force obligatoire du contrat (2).

Enfin, il ne faut pas oublier qu'à l'instar du dépassement de pouvoir, le détournement de pouvoir constitue une faute dont la commission peut être de nature à causer un préjudice au cocontractant. Le titulaire d'un pouvoir contractuel qui commettrait, de la sorte, un abus par détournement de pouvoir pourrait donc être condamné à procéder à l'indemnisation du préjudice causé (3).

1. La nullité de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir.

586. Une sanction classique.- Tant en droit public qu'en droit privé, il est classiquement admis que le détournement de pouvoir doit être sanctionné par le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior*².

Le détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel en droit privé ne devrait semble-t-il pas déroger à cette règle d'allure générale. Autrement dit, la nullité serait appelée à sanctionner l'acte de modification des effets du contrat édicté par un *potentior* qui aurait sciemment méconnu la finalité objective assignée à sa prérogative.

Plusieurs décisions de justice paraissent, d'ailleurs, venir confirmer une telle assertion. En effet, il est, par exemple, possible de faire allusion à la jurisprudence qui prononce la nullité des mises à pied disciplinaires prises par l'employeur, non pas dans l'intérêt de l'entreprise,

¹ Cette sévérité va essentiellement se faire sentir à deux niveaux. D'une part il sera possible de la percevoir, lors, de l'application des sanctions destinées à réprimer les atteintes au principe de force obligatoire et, en particulier, lorsqu'il sera question du prononcé de la résolution aux torts du *potentior* (v. : *infra*, n° 590, spéc. p. 750). D'autre part, cette sévérité va également se faire sentir à l'occasion de la réparation du préjudice causé au cocontractant (v. : *infra*, n° 593, p. 754 et s.).

² En droit public, il est possible de constater que le détournement de pouvoir constitue l'un des cas d'annulation de l'acte administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (v. not. : P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 781, p. 456 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 628, p. 548). En droit privé, il est également possible d'observer que le détournement de pouvoir est traditionnellement sanctionné par la nullité de l'acte édicté par le *potentior*. La nullité est, par exemple, appelée à sanctionner l'acte pris par le mandataire qui aurait détourné ses pouvoirs (v. : le nouvel art. 1157 du C. civ.). Cette sanction doit également frapper la délibération d'assemblée générale adoptée par la majorité qui aurait commis un détournement de pouvoir (v. not. : Cass. com. 11 octobre 1967, *Bull. civ.* n° 423, R. D. Com. 1968, p. 94, obs. R. HOUIN ; Cass. com. 29 mai 1972, *Bull. civ.* IV, n° 164, p. 160, JCP 1973, II, n° 17337, obs. Y. GUYON), ou encore, la désignation des représentants du personnel affectée par une telle irrégularité (v. not., pour les délégués syndicaux : Cass. soc. 29 mai 1980, *Bull. civ.* V, n° 472 ; Cass. soc. 18 avril 1980, *Bull. civ.* V, n° 334).

mais dans l'optique de réprimer certains salariés en raison de leur qualité de délégués du personnel¹ ou en raison de leur activité syndicale².

Il est également possible de se référer à la jurisprudence qui prononce la nullité des délibérations sociales décidant de la mise en réserve du bénéfice de l'exercice lorsque celles-ci sont entachées d'un détournement de pouvoir³. Plus précisément, il en va ainsi lorsqu'une telle décision, qui se trouve être l'expression d'un pouvoir contractuel⁴, a été prise contrairement à l'intérêt social et dans le seul but d'avantager les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité. Comme déjà évoqué, cette formule regroupe chacun des deux éléments nécessaires à la caractérisation d'un détournement de pouvoir⁵. D'une part, il est possible de retrouver l'élément objectif ou matériel du détournement de pouvoir qui correspond, ici, au non-respect de l'intérêt social. Le standard de l'intérêt social doit, en effet, guider l'exercice de tous les pouvoirs en droit des sociétés, y compris, l'exercice des pouvoirs contractuels, ce qui en fait, de la sorte, la finalité objective assignée à tous ces pouvoirs. D'autre part, cette formule fait état de l'élément intentionnel du détournement de pouvoir à savoir, ici, la volonté des actionnaires majoritaires d'agir sciemment en méconnaissance de l'intérêt social, qui constitue la finalité objective assignée à leur pouvoir, et cela, dans l'optique de s'avantager au détriment de la minorité. La réunion de ces éléments, permet, alors, de caractériser l'existence d'un détournement de pouvoir et conduit classiquement le juge à prononcer la nullité de l'acte pris par la majorité.

Le détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel semble, donc, comme tout détournement de pouvoir, appelé à être sanctionné par le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior*. D'ailleurs, il convient de préciser que, dans la mesure où cette nullité serait appelée à protéger les intérêts du cocontractant, c'est-à-dire des intérêts privés, celle-ci devrait présenter les caractères d'une nullité relative⁶. Néanmoins, la question de la justification d'une telle sanction que constitue le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior* peut, encore, se poser.

587. La justification du prononcé de la nullité.- D'une manière générale, la question de la justification du prononcé de la nullité en cas de détournement de pouvoir a pu diviser la doctrine en droit privé.

¹ v. par ex. : Cass. soc. 12 janvier 1967, *Bull. civ.* IV, n° 43.

² v. par ex. : Cass. crim. 7 février 1989, *Bull. crim.*, n° 54, p. 148 ; Dr. soc. 1989. 504, note J. SAVATIER. Dans cette espèce le détournement de pouvoir était caractérisé en ce que l'employeur avait prononcé, à l'encontre de délégués syndicaux ayant participé à un mouvement collectif dans l'entreprise, des sanctions plus graves que celles infligées aux autres salariés à raison de l'action menée.

³ v. par ex. : Cass. com. 22 avril 1976, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 112, Rev. soc. 1976, p. 479, note D. SCHMIDT ; Cass. com. 1^{er} juillet 2003, n° 99-19.328.

⁴ Il a, en effet, pu être montré que la décision d'affectation du bénéfice de l'exercice est l'expression d'un pouvoir contractuel, qu'il s'agisse de la décision de distribution de dividendes ou de la décision de mise en réserve. À ce sujet, v. : *supra*, n° 78 et s., p. 98 et s.

⁵ Ces deux éléments ont notamment pu être évoqués *supra*, n° 461, p. 533.

⁶ Rapp. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 182, où l'auteur retient, d'une manière générale, que « la nullité engendrée par le détournement de pouvoir est une nullité de protection », autrement dit, une nullité soumise au régime des nullités relatives. Étant donné que le détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel ne constitue qu'une hypothèse particulière de détournement de pouvoir, l'acte édicté par le *potentior* devrait, donc, également, être sanctionné par une nullité relative.

Certains auteurs ont pu voir dans cette sanction une simple application des règles de la responsabilité civile. Selon ces derniers, la nullité se présenterait, ainsi, comme un procédé de « réparation en nature » ou de « réparation adéquate » du préjudice subi par la victime du détournement de pouvoir¹.

Dans l'éventualité où une telle justification viendrait à être retenue, celle-ci ne serait d'ailleurs pas sans conséquences. En effet, si la nullité prononcée en cas de détournement de pouvoir devait s'analyser comme un mode de réparation en nature, son prononcé nécessiterait systématiquement la démonstration préalable d'un préjudice. En outre, conformément aux règles de la responsabilité civile, le juge resterait libre de choisir le mode de réparation le plus adapté au cas d'espèce et pourrait, de la sorte, écarter la nullité pour s'en tenir à l'allocation de dommages-intérêts.

Cependant, une telle analyse, fondée sur la responsabilité civile, ne saurait être retenue car celle-ci ne paraît pas conforme au droit positif. Comme l'a relevé le Professeur GAILLARD, la jurisprudence n'exige aucunement que soit rapportée la preuve d'un préjudice pour prononcer la nullité de l'acte édicté par le *potentior* en cas de détournement de pouvoir commis par ce dernier².

Si l'analyse fondée sur la responsabilité civile se doit donc d'être écartée, comment expliquer, alors, le prononcé de la nullité de l'acte pris par le *potentior* en cas de détournement de pouvoir ?

Ici encore, il semblerait que la justification de cette sanction doive être recherchée du côté du lien qui existe entre les conditions d'exercice d'un pouvoir qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte édicté en vertu d'une telle prérogative.

Comme il a, en effet, pu être montré, les différentes conditions objectives qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre des pouvoirs contractuels tendent à se présenter comme des conditions de validité de l'acte unilatéral destiné à modifier les effets du contrat, et cela, dans la mesure où la volonté du titulaire du pouvoir doit venir s'y conformer pour parvenir à générer un effet de droit, c'est-à-dire pour provoquer, ici, une modification des effets du contrat³.

D'ailleurs, au sujet de l'encadrement objectif des conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il a pu être constaté que celui-ci se traduit, au minimum, par l'assignation d'un but objectivement défini à ces prérogatives⁴. Au regard d'une telle analyse, le but assigné

¹ Cette analyse a notamment pu être avancée pour expliquer la sanction des délibérations des assemblées générales d'actionnaires (v. sur ce point : D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Préf. J.-M. BISCHOFF, Sirey 1970, n° 241 et s. Adde, G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon, 1974, n° 55 et s.). En raison de sa généralité, une telle analyse peut être étendue à toutes les hypothèses de détournement de pouvoir.

² v. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 176, p. 111.

³ Le lien entre les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte unilatéral qu'une telle prérogative permet d'édicter a déjà pu être mis en évidence dans le cadre de l'étude consacrée aux sanctions du dépassement de pouvoir. Sur ce point, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

⁴ Au sujet de l'exigence minimale d'objectivation d'un but, v. : *supra*, n° 289 et s., p. 320 et s.

à un pouvoir contractuel se présente, donc, comme une condition de validité de l'acte unilatéral que cette prérogative permet d'édicter.

En conséquence, il conviendrait d'en déduire que le détournement de pouvoir, qui se trouve être caractérisé lorsque le *potentior* s'est écarté sciemment du but assigné à sa prérogative, emporte la méconnaissance de l'une des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat.

Aussi, étant donné que la méconnaissance des conditions de validité d'un acte juridique est traditionnellement sanctionnée la nullité, cette analyse devrait, semble-t-il, permettre d'expliquer que le détournement de pouvoir qui viendrait, notamment, à être commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, conduise au prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior*. En outre, il semblerait que le juge soit tenu de prononcer une telle nullité¹.

Une fois le prononcé de cette sanction justifié, il peut sembler opportun d'en préciser les conséquences.

588. Les conséquences du prononcé de la nullité.- Comme toute nullité, la nullité prononcée en cas de détournement de pouvoir contractuel va se traduire par un anéantissement rétroactif des effets de l'acte qu'elle sanctionne. Plus précisément, cela signifie, ici, que l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat édicté par le *potentior* qui aurait commis un détournement de pouvoir va permettre d'écarter le changement que celui-ci introduisait, au plan juridique, dans la situation contractuelle.

Tout comme en matière de dépassement de pouvoir où cette sanction est également appelée à se retrouver², le prononcé de nullité de l'acte de modification des effets du contrat en cas de détournement de pouvoir commis par le *potentior* va donc conduire à un retour à la situation juridique antérieure à son édicition.

Pour en donner une illustration concrète, il est possible de prendre l'exemple du pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre qui aurait été sciemment mis en œuvre par son titulaire dans la perspective de bénéficier d'un avantage indu.

¹ Autrement dit, la nullité appelée à être prononcée en cas de détournement de pouvoir ne serait pas une nullité facultative mais une nullité de droit. Pour une telle analyse, v. not. : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 177, p. 111.

² Au sujet du prononcé de la nullité de l'acte de modification des effets du contrat en cas de dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s. Comme il a été constaté, cette sanction tient, semble-t-il, au lien qui existe entre les conditions d'exercice d'un pouvoir qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective et les conditions de validité de l'acte édicté en vertu d'une telle prérogative. Les différentes conditions objectives qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre des pouvoirs contractuels tendent, en effet, à se présenter comme des conditions de validité de l'acte unilatéral destiné à modifier les effets du contrat. Dès lors, la commission d'un dépassement de pouvoir qui se caractérise par le non-respect des conditions objectives de mise en œuvre d'une telle prérogative entraîne un non-respect des conditions de validité de l'acte édicté en vertu d'une telle prérogative qui doit être sanctionné par la nullité. Aussi et comme il a été montré, le détournement de pouvoir semble s'analyser comme une forme particulière de dépassement de pouvoir en ce qu'il s'agit de la méconnaissance de l'une des limites qui constituent l'encadrement objectif d'un pouvoir, à savoir, ici, précisément, une méconnaissance du but assigné au pouvoir, à laquelle vient s'ajouter un élément intentionnel (sur ce point, v. : *supra*, n° 459 et s., p. 530 et s.). Dans la mesure où tant le dépassement de pouvoir que le détournement de pouvoir se caractérisent par une méconnaissance des conditions objectives de mise en œuvre d'un pouvoir et, donc, par une méconnaissance des conditions de validité de l'acte édicté par le *potentior*, il n'est pas étonnant de retrouver la sanction que constitue le prononcé de la nullité de l'acte dans chacune de ces formes d'abus de pouvoir.

Comme il a pu être montré, l'avantage indu correspond à celui qu'une mise en œuvre respectant les conditions objectives d'exercice du pouvoir de détermination du prix qui lui a été confié ne saurait lui procurer¹. À ce sujet, il a notamment pu être observé que le pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre avait généralement pour finalité, soit, de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, soit, d'adapter le prix aux évolutions du marché².

Dès lors, s'il est établi que le titulaire du pouvoir de détermination du prix a cherché intentionnellement à retirer de l'exercice de sa prérogative un avantage qui ne se contente pas de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique ou aux évolutions du marché, il doit en être déduit que celui-ci a commis un détournement de pouvoir.

Or, comme constaté, le détournement de pouvoir est traditionnellement sanctionné par le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior*. De la sorte, le juge pourrait donc être amené à prononcer la nullité de l'acte de fixation du prix édicté par le *potentior*, et cela, même si l'article 1164 du Code civil ne fait pas référence à cette sanction³.

Le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior* va, alors, conduire à un retour à la situation juridique antérieure à son édicton, ce qui va avoir pour conséquence et pour avantage de soustraire le cocontractant aux effets du pouvoir. Autrement dit, ici, le cocontractant ne devra pas être considéré comme débiteur de ce prix.

Pour prendre un autre exemple, il est possible de faire allusion au pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier, ou encore, au pouvoir de résolution qui serait issu d'une clause résolutoire, qui aurait été mis en œuvre dans le but de causer un préjudice au cocontractant, autrement dit, dans le but de nuire⁴.

S'il est établi que l'intention de nuire constitue le mobile déterminant de l'action du *potentior*⁵, un détournement de pouvoir se trouvera, alors, caractérisé, puisque ce dernier aura sciemment mis en œuvre sa prérogative dans un but autre que celui qui lui était assigné, à savoir, sanctionner l'inexécution commise par le débiteur⁶.

Ici encore, le juge pourrait donc être amené à prononcer la nullité de l'acte édicté par le *potentior* en raison du détournement de pouvoir commis par ce dernier. L'effacement rétroactif

¹ Au sujet de la recherche d'un « avantage indu » qui constitue l'un des mobiles traditionnellement appréhendés dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 461, p. 533 et s.

² À ce propos, v. : *supra*, n° 297 p. 324 et s.

³ Il est effectivement possible d'observer que le nouvel art. 1164 du C. civ. fait seulement référence, en son alinéa second, à la résolution du contrat et à l'octroi de dommages-intérêts en cas d'exercice abusif du pouvoir de détermination du prix. Cette occultation de la sanction de l'acte qui sert de support de l'exercice à un pouvoir contractuel est assez courante. Elle est le résultat d'un mode de pensée qui appréhende le phénomène de la sanction de l'exercice des pouvoirs contractuels uniquement sous l'angle de la faute commise dans l'exercice de l'une de ces prérogatives. Ce mode de pensée semble, d'ailleurs, lui-même résulter d'une analyse incomplète du mode de réalisation des pouvoirs contractuels qui omet que leur exercice se traduit par l'édition d'un acte juridique unilatéral dans le contrat. Acte juridique unilatéral dont l'existence a, d'ailleurs, depuis bien longtemps, pu être mise en évidence par le Professeur ENCINAS DE MUNAGORRI (v. : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*). L'accent étant ainsi mis traditionnellement, dans les textes légaux, tout comme en doctrine, sur la sanction de la faute commise dans l'exercice du pouvoir, la sanction de l'acte qui en concrétise l'exercice se trouve, alors, généralement, occultée.

⁴ À propos de l'intention de nuire qui constitue un mobile généralement appréhendé dans le cadre du contrôle du détournement de pouvoir et qui n'est jamais légitime, v. : *supra*, n° 461, p. 533 et s.

⁵ Au sujet de la question de la pluralité des mobiles, v. : *supra*, n° 463, p. 538 et s.

⁶ Au sujet de la finalité objective des pouvoirs de résolution, v. : *supra*, n° 293, p. 322.

des effets juridiques de l'acte de rupture conduira, de la sorte, à un retour, au plan juridique, à la situation juridique antérieure à son édiction¹ et l'auteur de la rupture irrégulière devra, ainsi, être considéré comme toujours lié par le contrat dont il entendait s'être libéré. La sanction du détournement de pouvoir par le prononcé de la nullité de l'acte unilatéral de rupture va, de la sorte, présenter l'avantage de permettre un maintien du contrat irrégulièrement rompu.

Néanmoins, il est possible de se demander si le juge disposera, en toutes circonstances, c'est-à-dire face à n'importe quel pouvoir de rupture, de la possibilité de prononcer la nullité de l'acte mettant un terme au contrat lorsque celui-ci se trouvera entaché d'un détournement de pouvoir ? Autrement dit, que décider, par exemple, dans l'hypothèse où l'une des parties à un contrat à durée indéterminée viendrait à se prévaloir son pouvoir de résiliation unilatérale dans l'optique de lui nuire, c'est-à-dire de lui causer intentionnellement un préjudice ?

L'analyse technique qui a pu montrer que le détournement de pouvoir emporte nécessairement la méconnaissance de l'une des conditions de validité de l'acte unilatéral de modification des effets du contrat², milite, naturellement, en faveur de la nullité. Le pouvoir de résiliation n'ayant pas été exercé conformément à sa finalité qui est de préserver la liberté individuelle de son titulaire³, l'acte de rupture se trouve privé de but et donc de l'une de ses conditions de validité, ce qui doit conduire au prononcé de sa nullité.

Cependant, au regard de la jurisprudence qui sanctionne traditionnellement la rupture irrégulière par le seul octroi de dommages-intérêts, le juge pourrait décider d'écarter cette sanction que constitue la nullité pour des raisons de politique juridique et, notamment, pour préserver la liberté individuelle de l'auteur de la rupture. En effet, le refus de prononcer la nullité de l'acte de rupture vient faire obstacle à la reprise de l'exécution forcée du contrat et préserve, de la sorte, la liberté individuelle de l'auteur de la rupture⁴.

Toutefois, les hypothèses dans lesquelles le détournement de pouvoir ne sera pas sanctionné par la nullité de l'acte édicté par le *potentior* sont, semble-t-il, appelées à être assez marginales. En d'autres termes, la règle de principe serait celle du prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior* en cas de détournement de pouvoir commis par ce dernier.

¹ Comme il a déjà été mentionné lors de l'étude du prononcé de la nullité en cas de dépassement de pouvoir, l'annulation de l'acte de rupture va permettre d'en neutraliser les effets juridiques mais ne va pas conduire à l'effacement de ses conséquences matérielles. Effectivement, il a pu être montré que, consécutivement à l'acte de rupture irrégulier édicté par le *potentior*, ce dernier a nécessairement cessé d'exécuter ses obligations. Or, ce refus d'exécution doit être considéré comme fautif car celui-ci ne s'appuie pas sur l'exercice régulier d'un pouvoir contractuel. L'annulation de l'acte de rupture irrégulier va, ce faisant, seulement permettre de faire apparaître l'inexécution fautive du *potentior*, mais non d'y remédier. Afin d'effacer les conséquences matérielles de la rupture, c'est-à-dire les conséquences matérielles résultant de l'inexécution fautive du créancier, il sera par conséquent nécessaire de se tourner vers l'exécution forcée en nature, lorsque celle-ci s'avèrera possible (v. : *infra*, n° 591, p. 752 et s.) et, de manière cumulative ou alternative, vers l'octroi de dommages-intérêts (v. : *infra*, n° 593 et s., p. 754 et s.).

² Sur ce point, v. : *supra*, n° 586 et s., p. 742 et s.

³ Au sujet de la finalité du pouvoir de résiliation unilatérale dont la jouissance est conférée à chaque partie dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, v. : *supra*, n° 299, p. 328.

⁴ Bien qu'irrégulier, l'acte édicté par le *potentior* continuerait, ainsi, de produire ses effets. Il s'agirait donc d'un acte « irrégulier efficace ». (Au sujet de cette catégorie d'actes, v. : C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace : contribution à la théorie de l'acte juridique*, th. préc.).

Bien qu'importante, cette sanction ne paraît, toutefois, pas être la seule qui soit susceptible d'être prononcée dans l'éventualité où un détournement de pouvoir contractuel viendrait à être constaté.

2. L'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire.

589. Détournement de pouvoir contractuel et manquement à la force obligatoire du contrat.- Tout comme le dépassement de pouvoir dont il ne semble constituer qu'une manifestation particulière¹, le détournement de pouvoir qui viendrait à être commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel paraît, lui aussi, porter atteinte au principe de force obligatoire du contrat. De la sorte, le détournement de pouvoir serait, également, en mesure de se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les manquements au principe de force obligatoire du contrat.

Mais, pour comprendre pourquoi le détournement de pouvoir paraît, à l'instar de dépassement de pouvoir, porter atteinte au principe de force obligatoire, il convient de rappeler, brièvement, l'analyse qui a pu être formulée lors de l'étude des sanctions du dépassement de pouvoir².

À l'occasion de cette étude, il a pu être constaté, qu'en qualité d'effets du contrat, les conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels sont appelées à être régies par le principe de force obligatoire. Plus exactement, il a pu être observé que ce sont les conditions de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective qui apparaissent régies par le principe de force obligatoire, et ce, dans la mesure où le contrat autorise uniquement la modification unilatérale de ses effets lorsque ces conditions sont remplies.

Autrement dit, le non-respect par le *potentior* du but, des motifs-efficients, ou encore, des moyens qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre de sa prérogative, doit s'analyser comme une modification unilatérale des effets du contrat en dehors des hypothèses autorisées par ce dernier et, donc, comme un non-respect de sa force obligatoire.

Or, à ce propos, il convient de rappeler que le détournement de pouvoir se présente comme un manquement intentionnel au but, c'est-à-dire à la finalité objective, assignée à une telle prérogative. Il conviendrait, ainsi, d'en déduire qu'en ne se conformant pas au but assigné à sa prérogative, le titulaire d'un pouvoir contractuel vient procéder à une modification des effets du contrat en dehors des hypothèses autorisées par ce dernier, ce qui doit, de la sorte, s'analyser un non-respect de sa force obligatoire.

Pour en donner une première illustration, il est possible de reprendre l'exemple sus-évoqué du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier qui aurait été mis en œuvre exclusivement dans le but de causer un préjudice au cocontractant, autrement dit, dans le but de lui nuire. Ici, il convient alors de constater que, dans la mesure où le pouvoir n'est pas utilisé

¹ Au sujet du rapport qui existe entre le dépassement de pouvoir et le détournement de pouvoir, v. : *supra*, n° 585, p. 741 et s.

² Cette analyse a été présentée *supra*, n° 570, p. 698 et s.

dans le but de sanctionner l'inexécution commise par le cocontractant¹, mais de lui nuire, le *potentior* va procéder à une modification des effets du contrat et, plus précisément, à leur anéantissement, en dehors des hypothèses que ce dernier autorise, ce qui doit, en conséquence, s'analyser comme un non-respect de sa force obligatoire.

Pour donner une seconde illustration, il est possible de faire allusion à l'exemple également précité du pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre qui aurait été sciemment mis en œuvre par son titulaire dans l'optique de bénéficier d'un avantage indu. Comme il fut observé, un tel pouvoir a généralement pour finalité de répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique, ou encore, d'adapter le prix aux évolutions du marché². De la sorte, un détournement de pouvoir semble susceptible d'être caractérisé lorsque le *potentior* a sciemment entendu bénéficier d'un avantage indu, c'est-à-dire d'un avantage qui ne se contente pas de répercuter les coûts liés aux progrès de la technique ou aux évolutions du marché. Or, dans l'éventualité où un tel détournement de pouvoir venait à être constaté, cela signifierait que les effets du contrat d'application auraient été précisés en dehors des hypothèses prévues par le contrat-cadre, ce qui correspondrait, alors, à un non-respect de sa force obligatoire.

Au regard d'une telle analyse, il semblerait donc bel et bien possible d'affirmer que le détournement de pouvoir, constitue, en lui-même, un manquement à la force obligatoire du contrat. Mais ce manquement à la force obligatoire ne paraît cependant pas être le seul qui soit susceptible d'être constaté en cas de détournement de pouvoir. En effet, un autre type de manquement à la force obligatoire pourra se manifester, et ce, spécialement en cas de détournement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel destiné à provoquer la rupture ou la suspension du lien d'obligation.

Cet autre manquement à la force obligatoire commis par le *potentior* correspond, pour sa part, à un refus d'exécution fautif de ses obligations. Une telle situation d'inexécution fautive va, plus précisément, être mise en évidence suite au prononcé de la nullité de l'acte de rupture ou de suspension du lien d'obligation entaché d'un détournement de pouvoir.

Alors, certes, cette situation d'inexécution fautive a déjà pu être évoquée dans le cadre de l'étude des sanctions du dépassement de pouvoir. Mais étant donné que le prononcé de la nullité de l'acte édicté par le *potentior* est une sanction susceptible de se retrouver tant en matière de dépassement de pouvoir³ que de détournement de pouvoir⁴, il n'apparaît, dès lors, pas étonnant, d'en pointer du doigt les conséquences lors de l'étude de chacune de ces formes d'abus de pouvoir.

Ainsi, tout comme en matière de dépassement de pouvoir, l'annulation de l'acte de rupture ou de suspension du lien d'obligation en raison du détournement de pouvoir commis par son auteur va provoquer un anéantissement rétroactif de ses effets et, de la sorte, conduire à un retour à la situation antérieure à son édicton. Ce faisant, le *potentior* devra toujours être

¹ La sanction de l'inexécution commise par le débiteur a pu être identifiée comme la finalité objective assignée aux pouvoirs de résolution. Sur ce point, v. : *supra*, n° 293, p. 322.

² Au sujet de la finalité objective assignée au pouvoir de détermination du prix dans les contrats-cadre, v. : *supra*, n° 297, p. 324 et s.

³ Au sujet de cette sanction, v. : *supra*, n° 567, p. 691 et s.

⁴ Au sujet de cette sanction, v. : *supra*, n° 586, p. 742 et s.

considéré comme lié par les obligations dont il prétendait s'être temporairement ou définitivement libéré et qu'il a, en conséquence, refusé d'exécuter. Un tel refus d'exécution, insusceptible d'être justifié par l'exercice légitime d'un pouvoir contractuel, devra, donc, être considéré comme fautif. Ce refus d'exécution fautif constituant, alors, un manquement à la force obligatoire du contrat.

À l'image du dépassement de pouvoir dont il ne semble constituer qu'une manifestation particulière, le détournement de pouvoir apparaît, ainsi, susceptible de porter atteinte au principe de force obligatoire que ce soit, en lui-même, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine. Pour réprimer ces manquements à la force obligatoire, il semblerait alors, ici, également possible de faire appel aux sanctions que sont la résolution du contrat et l'exécution forcée en nature.

590. Le prononcé de la résolution du contrat.- Au rang des sanctions à même d'être prononcées en cas de détournement de pouvoir contractuel, il serait ainsi possible de compter le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*.

Cependant avant d'expliquer le fondement de cette affirmation, il paraît opportun de préciser que dans la mesure où le détournement de pouvoir ne semble constituer qu'une forme particulière de dépassement de pouvoir, toutes les analyses développées, sur ce point, en matière de dépassement de pouvoir, apparaissent transposables au détournement de pouvoir.

En matière de dépassement de pouvoir, afin de justifier le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*, il a pu être fait référence au fait que cette sanction n'est pas, à l'heure actuelle, seulement destinée à sanctionner l'inexécution des obligations¹. En effet, il a pu être montré que la résolution tend à se présenter, en droit positif, comme une mesure de sanction qui doit, d'une manière générale, permettre de réprimer les manquements à la force obligatoire dès lors que ceux-ci sont d'une certaine gravité. Étant donné que le dépassement de pouvoir avait pu être préalablement identifié comme un manquement à la force obligatoire, il fut conclu que la résolution est susceptible de venir sanctionner l'abus par dépassement de pouvoir dès lors que celui-ci présenterait une certaine gravité.

Ici, la même justification semble en mesure d'être retenue étant donné que le détournement de pouvoir, tout comme le dépassement de pouvoir dont il ne constitue qu'une manifestation particulière, porte atteinte au principe de force obligatoire. Autrement dit, dès lors qu'il est admis que la résolution est un mécanisme qui permet de sanctionner les manquements à la force obligatoire du contrat présentant un certain degré de gravité et que le détournement de pouvoir peut s'analyser, en soi, comme un manquement à la force obligatoire, tout permet de penser que la résolution est susceptible de venir sanctionner la commission d'un détournement de pouvoir qui serait considéré comme suffisamment grave.

En outre, il est possible d'ajouter que les quelques textes issus de la réforme du 10 février 2016 qui autorisent le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior* en cas d'abus de pouvoir et dont l'analyse a pu révéler qu'ils étaient en mesure de s'appliquer en cas

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 571, p. 700 et s.

de dépassement de pouvoir¹, paraissent, également, applicables en cas de détournement de pouvoir.

Il semble en aller ainsi, par exemple, des nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil qui autorisent expressément le juge à prononcer la résolution du contrat en cas d'abus commis à l'occasion de la mise en œuvre du pouvoir de détermination unilatérale du prix, que ce soit, dans les contrats-cadre ou dans les contrats de prestation de service. Comme il a été constaté, ces nouveaux articles rattachent indistinctement cette sanction à « l'abus dans la fixation du prix »². En d'autres termes, la loi n'entend procéder à une distinction selon le type d'abus susceptible d'être réprimé par le prononcé de la résolution du contrat. En conséquence, cela doit vouloir signifier que la résolution est en mesure de réprimer n'importe quel type d'abus commis lors de la mise en œuvre du pouvoir de détermination du prix, y compris l'abus par détournement de pouvoir.

Dans le même ordre d'idées, il a pu être montré que le nouvel article 1228 du Code civil semble offrir la possibilité au juge de prononcer, dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, la résolution du contrat aux torts du *potentior* en cas d'exercice abusif d'un pouvoir de résolution unilatérale³. Dès lors que cette sanction est susceptible de venir réprimer, d'une manière générale, l'exercice abusif d'un pouvoir de résolution unilatérale, cette sanction apparaît en mesure de venir réprimer le détournement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'une telle prérogative.

Sur le plan théorique, il apparaît donc que tant le dépassement de pouvoir que le détournement de pouvoir sont susceptibles d'être sanctionnés par le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*.

En revanche, en pratique, il semblerait que cette sanction soit davantage appelée à être prononcée en matière de détournement de pouvoir qu'en matière de dépassement de pouvoir.

Une telle conséquence pratique apparaît, d'ailleurs, être liée à l'articulation de ces deux formes d'abus de pouvoir. Assurément, le fait que le dépassement de pouvoir permette de saisir toute méconnaissance des limites objectives d'une telle prérogative et que le détournement de pouvoir soit, pour sa part, plus spécifiquement destiné à saisir la méconnaissance intentionnelle de ces limites va, au final, conduire à solliciter la notion de dépassement de pouvoir pour saisir la méconnaissance non-intentionnelle des limites objectives d'une telle prérogative.

Or, en cas de méconnaissance non-intentionnelle des limites objectives de sa prérogative par le *potentior*, autrement dit, en cas de simple erreur d'appréciation commise de toute bonne foi, il est fort peu probable que le juge estime la faute de ce dernier comme suffisamment grave pour prononcer la résolution du contrat à ses torts.

À l'opposé, en cas de détournement de pouvoir, c'est-à-dire en cas de méconnaissance intentionnelle du but assigné à une telle prérogative, il y a fort à parier que le juge estimera généralement la faute commise par le *potentior* comme suffisamment grave pour prononcer la résolution du contrat à ses torts.

¹ À ce sujet, v. : *supra*, n° 571, spéc., p. 700 et s.

² À propos de cette observation, v. : *supra*, n° 571, spéc., p. 701 et s.

³ Au sujet de cette analyse, v. : *supra*, n° 571, spéc., p. 702 et s.

Cette différence relative à la gravité de la faute commise par le *potentior* va, ainsi, en pratique, se traduire par un traitement plus sévère du détournement de pouvoir que du dépassement de pouvoir.

Si le juge pourrait donc avoir tendance à répondre favorablement à la demande d'un contractant qui solliciterait le prononcé de la résolution du contrat aux torts de la partie qui aurait commis un détournement de pouvoir, il ne faut pas, pour autant, en conclure que la sanction du détournement de pouvoir se traduira systématiquement par le prononcé d'une telle mesure. En effet, une autre mesure de sanction destinée à réprimer les atteintes au principe de force obligatoire semble susceptible d'être sollicitée par le contractant victime d'un détournement de pouvoir.

591. Le prononcé de l'exécution forcée en nature.- Au cours des développements précédents, il a pu être mentionné que, tout comme en matière de dépassement de pouvoir, le détournement de pouvoir peut amener le *potentior* à se placer en situation d'inexécution fautive de ses obligations. Cette situation est appelée à se rencontrer en cas de détournement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel destiné à provoquer la rupture ou la suspension du lien d'obligation. Plus exactement, il a pu être constaté qu'une telle situation d'inexécution fautive va être révélée suite à l'annulation de l'acte de rupture ou de suspension édicté par le *potentior*¹.

Ici encore, étant donné que le détournement de pouvoir ne paraît constituer qu'une forme particulière de dépassement de pouvoir, toutes les analyses et les conclusions formulées au sujet du recours à l'exécution forcée en nature pour sanctionner l'inexécution consécutive à un dépassement de pouvoir semblent en mesure d'être transposées au détournement de pouvoir².

À l'occasion de ces analyses, il a notamment pu être montré que le recours à l'exécution forcée en nature ne soulève guère de discussion lorsqu'il s'agit de remédier à l'inexécution consécutive à l'exercice irrégulier d'un pouvoir contractuel destiné à provoquer la suspension de l'exécution des obligations.

Autrement dit, en cas de détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'une telle prérogative, il serait possible de condamner l'auteur de la suspension irrégulière à reprendre l'exécution en nature de sa prestation. Ainsi, par exemple, le juge disposerait de la possibilité de condamner l'*excipiens* qui se serait prévalu du mécanisme de l'exception d'inexécution dans l'optique de nuire à son cocontractant à reprendre l'exécution de sa prestation.

En revanche, il a pu être constaté qu'il existait un débat doctrinal au sujet du recours à l'exécution forcée en nature pour remédier à l'inexécution consécutive à l'exercice irrégulier d'un pouvoir de rupture et, plus précisément, d'un pouvoir de résolution³. Débat qui, comme il l'a été observé, semble avoir été tranché à l'occasion de la réforme du droit des contrats dans le sens de la possibilité de recourir à cette sanction.

¹ Sur ce point, v. : *supra*, n° 588, p. 745 et s.

² Pour un exposé de ces analyses et de ces conclusions en matière de dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 572, p. 705 et s.

³ Au sujet de ce débat, v. : *supra*, n° 572, p. 705 et s.

Le nouvel article 1228 du Code civil, paraît, en effet, conférer la possibilité au juge de condamner la partie qui serait l'auteur d'une résolution unilatérale irrégulière du contrat à reprendre l'exécution. En conséquence, s'il venait à être établi que le titulaire d'un pouvoir de résolution a commis un détournement de pouvoir à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative, les juges du fond disposeraient, semble-t-il, avec cet article, de la possibilité de condamner ce dernier à reprendre l'exécution de ses obligations.

Cette possibilité de condamner le *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations apparaît également offerte, en droit positif, en cas d'exercice irrégulier d'un pouvoir de résiliation. En effet pour remédier à l'inexécution fautive qui fait suite à l'exercice irrégulier d'un pouvoir de résiliation, il a pu être montré qu'il était possible de faire appel au nouvel article 1221 du Code civil qui affirme, d'une manière générale, en droit positif, la primauté de l'exécution forcée en nature pour remédier à l'inexécution des obligations. Cet article serait donc à même d'être sollicité pour contraindre la partie qui aurait détourné de sa finalité le pouvoir de résiliation qu'elle détient à reprendre l'exécution de ses obligations.

Par exemple, tel pourrait être le cas dans l'hypothèse où l'une des parties à un contrat à durée indéterminée aurait fait usage du pouvoir de résiliation dont elle est titulaire, non pas dans l'optique de préserver sa liberté individuelle, mais dans le but de nuire à son cocontractant. Dans une telle situation, le détournement de pouvoir serait caractérisé en raison du manquement intentionnel à la finalité assignée à cette prérogative et le prononcé de la nullité de l'acte de résiliation irrégulier viendrait, alors, mettre en évidence le refus d'exécution fautif du *potentior*. C'est à ce stade qu'il apparaîtrait donc possible de faire appel au nouvel article 1221 du Code civil pour contraindre la partie auteure de la résiliation irrégulière à reprendre l'exécution de ses obligations.

Ainsi, les juges semblent disposer, avec les articles 1228 et 1221 du Code civil, de la possibilité de sanctionner le détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir de rupture par la condamnation du *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations.

Néanmoins, il convient de rappeler que le prononcé de cette sanction ne sera pas toujours possible. Comme déjà évoqué, le juge ne pourra pas condamner le *potentior* à reprendre l'exécution en cas d'impossibilité matérielle, ou encore, en cas d'impossibilité morale, c'est-à-dire lorsque le prononcé de l'exécution forcée en nature porterait atteinte à la liberté individuelle de ce dernier.

592. Deux sanctions alternatives.- Au final, il ressort donc que les atteintes susceptibles d'être portées au principe de force obligatoire par la commission d'un détournement de pouvoir contractuel sont en mesure d'être réprimées par le prononcé de deux types de sanctions¹.

Ainsi, le détournement de pouvoir contractuel pourra se voir sanctionné par le prononcé de la résolution du contrat aux torts du *potentior*. Si le prononcé d'une telle sanction venait à

¹ Ces sanctions sont, d'ailleurs, comme il a été montré, identiques à celles susceptibles d'être prononcées en cas de dépassement de pouvoir commis lors de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel. Cette similitude étant liée au fait que le détournement de pouvoir ne paraît constituer qu'une forme particulière de dépassement de pouvoir et que ce type d'abus de pouvoir porte, en lui-même, atteinte, au principe de force obligatoire.

être sollicité par la partie qui a subi les effets du détournement de pouvoir contractuel, il semblerait, d'ailleurs, que le juge puisse y répondre assez favorablement en raison de la gravité de la faute commise par le *potentior*. En effet, il ne faut pas oublier que le détournement de pouvoir constitue un manquement intentionnel à la finalité assignée au pouvoir, autrement dit une faute intentionnelle, qui pourra, aux yeux du juge, apparaître suffisamment grave pour justifier le prononcé de la résolution du contrat¹.

Mais tout détournement de pouvoir n'est pas nécessairement appelé à être sanctionné par le prononcé de la résolution du contrat. En cas de détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir destiné à provoquer la rupture ou la suspension du lien d'obligation, le juge pourra, sauf impossibilité matérielle ou morale, ordonner au *potentior* de reprendre l'exécution de ses obligations. Bien entendu, une partie ne pourrait pas solliciter cumulativement le prononcé de chacune de ces sanctions en raison de leur caractère incompatible. Face à un tel détournement de pouvoir, le cocontractant disposera de la possibilité de solliciter l'une ou l'autre de ces sanctions.

Si la résolution et l'exécution forcée en nature ne peuvent pas être prononcées cumulativement, il existe, néanmoins, une mesure qui peut toujours venir accompagner chacune de ces sanctions. Il s'agit de l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé.

3. L'indemnisation du préjudice causé.

593. Détournement de pouvoir et responsabilité.- En détournant le pouvoir qu'il détient de sa finalité, le *potentior* commet une faute qui peut venir causer un préjudice à son cocontractant. La partie qui commettrait un détournement de pouvoir contractuel pourrait donc voir sa responsabilité engagée et, en cela, être condamnée à procéder à l'indemnisation dudit préjudice causé au cocontractant.

Tout comme en matière de dépassement de pouvoir, il convient, alors, de se demander si le préjudice causé au cocontractant devrait être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité contractuelle ?

Dès lors qu'il est admis que le concept de responsabilité contractuelle dispose d'une certaine réalité en droit positif², et que celui-ci permet de réparer le préjudice résultant de tout type de manquement fautif aux effets du contrat, il semblerait que ce fondement puisse être, ici, sollicité.

En effet, il convient d'observer que, dans la mesure où le préjudice subi par le contractant victime des effets d'un détournement de pouvoir contractuel ne résulterait pas de la méconnaissance d'une norme prescrivant un devoir de portée générale supporté par tout un chacun dans le cadre de la vie en société, le fondement de la responsabilité délictuelle se doit, *a priori*, d'être exclu. Ici, étant donné que le préjudice résulterait de la méconnaissance d'une

¹ En cela, le prononcé de la résolution sera bien plus fréquent en matière de détournement de pouvoir qu'en matière de dépassement de pouvoir dans la mesure où, en pratique, cette dernière forme d'abus de pouvoir va être sollicitée pour saisir les manquements non-intentionnels aux conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

² Pour un bref exposé du débat qui oppose les partisans et les détracteurs du concept de responsabilité contractuelle, v. : *supra*, n° 574, spéc., p. 711 et s.

norme particulière prescrivant les conditions d'exercice d'un pouvoir dans un cadre contractuel, le fondement le plus approprié paraît être celui de la responsabilité contractuelle¹.

D'ailleurs, il a pu être montré que la réparation du préjudice causé par la mise en œuvre des pouvoirs contractuels sur le fondement de la responsabilité contractuelle semble possible en raison du large domaine conféré à ce mécanisme. Comme constaté, la responsabilité contractuelle n'apparaît pas, de nos jours, seulement destinée à réparer le préjudice résultant de l'inexécution des obligations issues du contrat². La responsabilité contractuelle tend à se présenter, à l'heure actuelle, comme un mécanisme au champ d'application bien plus large, qui permet de réparer le préjudice qui résulterait de tout type de manquement fautif aux effets du contrat, c'est-à-dire, de tout type de manquement fautif au principe de force obligatoire.

Or, dans le cadre de cette étude, il a pu être mis en évidence que les pouvoirs contractuels doivent s'analyser comme des effets du contrat et qu'en cela, leurs conditions de mise en œuvre sont appelées à être régies par le principe de force obligatoire du contrat. Plus précisément, il a pu être observé que ce sont les conditions de mise en œuvre des pouvoirs contractuels qui ont fait l'objet d'une prédétermination objective qui apparaissent régies par le principe de force obligatoire³.

Ainsi, le préjudice qui résulterait d'un détournement de pouvoir contractuel, c'est-à-dire de la méconnaissance de la finalité objective assignée à une telle prérogative, se présenterait comme la conséquence d'un manquement à la force obligatoire du contrat⁴. De la sorte, ce préjudice serait appelé à être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Si le préjudice résultant d'un détournement de pouvoir apparaît appelé à être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle, il semblerait, néanmoins, que le régime de sa réparation tende à se rapprocher de celui de la responsabilité délictuelle, et ce, en raison du caractère apparemment dolosif de la faute commise par le *potentior*.

En effet, il ne faut pas oublier que le détournement de pouvoir se définit comme un manquement intentionnel à la finalité attachée à une telle prérogative. Ce caractère intentionnel que l'on retrouve à la fois dans le détournement de pouvoir et dans la faute dolosive pourrait, donc, inviter à qualifier la faute commise par le *potentior* de faute dolosive⁵.

¹ Cette distinction entre, d'un côté, les normes individuelles que se sont données les parties et de l'autre, les normes générales qui s'appliquent à tout individu vivant en société, permettrait, comme il a déjà été évoqué, de faire le départ entre ce qui relève de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. En effet, il est classiquement admis que le contrat « oblige à quelque chose de plus que la normale » par rapport aux devoirs généraux « auxquels toute personne est tenue en vertu de la vie en société » (v. en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 567, p. 572). Ici, dans la mesure où la norme qui prescrit les conditions objectives d'exercice d'un pouvoir dans un cadre contractuel se présente comme une norme particulière qui s'applique spécifiquement entre des parties à un contrat, le préjudice qui résulterait de sa violation devrait, semble-t-il, alors, être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

² Un tel constat a pu être dressé lorsque fut évoquée la question de la réparation du préjudice causé par un dépassement de pouvoir. Sur ce point, v. : *supra*, n° 574, spéc., p. 713 et s.

³ Ce point a pu être mis en évidence à l'occasion de l'étude des sanctions du dépassement de pouvoir. (v. : *supra*, n° 570, p. 698 et s.).

⁴ Au sujet d'une telle analyse, v. : *supra*, n° 589, p. 748 et s.

⁵ Comme il a déjà été mentionné, il est vrai que la notion de faute dolosive est généralement utilisée pour faire état de la gravité du comportement du débiteur d'une obligation lorsqu'il est question d'engager sa responsabilité. Mais dès l'instant qu'il est admis que le titulaire d'un pouvoir contractuel peut voir sa responsabilité engagée, rien ne semble faire obstacle à l'utilisation de cette notion pour faire état de la gravité de sa faute.

Une telle qualification, si elle devait être retenue, ne serait donc pas sans incidence. En effet, elle conduirait à un rapprochement avec le régime de la responsabilité délictuelle en ce qu'il s'agirait, d'une part, d'écarter l'application des clauses limitatives de responsabilité et, d'autre part, d'obliger l'auteur du détournement de pouvoir contractuel à réparer le préjudice même imprévisible causé au cocontractant.

Or, il semblerait que cette qualification de faute dolosive puisse être retenue chaque fois que viendrait à être constaté un détournement de pouvoir contractuel. Autrement dit, il ne serait pas nécessaire de distinguer, parmi les détournement de pouvoir, ceux qui seraient en mesure d'être qualifiés de faute dolosive et ceux qui ne le pourraient pas.

Cette conséquence apparaît être liée à l'évolution de la notion de faute dolosive. À l'origine, la qualification de faute dolosive supposait de rapporter conjointement la preuve du caractère intentionnel de la faute commise et de la volonté de causer un préjudice. En d'autres termes, il s'agissait de caractériser l'intention de nuire de l'auteur de la faute pour que celle-ci puisse être qualifiée de dolosive¹.

Si une telle double exigence était encore en vigueur, cela signifierait que seuls les détournements de pouvoirs contractuels réalisés dans le but de causer un préjudice au cocontractant, c'est-à-dire de lui nuire, seraient susceptibles d'être qualifiés de fautes dolosives.

Mais une telle restriction n'a plus lieu d'être depuis que la jurisprudence a cessé d'exiger que soit rapportée la preuve de la volonté de causer un préjudice pour caractériser l'existence d'une faute dolosive². Aujourd'hui, le seul caractère intentionnel, c'est-à-dire volontaire, de la faute suffit pour qualifier celle-ci de dolosive³.

Étant donné que le détournement de pouvoir se présente, par définition, comme un manquement intentionnel à la finalité objective assignée à une telle prérogative, il conviendrait, donc, d'en déduire que cette faute commise à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel emportera toujours la qualification de faute dolosive.

Autrement dit, tout détournement de pouvoir, en raison de son caractère intentionnel, apparaît appelé à être qualifié de faute dolosive. Ainsi, par exemple, peu importe que le titulaire du pouvoir de détermination du prix dans un contrat-cadre ait mis en œuvre sa prérogative dans la perspective de bénéficier d'un avantage indu ou de nuire à son cocontractant. Dès lors qu'il est établi que ce dernier s'est écarté sciemment de la finalité assignée à sa prérogative, un détournement de pouvoir sera caractérisé et la faute commise par ce dernier sera, en raison de son caractère intentionnel, nécessairement qualifiée de faute dolosive.

Cette qualification de faute dolosive qui sera, donc, invariablement retenue en cas de détournement de pouvoir, va conduire à un traitement sévère de cette forme d'abus de pouvoir. En cas de détournement de pouvoir, synonyme de faute dolosive, il s'agira, ainsi, d'écarter

¹ Au sujet de cette assimilation originelle du dol et de l'intention de nuire, v. : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 2011, 14^{ème} éd., n° 110 ; H. BOUCARD, « *Responsabilité contractuelle* », fasc. préc., n° 325.

² v. : Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1969, « *Soc. des comédiens français* », *Bull. civ.* 1969, I, n° 60, D. 1969, p. 601, note J. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1975, D. 1976, p. 151, note J. MAZEAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 février 1999, n° 97-11.066 ; Cass. com., 4 mars 2008, *Bull. civ.* 2008, IV, n° 53, CCC 2008, comm. 172, obs. L. LEVENEUR ; D. 2009, p. 972, obs. H. KENFACK.

³ Pour un tel constat, v. not. : H. BOUCARD, « *Responsabilité contractuelle* », fasc. préc., n° 325, où l'auteur constate, d'ailleurs, un affadissement de la notion de faute dolosive suite à l'évolution de la jurisprudence.

systématiquement l'application des clauses limitatives de responsabilité et de condamner le *potentior* à réparer le préjudice même imprévisible qu'il aura causé au cocontractant.

En cela, le traitement du détournement de pouvoir apparaîtra bien plus sévère que celui du dépassement de pouvoir. En effet, il a pu être montré, qu'en matière de dépassement de pouvoir, les conséquences précitées trouveront seulement à s'appliquer si une faute lourde parvient à être démontrée, ce qui ne sera pas toujours le cas¹.

594. **Point d'étape.**- Au final, il apparaît donc que le détournement de pouvoir contractuel est susceptible de se voir appliquer trois types de sanctions.

En premier lieu, la commission d'un détournement de pouvoir contractuel doit, semble-t-il, entraîner le prononcé de la nullité de l'acte de modification des effets du contrat, et ce, dans la mesure où le non-respect du but objectif assigné à un pouvoir contractuel équivaut à un non-respect des conditions de validité de l'acte unilatéral que cette prérogative permet d'édicter.

En second lieu, étant donné que le détournement de pouvoir contractuel est susceptible de porter atteinte, en lui-même, au principe de force obligatoire, ou en raison de l'inexécution fautive dont il peut être à l'origine, celui-ci semble en mesure de se voir appliquer les sanctions destinées à réprimer les atteintes à ce principe. Parmi celles-ci, il est possible de compter la résolution du contrat. Autrement dit, la partie qui viendrait à commettre un détournement de pouvoir contractuel pourrait se voir sanctionnée par le prononcé de la résolution du contrat à ses torts. Si cette sanction se retrouve également en matière de dépassement de pouvoir, il a pu être montré, qu'en pratique, la résolution sera plus facilement prononcée par le juge en matière de détournement de pouvoir en raison du caractère intentionnel de la faute commise par le *potentior*. D'où un traitement plus sévère du détournement de pouvoir contractuel par rapport au simple dépassement de pouvoir contractuel. En cas de détournement de pouvoir commis à l'occasion de la mise en œuvre d'un pouvoir destiné à provoquer la rupture ou la suspension du lien d'obligation, il semblerait que le juge puisse également, en lieu et place du prononcé de la résolution, condamner le *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations. Bien entendu, cette sanction ne pourra pas être prononcée en cas d'impossibilité matérielle ou morale.

Enfin, en troisième et dernier lieu, il a pu être mis en évidence que la partie auteure d'un détournement de pouvoir pourra être condamné à indemniser son cocontractant en raison du préjudice causé à ce dernier par sa faute. Si ce préjudice sera appelé à être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle, le régime de sa réparation se rapprochera, cependant, davantage, de celui de la responsabilité délictuelle, et ce, en raison du caractère intentionnel du détournement de pouvoir, et donc, du caractère dolosif de la faute commise par le *potentior*. Ainsi, les clauses limitatives de responsabilité devront être systématiquement écartées et le *potentior* pourra être tenu de réparer le préjudice même imprévisible qu'il aura

¹ Autrement dit, en matière de dépassement de pouvoir, ce n'est que de manière exceptionnelle que les clauses limitatives de responsabilité seront écartées et que le *potentior* sera tenu du préjudice même imprévisible. À l'opposé, en matière de détournement de pouvoir, ces conséquences seront systématiques. (Au sujet de l'application des clauses limitatives de responsabilité en matière de dépassement de pouvoir, v. : *supra*, n° 575, p. 716 et s.).

causé au cocontractant. D'où, ici encore, un traitement plus sévère du détournement de pouvoir que du dépassement de pouvoir.

L'identification des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de détournement de pouvoir vient, de la sorte, clore l'étude des sanctions susceptibles d'être prononcées suite au contrôle des conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Toutefois, pour que l'image des sanctions relatives à l'exercice des pouvoirs contractuels puisse être totalement complète, il apparaît nécessaire d'identifier, par la suite, la nature des sanctions qui se rapportent au non-respect de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

§ 2 - LES SANCTIONS RELATIVES À LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE.

595. Deux types de sanctions.- L'identification des sanctions en rapport avec le non-respect de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels se présente comme le second enjeu de l'étude qui se propose de fournir une image détaillée des différentes sanctions afférentes à l'exercice irrégulier des pouvoirs contractuels.

Ici, il semblerait que deux types de sanctions, non exclusives l'une de l'autre, puissent trouver à s'appliquer dans l'éventualité où le *potentior* ne se serait pas plié aux exigences procédurales qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative.

La première de ces sanctions paraît être la paralysie des effets du pouvoir. Plus exactement, il s'agira de montrer que le non-accomplissement de certaines formalités peut se traduire par l'inefficacité de l'exercice du pouvoir (A).

La seconde sanction susceptible d'être prononcée et qui peut, alors, venir s'ajouter à la paralysie lorsque celle-ci est possible, ou se substituer à elle dans l'hypothèse inverse, correspond, pour sa part, à la condamnation du *potentior* à indemniser le cocontractant. En effet, l'inobservation des formalités qui encadrent la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel doit s'analyser comme une faute et cette faute peut venir causer un préjudice au cocontractant. Dans ces conditions, le *potentior* pourrait, donc, être condamné à procéder à l'indemnisation du préjudice causé au cocontractant (B).

A. L'inefficacité de l'exercice du pouvoir.

596. Une sanction non-systématique.- *A priori*, il semblerait permis de penser que les formalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels constituent, tout autant que les exigences de fond, des conditions de validité de leur exercice, autrement dit, des éléments qui conditionnent la production de leurs effets. De là, il pourrait en être déduit que l'inobservation de n'importe quelle formalité qui encadre la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel devrait faire obstacle à la production, par ce dernier, de ses effets, c'est-à-dire, être sanctionnée par son inefficacité.

Cependant, un tel préjugé apparaît démenti par l'observation du droit positif. En effet, l'inefficacité ne se présente pas, en l'état actuel du droit positif, comme une sanction attachée de manière systématique à toutes les formalités qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

La preuve en est apportée, par exemple, par l'exigence de motivation en matière de licenciement pour motifs personnels. L'inobservation de cette formalité, c'est-à-dire le défaut de motivation ou l'insuffisance de motivation, étant seulement sanctionnée par l'octroi d'une indemnité au salarié¹. Autrement dit, l'inefficacité du licenciement est exclue en cas de manquement à cette formalité.

Dès lors que l'inefficacité ne paraît pas appelée à sanctionner l'inobservation de toutes les formalités qui encadrent l'exercice des pouvoirs contractuels, il peut sembler opportun de chercher à définir son domaine d'application.

Une telle entreprise peut, toutefois, s'avérer être délicate, et ce, notamment, en raison des silences de la loi au sujet de la nature de la sanction applicable en cas d'inobservation de certaines formalités, mais aussi, en raison du manque d'homogénéité du droit positif qui sanctionne, parfois, le défaut d'accomplissement d'une même formalité de manière différente d'un pouvoir contractuel à l'autre. Ces silences et ce manque d'unité des sanctions viennent, alors, générer différents points d'incertitude quant au domaine réservé à l'inefficacité. Points qu'il s'agira, bien entendu, ici, de recenser².

Cependant, la question de la délimitation du domaine réservé à l'inefficacité ne se résume pas à ces quelques points d'incertitude. En effet, il apparaît avec évidence que l'inaccomplissement d'un certain nombre de formalités qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels doit empêcher ces derniers de produire leurs effets. Autrement dit, il semblerait également possible d'avoir quelques points de certitude quant au domaine dévolu à cette sanction que constitue l'inefficacité. Points qu'il convient, dès à présent, d'évoquer.

597. Points de certitude.- Parmi les formalités dont il semble certain que l'inaccomplissement doit empêcher aux pouvoirs contractuels de produire leurs effets, il

¹ Bien que l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 soit venue réformer en profondeur le régime de la sanction du défaut et de l'insuffisance de motivation en matière de licenciement, celle-ci n'a pas modifié, au fond, sa nature qui prend toujours la forme d'une indemnité octroyée au salarié. Le nouvel article 1235-2 du C. trav. issu de cette ordonnance est venu mettre un terme à vingt-sept années d'une jurisprudence constante qui retenait que le défaut ou l'insuffisance de motivation de la lettre de motivation exposaient l'employeur à une condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (v. : Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 598, p. 360 ; Cass. soc. 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 186 ; Cass. soc. 30 novembre 1994, RJS 1/95 ; Ass. plen. 27 novembre 1998, trois arrêts, *Bull. A. P.*, n° 6, p. 10 et n° 7, p. 11). Aujourd'hui, l'insuffisance de motivation ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. En présence d'une motivation insuffisante, l'employeur dispose, de nos jours, de la possibilité de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, après la notification de celle-ci, soit à son initiative, soit à la demande du salarié.

Le décret n° 2017-1702 du 15 décembre 2017, applicable aux licenciements prononcés postérieurement au 17 décembre 2017, et venu fixer les conditions dans lesquelles les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent être précisés. Le nouvel article R. 1232-13 du C. trav. prévoit, alors, que le salarié peut demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement dans les 15 jours suivant la notification du licenciement. Dans le même délai suivant la notification du licenciement et de sa propre initiative, l'employeur peut, aussi, venir préciser les motifs du licenciement. Dans l'éventualité où le salarié n'aurait pas formé une telle demande, l'insuffisance de motivation lui donne droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire (v. : L. 1235-2 al. 3 du C. trav.). À défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire. En revanche, si le défaut de cause réelle et sérieuse est établi, le préjudice résultant du vice de motivation de la lettre de rupture est réparé conformément aux plafonds légaux d'indemnisation fixés par le nouvel art. L. 1235-3 du C. trav.

² v. : *infra*, n° 598, p. 763 et s.

apparaît possible de compter, d'abord, l'information concomitante à la mise en œuvre effective de ces derniers¹.

Comme il a été montré, l'accomplissement de cette formalité est rendu indispensable pour tous les pouvoirs contractuels en raison du caractère réceptice de l'acte unilatéral qui sert de support à leur expression². Compte tenu de son caractère réceptice, cet acte qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels, ne peut donc produire ses effets qu'à compter du moment où il est porté à la connaissance du cocontractant. De là, il est possible de comprendre pourquoi l'inaccomplissement de cette formalité doit empêcher aux pouvoirs contractuels de produire leurs effets. Saisi par une partie qui se plaindrait de l'inaccomplissement de cette formalité informative, le juge ne pourrait, donc, que constater l'inefficacité de l'exercice du pouvoir.

Au nombre de ces exigences formelles qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels et dont le non-respect doit faire obstacle à la production par ces derniers de leurs effets, il serait possible de trouver, ensuite, la mise en demeure. Pour rappel, il a pu être mis en évidence que l'accomplissement de cette formalité est exigé, sauf cas de dispense, préalablement à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction de l'inexécution³.

Ainsi, par exemple, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats relatives aux sanctions de l'inexécution imposent-elles, par principe, de mettre en demeure le débiteur préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier⁴, mais aussi, préalablement à la mise en œuvre du pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire⁵, ou encore, avant toute mise en œuvre du pouvoir que détient le créancier de se remplacer auprès d'un tiers⁶.

Toutefois, il est possible de constater que les différentes dispositions issues de la réforme du droit des contrats qui exigent une mise en demeure préalablement à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction de l'inexécution, n'explicitent pas les conséquences d'une revendication de ces pouvoirs en l'absence d'accomplissement de cette formalité préalable.

Un peu plus précises sont, en revanche, les dispositions qui font allusion à l'exigence d'une mise en demeure préalablement à la mise en œuvre d'une clause résolutoire stipulée dans un contrat de bail soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948 ou à la loi du 6 juillet 1989. En effet, ces dispositions indiquent que la clause résolutoire ne « produit effet » que passé un certain délai après la date de mise en demeure⁷. De là, il pourrait en être déduit qu'en l'absence de mise

¹ Pour une étude détaillée de cette formalité, v. : *supra*, n° 498 et s., p. 597 et s.

² Au sujet du caractère réceptice de l'acte qui sert de support à l'expression des pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 176, p. 192 et s.

³ À propos de l'étude de la mise en demeure en matière de pouvoirs contractuels, v. : *supra*, n° 476, p. 558 et s. Au sujet des cas de dispense recensés, v. : *supra*, n° 477, p. 560 et s.

⁴ v. : le nouvel art. 1226 al. 1^{er} du C. civ. qui dispose que : « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, *il doit préalablement mettre en demeure* le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». (Nous soulignons).

⁵ v. le nouvel art. 1225 al. 2 du C. civ. qui dispose : « *La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse*, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution ».

⁶ v. le nouvel art. 1222 du C. civ. qui dispose : « *Après mise en demeure*, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation [...] ». (Nous soulignons).

⁷ L'art. 80 al. 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1948 dispose expressément que : « la clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit faute de paiement du loyer aux échéances convenues, *ne produit effet* qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux » (Nous soulignons).

en demeure préalable, le pouvoir de résolution issu de la clause résolutoire ne saurait produire ses effets. De cette manière, on pourrait donc percevoir l'idée d'inefficacité d'un pouvoir contractuel en cas de non-respect de l'exigence de mise en demeure préalable.

Cependant afin d'expliquer plus sûrement les conséquences d'une absence de mise en demeure préalable, il peut sembler plus indiqué de se tourner vers les analyses qui ont cherché à saisir l'essence même de cette formalité¹. Chez les auteurs qui ont cherché à identifier la nature propre de la mise en demeure, un consensus semble venir s'établir autour de la qualification d'incombance lorsque cette formalité se présente comme une exigence préalable à la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution².

Cette qualification qui dépeint une contrainte comportementale qui s'impose au titulaire d'un droit préalablement à son exercice³ sied, en effet, à la mise en demeure, puisque celle-ci se présente comme une exigence qui vient encadrer le comportement du titulaire d'un droit préalablement à sa mise en œuvre.

De la sorte, la qualification d'incombance devrait permettre de saisir la mise en demeure précédant la mise en œuvre des pouvoirs contractuels de sanction, et ce, dans la mesure où celle-ci constitue bien une contrainte comportementale, c'est-à-dire un comportement attendu de la part des titulaires de ces prérogatives, préalablement à leur mise en œuvre.

À la notion d'incombance est alors généralement attachée une sanction particulière, à savoir, la déchéance⁴. En cela, la déchéance se présenterait comme la sanction attachée à l'inobservation de l'incombance que constitue la mise en demeure⁵. S'il est largement admis que la déchéance produit un effet extinctif à titre de sanction et doit, de ce fait, entraîner une perte pour celui qui ne se conforme pas à une incombance, la teneur exacte de cette perte, autrement dit, l'objet de la déchéance, constitue une question assez discutée en doctrine. Pour

L'art. 24 al. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 dispose : « toute clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges aux termes convenus ou pour non-versement du dépôt de garantie *ne produit effet* que deux mois après un commandement de payer demeuré infructueux » (Nous soulignons).

¹ À ce propos, v. not. : P. COLLOMB, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, th. Nice 1974 ; B. DE CONINCK, « *La mise en demeure, Rapport belge* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, op. cit., p. 135 et s. ; H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, Préf. Ph. RÉMY, LGDJ, 2005, n° 492 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 251 et s., p. 211 et s.

² La mise en demeure est en mesure d'avoir deux rôles. D'une part, elle peut servir à fixer la date d'échéance d'une obligation qui n'était pas précisée par le contrat. D'autre part, elle peut servir de préalable à la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution. Ce n'est alors que dans cette seconde hypothèse que la mise en demeure semble susceptible de s'analyser comme une incombance. Pour les auteurs favorables à cette qualification, v. not. en ce sens : H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, op. cit., n° 492 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 251, spéc., p. 214 ; N. CAYROL, *Juris. Class. Voies d'exécution, V° Mise en demeure, sommation, Charge de la mise en demeure*, Fasc. 224, spéc., n° 3.

³ Pour une définition plus précise de l'incombance, v. not. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 331, p. 293, où l'auteure envisage l'incombance comme « une contrainte comportementale pesant sur le contractant titulaire d'un droit limitant *ab initio* l'aléa lié à sa mise en œuvre, et qu'il doit observer préalablement à son exercice s'il veut pouvoir en jouir ultérieurement ».

⁴ Au sujet du lien entre incombance et déchéance, v. not. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 415 et s., p. 365 et s. ; H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, op. cit., n° 150 et s.

⁵ v. not. en ce sens : N. CAYROL, *Juris. Class. Voies d'exécution, V° Mise en demeure, sommation, Charge de la mise en demeure*, Fasc. préc., spéc., n° 22.

certain, la déchéance doit entraîner la perte de la titularité du droit¹, alors que, pour d'autres, la déchéance ne doit entraîner que la disparition des prérogatives afférentes à son exercice².

Bien que les analyses doctrinales soient partagées quant à la question de l'objet de la déchéance, une chose est néanmoins certaine. Qu'il soit privé des prérogatives afférentes à l'exercice de son droit ou, plus largement, de la titularité du droit, le sujet frappé de déchéance ne peut plus se prévaloir de son droit, ce qui signifie qu'il ne peut plus lui faire produire d'effets.

Cette analyse doit, par conséquent, permettre d'expliquer que l'inaccomplissement de la formalité préalable ou, plus exactement, de l'incombance, que constitue la mise en demeure, doit empêcher aux pouvoirs contractuels de sanction de produire leurs effets. Autrement dit, cette formalité qu'est la mise en demeure apparaît bel et bien appelée à être rangée parmi celles dont l'inaccomplissement entraîne l'inefficacité des pouvoirs contractuels.

Dans cette catégorie de formalités, il pourrait également être possible de compter la conciliation obligatoire qui s'imposerait aux parties, en vertu d'une clause du contrat, avant toute mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction³. Cependant, il convient de préciser que l'admission de cette formalité dans la catégorie de celles dont l'inaccomplissement doit empêcher aux pouvoirs contractuels de produire leurs effets est subordonnée à l'adoption de l'analyse qui fait appel au mécanisme des conditions pour décrire les clauses de conciliation préalable⁴.

En effet, si la clause de conciliation préalable venait à être analysée comme donnant naissance à une simple obligation de moyens imposant aux parties de tout faire pour chercher à s'entendre avant la mise en œuvre d'un pouvoir contractuel de sanction, il a fort à parier, qu'en pratique, le juge ne sanctionnera son inobservation que par l'octroi de dommages-intérêts⁵. En revanche, s'il était retenu que la recherche préalable d'une solution amiable doit s'analyser comme un événement érigé en condition suspensive dont dépend la jouissance d'un pouvoir contractuel de sanction, les choses seraient différentes. Cette analyse permettrait d'expliquer que tant qu'aucune conciliation préalable n'a été tentée, la partie qui désire se prévaloir d'un pouvoir contractuel n'en disposerait pas de la jouissance et, par voie de conséquence, ne pourrait l'invoquer pour lui faire produire ses effets. De la sorte, la conciliation préalable obligatoire de source conventionnelle intégrerait, à coup sûr, la catégorie des formalités dont l'inaccomplissement empêche aux pouvoirs contractuels de venir produire leurs effets⁶.

¹ v. not. en ce sens : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance* en matière contractuelle, *op. cit.*, n° 428 et s., p. 375 et s. Adde, E. SALLÉ DE LA MARNIÈRE, « *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (Essai de terminologie juridique)* », R.T.D. Civ., 1933, p. 1037 et s., spéc., n° 12 et 23 ; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, *op. cit.*, p. 23 ; S. LICARI, « *Pour la reconnaissance de la notion d'incombance* », RRJ, Droit prospectif, n° 2, 2002, p. 703 et s.

² v. not. en ce sens : F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Préf. A. GHOZI, Panthéon-Assas, Paris, 2008, n° 40 et s.

³ Au sujet de ces clauses, v. : *supra*, n° 487 et s., p. 576 et s.

⁴ Pour une telle proposition d'analyse, v. : *supra*, n° 487, spéc., p. 577 et s.

⁵ Cette sanction pourrait d'ailleurs être justifiée par le caractère éminemment personnel de cette obligation. En effet, il semble difficile de concevoir une exécution forcée en nature de cette obligation, dans la mesure où contraindre la partie qui en serait reconnue débitrice à chercher à s'entendre avec son cocontractant pourrait être considéré comme portant atteinte à sa liberté individuelle.

⁶ Il aurait alors pu être possible de se demander si les clauses de conciliation préalable ne viendraient pas se rapprocher du mécanisme de l'incombance. Mais une telle qualification doit, semble-t-il, être rejetée, notamment

Enfin, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une formalité à accomplir, mais plutôt d'une exigence de fond à respecter, il ne faut pas oublier que l'inobservation des délais qui encadrent la délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels doit, aussi, entraîner l'inefficacité de la mise en œuvre de ces prérogatives. En effet, ces délais pour agir évoquent le mécanisme de la prescription extinctive¹ dont il a pu être montré que le jeu vient affecter l'exercice des pouvoirs contractuels². Or, ici, il est bien évident qu'une fois le délai pour agir écoulé, autrement dit, une fois la possibilité d'exercer le pouvoir éteinte car prescrite, celui-ci ne peut plus produire ses effets.

À côté de ces exigences qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs et dont il semble à peu près certain que l'inobservation doit empêcher aux pouvoirs contractuels de produire leurs effets, il en est d'autres pour lesquelles l'application de cette sanction apparaît plus incertaine.

598. Points d'incertitude.- Pour plusieurs exigences qui encadrent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il peut s'avérer être délicat de déterminer si leur inobservation doit, ou non, avoir pour conséquence de priver ces prérogatives de leurs effets. Autrement dit, le domaine dévolu à l'inefficacité est marqué de quelques points d'incertitude. Ces points d'incertitude peuvent, d'ailleurs, avoir deux origines.

En premier lieu, les incertitudes peuvent résulter du silence de la loi. Tel est le cas, par exemple, en ce qui concerne l'exigence de motivation qui doit accompagner l'exercice des pouvoirs de résolution aux risques et périls du créancier et de détermination du prix. En effet, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats qui sont venues imposer une exigence de motivation à l'occasion de la mise en œuvre de ces pouvoirs, ne précisent pas la nature de la sanction applicable dans l'éventualité où le *potentior* ne s'y serait pas soumis³.

Face à un tel silence et pour remédier à l'incertitude qui en découle, il pourrait, alors, sembler opportun de se tourner vers les analyses doctrinales qui se sont intéressées à l'exigence de motivation en matière contractuelle. Cependant, il est possible de constater que les analyses doctrinales sont divisées quant à la question de la nature de la sanction applicable en cas d'absence comme d'insuffisance de motivation, ce qui ne permet donc pas véritablement de dissiper les incertitudes.

parce que le comportement imposé par la clause ne l'est pas dans l'intérêt exclusif de la partie qui entend se prévaloir d'un pouvoir contractuel de sanction. Assurément, la clause qui instaure une conciliation préalable le fait dans l'intérêt de chacune des parties au contrat. Pour une analyse détaillée expliquant le rejet des clauses de conciliation préalable de la catégorie des incombances, v. : B. FRELETEAU, *Devoir et incombance* en matière contractuelle, *op. cit.*, n° 524, p. 455-456.

¹ Pour un tel constat, v. : *supra*, n° 481, p. 566 et s.

² Pour une mise en évidence de ce que le mécanisme de la prescription extinctive ne semble pas appelé, en matière de pouvoirs contractuels, à affecter leur jouissance, mais seulement leur exercice, v. : *supra*, n° 358 et s., p. 396 et s.

³ Le nouvel art. 1226 qui impose, en son quatrième alinéa, au créancier qui se prévaut du mécanisme de la résolution unilatérale à ses risques et périls, de communiquer les raisons qui motivent l'exercice de ce pouvoir, ne précisent pas les conséquences de son inobservation. Il en va de même des articles 1164 et 1165 du C. civ. qui ne précisent pas la nature de la sanction applicable dans l'éventualité où la partie titulaire du pouvoir de détermination du prix, respectivement dans les contrats-cadre et les contrats de services, n'aurait pas satisfait à l'exigence de motivation.

Pour certains auteurs, il conviendrait de privilégier une sanction qui prive l'acte accompli de ses effets¹, c'est-à-dire une sanction qui entraîne son inefficacité. Cette sanction pourrait, ainsi, être la nullité². De la sorte, l'exigence de motivation viendrait se présenter comme une condition de validité de l'acte de modification des effets du contrat dont le non-respect devrait conduire au prononcé de sa nullité. Retenir une telle sanction permettrait de conférer une grande valeur à l'exigence de motivation et, par là même, de ne pas la reléguer au rang de simple formalité accessoire et facultative.

Mais la sanction qu'est la nullité fait généralement l'objet de critiques lorsqu'elle se trouve attachée aux règles de forme et son application à l'exigence de motivation n'a, bien entendu, pas échappé à ces critiques. Certains ont pu souligner le risque d'une précarité accrue des relations contractuelles³. En effet, une application systématique de la nullité en cas d'absence ou d'insuffisance de motivation pourrait, selon la célèbre formule, venir transformer la « transparence cristal » en « transparence chicane »⁴. En raison de ce risque, il conviendrait, alors, de sanctionner les manquements à l'exigence de motivation en matière de pouvoirs de résolution ou de fixation unilatérale du prix non pas par la nullité de l'acte accompli, mais seulement par l'octroi de dommages-intérêts.

Une telle solution n'est cependant pas non plus à l'abri des critiques puisqu'elle tend à ôter toute valeur à l'exigence de motivation en réduisant à peu de chose son rôle d'instrument de légitimation de l'acte adopté par le *potentior*. Pour parvenir à concilier le souci de protection des intérêts du cocontractant avec celui de ne pas précariser outre mesure l'exercice de pouvoir dans le contrat, il a pu être proposé de soumettre l'exigence de motivation à la règle « pas de nullité sans grief ». Autrement dit, à l'instar du sort réservé à l'inobservation de certaines exigences procédurales en matière de procédure civile, la nullité de l'acte de modification des effets du contrat devrait être subordonnée à la démonstration d'un préjudice subi par le cocontractant en raison de l'absence ou de l'insuffisance de motivation. En cela, il appartiendrait donc au juge de vérifier si le cocontractant a pu, ou non, avoir eu connaissance des motifs qui ont justifié l'exercice du pouvoir par un autre biais. Ce n'est alors, qu'en

¹ v. not. en ce sens : L. AYNÈS, « *Motivation et justification* », art. préc., où l'auteur considère que « L'absence ou la fausseté de la motivation doit empêcher l'acte de produire son effet : il est inintelligible, partant irrecevable par son destinataire ». *Adde*, C. POMART-NOMDÉDÉO, « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », art. préc., spéc., p. 226 ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 351, p. 383-284.

² v. not. en ce sens : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, op. cit., n° 351, p. 383.

³ v. : D. FERRIER, « *Une obligation de motiver ?* », art. préc., n° 10 et 11.

⁴ Cette formule a pu être employée pour décrire les désavantages liés aux sanctions du formalisme informatif en matière de droit de la consommation qui peuvent se trouver détournées de leur objectif premier de protection pour devenir des instruments permettant aux consommateurs de se délier de contrats pourtant librement, car lucidement, conclus. Pour l'emploi de cette formule, v. : D. MAZEAUD, « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », D. 2002, p. 71 et s. où l'auteur reprend cette formule dont on doit la paternité au doyen CARBONNIER (J. CARBONNIER, « *Propos introductifs* », in *La transparence*, RJ com. 1993, n° spécial, p. 9 et s., spéc., p. 13). Ladite formule sied, alors, tout à fait à l'exigence de motivation en matière de pouvoirs contractuels puisque venir sanctionner tout défaut ou toute insuffisance de motivation par la nullité de l'acte de modification des effets du contrat inviterait le cocontractant à remettre celui-ci systématiquement en cause. La « transparence-cristal » destinée à protéger le cocontractant se transformerait, de la sorte, en « transparence-chicane ».

l'absence d'une telle preuve, que la nullité de l'acte de modification des effets du contrat pourrait être prononcée.

Bien que ces différentes analyses doctrinales ne permettent malheureusement pas de lever les incertitudes qui entourent la question de la nature de la sanction applicable en cas de défaut ou d'insuffisance de motivation en matière de résolution ou de détermination du prix, il semblerait, néanmoins, que la dernière de celles-ci doive être encouragée en ce qu'elle permet de tenir compte de l'impact réel du défaut ou de l'insuffisance de motivation.

Il apparaît, en second lieu, que les contours du domaine dévolu à la sanction qu'est l'inefficacité peuvent être rendus incertains par le manque d'homogénéité du droit positif qui vient parfois sanctionner le non-respect d'une même exigence de manière différente d'un pouvoir contractuel à l'autre. En d'autres termes, l'incertitude tient, ici, en ce qu'il s'avère impossible de dégager, pour certaines exigences qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, des solutions homogènes et uniformes, ce qui ne favorise pas la lisibilité du droit positif.

Une illustration probante en est fournie par l'exigence de concertation préalable dont la sanction afférente à son inobservation est susceptible de différer selon les pouvoirs contractuels exercés. Ainsi, par exemple, en matière de mise à pied disciplinaire, la loi offre la possibilité de sanctionner le non-respect de cette formalité préalable par le prononcé de la nullité de cette sanction¹. Possibilité que la jurisprudence a, du reste, pu saisir². En revanche, la loi exclut la nullité en cas d'inobservation de l'exigence de concertation préalablement au prononcé d'un licenciement, peu important, d'ailleurs, que celui-ci soit disciplinaire ou non³. Autrement dit, en matière de licenciement, l'absence de concertation préalable ne peut donner lieu qu'à une indemnisation. Cette sanction du non-respect de l'exigence de concertation préalable par l'octroi de dommages-intérêts se retrouve, également, en matière de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier dans les arrêts où la jurisprudence a pu reconnaître l'existence d'une telle formalité préalable⁴.

De la même manière, il est possible de constater une disparité de sanctions en cas de non-respect des délais d'attente qui peuvent être imposés au titulaire d'un pouvoir contractuel⁵. L'inobservation de ces délais d'attente qui ne constituent pas, à proprement parler, une formalité à accomplir mais, plutôt, une exigence procédurale à respecter, a, par exemple, pu

¹ Pour rappel, le prononcé d'une mise à pied disciplinaire suppose de suivre la procédure disciplinaire prévue notamment par l'art. L. 1332-2 du C. trav. qui impose un entretien préalable obligatoire. Or, l'art. L. 1333-2 du C. trav. autorise le conseil de prud'hommes à annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise. Autrement dit, la loi offre la possibilité, à travers ce dernier article, de sanctionner le non-respect de la formalité que constitue l'entretien préalable par la nullité de la sanction prononcée.

² v. : Cass. soc. 14 novembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 297, p. 213.

³ En matière de licenciement personnel, c'est l'art. L. 1235-2 al. 5 qui dispose que les irrégularités commises au cours de la procédure de licenciement ne peuvent être sanctionnées que par une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. L'art. L. 1333-3 du C. trav. qui vient soustraire le licenciement disciplinaire à l'art. L. 1333-2, et donc, à l'annulation, notamment en cas d'irrégularité formelle, renvoie aux dispositions prévues pour le licenciement pour motif personnel. Autrement dit, en cas de non-respect de la formalité que constitue l'entretien préalable dans le cadre d'un licenciement disciplinaire, ce sont les dispositions de l'art. L. 1235-2 al. 5 qui vont venir s'appliquer.

⁴ v. : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, préc. et Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, préc. Pour une analyse plus précise de ces arrêts, v. : *supra*, n° 484, p. 571 et s.

⁵ Au sujet de ces délais, v. : *supra*, n° 482, p. 568 et s.

être sanctionné, en matière de mise à pied disciplinaire seulement par l'octroi de dommages-intérêts¹. À l'opposé, il semblerait que le non-respect de ces délais qui sont imposés, par la loi, au créancier qui désirerait se prévaloir d'une clause résolutoire lorsque celle-ci a été stipulée dans un bail d'habitation ou dans un bail commercial, soit sanctionné par l'inefficacité de la mise en œuvre du pouvoir. Cette sanction vient, alors, se déduire des termes mêmes de la loi qui dispose, dans le cadre des baux d'habitation régis par la loi du 1^{er} septembre 1948 et des baux commerciaux, que les clauses résolutoires ne peuvent « produire effet » qu'après une mise en demeure restée infructueuse pendant un délai d'un mois² et, en matière baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989, que la clause résolutoire ne peut « produire effet » que deux mois après un commandement de payer demeuré infructueux³.

Cette disparité de sanctions en fonction du type de pouvoir contractuel exercé ne renforce pas la cohérence de leur régime, ce qui peut apparaître regrettable. Confronté au non-respect de ces exigences qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, le juge devra, ainsi, adopter une démarche casuistique, en recherchant, au cas par cas, c'est-à-dire en fonction du type de pouvoir contractuel auquel il sera confronté, quelle est la sanction applicable.

Au final, ces différents développements semblent avoir permis de préciser les contours du domaine dévolu à l'inefficacité en cas de non-respect des exigences qui encadrent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels. En effet, la mise au jour des points d'incertitude concernant l'application de cette sanction contribue à en définir le domaine, tout autant que le recensement des exigences dont l'inobservation doit en entraîner à coup, l'application.

Si l'inobservation de certaines exigences qui encadrent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels peut venir faire obstacle à la production par ces derniers de leurs effets, il ne s'agit toutefois pas de la seule sanction susceptible de s'appliquer ici. En sus de cette sanction, ou à la place de celle-ci lorsque son prononcé n'est pas autorisé par le droit positif, le *potentior* qui viendrait à manquer aux exigences procédurales qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative peut semble-t-il, également, être condamné à verser des dommages-intérêts à son cocontractant en réparation du préjudice subi par ce dernier.

B. L'indemnisation du préjudice causé.

599. Inobservation de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels et responsabilité.- En ne respectant pas les exigences formelles qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative le titulaire d'un pouvoir contractuel vient commettre un faute qui peut être de nature à causer un préjudice à son cocontractant. En cela, le *potentior* peut donc voir sa

¹ v. par ex. : Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-44.314, où l'inobservation par l'employeur du délai d'un jour franc entre l'entretien préalable et la notification de la sanction n'a pas été considéré comme une irrégularité susceptible de justifier son annulation.

² v. : l'art. 80 al. 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1948 et l'art. L. 145-41 du C. com.

³ Art. 24 al. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989.

responsabilité engagée et, ce faisant, être condamné à indemniser le cocontractant pour le préjudice causé.

Néanmoins, toute la question est alors de savoir si ce préjudice doit être réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle ? Ici, étant donné que le préjudice subi par le contractant ne découlerait pas de la méconnaissance d'une norme prescrivant un devoir de portée générale supporté par tout un chacun dans le cadre de la vie en société, mais de la méconnaissance d'une norme particulière prescrivant les conditions d'exercice d'un pouvoir dans un cadre contractuel, le fondement adéquat semblerait être celui de la responsabilité contractuelle.

De la sorte, la réparation du préjudice causé devrait être soumise au régime de la responsabilité contractuelle, ce qui signifie que le *potentior* ne pourrait être tenu que du préjudice prévisible. De même, il pourrait également se prévaloir des clauses limitatives de responsabilité qui auraient été stipulées pour limiter l'indemnisation du préjudice résultant de la mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir contractuel.

Naturellement, ces limites légales et conventionnelles ne devront pas trouver à s'appliquer dans l'éventualité où le *potentior* viendrait à commettre une faute dolosive ou une faute lourde. Autrement dit, dans l'hypothèse où le manquement aux exigences qui encadrent la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels aurait été réalisé intentionnellement ou serait le résultat d'une attitude négligente revêtant un degré de gravité extrême, le *potentior* se verrait tenu de réparer le préjudice, même imprévisible, causé au cocontractant et les clauses limitatives de responsabilité devraient être écartées.

600. Conclusion de la Section II.- Deux types de sanctions non-exclusives l'une de l'autre semblent donc susceptibles de s'appliquer en cas d'inobservation des formalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

La première est l'inefficacité de l'exercice du pouvoir. Plus exactement, il a été mis en évidence que l'inefficacité n'est pas une sanction attachée à l'inobservation de toutes les formalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels. Seul le non-respect de la mise en demeure, de la délivrance de l'information concomitante à la mise en œuvre effective des pouvoirs contractuels, ou encore, de l'exigence de conciliation préalable issue d'une clause du contrat, semble à même de priver d'effet la mise en œuvre des pouvoirs contractuels¹. Bien qu'il ne s'agisse pas véritablement d'une formalité à accomplir, mais plutôt d'une exigence à respecter, il semblerait aussi que le non-respect des délais qui encadrent la délivrance de l'information préalable à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels entraîne l'inefficacité de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels².

¹ Il existe, d'ailleurs, à l'heure actuelle, des points d'incertitudes quant à la sanction de l'inaccomplissement de certaines formalités procédurales. Sur ces points d'incertitude liés, soit, aux silences de la loi, soit, au manque d'homogénéité du droit positif qui propose, parfois, des sanctions différentes d'un pouvoir contractuel à l'autre pour l'inaccomplissement d'une même formalité, v. : *supra*, n^o, p.

² Ces délais pour agir évoquent le mécanisme de la prescription extinctive dont le jeu vient affecter l'exercice des pouvoirs contractuels. Une fois le délai pour agir écoulé, autrement dit, une fois la possibilité d'exercer le pouvoir éteinte car prescrite, celui-ci ne peut plus produire ses effets.

La seconde sanction qui peut, d'ailleurs, venir s'ajouter à la première ou se substituer à elle dans l'éventualité où celle-ci ne serait pas appelée à s'appliquer, est la condamnation du *potentior* à verser des dommages-intérêts au cocontractant pour réparer le préjudice subi par ce dernier. L'analyse a, alors, pu mettre en lumière que la réparation de ce préjudice doit s'effectuer sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Autrement dit, conformément aux règles qui gouvernent la matière, le *potentior* ne sera tenu de réparer que le préjudice prévisible et il pourra s'abriter derrière des clauses limitatives de responsabilité. Bien entendu, ces limites ne trouveront pas à s'appliquer dans l'éventualité où le manquement du *potentior* aux exigences procédurales qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative viendrait à être qualifié de faute dolosive ou de faute lourde.

L'identification des sanctions en rapport avec l'inobservation des formalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre des pouvoirs contractuels vient, de la sorte, compléter et achever l'entreprise d'identification des sanctions à la disposition des juges en matière de pouvoirs contractuels. Au final, il semblerait que l'on dispose ainsi d'une image complète de l'éventail des mesures qui sont à la disposition du juge, ou plutôt, des juges, dans l'éventualité où ceux-ci viendraient à être saisi d'un litige relatif aux pouvoirs contractuels. L'identification des différentes mesures à la disposition tant du juge des référés que des juges du fond, vient alors marquer le terme de l'étude qui se proposait d'élaborer un mécanisme de contrôle adapté aux pouvoirs contractuels et de rendre compte, par la même occasion, du rôle dévolu aux juges en la matière.

601. Conclusion de la Partie II.- Identifier le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels en tentant d'organiser un mécanisme général de contrôle judiciaire de ces prérogatives, tel était l'objectif poursuivi dans cette seconde partie et auquel il a été apporté une proposition de réponse.

La formulation de cette réponse fut, ici, articulée en deux temps dans la mesure où mettre au point une structure de contrôle adaptée aux pouvoirs contractuels et rendre compte, par la même occasion, du rôle dévolu au juge en la matière, supposait, d'une part, de définir l'objet de son contrôle et, d'autre part, de préciser les mesures à sa disposition.

La structure de contrôle proposée offre, d'ailleurs, au final, très pragmatiquement, une grille de lecture ordonnée qui recense les points de contrôle, fait apparaître les techniques pour procéder à ce contrôle et présente les mesures à la disposition des juges dans l'hypothèse où ledit contrôle aurait mis en évidence des irrégularités.

En ce qui concerne l'objet du contrôle, la grille de lecture proposée prend appui sur la distinction entre le contrôle de la jouissance et de l'exercice des pouvoirs contractuels.

Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels peut, comme il a été montré, conduire le juge à examiner trois points.

En premier lieu, le juge peut être amené à contrôler la compétence de celui qui se prétend être titulaire d'un pouvoir contractuel, c'est-à-dire son aptitude à recueillir un tel type de prérogative. Cependant, le domaine de ce contrôle est appelé à être assez restreint dans la mesure où il a été constaté que ce n'est que par exception que l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière. À ce sujet, il a

notamment été observé que les situations dans le cadre desquelles l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière semblent se concentrer autour de l'utilisation d'une technique, à savoir, celle de la délégation de pouvoir¹.

En second lieu, le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels peut inviter le juge à s'assurer de l'existence de la prérogative dont entend se prévaloir l'une des parties. Comme constaté, ce contrôle peut se développer à la fois sur le plan temporel et sur le plan matériel. Au plan temporel, il a pu être mis en évidence que la durée de jouissance des pouvoirs contractuels était, par principe, calquée sur celle du contrat, mais que les parties disposaient, en l'absence de dispositions impératives, de la possibilité d'aménager cette durée de jouissance en stipulant un terme suspensif ou un terme extinctif. Le juge pouvant, de la sorte, être conduit à vérifier que le pouvoir contractuel a été invoqué dans le cadre d'une période temporelle où sa jouissance était effective². Au plan matériel, il a été montré que la jouissance des pouvoirs contractuels pouvait être affectée par le mécanisme des conditions. En conséquence, le juge peut se trouver amené à contrôler la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition, ou encore, à vérifier que l'une des parties ne s'est pas immiscée dans le jeu du hasard lorsque la jouissance d'un pouvoir contractuel dépend d'une condition casuelle.

En troisième et dernier lieu, le juge peut être conduit à contrôler la licéité des pouvoirs contractuels lorsque leur jouissance est conférée par une clause du contrat. Ici, il a pu être montré que le droit positif offre différents fondements pour contrôler la licéité des clauses attributives de pouvoir. Le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une clause attributive de pouvoir semble, en effet, susceptible d'être appréhendé, à l'heure actuelle, sur le fondement des articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil, mais aussi sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. D'ailleurs, il a été mis en évidence que deux critères pouvaient venir guider l'appréciation de ce déséquilibre. Le premier de ces critères est celui de l'arbitraire. Ces différents textes doivent ainsi permettre de saisir les clauses de pouvoir arbitraires en raison du déséquilibre excessif que celles-ci sont de nature à créer. Le second critère est celui dit « du défaut de réciprocité ». Ce critère invite, alors, le juge à vérifier si le déséquilibre induit par la clause attributive de pouvoir est suffisamment compensé, que ce soit en valeur, par une obligation à la charge du titulaire du pouvoir ou, de manière juridique, par l'octroi au cocontractant du même pouvoir, ou encore, d'un pouvoir de nature différente susceptible de répondre au premier.

En ce qui concerne, ensuite, le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, il a été montré que le juge pouvait être appelé à contrôler, d'une part, les conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels et, d'autre part, la procédure de mise en œuvre de ces prérogatives.

Quant au fond, il s'agissait de mettre sur pied un mécanisme de contrôle qui devait permettre au juge, en premier lieu, de vérifier que les limites objectives qui encadrent l'exercice

¹ L'utilisation de cette technique, notamment dans le cadre d'une entreprise, devant inviter le juge à vérifier si le délégataire dispose bien de la qualité de membre de ladite entreprise. Au sujet du contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, v. : *supra*, n° 343 et s., p. 384 et s.

² Au sujet du contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels sur le plan temporel, v. : *supra*, n° 362 et s., p. 399 et s.

des pouvoirs contractuels ont bien été respectées, et, en second lieu, de contrôler la moralité du titulaire du pouvoir lors de la mise en œuvre de sa prérogative. Afin de conférer au juge la possibilité de procéder à un tel contrôle, deux techniques ont pu être proposées.

La première de ces techniques est le contrôle du dépassement de pouvoir qui doit permettre au juge de vérifier que le titulaire d'un pouvoir contractuel s'est bien conformé aux limites objectives qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative. Cette technique se présente, ainsi, comme un moyen de saisir l'abus par dépassement de pouvoir, c'est-à-dire le non-respect du but, des motifs-efficients, ou encore, des moyens à employer, qui sont susceptibles d'encadrer la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

La seconde technique proposée qui doit, pour sa part, permettre d'apprécier la moralité du titulaire du pouvoir à l'occasion de la mise en œuvre de sa prérogative est celle du contrôle du détournement de pouvoir. Comme il a été constaté, ce contrôle peut conduire le juge à examiner le comportement du titulaire du pouvoir ainsi que ses mobiles. Le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir apparaît, d'ailleurs, appelé à jouer un double rôle. Si ce contrôle peut servir à appréhender la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir en elle-même, c'est-à-dire la commission d'un abus par déloyauté, il doit également permettre de rapporter la preuve des mobiles du titulaire du pouvoir, et cela, dans la perspective démontrer que ce dernier a méconnu sciemment la finalité assignée à sa prérogative, et de caractériser, ainsi, l'existence d'un abus par détournement de pouvoir.

Quant à la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la diversité des formalités dont l'accomplissement peut être imposé au titulaire d'un pouvoir contractuel supposait de les recenser et d'en proposer une présentation organisée. L'identification de ces différentes formalités a permis de tracer les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, ce qui doit en faciliter le contrôle. Ainsi, il a pu être montré que préalablement à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, les titulaires de telles prérogatives peuvent être tenus d'accomplir des formalités informatives, mais aussi, de mettre en demeure le cocontractant, de se concerter avec ce dernier, ou encore, de tenter une conciliation. Concomitamment à la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il a été mis en évidence que les titulaires de ces prérogatives sont tenus d'informer leurs cocontractants. En outre, ils peuvent se voir imposer une exigence de motivation.

Une fois l'objet du contrôle défini, il s'agissait de parachever la mise au point du mécanisme de contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels en identifiant les mesures qui sont à la disposition des juges dans l'éventualité où un tel contrôle viendrait à mettre en évidence des irrégularités. Ici, la grille de lecture proposée présente, en premier lieu, les mesures à la disposition du juges des référés et, en second lieu, les mesures à la disposition des juges du fond.

En ce qui concerne le juge des référés, il a pu être montré que ce dernier pouvait être saisi, soit, au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, soit, une fois celle-ci achevée.

Lorsqu'il se trouve être saisi au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, ce dernier peut prononcer des mesures destinées à suspendre le cours d'une telle

procédure. Ces mesures dont l'effet est de suspendre la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels peuvent être de deux natures différentes.

D'une part, la suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel pourra être la conséquence du prononcé d'une mesure conservatoire destinée à en arrêter temporairement le cours jusqu'à ce qu'une solution amiable ou juridictionnelle soit donnée au litige qui oppose les parties. Une telle mesure conservatoire pourra être prononcée, même en présence d'une contestation sérieuse, soit, sur le fondement de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile qui permet, en cas d'urgence, de prendre toute mesure que justifie l'existence d'un différend, soit, sur le fondement de la première branche de l'article 809 al. 1^{er} du même Code qui permet de prendre des mesures destinées à prévenir la réalisation d'un dommage imminent.

D'autre part, la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels pourra être suspendue suite au prononcé d'une mesure d'anticipation. De telles mesures vont alors permettre d'aller plus loin que les simples mesures conservatoires destinées à geler la situation, en intimant, par exemple, au titulaire d'une telle prérogative de remettre les choses dans leur état initial ou de régulariser la procédure en cours avant de la poursuivre. Ces mesures ne pourront être obtenues qu'en l'absence de contestation sérieuse. Et leur prononcé se fera, soit, sur la première branche de l'article 808 du Code de procédure civile qui autorise le juge des référés, en cas d'urgence, à prendre toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, soit, la seconde branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code qui confère au juge des référés la possibilité de prendre des mesures destinées à faire cesser un trouble manifestement illicite.

Lorsqu'il sera saisi une fois la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels achevée, le juge des référés disposera de la possibilité de prendre des mesures destinées à suspendre les effets résultant de l'exercice de ces prérogatives. Ces mesures, dont l'intérêt est de prévenir la matérialisation des effets des pouvoirs contractuels, pourront, ici aussi, prendre la forme de mesures conservatoires ou de mesures d'anticipation.

Afin de prévenir la matérialisation des effets des pouvoirs contractuels, il a pu être montré que le juge des référés peut prononcer des mesures conservatoires telles que des mesures de mise sous séquestre, mais aussi, faire interdiction au titulaire d'un pouvoir contractuel de tirer les conséquences de la mise en œuvre de sa prérogative sur le plan matériel, ou encore, ordonner le maintien temporaire des effets d'un contrat en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résiliation. Le prononcé de ces mesures conservatoires pourra, ici encore, obtenu sur fondement de l'article de la seconde branche de l'article 808 du Code de procédure civile ou sur le fondement de la première branche de l'article 809 alinéa 1^{er} du même Code.

Il a également pu être constaté que la matérialisation des effets d'un pouvoir contractuel pouvait être prévenue via le prononcé d'une mesure d'anticipation. Différents fondements paraissent alors susceptibles d'être utilement sollicités. Tel est le cas de la seconde branche de l'article 809 al. 1^{er} du Code de procédure civile dédié à la cessation du trouble manifestement illicite qui doit, par exemple, permettre au juge des référés, en cas de mise en œuvre manifestement irrégulière d'un pouvoir de résiliation, de prononcer une mesure de remise en état ordonnant la reprise de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales, et ce, afin de faire cesser ledit trouble. En outre, il semble possible de faire appel aux dispositions de l'alinéa

second de l'article 809 du Code de procédure civile. Le recours au référé-injonction peut, en effet, apparaître opportun pour neutraliser les effets d'un pouvoir de résolution ou de résiliation mis en œuvre de manière manifestement irrégulière. Quant au recours au référé-provision, celui-ci peut s'avérer intéressant afin de prévenir la matérialisation des effets des pouvoirs destinés à provoquer la suspension ou la disparition d'obligations dont l'objet est le paiement d'une somme d'argent.

En ce qui concerne les juges du fond, la grille de lecture ici proposée vient associer aux points du contrôle préalablement recensés différentes mesures de sanctions susceptibles d'être constatées ou prononcées par ces derniers dans l'éventualité où ils viendraient à être saisis. Autrement dit, ont pu être recensées les sanctions relatives au contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels et au contrôle de leur exercice.

Quant à la jouissance des pouvoirs contractuels, il a pu être montré que le juge pouvait être amené à constater l'incompétence de celui qui se prétend être titulaire d'un pouvoir contractuel. Il peut également constater la non-existence d'une telle prérogative. Ou encore, en cas d'illicéité de la clause attributive de pouvoir, constater son caractère non-écrit¹.

Ces différentes sanctions font, alors, état d'un défaut de pouvoir, c'est-à-dire d'une absence de titularité des pouvoirs contractuels. Dans l'éventualité où ce défaut de pouvoir serait découvert après que le prétendu *potentior* a procédé à la modification des effets du contrat, il a pu être mis en évidence que le juge pouvait être appelé à prononcer différentes sanctions. En cas de modification des effets du contrat réalisée sans pouvoir, le juge pourra prononcer la nullité de l'acte unilatéral de modification desdits effets du contrat. S'il estime la faute commise comme étant dotée d'un degré de gravité suffisant, le juge disposera de la possibilité de prononcer la résolution du contrats aux torts du prétendu *potentior*. À la place de cette sanction, il lui sera également possible de condamner le prétendu *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations dans l'éventualité où ce dernier se serait placé en situation d'inexécution fautive².

Quant à l'exercice des pouvoirs contractuels, ont pu être recensées les sanctions qui se rapportent au contrôle des conditions de fond de leur mise en œuvre, tout comme celles qui sont relatives au contrôle de leur procédure de mise en œuvre.

À propos du fond, ont pu être identifiées les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir, les sanctions de l'abus par déloyauté et de l'abus par détournement de pouvoir.

En cas d'abus par dépassement de pouvoir ou d'abus par détournement de pouvoir, il a été mis en évidence que le juge pouvait faire appel à trois types de sanctions.

¹ Il a pu être mis en évidence que le réputé non-écrit est, dans la majorité des cas, la sanction associée aux dispositions qui permettent de contrôler la licéité des clauses attributives de pouvoir. Comme il a été constaté, ce contrôle peut notamment être réalisé sur le fondement des articles 1170, 1171 du Code civil, mais aussi sur le fondement des dispositions du droit de la consommation relatives aux clauses abusives, qui ont expressément pour sanction le réputé non-écrit. En outre, il a pu être montré que la jurisprudence tendait également à développer cette sanction lorsqu'elle a recours à l'art. L. 442-6, I, 2° du C. com., et ce, alors même que cet article ne prévoit pas une telle sanction. Ici, seul l'art. 1143 du C. civ. n'a pas pour sanction le réputé non-écrit. Cet article doit, en effet, permettre de sanctionner par la nullité du contrat l'avantage manifestement excessif issu d'une clause attributive de pouvoir qui aurait été obtenu par violence ou, plus exactement, suite à l'exploitation abusive d'une situation de dépendance.

² Le recours à cette sanction sera cependant écarté en cas d'impossibilité matérielle ou morale.

D'abord, il lui est possible de prononcer la nullité de l'acte de modification des effets du contrat édicté par le *potentior*. Ensuite, il peut avoir recours aux sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire du contrat. Autrement dit, s'il estime la faute commise comme suffisamment grave, le juge pourra prononcer la résolution du contrat aux torts du *potentior*. En lieu et place de cette sanction, il lui sera également possible de condamner le *potentior* à reprendre l'exécution de ses obligations, et ce, bien entendu, sauf en cas d'impossibilité matérielle ou morale. Enfin, le juge dispose de la possibilité de condamner le *potentior* à réparer le préjudice causé au cocontractant.

En cas d'abus par déloyauté, il a été constaté que le juge dispose de la possibilité de prononcer la résolution du contrats aux torts du *potentior* dans l'éventualité où la déloyauté commise correspondrait à un manquement suffisamment grave à des exigences comportementales de nature contractuelle. Le juge pourra également condamner le *potentior* à réparer le préjudice subi par le cocontractant. En outre, il a été précisé que si le juge désire prononcer la nullité de l'acte édicté par le *potentior* dans l'éventualité où l'abus par déloyauté commis par ce dernier l'aurait également conduit à commettre un dépassement de pouvoir, la jurisprudence « Les Maréchaux » lui impose de vérifier, dans chaque espèce qui lui est soumise, si cette sanction n'a pas pour effet de réécrire le contrat¹.

Quant au sujet des sanctions relatives à la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il semblerait que deux sanctions soient susceptibles de s'appliquer. D'une part, il a pu être montré que l'inobservation de certaines formalités procédurales pouvait se traduire par l'inefficacité de l'exercice du pouvoir². D'autre part, le juge dispose de la possibilité de condamner le *potentior* à réparer le préjudice causé au cocontractant qui résulterait de l'inobservation des formalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative.

Au final il est intéressant de constater que le mécanisme général de contrôle des pouvoirs contractuels ici proposé, a été élaboré à partir de techniques de contrôle et de moyens de sanctions offerts par le droit positif.

Certes, certains pourraient objecter que d'une manière générale, la structure du contrôle proposé se rapproche davantage de la structure du contrôle du recours pour excès de pouvoir du droit administratif que des procédés traditionnels de contrôle connus du droit privé.

En effet, par exemple, contrôler la compétence du titulaire du pouvoir, mais aussi la régularité de la procédure suivie, peut rappeler le contrôle de légalité externe des actes administratifs. Dans le même esprit, contrôler les motifs-efficients qui ont justifié l'exercice d'un pouvoir, les moyens employés, via notamment, l'exigence de proportionnalité, ou encore, contrôler la conformité du but poursuivi par le *potentior*, peut faire penser au contrôle de la légalité interne des actes administratifs.

Ce rapprochement n'est cependant pas une révolution, mais une simple évolution liée au fait que le droit privé est de plus en plus souvent confronté à la notion de pouvoir, alors que cette notion est traditionnellement plus familière au droit administratif qui a donc développé, plus tôt, des outils pour l'appréhender. Dès lors, le droit privé se trouve naturellement appelé à

¹ Autrement dit, la paralysie des effets du pouvoir qui résulterait de l'annulation de l'acte de modification des effets du contrat ne doit pas avoir pour conséquence de réécrire le contrat.

² Au sujet de ces formalités procédurales, v. : *supra*, n° 597, p. 759 et s.

développer des instruments de contrôle similaires à ceux mis en place en droit administratif pour appréhender la mise en œuvre d'une telle prérogative.

En cela, le juge judiciaire peut être amené, en matière de pouvoirs contractuels, à contrôler la compétence du *potentior* et la régularité de la procédure suivie par ce dernier, chose à laquelle il procède, d'ailleurs, déjà. En outre, il est à noter que, si le droit privé avait déjà reçu la technique de contrôle du détournement de pouvoir, il est également actuellement en train de développer, sous l'impulsion du législateur et de la jurisprudence, une technique de contrôle des conditions objectives de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, c'est-à-dire des motifs-*efficients*, des moyens et du but qui sont susceptibles d'encadrer leur exercice. Cette technique de contrôle, depuis longtemps pratiquée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, est celle que l'on a pu, ici, qualifier de contrôle du dépassement de pouvoir.

En définitive, il semble donc qu'il n'a été procédé, dans le cadre de cette étude, qu'à une simple mise en ordre de points de contrôle, de techniques de contrôle et de sanctions déjà connus du droit positif et même, plus précisément, du droit privé positif. Ce constat est alors tout à fait intéressant car cela signifie que cette étude, en sus de proposer un mécanisme général de contrôle des pouvoirs contractuels et de préciser, par la même occasion, le rôle dévolu au juge, a permis de montrer que le droit positif disposait, à l'heure actuelle, des moyens nécessaires pour appréhender le phénomène de pouvoir contractuel.

Conclusion générale

602. **Les pouvoirs contractuels : un mécanisme enfin complètement identifié ?**- Au terme de cette étude se pourrait-il que le flou qui entoure traditionnellement le phénomène de pouvoir contractuel se soit enfin dissipé ? Ce flou, longtemps entretenu par la méfiance à l'égard d'un mécanisme qui déroge à la logique consensualiste du contrat, se devait d'être levé, et ce, notamment depuis que la réforme du droit des contrats a officiellement reconnu une place aux pouvoirs contractuels parmi les dispositions générales du Code civil dédiées au contrat.

Afin de tenter de dissiper le flou et les inquiétudes entourant les pouvoirs contractuels, l'étude entreprise devait remplir un double objectif. En premier lieu il convenait de chercher à identifier précisément les contours des pouvoirs contractuels. En second lieu, il s'agissait de tenter d'identifier la place dévolue au juge en matière de pouvoirs contractuels, et cela, en essayant d'élaborer un mécanisme général de contrôle adapté à ces prérogatives. La réponse ici proposée à chacun de ces objectifs doit permettre de lever les incertitudes autour du mécanisme des pouvoirs contractuels en offrant de celui-ci une image nette et complète.

603. **L'identification précise des contours des pouvoirs contractuels.**- Donner une image précise des contours des pouvoirs contractuels supposait de clarifier tant la question des manifestations des pouvoirs contractuels que celle de leur qualification. D'ailleurs, l'enjeu de qualification apparaissait primordial puisqu'il s'agissait, certes, d'identifier une qualification qui soit susceptible de saisir les manifestations des pouvoirs contractuels, mais surtout qui permette à ces prérogatives de se fondre dans la logique contractuelle. En effet, si les logiques du pouvoir et du contrat sont, *a priori*, opposées – unilatéralisme contre consensualisme –, la reconnaissance officielle d'une place au pouvoir parmi les mécanismes généraux du droit des contrats invitait naturellement à chercher un moyen de concilier leurs logiques.

Pour parvenir à identifier une qualification en mesure de concilier les logiques du pouvoir et du contrat, il fut proposé d'adopter une démarche inductive. Autrement dit, il s'agissait d'essayer d'identifier précisément les manifestations des pouvoirs contractuels pour, ensuite, tenter de distinguer la qualification la plus adaptée.

Entreprendre une telle démarche inductive nécessitait cependant un point de départ. Point de départ qui a pu être trouvé dans une première esquisse notionnelle des pouvoirs contractuels. Cette esquisse présentant ces derniers comme des prérogatives, distinctes du contenu obligationnel, dont la jouissance est conférée à l'une ou l'autre des parties, et dont la mise en œuvre au moyen d'une manifestation unilatérale de volonté, permet, à la partie qui s'en prévaut, d'imposer à son cocontractant une modification des effets du contrat définitivement formé qui les unit.

L'analyse ici entreprise invitait donc à identifier les manifestations des pouvoirs contractuels à partir de la définition précitée. L'étape d'identification des manifestations des

pouvoirs contractuels a permis de parfaire la connaissance de ce phénomène aux contours incertains en précisant successivement, son domaine, son objet et le support de sa manifestation.

L'identification du domaine des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel a permis de montrer que celui-ci transcende les différentes catégories de contrats dégagées par la doctrine.

Certaines manifestations de ce phénomène ont ainsi, d'abord, pu être recensées dans le cadre des contrats-commutation. Les pouvoirs contractuels y ayant d'ailleurs diverses fonctions. Certains, comme les pouvoirs de résolution unilatérale aux risques et périls du créancier ou en vertu d'une clause résolutoire, l'exception d'inexécution, le remplacement ou le laissé pour compte ont une fonction de sanction de l'inexécution. D'autres, tels que les pouvoirs de résiliation et de prorogation du terme ont pour fonction d'influer sur la durée du contrat. D'autres encore, comme les pouvoirs de rétractation permettent à une partie de revenir sur sa parole et se délier d'un engagement. D'autres, enfin, comme le pouvoir de détermination du prix ont pour fonction de définir le contenu de l'engagement.

Ensuite, des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ont pu être mises en évidence au cœur des groupements de droit privé, et plus exactement, dans le cadre du contrat qui organise les rapports internes entre les parties. Certaines résolutions d'assemblées, telles que celles modifiant les rapports internes entre les parties ou celles qui décident de l'affectation du bénéfice de l'exercice ont pu être identifiées comme des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel. De même, tendent à se présenter comme des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel les décisions qui permettent à l'organe compétent d'agréer le cessionnaire d'actions ou de parts sociales ainsi que les décisions d'exclusions prononcées à l'encontre d'un membre du groupement en vertu d'une clause statutaire.

Enfin, des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel ont pu être recensées dans le cadre des contrats-coopération. Tel est le cas, par exemple, des clauses qui confèrent à un franchiseur la possibilité de modifier le savoir-faire qu'il doit transmettre au franchisé pour l'actualiser, des clauses qui confèrent au concédant la possibilité de définir les conditions de vente du concessionnaire, ou encore, des clauses qui permettent à un éditeur d'imposer une modification de l'œuvre réalisée par l'auteur.

Malgré l'apparente hétérogénéité des manifestations du phénomène de pouvoir contractuel, liée à la diversité de leur domaine, il a, par la suite, pu être montré que celles-ci sont unies par une identité d'objet, à savoir, la modification des effets du contrat.

L'identification de l'objet des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence que si les pouvoirs contractuels ont pour objet de modifier les effets d'un contrat définitivement formé, tous n'ont pas cependant pour objet de modifier les mêmes effets du contrat.

Certains ont pour objet de modifier les effets obligationnels du contrat. Il peut alors s'agir d'une modification affectant le lien d'obligation lui-même. Tel est l'objet des pouvoirs de résolution de résiliation ou de rétractation qui provoquent son anéantissement, ou encore, des pouvoirs qui tels que l'exception d'inexécution ou le droit de retrait du salarié permettent de provoquer sa suspension. Mais il peut aussi s'agir d'une modification des éléments qui sont unis par le lien d'obligation. Les pouvoirs contractuels peuvent, ainsi, avoir pour objet de modifier l'objet de l'obligation, ce que permet, par exemple, le pouvoir de détermination du

prix. Ou encore, ils peuvent permettre d'influer sur l'identité des parties au contrat, ce qui est notamment le cas avec les clauses en permettant la cession ou celles imposant un agrément lors d'une cession.

D'autres pouvoirs contractuels, peuvent avoir pour objet principal de provoquer une modification des effets non-obligationnels du contrat. Parmi ceux-ci, il en est qui permettent de modifier l'effet assujettissant du contrat, comme les pouvoirs issus des clauses de variation d'horaire et de mobilité stipulées dans les contrats de travail. Il en existe également qui permettent de modifier l'effet réel du contrat comme la décision majoritaire de mise en réserve des bénéfiques, ou encore, de la décision de déspecialisation partielle.

Au cours de l'étude de l'objet des pouvoirs contractuels, il fut constaté que la modification réalisée affecte tant la situation juridique du titulaire du pouvoir que celle de son cocontractant, ce qui se présente alors comme un point commun à tous les pouvoirs contractuels. Cette observation relative à la portée des effets des pouvoirs contractuels devait être gardée à l'esprit, puisque, par la suite, lors de l'opération de qualification des pouvoirs contractuels, il convenait de chercher à identifier une prérogative qui permet à son titulaire d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui.

Cependant, avant d'entreprendre cette opération de qualification, il s'agissait de préciser un dernier point relatif aux manifestations des pouvoirs contractuels, à savoir, le support de leur expression.

L'étude du support de l'expression des pouvoirs contractuels a permis de mettre en évidence que la modification des effets du contrat imposée par le *potentior* reposait sur l'édition d'un acte juridique unilatéral. Ici, il a d'ailleurs pu être constaté que cet acte unilatéral dispose de traits caractéristiques particuliers en ce qu'il se présente comme un acte détachable, irrévocable et réceptice.

Aussi, reconnaître qu'une partie dispose la possibilité d'édicter un acte juridique unilatéral qui produit des effets de droit modifiant le contrat a pu sembler entrer en contradiction avec le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat, corollaire du principe de force obligatoire. Cette apparente contradiction a cependant pu être dépassée.

Pour y parvenir, il fut proposé de s'intéresser à la finalité du corollaire du principe de force obligatoire que constitue le principe d'irrévocabilité unilatérale du contrat. Il a alors pu être mis en évidence que ce principe a pour finalité de protéger les intérêts de chacune des parties au contrat. En effet, l'exigence d'une modification négociée doit, théoriquement, permettre à chaque partie de défendre son intérêt, soit, en la refusant, soit, en négociant ses termes. De même, l'interdiction faite à une partie de se délier seule, notamment en cas d'inexécution de la part de son cocontractant, associée à la nécessité de s'adresser à un tiers indépendant et impartial, à savoir, le juge, pour demander la résolution du contrat en cas d'inexécution, permettaient de tenir compte de l'intérêt de chacune des parties.

Or, les pouvoirs contractuels, en ce qu'ils autorisent l'une des parties à modifier seule les effets du contrat, sans avoir besoin de l'accord de son cocontractant, ni de s'adresser au juge, viennent priver ledit cocontractant des mécanismes de protection précités qui permettaient, antérieurement, de protéger son intérêt.

Toutefois, l'intérêt du cocontractant qui subit les effets du pouvoir ne doit pas être ignoré, sous peine de ne consacrer la présence que d'un seul intérêt dans le contrat, et donc, d'en anéantir la structure qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts. Autrement dit, il a pu être montré que la conciliation du principe de force obligatoire avec le phénomène de pouvoir contractuel suppose que la modification du contrat ne soit pas réalisée de manière arbitraire mais dans le respect de l'intérêt du cocontractant. Ce constat devait également, par la suite, servir à guider l'opération de qualification des pouvoirs contractuels, dans la mesure où il convenait d'identifier une prérogative dont l'exercice n'est pas abandonné au libre arbitre, c'est-à-dire à l'arbitraire, de son titulaire, mais qui impose à ce dernier de tenir compte de l'intérêt d'autrui à l'occasion de sa mise en œuvre.

Une fois les manifestations des pouvoirs contractuels identifiées, il s'agissait donc de chercher une qualification applicable à ces prérogatives qui soit à la fois susceptible de saisir leurs manifestations et qui leur permette de se fondre dans la logique contractuelle.

L'analyse a, dans un premier temps, permis de montrer que la qualification de droit potestatif était nécessaire dans la mesure où celle-ci se trouvait à même de décrire les manifestations des pouvoirs contractuels. En effet, au plan matériel, il a pu être constaté que les pouvoirs contractuels, à l'instar des droits potestatifs, ont pour objet une situation juridique. Par ailleurs, toujours à l'image des droits potestatifs, les pouvoirs contractuels établissent une situation de sujétion caractérisée par la production d'effets de droit dans la sphère d'autrui et l'impossibilité pour le sujet « passif » de s'y soustraire. Au plan volontaire, l'analyse a permis de montrer que les droits potestatifs et les pouvoirs contractuels confèrent un rôle identique à la volonté de leurs titulaires. Dans le cadre de ces deux prérogatives, la manifestation de volonté du titulaire a pour objet leur mise en œuvre et prend la forme d'un acte juridique unilatéral.

Nécessaire, la qualification de droit potestatif s'est cependant révélée insuffisante. En effet, il fut constaté que la définition classique des droits potestatifs présente la faiblesse de ne fournir aucun moyen technique à même d'encadrer l'expression de la volonté de leurs titulaires qui permettrait, de la sorte, de les contraindre à agir en tenant compte de l'intérêt du cocontractant. En cela, appliquer aux pouvoirs contractuels la seule qualification de droits potestatifs ne leur permettait pas de se fondre dans le contrat.

Pour remédier à cette faiblesse, il a été proposé, dans un second temps, de compléter la qualification de droit potestatif en rapprochant les pouvoirs contractuels de la qualification de pouvoir.

Ce choix de qualification a, dans un premier temps, semblé pertinent car la notion de pouvoir permet de saisir adéquatement la portée des effets des pouvoirs contractuel. Les pouvoirs, tout comme les pouvoirs contractuels, produisant des effets qui dépassent la seule sphère juridique de leurs titulaires, pour s'imputer sur la sphère juridique d'autrui.

Dans un second temps, il a pu être mis en évidence que le mécanisme de finalisation qui assortit les pouvoirs peut fournir une réponse appropriée à la nécessité de tenir compte de l'intérêt du cocontractant. Le mécanisme de finalisation, qui se traduit par la prédétermination objective des conditions de mise en œuvre d'un pouvoir, qu'il s'agisse de son but, des motifs-*efficients* qui en justifient l'exercice, ou encore, des moyens à employer, permet, en effet, de

limiter la part de subjectivisme dans la mise en œuvre de cette prérogative, et ainsi, d'orienter l'action de son titulaire en le contraignant à agir dans le respect de l'intérêt d'autrui.

L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels doit alors permettre de contraindre le *potentior* à agir dans le respect de l'intérêt de son cocontractant et, par conséquent, de préserver la structure du contrat qui repose sur un équilibre entre des intérêts distincts. Autrement dit, il semblerait que la clé de la conciliation des logiques du pouvoir et du contrat réside dans la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de finalisation.

De la sorte, il est apparu que la qualification à même de saisir les manifestations des pouvoirs contractuels et qui leur permette de se fondre dans la logique contractuelle, est celle de droits potestatifs finalisés. L'objectif qui consistait à chercher à concilier les logiques du pouvoir et du contrat via l'identification d'une qualification adaptée paraît donc trouver, ici, une proposition de réponse.

Cette identification précise des manifestations et de la nature des pouvoirs contractuels doit, en outre, permettre de faire de ces derniers un objet de connaissance au contenu entièrement défini et au caractère opératoire, c'est-à-dire utilisable en matière contractuelle. En cela, les pouvoirs contractuels pourraient, semble-t-il, être élevés au rang de concept.

Aussi, après avoir identifié précisément ce que sont les pouvoirs contractuels, il convenait de chercher à leur associer un régime de contrôle adapté.

604. L'identification du rôle dévolu au juge à travers la proposition d'un mécanisme général de contrôle.- En l'absence, en l'état actuel du droit positif, d'un mécanisme général de contrôle dédié aux pouvoirs contractuels, les contours de l'intervention du juge en cette matière pouvaient apparaître incertains. Afin de tenter de dissiper ces incertitudes, il fut donc proposé de rassembler les outils de contrôle et les mesures de sanction mis à disposition par le droit positif et susceptibles de servir en matière de pouvoirs contractuels, pour organiser un mécanisme général de contrôle adapté à ces prérogatives.

Ce mécanisme général de contrôle permet, semble-t-il, aujourd'hui, d'avoir une image un peu plus nette du rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels puisque ont pu être précisés, tant l'objet de son contrôle, que les mesures à la disposition de ce dernier.

La définition des contours de l'objet du contrôle a permis de montrer que le juge pouvait être amené à s'intéresser, d'une part, à la jouissance des pouvoirs contractuels et, d'autre part, à leur exercice.

Le contrôle de la jouissance peut, comme il a été constaté, se développer sur trois points.

Premièrement, il peut s'agir, pour le juge, de contrôler la compétence de celui qui se prétend être titulaire d'un pouvoir contractuel. Cependant, le domaine de ce contrôle est appelé à être assez restreint puisqu'il a pu être montré que ce n'est que par exception que l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel va venir dépendre de la détention d'une qualité particulière. Ainsi, il a été mis en évidence que ce contrôle devra essentiellement être pratiqué en cas de délégation de pouvoir contractuel dans le cadre d'une entreprise. L'aptitude du délégataire à recueillir une telle prérogative dépendant de sa qualité de membre de ladite entreprise.

Deuxièmement, le juge pourra être amené à s'assurer de l'existence du pouvoir invoqué. Ici, il s'agira de vérifier, par exemple, si la durée de jouissance d'une telle prérogative n'était

pas assortie d'un terme extinctif qui était échu au moment où son titulaire entendait s'en prévaloir. Ou encore, dans l'éventualité où l'existence d'un pouvoir contractuel dépendrait d'une condition suspensive ou résolutoire, le juge pourra être invité à contrôler la réalisation ou la défaillance de l'événement érigé en condition.

Enfin, troisièmement, le juge pourra être invité à examiner la licéité des clauses attributives de pouvoir. Le déséquilibre excessif qui résulterait de la stipulation d'une telle clause étant, semble-t-il, à l'heure actuelle, susceptible d'être appréhendé et sanctionné sur le fondement des articles 1143, 1170 et 1171 du Code civil, mais également sur le fondement des dispositions du droit de la consommation et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

En ce qui concerne le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels, l'analyse a montré que celui-ci pourra être diligenté sur deux points que sont les conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels et le respect de la procédure qui encadre cette mise en œuvre.

Relativement aux conditions de fond de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, il a pu être mis en évidence que le juge devait être en mesure de procéder à deux types de contrôle.

Le premier est celui du dépassement de pouvoir qui doit permettre au juge de vérifier que le titulaire d'un pouvoir contractuel s'est bien conformé aux limites objectives, c'est-à-dire au but, mais aussi, parfois, aux motifs-efficients et aux moyens à utiliser, qui encadrent la mise en œuvre de sa prérogative. En cas de non-respect de ces limites objectives par le *potentior*, le juge constatera la commission d'un abus par dépassement de pouvoir.

Le second type de contrôle est celui du détournement de pouvoir. Ce contrôle doit permettre d'apprécier la moralité du titulaire d'une telle prérogative à l'occasion de sa mise en œuvre en invitant le juge à s'intéresser au comportement adopté par ce dernier et à ses mobiles. D'ailleurs, et comme il a été montré, l'examen du comportement du *potentior* va jouer un double rôle. S'il doit permettre de saisir la déloyauté comportementale du titulaire du pouvoir, c'est-à-dire la commission d'un abus par déloyauté, il doit également permettre de rapporter la preuve des mobiles du titulaire du pouvoir, et cela, dans la perspective démontrer que ce dernier a méconnu sciemment la finalité assignée à sa prérogative et commis, de la sorte, un abus par détournement de pouvoir.

Au sujet de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, la diversité des formalités dont l'accomplissement peut être imposé au *potentior* invitait à en proposer une présentation organisée pour avoir une vision d'ensemble de ce que le juge peut être amené à contrôler. De la sorte, les contours d'une procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels ont pu être tracés, mais il est à préciser que toutes les formalités recensées ne s'imposent pas nécessairement de manière cumulative lors de la mise en œuvre de chaque pouvoir contractuel. Ainsi, il a pu être mis en évidence que cette procédure débute et s'achève par l'accomplissement de formalités informatives, mais peut aussi contenir une exigence de mise en demeure, de concertation, de conciliation, ou encore, de motivation.

Par la suite, ont pu être identifiées les mesures à la disposition des juges dans l'éventualité où le contrôle auquel ils viendraient à procéder mettrait en évidence des irrégularités.

En ce qui concerne le juge des référés, il a pu être constaté que le droit positif lui offrait des moyens pour intervenir efficacement, que ce soit au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, ou même une fois celle-ci achevée.

Au stade de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, le juge des référés pourra, notamment, être saisi pour prononcer une mesure conservatoire destinée à en suspendre le cours. Une telle mesure étant alors susceptible d'être prononcée, soit, pour prévenir la réalisation d'un dommage-imminent, soit, en cas de différend entre les parties associé à une condition d'urgence.

En l'absence de contestation sérieuse et en cas d'urgence, le juge des référés disposera même de la possibilité d'aller plus loin en prenant une mesure d'anticipation, c'est-à-dire en ordonnant, par exemple, au *potentior* de remettre les choses dans leur état initial ou de régulariser la procédure en cours avant de la poursuivre. Ces dernières mesures étant également susceptibles d'être obtenues sur le fondement du trouble manifestement illicite.

Une fois la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels menée à son terme, le juge des référés pourra être saisi pour prendre des mesures destinées à prévenir la matérialisation des effets résultant de l'exercice de ces prérogatives.

Pour cela, il lui sera possible de prendre des mesures conservatoires, telles que des mesures de mise sous séquestre ou des mesures faisant interdiction au titulaire d'un pouvoir contractuel de tirer, au plan matériel, les conséquences de la mise en œuvre de sa prérogative. Ou encore, comme le révèle la jurisprudence, il disposera de la possibilité d'ordonner le maintien temporaire des effets d'un contrat en cas de mise en œuvre irrégulière d'un pouvoir de résiliation. Ici aussi, de telles mesures conservatoires pourront être prononcées pour prévenir la réalisation d'un dommage-imminent ou en cas de différend entre les parties associé à une condition d'urgence.

En l'absence de contestation sérieuse, le juge des référés aura la faculté de prononcer des mesures d'anticipation. Ainsi, par exemple, en cas d'exercice clairement irrégulier d'un pouvoir de rupture, le juge des référés pourra ordonner la reprise de l'exécution du contrat dans ses conditions initiales afin de faire cesser le trouble manifestement illicite causé par celle-ci. En outre, il lui sera possible d'octroyer une provision au cocontractant, ce qui peut s'avérer utile pour prévenir la matérialisation des effets des pouvoirs dont la mise en œuvre provoque la suspension ou la disparition d'obligations dont l'objet est le paiement d'une somme d'argent.

Après avoir recensé les mesures susceptibles d'être prises par le juge des référés, il s'agissait, alors, d'identifier les différentes sanctions susceptibles d'être constatées ou prononcées par les juges du fond.

Cette dernière étape a permis de mettre en évidence les sanctions qui se rapportent, d'une part, au contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels et, d'autre part, les sanctions qui se rapportent à leur exercice.

En ce qui concerne la jouissance des pouvoirs contractuels, il a été montré que les juges du fond pourront être amenés à constater l'incompétence de celui qui se prétend en être titulaire, mais aussi, la non-existence d'une telle prérogative, ou encore, le caractère non-écrit d'une clause attributive de pouvoir illicite. Ces différentes sanctions susceptibles d'être constatées ont

pu être regroupées autour de la notion de défaut de pouvoir en ce qu'elles tendent toutes à faire état d'une absence de titularité de ces prérogatives.

Or, la découverte d'un défaut de pouvoir suite à une modification des effets du contrat réalisée unilatéralement par l'une des parties peut conduire au prononcé d'autres sanctions. Le juge pourra prononcer la nullité de l'acte de modification des effets du contrat édicté sans pouvoir. Il lui sera également possible de prononcer la résolution du contrat aux torts du prétendu *potentior* dans l'hypothèse où il estimerait la faute commise comme grave. Ou encore, il pourra condamner ce dernier à reprendre l'exécution de ses obligations.

En ce qui concerne les sanctions relatives à l'exercice des pouvoirs contractuels, ont été identifiées les sanctions en rapport avec le contrôle des conditions de fond leur mise en œuvre et celles relatives à leur procédure de mise en œuvre.

À propos des sanctions en rapport avec le contrôle des conditions de fond, les sanctions de l'abus par dépassement de pouvoir, de l'abus par détournement de pouvoir et de l'abus par déloyauté ont été recensées.

En cas d'abus par dépassement ou par détournement de pouvoir, il semblerait ainsi que le juge puisse prononcer la nullité de l'acte de modification des effets du contrat édicté par le *potentior*. Il semblerait qu'il puisse également prononcer la résolution du contrat aux torts du *potentior* dans l'éventualité où il estimerait la faute commise comme suffisamment grave. À la place de la résolution, et dans l'éventualité où le *potentior* se serait placé en situation d'inexécution fautive, la condamnation de ce dernier à reprendre l'exécution de ses obligations apparaît aussi envisageable, sauf, bien entendu, en cas d'impossibilité matérielle ou morale. Et, dans l'hypothèse où un préjudice viendrait à être causé au cocontractant, le juge pourra condamner le *potentior* à procéder à sa réparation.

En cas d'abus par déloyauté, le juge semble disposer de la possibilité de prononcer la résolution aux torts du *potentior* si celui-ci a contrevenu de manière grave à des exigences comportementales de nature contractuelle. Il doit également pouvoir condamner le *potentior* à verser des dommages-intérêts au cocontractant pour réparer le préjudice subi par ce dernier. Et, dans l'éventualité où l'abus par déloyauté commis par le *potentior* se doublerait d'un dépassement de pouvoir, il a pu être montré que si le juge entend neutraliser les effets du pouvoir en prononçant la nullité de l'acte édicté par ledit *potentior*, la jurisprudence « Les Maréchaux » lui impose de vérifier que cette neutralisation n'a pas pour conséquence de réécrire le contrat.

Concernant la procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, deux sanctions ont pu être identifiées. Le non-respect de ces formalités procédurales peut entraîner la condamnation du *potentior* à verser des dommages-intérêts au cocontractant afin de réparer le préjudice subi par ce dernier. Et l'inobservation de certaines formalités, telles que la mise en demeure, la notification concomitante à l'exercice des pouvoirs contractuels, ou même, l'exigence de concertation préalable issue d'une clause du contrat, semble priver d'effet la mise en œuvre des pouvoirs contractuels.

Avec l'identification tant de l'objet du contrôle, que des mesures à la disposition des juges, il semblerait que l'on dispose d'une grille de lecture précise qui doit permettre d'offrir une vision plus nette du rôle dévolu à ces derniers en matière de pouvoirs contractuels. En cela,

une proposition de réponse paraît avoir été apportée au second objectif de cette étude qui était de chercher à identifier le rôle dévolu au juge en matière de pouvoirs contractuels en traçant les contours d'un mécanisme général de contrôle adapté à ces prérogatives.

605. Une contribution à la théorie générale du contrat.- L'étude ici proposée et réalisée semble, au final, avoir permis de prendre la mesure du phénomène de pouvoir contractuel en identifiant précisément ces prérogatives et en leur associant un régime de contrôle adapté.

L'identification des pouvoirs contractuels et de leur régime de contrôle doit ainsi contribuer à faire la lumière sur une partie de l'évolution du droit des contrats et, plus précisément, sur une conception renouvelée des rapports contractuels où le consensualisme et l'égalité des parties ne sont plus les principes premiers. Ces principes étant, comme il a été constaté, remis en cause par les pouvoirs contractuels qui introduisent une logique unilatéraliste synonyme de rapport de domination, d'inégalité, dans le contrat qui répond traditionnellement à une logique consensualiste synonyme d'égalité.

Si cette étude apporte un éclairage sur une manifestation particulière de l'unilatéralisme contractuel, il semblerait que celle-ci vienne également enrichir la théorie générale du contrat en lui fournissant les moyens d'appréhender un phénomène qui en bouleverse les principes traditionnels.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours.

A. Droit français.

1. Droit privé.

- ACOLLAS (E.), *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, Germer-Baillièrre, Paris, 1874.
- ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 2013, 7^{ème} éd.
- AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE*, t. IV, Paris, Cosse et Marchal, 1871.
- AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 2014, 28^{ème} éd., coll. Précis.
- BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1955, 2^{ème} éd.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil*, t. 2, Paris, LAROSE et FORCEL, 1883.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. I, Librairie du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1906, 3^{ème} éd.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et CHÉNEAUX (G.), *Précis de droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1911, 11^{ème} éd.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, t. XXVIII, Librairie du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1905, 3^{ème} éd.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la société du prêt et du dépôt*, t. 10, Paris, Larose, 1898.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution, Traité des contrats*, sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- BÉNABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 2006, 7^{ème} éd.
- BEUDANT (Ch.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.),
- *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, vol. 1, Paris, Rousseau, 1936, 2^{ème} éd. avec la collaboration de LAGARDE (G.).
 - *Cours de droit civil français*, t. V bis., *Les successions ab intestat*, Paris, Rousseau, 1936, 2^{ème} éd. avec la collaboration de LE BALLE (R.).
- BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. II, Paris, Sirey, 1925.

- CALAIS-AULOY (J.), et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 1996, 4^{ème} éd., coll. Précis.
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE(Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Dalloz, 2008, 12^{ème} éd.
- CARBONNIER (J.),
- *Théorie des obligations*, PUF, 1963.
 - *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 1985, 12^{ème} éd., coll. Thémis.
 - *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF, 2000, 22^{ème} éd., coll. Thémis.
 - *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, coll. Quadrige.
- CASSIN (R.), *Suspension, rupture et révision des contrats*, *Cours de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, Paris, 1937.
- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.),
- *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
 - *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2018, 2^{ème} éd.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.),
- *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de première année*, t.1, Paris, Dalloz, 1914.
 - *Cours élémentaire de droit civil français, conforme au programme de deuxième année*, t.2, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1932.
- CORNU (G.),
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 2003, 11^{ème} éd.
 - *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, 3^{ème} éd., coll. DOMAT Droit privé.
- COZIAN (M), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, 2010, 23^{ème} éd.
- DELEBECQUE (Ph.) et COLLART-DUTILLEUL (F.), *Contrats civils et commerciaux*, Litec, 4^{ème} éd., 2004.
- DEMANTE (A.-M.) et COLMET DE SANTERRE (E.),
- *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, Paris, Plon, 1865.
 - *Cours analytique de Code Civil*, t. VII, Paris, PLON, 1873.
- DEMOGUE (R.),
- *Traité des obligations en général, I, Source des obligations*, t. I, Paris, A. Rousseau, 1923.
 - *Traité des obligations en général, II, Effets des obligations*, t. VI, Paris, A. ROUSSEAU, 1931.
- DEMOLOMBE (Ch.),
- *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, DURAND, Hachette, 1868.
 - *Cours de Code Napoléon*, vol. XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Paris, Imprimerie générale, 1878.
 - *Cours de Code Napoléon*, vol. IX, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Paris, Durand et Hachette, 1870, 4^{ème} éd.

- DIDIER (P.), *Droit commercial*, T.II, *L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, PUF, Thémis, 3^e éd., 1999.
- DISSAUX (N.) et JAMIN (Ch.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016.
- DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, t. I, Paris, Savoie, Nouvelle édition, 1756, n° XVIII.
- DUMOULIN (Ch.), *Sommaire du livre analytique des contrats, usures, rentes, constitutes, interest, et monnayes*, 1547.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *Introduction générale au droit*, Flammarion, 2015, 4^{ème} éd., coll. Champs-Université.
- FERRIER (D.), *Droit de la distribution*, Litec, 2006, 4^{ème} éd.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.),
- *Droit civil, Les obligations*, t.1. *L'acte juridique*, Sirey, 2014, 16^{ème} éd.
 - *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 2015, 9^{ème} éd.
- FRANÇON (A.), *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec 1999, coll. Les Cours du droit.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, réimpression de l'éd. de 1937.
- GHESTIN (J.) et DESCHÉ (B.), *Traité des contrats, La vente*, vol. 1, LGDJ, 1990.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4^{ème} éd.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat, Traité de droit civil*, LGDJ, 2001, 3^{ème} éd.
- GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1890.
- GUINCHARD (S.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2006, 28^{ème} éd., coll. Précis.
- GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 2002, 5^{ème} éd.
- HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2015, 6^{ème} éd., coll. Domat droit privé.
- HUET (J.), *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, 3^{ème} éd.
- JOSSERAND (L.),
- *Cours de droit civil positif français*, t. I, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, Paris, Sirey, 1938, 3^{ème} éd.
 - *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 1939, 3^{ème} éd.
- LAROMBIÈRE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1885.
- LEMEUNIER (F.), *Associations, 2009-2010*, Delmas, 2009, 12^{ème} éd.
- LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2008, 7^{ème} éd.
- MALAURIE (Ph.), *Droit civil, Cours*, Paris, Les cours de droit, 1978-1979.

- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2007, 3^{ème} éd.
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, Defrénois, 2015, 7^{ème} éd.
- MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 2012, 12^{ème} éd.
- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, Paris, Delamotte, 1892.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),
- *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, vol. 2, Paris, Sirey, 1976, 3^{ème} éd.
 - *Droit civil*, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, Sirey, 1988, 2^{ème} éd.
 - *Traité de droit civil*, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, Sirey, 1989, 2^{ème} éd., par RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.).
- MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats*, 1^{ère} partie, *Vente et échange*, 5^{ème} éd. par M. de Juglart, Paris, Montchrestien, 1979
- MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, Lonrai, Éditions Francis LEFEBVRE, 2010, 4^{ème} éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube.
- NIBOYET (J.-P.), *Cours de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1949, 2^{ème} éd.
- PÉLISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, 2000, 20^{ème} éd., coll. Précis.
- PERROT (R.), *Cours de droit judiciaire privé, 1976-1977*, Paris, 1976, Les Cours de droit.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, F. PICHON, 1902, 2^{ème} éd.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),
- *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. 2, *Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats, Les privilèges et les hypothèques*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1931, 11^{ème} éd.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, LGDJ, 1954, 2^{ème} éd., par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE.
- POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit d'auteur*, Economica, 2004.
- REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) et NOURISSAT (C.), *Droit commercial*, Lexis-Nexis, 2012.
- RIPERT (G.), ROBLOT (R.), DELEBECQUE (Ph.), GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, LGDJ, 2004, 17^{ème} éd.
- SÉRIAUX (A.), *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, T. III, *Procédure de première instance*, Sirey, 1991.
- STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.),
- *Introduction au droit*, Litec, 2000, 5^{ème} éd.
 - *Obligations*, t. 2, *Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, 10^{ème} éd., coll. Précis.
- THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Rousseau et Cie, 1931, 8^{ème} éd. par J. PERCEROU.
- TROPLONG (R. Th.), *Droit civil expliqué, De la prescription*, t. I, Paris, Hingray, 1835.

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. Ghestin, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, 3^{ème} éd.

VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, I. *Observations sur l'étude de la procédure civile*, Paris, De Boccard, 1931.

ZÉNATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, PUF, 2008, 3^{ème} éd, coll. Droit fondamental.

2. Droit public.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité des recours en matière administrative*, Litec 1992.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd., coll. Domat Droit public.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, DE BOCCARD, 1927.

EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, tome 1, LGDJ, 1982.

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, n° 795, Montchrestien, 2006, 4^{ème} éd., coll. Domat Droit public.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2^{ème} éd.

RIVERO (J.) et WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, 2006, 21^{ème} éd., coll. Précis.

B. Droits étrangers.

1. Droit allemand.

JELLINEK (G.), *System der subjektiven öffentlichen rechte*, Freiburg, Mohr Siebeck, 1892.

PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^{ème} éd., coll. Droit des affaires, 2004.

TUHR (A. v.) und THIEL (G.), *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Leipzig, Duncker und Humblot, 1910.

WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, par Th. Kipp, Frankfurt, Rütten & Loening, 1900, t. I, 8^{ème} éd.

ZITELMANN (E.), *Internationales Privatrecht*, vol. 2, Leipzig, Duncker et Humblot, 1898.

2. Droit anglais.

BEALE (H. G.), BISHOP (W. D.), et FURMSTON (M. P.), *Contract : Cases and Materials*, London, Butterworth, 2^{ème} éd., 1990.

BEATSON (J.), BUROWS (A.) et CARTWRIGHT (J.), *Anson's law of contract*, Oxford University Press, 29^{ème} éd., 2010.

O'SULLIVAN (J.) et HILLIARD (J.), *The law of contract*, Oxford University Press, coll. Core text series, 5^{ème} éd., 2012.

TREITEL (G.-H.), *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

3. Droit italien.

CHIOVENDA (G.), *Principii di diritto processuale civile : le azioni, il processo di cognizione*, Naples, Jovene, 1923.

MESSINA (G.), *Nuovo digesto italiano*, vol. 3, Torino, Utet, 1938.

C. Histoire du droit.

BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, coll. Universités, droit.

CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.), BOUGLÉ (C.), *Introduction historique au droit des obligations*, LexisNexis, 2007, coll. Objectif droit

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, coll. Corpus, histoire du droit.

GIFFARD (A.-E.) et VILLERS (R.), *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 1976, 4^{ème} éd.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 4^{ème} éd. revue et augmentée 1906.

SAVIGNY (F. C. v.), *Traité de droit romain*, trad. Ch. Guénoux, Paris, Firmin Didot, 1855.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies.

ALTER (M.), *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972.

AMIEL-COSME (L.), *Les réseaux de distribution*, Préf. Y. Guyon, LGDJ, 1995.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Préf. L. Aynès, Economica, 2002.

ANTONMATTEI (P. H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992.

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Préf. P. Raynaud, Economica, 1986.

BAPTISTA (L.O.) et DURAND-BARTHEZ (P.), *Les joint-ventures dans le commerce international*, Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2012, coll. FEDUCI.

BÉNAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1983.

BÉRAUD (J.-M.), *La suspension du contrat de travail, Essai d'une théorie générale*, Préf. J. Pélissier, Sirey, 1980.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Préf. J.-L. Souriou, LGDJ, 1999.

BIAGINI-GIRARD (S.), *L'inexistence en droit administratif, Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, Préf. J.-C. Ricci, L'Harmattan, 2010, coll. Logiques juridiques.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, Préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005.

BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955.

BORIES (A.), *Le réméré*, th. Montpellier 2004.

- BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, Préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2005.
- BOURDILLAT (J.-J.), *Le référé dans le contentieux des affaires*, th. Montpellier, 1996.
- BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, PUF, 1924.
- BRÈS (A.), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Préf. J. Raynard, Litec, 2009.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la caducité des actes juridiques en droit civil*, Préf. P. Hébraud, LGDJ, 1963.
- BUFNOIR (C.), *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, Paris, Cotillon, 1866.
- CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Préf. P. Catala, LGDJ, 1990.
- CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923.
- CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. Paris, Sirey, 1914.
- CÉLICE (B.), *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968.
- CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2006.
- CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, Préf. J. Ghestin, Avant-Propos D. Mazeaud, LGDJ, 2002.
- CHANTEPIE (G.), *La lésion*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2006.
- CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Préf. A. Ghozi, Economica, 2008.
- CHENUT (Ch.-H.), *Le contrat de consortium*, Préf. A. Bénabent, LGDJ, 2003.
- CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, th. Nice, 1977.
- COLLART-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles*, Sirey, 1988.
- COLLOMB (P.), *Demeure et mise en demeure en droit privé*, th. Nice 1974.
- COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 1964.
- CONSTANTINESCO (L.-J.), *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, Rousseau et Cie, 1940.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.), « *Le solidarisme contractuel* », Préf. E. Loquin, LexisNexis, 2006.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Préf. Ch. Atias, Dalloz, 2007, réimp. de l'édition de 1952.
- DAGORNE-LABBÉ (Y.), *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, th. Paris II, 1984.
- DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, Préf. B. Teyssié, LGDJ, 2000.
- DE LA ASUNCION PLANES (K.), *La réfaction du contrat*, Préf. Y. Picod, LGDJ, 2006.
- DELEBECQUE (Ph.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille III, 1981.
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, Préf. J. Hauser, LGDJ, 2000.
- DELOBEL (C.), *L'unilatéralisme en droit des contrats : Essai de rationalisation*, th. Nice, 2011.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911.
- DERRUPE (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Préf. J. Maury, Paris, Dalloz, 1952.

- DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, Préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006, t. I.
- DREIFUS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. Tercier, LGDJ, 1985.
- DROSS (W.), *Clausier, Les clauses essentielles des contrats de droit privé*, LexisNexis, 2010.
- DUBOUIS (L.), *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ, 1984.
- DUPEYRON (Ch.), *La régularisation des actes nuls*, Préf. P. Hébraud, LGDJ, 1973.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.
- DURMA (M.), *La notification de la volonté : rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Préf. R. Demogue, Paris, Sirey, 1930.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf. A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 1996.
- FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1997.
- FERRIER (N.), *La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise*, Préf. Ph. Pétel, Litec, 2005.
- FIATTE (R.), *Les effets de la force majeure dans les contrats*, Paris, Les Presses Modernes, 1932.
- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012.
- FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace : contribution à la théorie de l'acte juridique*, th. Paris I, 2017.
- FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2017.
- GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Préf. G. Cornu, Paris, Economica, 1985.
- GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, Préf. Y. Lequette, Economica, 2006.
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, Préf. G. Vedel, LGDJ, 1972.
- GAVIN (G.), *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*, Dalloz 1960.
- GÉNICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, LGDJ, 1969.
- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912.
- GRATTON (L.-K.), *Les clauses de variation du contrat de travail*, Préf. P. Rodière, Dalloz, 2011.
- GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Éssai de classification*, th. Paris I, 2000.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. J. Ghestin, LGDJ.
- GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, Préf. R. Nerson, LGDJ, 1976.
- HAMELIN (J.-F.), *Le contrat alliance*, th. Paris II, 2010.
- HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. dactyl., Paris, 1969.
- HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Préf. L. Aynès, Postface F. Terré, LGDJ, 2012.

- HOANG (P.), *La protection des tiers face aux associations, Contribution à la notion de « contrat-organisation »*, éditions Panthéon-Assas, 2002.
- HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. dactyl. Paris II, 1973.
- HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001.
- IHERING (R. von),
- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3^{ème} éd. par O. DE Meulenaere, Paris, Chevalier-Marescq, 2^{ème} éd., t. IV, 1880.
 - *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, V à IX, trad. O. de Meulenaere, Paris, Marescq, 1903.
- JACQUES (Ph.), *Regards sur l'art 1135 du Code civil*, Préf. F. Chabas, Dalloz, 2005.
- JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Préf. D. Mazeaud, Economica, 2013.
- JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1909.
- JESTAZ (Ph.), *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968.
- JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, Préf. S. Guinchard, PUAM, 2003.
- JOSSERAND (L.),
- *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^{ème} éd., rééd. 2006, Préf. D. Deroussin.
 - *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928.
- KADDOUCH (R.), *Le droit de vote de l'associé*, th. Aix-Marseille, 2001.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999.
- LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004.
- LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, Préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009.
- LEBRETON (S.), *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes, Étude particulière aux contrats de distribution*, préf. M. Pédamon, avant-propos J. Monéger, Litec 2002.
- LÊ-COMBY (V.), *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, th. université Paris-Sud, 2009.
- LECOMPTE (H.), *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, Paris, Sirey, 1930.
- LEFER (C.), *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, th. Paris II, 2016.
- LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000.
- LEGAL (A.) et BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, Son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions*, Sirey, 1938.
- LEMAY (P.), *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Préf. S. Chassagnard-Pinet, Mare & Martin, 2014.
- LEQUETTE (S.), *Le contrat coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, Préf. C. Brenner, Economica, 2012.

- L'HUILLIER (L.), *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, Genève, Impr. Du journal de Genève, 1947.
- LICARI, (F.-X.), *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, préf. C. Witz, Litec, 2002, avant-propos M. Martinek.
- LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.
- LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005.
- LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas, Paris, 2008.
- MALECKI (Ch.), *L'exception d'inexécution*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- MARMOZ (F.), *La délégation de pouvoir*, Préf. Y. Reinhard, Litec, 2000.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Préf. P. Raynaud, Librairie du recueil Sirey, 1951.
- MARX (V.), *La dimension collective des réseaux de distribution*, thèse, Montpellier, 2008.
- MASQUELIER (F.), *Le vote en droit privé, Contribution au régime des décisions d'assemblée*, th. Nice, 1999.
- MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, *La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Paris, Jouve & Cie, 1920.
- MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, Préf. F. Chabas, LGDJ, 1992.
- MEHANNA (M.), *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, th. Paris II, 2014.
- MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf., J. Ghestin, LGDJ, 2004.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (B.), *Le juge des référés et le contrat*, Préf. J. Mestre, PUAM 2000.
- MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, t. I, 1906.
- MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Préf. J.-P. Marty, LGDJ, 1997.
- MOIZO (K.), *La modification unilatérale du contrat*, th. Université de Normandie, 2016.
- MONDOLONI (M.-A.), *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, Préf. M.-A. Frison-Roche, PUAM, 2004.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préf. P. Roubier, Sirey 1948, Rééd. Dalloz, avant-propos M.-A. Frison-Roche.
- NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1967.
- NANA (G.-J.), *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1982.
- OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969.
- PASTRÉ-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit privé français, Contribution à la classification des actes juridiques*, Préf. R. Cabrillac, PUAM, 2006.
- PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, Préf. J. Devèze, LGDJ, 1996.

- PÉGLION-ZIKA (C.-M.), *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation*, th. Paris 2, 2013.
- PELET (J.), *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, th. Lausanne, 1937.
- PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, Préf. G. Viney, LGDJ, 2004.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.
- PIETTE (G.), *La correction du contrat*, Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004.
- PILLEBOUT (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971.
- PIRONON (V.), *Les joint-ventures, Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, 2004.
- PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Préf. J.-J. Bienvenu, 2003, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public.
- POPA (E. A.), *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris 1935.
- POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, Étude comparative*, Préf. M. Goré, LGDJ, 2008.
- POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, Préf. J.-P. Baud, LGDJ, 1997.
- RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure*, th. Paris, 1920.
- RAMPENBERG (R.-M.), *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ 2005, coll. Systèmes.
- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Préf. P. WEIL, LGDJ, 1980.
- RIPERT (G.),
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936.
 - *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, 4^{ème} éd., rééd. 2014.
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, coll. Thémis Droit.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd, 1999.
- ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Préf. D. Deroussin, Dalloz, 1963, rééd. 2005.
- ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, Préf. G. Marty, LGDJ, 1961.
- RUELLAN (C.), « *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales* », th. Paris II, 1997.
- SAGUES (N.-M.), *La rupture unilatérale des contrats*, th. Paris, 1937.
- SAINTE-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979.
- SALEILLES (R.),
- *De l'abus de droit, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil*, Bull. Soc. Études Législ., 1905.
 - *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, LGDJ, 1929.
- SARRAUTE (R.), *De la suspension dans l'exécution des contrats*, PUF, 1929.
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, Préf. G. Wicker, LGDJ, 2008.

- SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Préf. J.-M. Bischoff, Sirey 1970.
- SIRINELLI (P.), *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, th. Paris II, 1985.
- SMITH (A.), *Théorie des sentiments moraux*, Trad. par Mme S. de Grouchy, marquise de Condorcet, t. I, Paris, Barrois, 1830.
- SOUSI (G.), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. Lyon, 1974.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, LGDJ, 2000.
- STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, 1982.
- STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. Strasbourg, 1993.
- TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. Lille, 1977.
- TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.
- THULLIER (B.), *L'autorisation, Étude de droit privé*, Préf. A. Bénabent, LGDJ, 1995.
- TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012.
- VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, Préf. J. Mestre, PUAM, 1999.
- VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Préf. F. Tulkens et F. Ost, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.
- VEDEL (G.), *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, 1934.
- VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Préf. H. Mazeaud, Paris, Rousseau, 1955.
- VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôles actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939, n° 83 et s.
- WATERLOT (M.), *L'effet réel du contrat*, th. Bordeaux, 2015.
- WELTER (G.), *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, Étude de doctrine et de jurisprudence*, Préf. G. Renard, Sirey, 1929.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997.
- YAMAGUCHI (T.), *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, Préf. G. H. Camerlynck, LGDJ, 1963.

III. Articles d'encyclopédies, répertoires et lexiques.

- BARRET (O.), « *Vente, 3^o Effets* » in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2007, m.à.j. juin 2016.
- BOUCARD (H.), « *Responsabilité contractuelle* », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2014, m.à.j. avril 2018.
- BOYER (L.), « *Contrats et conventions* », in *Rép. Civ. Dalloz*, août 1993, m.à.j. avril 2015.
- BRENNER (C.), « *Acte juridique* », in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2013, m.à.j. mars 2014.

BUFFELAN-LANORE (Y.), « *Condition* » in *Rép. Civ. Dalloz*, m.à.j. février 2017 par J.-D. PELLIER.

CAYROL (N.), « *Mise en demeure, sommation, Charge de la mise en demeure* », *Juris. Class. Voies d'exécution*, Fasc. n° 224.

CHABOT (G.), « *Mise en demeure* », in *Rép. de procédure civile, Dalloz*, septembre 2015, m-à-j octobre 2017.

DELVOLVÉ (P.), « *Acte* », in *Rép. du contentieux administratif Dalloz*, 1984.

DESHAYES (O.), « *Exception d'inexécution* » in *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2011.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « *Baux commerciaux* », in *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2009, m.à.j. janvier 2016.

FIN-LANGER (L.), « *Suspension du contrat de travail* », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2010.

GIBIRILA (D.), « *Délégation de pouvoir* », in *Rép. de Droit des sociétés Dalloz*, décembre 2012, m.à.j. janvier 2017.

GONOD (P.) et GUYOMAR (M.), « *Détournement de pouvoir et de procédure* », in *Rép. de contentieux administratif Dalloz*, octobre 2008, m.à.j. octobre 2010.

GRIGNON (Ph.), « *Distribution* » in *Rép. de droit commercial Dalloz*, octobre 2004, actualité janvier 2015.

GRIMONPREZ (B.), « *Mise en demeure* », in *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2017.

HONTEBEYRIE (A.), « *Prescription extinctive* » in *Rép. Civ. Dalloz*, février 2016, m.à.j. avril 2017.

JEULAND (E.), « *Cession de contrat* », in *Rép. Civ. Dalloz*, juin 2010.

LATINA (M.), « *Contrat : généralités* » in *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2017.

LE TOURNEAU (Ph.), « *Mandat* », in *Rép. Civ. Dalloz*, m.à.j. juin 2013.

LUCAS (A.), *Juris. Class. Civ. Annexes.*, V° Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1212, août 2014.

MAILLARD-PINON (S.), « *Contrat de travail : modification* », in *Rép. de droit du travail Dalloz*, juin 2015.

MAZEAUD (D.), « *Lésion* », in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2012, m.à.j. juin 2016.

PIMONT (S.), « *Clause pénale* » in *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2010, m.à.j. juin 2014.

ROCHFELD (J.), « *Cause* » in *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2012, m.à.j. juin 2016.

RODRIGUEZ (K.), *Rép. civ. annexes. Dalloz*, V° Association, septembre 2014.

ROUHETTE (G.), « *Contrat* », in *Encyclopaedia Universalis, Corpus*, Paris, 2002, p. 383 et s.

SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), *Juris. Class. Civil Code*, V° Contrat, Nullité du contrat, Généralités, Fasc. n° 10, 30 avril 2017.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « *Clauses abusives* », in *Rép. Civ. Dalloz*, juin 2014, m.à.j. février 2017.

SAVATIER (J.) et MOULY (J.), « *Droit disciplinaire* », in *Rép. de droit du travail, Dalloz*, octobre 2013, m.à.j. juin 2017.

STRICKLER (Y.), « *Délai* », in *Rép. de procédure civile, Dalloz*, septembre 2014, m-à-j avril 2015.

VUITTON (X.), « *Référés, Instance, Procédure* », *Juris. Class. Procédure civile*, Fasc. 1300-5, novembre 2016, m-à-j 30 mai 2017.

WICKER (G.), Rép. civ. Dalloz, V° *Personne morale*, juin 1998, m-à-j mars 2014.

IV. Dictionnaires.

CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936.

Dictionnaire Le grand Robert de la langue française, ss. la dir. A. REY, 2^{ème} éd., 2001.

CORNU, (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005, 7^{ème} éd., coll. Quadrige.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin-français*, édition Komarov, 2016, sous la dir. de G. GRÉCO.

LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, t. III.

V. Articles, chroniques et actes de colloques.

ALBIGES (Ch.), « *Le développement discret de la réfaction du contrat* », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 3 et s.

AMIEL-COSME (L.), « *La théorie institutionnelle du réseau* », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), « *La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée* », *Defrénois* 2003 n° 6, p. 369 et s.

AMSELEK (P.), « *L'acte juridique à travers la pensée de Charles EISENMANN* », in *La pensée de Charles EISENMANN*, Economica, Paris, 1986, p. 31 et s.

ANCEL (P.),

- « *Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle* », *JCP E.* 1999, supplément n° 6 p 30-38.

- « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », *RTD. civ.* 1999, p. 771 et s.

- « *L'encadrement de la juridiction par le contrat* », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. la dir. de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Economica, 2001, coll. Études juridiques, vol. 10, spéc., p. 10.

- « *Un aperçu des évolutions récentes du droit suisse en matière de contrôle des clauses abusives* », *RDC* 2010, p. 307 et s.

ARTZ (J.-F.), « *La suspension du contrat à exécution successive* », *D.* 1979, chron. XV, p. 95.

ATIAS (Ch.), « *Nul ne peut se prévaloir...* », *D.* 1999, chron. p. 218 et s.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir* », *RDC* 2007, p. 983 et s.

AUBRY (M.-Ch.), « *Retour sur la caducité en matière contractuelle* », *RTD civ.* 2012, p. 625 et s.

AYNÈS (L.),

- « *Rapport introductif* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, 1999, n° 1, p. 3.

- « *La nature du droit de rupture unilatérale : fondement et évolution* », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?* Dossier de la revue *Droit et patrimoine*, n°126, mai 2004, p. 64 et s.

- « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* » in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Droit et patrimoine, mai 2004, p. 164 et s.
 - « *Motivation et justification* », in *Obligation de motivation et droit des contrats*, Débats, RDC 2004-2, p. 555 et s.
 - « *Mauvaise foi et prérogative contractuelle* » in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 687 et s.
- BAILLOD (R.), « *Le droit de repentir* », RTD civ. 1984, p. 227.
- BANDRAC (M.),
- « *Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée plénière* », Cah. dr. entr., 1996, p. 5 et s.
 - « *La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile* », RDC 2008/4, p. 1413.
- BAUDIN-MAURIN (M.-P.), « *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat (à partir de l'exemple du contrat Chronopost)* », RRJ, 2002, p. 1859.
- BAZIN (E.), « *La résolution unilatérale du contrat* », RRJ, 2000/4, vol. 1, p. 1381 et s.
- BÉGUIN (J.), « *L'adage 'nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit français* », in *Trav. Assoc. H. Capitant, Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Dalloz, 1969, t. XVIII, p. 41 et s.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.),
- « *Rapport introductif* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 3 et s.
 - « *Conclusion* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 68 et s.
 - « *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, coll. Études juridiques, p. 83 et s.
 - « *La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels* », CCC, 2009, p. 202 et s.
 - « *Quand la clause pénale s'appelle "clause de taux de service"* », RDC 2012, p. 145.
 - « *Le déséquilibre significatif dans le Code civil* », JCP. G 2016, p. 391 et s.
- BERGEL (J.-L.), « *Avant-propos* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, n° 4, p. 805 et s.
- BERNARD (A.), « *Law and Economics, une science idiote ?* », D. 2008, chron. p. 2806 et s.
- BERNARDEAU (L.), « *Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble* », JCP, 2000, I, p. 218 et s.
- BERTREL (J.-P.), « *La position de la doctrine sur l'intérêt social* », Droit & patrimoine, avril 1997, p.42 et s.

- BLOCH (P.), « *L'obligation de transférer la propriété dans la vente* », RTD. civ. 1988, p. 673 et s.
- BOCCARA (B.), « *De la notion de promesse unilatérale* », JCP G. 1970, I, 2357 bis.
- BOILLOT (Ch.), « *Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire* », D. 2015, p. 298 et s.
- BORRICAND (J.), « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD. Civ. 1957, p. 433 et s.
- BOURGEON (Ch.), « *Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien* », in *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005/1, p. 109 et s.
- BOYER (J.), « *Le juge des référés peut... Réflexion sur les pouvoirs du juge des référés* », in *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales, 1996, p. 135 et s.
- BOYER (L.),
- « *La clause de dédit* », in *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et s.
 - « *Les promesses synallagmatiques de vente : contribution à la théorie des avant-contrats* », RTD. civ. 1949, p. 1 et s.
- BROS (S.), « *La place de l'unilatéralisme progrès ou danger ?* », RDC 2012, p. 1452 et s.
- BROUSSEAU (E.), « *L'économiste, le juriste et le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 164 et s.
- BURGELIN (J.-F.), COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), « *Le juge des référés au regard des principes procéduraux* », D. 1995, p. 67 et s.
- CABRILLAC (R.),
- « *De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité* », Mélanges A. COLOMER, Litec, 1993, p. 109 et s.
 - « *La motivation des actes individuels : le contrat* », in *La motivation*, RLDC, janvier 2012, n° 89, p. 91 et s.
- CADIET (L.),
- « *Les jeux du contrat et du procès : Esquisse* », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Edition Frison-Roche, 1999, p. 23 et s.
 - « *Une justice contractuelle, l'autre* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 177 et s.
 - « *L'effet processuel des clauses de médiation* », RDC 2003/1, p. 182 et s.
- CAILLÉ (A.), « *Don, intérêt et désintéressement* », Rev. europ. des sc. sociales 1994, tome XXXII, n° 99, pp. 253 s.
- CALAIS-AULOY (J.), « *La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur* », D. 1972. Chron. p. 266.
- CAPITANT (H.), « *Sur l'abus des droits* », RTD. civ. 1928, p. 365 et s.
- CARBONNIER (J.), « *Propos introductifs* », in *La transparence*, RJ com. 1993, n° spécial, p. 9 et s.
- CASSIN (R.), « *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* », RTD civ. 1945, p. 159.

- CAYLA (O.), « *La qualification, ou la vérité du droit* », in *Droits, revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 3-16.
- CHAGNY (M.), « *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?* », *RTD. com.* 2013, p. 500 et s.
- CHARLIER (R.-E.), « *La cause dans la jurisprudence administrative récente* », in *JCP.* 1950, I, p. 871 et s.
- CHAUVIRÉ (Ph.), « *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ?* », *RLDC*, octobre 2010, n° 75, p. 7 et s.
- CHAZAL (J.-P.) et VICENTE (S.), « *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil* », in *RTD. civ.* 2000, p. 477 et s.
- CHÉNEDÉ (F.),
- « *Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, *RDC*, 1^{er} avril 2011, p. 709 et s.
 - « *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* », *D.* 2015, p. 1226.
- CHRISTIANOS (V.), « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », *D.* 1993, chron. p. 28 et s.
- COASE (R. H.), « *The problem of social cost* », in *The Journal of Law and Economics*, oct. 1960, vol. III, p. 15 et s.
- CONSTANTIN (A.),
- « *Les rapports de pouvoir entre les actionnaires* », th. Paris I, 1998.
 - « *Réflexions sur la validité des conventions de vote* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, *LGDJ*, 2000, p. 253 et s.
- CORNU (G.), « *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* », in *Travaux Assoc. H. CAPITANT, Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke, La protection des consommateurs*, t. XXIV, 1973, *D.* 1975, p. 135 et s.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.), « *Le solidarisme contractuel* », Préf. E. LOQUIN, *LexisNexis*, 2006, p. 89.
- CROZE (H.), « *Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision* », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques NORMAND*, *Litec*, 2003, n° 5, p. 127.
- DEBOISSY (Fl.), « *Le contrat de société* », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Brésiliennes*, tome LV, *SLC*, 2008, n° 5 et 6, p. 121 et s.
- DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), « *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux* », *RTD. civ.* 2000, p. 225 et s.
- DE CONINCK (B.), « *La mise en demeure, Rapport belge* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé* ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et *LGDJ*, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, p. 135 et s.
- DELEBECQUE (Ph.),

- « *L'anéantissement unilatéral du contrat* » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999.
- « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », in *Obligation de motivation et droit des contrats*, *Débats*, RDC 2004/2, p. 681 et s.

DEMOGUE (R.),

- « *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* », RTD civ. 1907, p. 245 et s.
- « *Des contrats provisoires* », in *Études de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1939, p. 159 et s.

DESHAYES (O.),

- « *Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 726 et s.
- « *La formation des contrats* », RDC 2016, Hors-série, p. 21 et s.

DESLAURIERS-GOULET (Ch.), « *L'obligation essentielle dans le contrat* », in *Les Cahiers de droit*, 2014, n° 554, p. 923.

DIDIER (P.),

- « *Le consentement sans l'échange : contrat de société* », in *L'échange des consentements*, RJ. com. 1995, p. 74 et s.
- « *Brèves notes sur le contrat-organisation* », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de François TERRÉ*, Dalloz-PUF, Juris-classeur, 1999, p. 636.
- « *La théorie contractualiste de la société* », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 95.

DIDIER (P.) et SAINT-ALARY (B.), « *Société* », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 1985, n° 20 et s.

DOCKÈS (E.), « *La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail* », *Dr. soc.*, 1997, p. 140 et s., spéc., p. 144.

DUBUISSON (M.), « *La négociation d'une clause de règlement de litiges* », *Droit et pratique du commerce international*, 1981, p. 79 et s.

DUCOULOUX-FAVARD (Cl.), « *Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste* », *Rev. Soc.* 1966, p. 10 et s.

DUQUESNE (F.), « *Le critère du lock-out licite* », *JCP G.* 1996, I, n° 3971.

DUVERT (C.), « *La propriété collective* », *LPA*, mai 2002, p. 4 et s.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « *L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation* », *RTD. civ.* 2006, p. 505 et s.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « *La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats* », *D.* 2017, p. 1312 et s.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « *Le mythe de l'obligation de donner* », *RTD. civ.* 1996, p. 85 et s.
- « *L'obligation de motivation dans les contrats* », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Études offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

- « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 573 et s.
- FAGES (B.), « *Des motifs de débat...* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 563 et s.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), « *L'estoppel du droit anglais* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Economica*, 2001, coll. Études juridiques, p. 3 et s.
- FENOUILLET (D.), « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », in *Les prérogatives contractuelles, Actes du colloque du 30 novembre 2010*, RDC, 1^{er} avril 2011, p. 644 et s.
- FERRIER (D.),
- « *Les apports au droit commun* », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts d'Assemblée plénière*, Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 60 et s.
 - « *La considération juridique du réseau* », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, t. II, p. 95 et s.
 - « *Une obligation de motiver ?* », in *Obligation de motivation et droit des contrats, Débats*, RDC 2004/2, p. 558 et s.
- FRANÇON (A.), « *Rapport sur la protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit civil français* », in *Travaux Assoc. H. Capitant, Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke, La protection des consommateurs*, t. XXIV, 1973, D. 1975, p. 125.
- FRÉCHETTE (P.), « *La qualification des contrats : aspects théoriques* », in *Les Cahiers de droit*, 2010, n° 1, vol. 51, p. 117 et s.
- FRISON-ROCHE (M.-A.),
- « *L'indétermination du prix* », RTD. civ. 1992, p. 269 et s.
 - « *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix* », RJDA, 1996-1, p. 3 et s.
 - « *Unilatéralité et consentement* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études juridiques, n° 9, 1999.
 - « *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit* », LPA, 2005, p. 15 et s.
 - « *L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit* », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, ss. la dir. G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, 2005, coll. Droit et Économie, p. 19 et s.
- GABORIAU (S.) et GARNERIE (J.-P.), « *Le temps de la procédure : regards croisés d'un magistrat et d'un avoué* », in *Le temps la justice et le droit*, textes réunis par S. GABORIAU et H. PAULIAT, Presses universitaires de Limoges, coll. Entretiens d'Aguesseau, 2004, p. 131 et s.
- GARAUD (E.), « *La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant* », RLDC, 2004/2, p. 5 et s.

- GARETTE (B.), « *Actifs spécifiques et coopération : une analyse des stratégies d'alliance* », Revue d'économie industrielle, 1989/4, n°50, p. 15.
- GENTILHOMME (Y.), « *De la notion de notion à la notion de concept. Processus dynamique itératif d'acquisition des notions. Conséquences lexicales et didactiques.* », in *Travaux du Centre de Recherches Sémiologiques*, 1982, vol. 42, p. 66-89.
- GERMAIN (M.) et VATINET (R.), « *Le pouvoir disciplinaire des personnes morales de droit privé* » in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 397 et s.
- GHESTIN (J.),
- « *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative* », D. 1973, Chron. p. 293 et s.
 - « *L'utile et le juste dans les contrats* », APD, 1981, t. 26, p. 35 et s.
 - « *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil* », in *Études dédiées à Alex WEILL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 et s.
 - « *La notion de contrat* », D. 1990, p. 147 et s.
 - « *Le contrat en tant qu'échange économique* », in Revue d'économie industrielle, 2000, p. 81 et s.
 - « *L'exception d'inexécution. Rapport français* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 3 et s.
- GOETZ (C. J.) et SCOTT (R. E.), « *Principles of Relational Contracts* », Virginia Law Review, vol. 67, p. 1089, spéc., p. 1091.
- GRATTON (L.), « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », D 2016, p. 22 et s.
- GRIDEL (J.-P.), « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français* », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Acte du colloque organisé par le Centre de recherche juridique de l'Université de la Réunion*, 4-5 juin 2007, LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 113 et s.
- GROSHENS (J.-C.) , « *La délégation administrative de compétence* », D., chron. XXVIII, 1958, pp. 197 et s.
- GRYNBAUM (L.), « *La notion de solidarisme contractuel* », in *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?* ss. la dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Economica, coll. Études juridiques, 2004, p. 25 et s.
- HAGE-CHAHINE (F.), « *Essai d'une nouvelle classification des droits privés* », RTD. civ. 1982, p. 705 et s.
- HAROCHE (C.), « *La compassion comme amour social et politique de l'autre au XVIII^{ème} siècle* », in J. CHEVALIER, C. HAROCHE, D. COCHART-COSTE et al., *La solidarité, un sentiment républicain ?*, PUF, Paris, 1992, p. 11 et s.
- HASSLER (Th.), « *L'intérêt commun* », RTD com. 1984, p. 581 et s.
- HÉBRAUD (P.), « *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* », in *Mélanges J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 444.

- HÉRON (J.), « *Autour du Rapport COULON* », in *États généraux de la profession d'avocat sur la réforme de la procédure civile*, Revue juridique de l'Ile de France, octobre-décembre 1997, n° 48-49, Dalloz, p. 124.
- HONTEBEYRIE (A.), « *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance* », D. 2016, p. 2180.
- HOUIN (R.), « *Les incapacités* », RTD. civ. 1948, p. 383 et s.
- HOUTCIEFF (D.), « *Chronique de droit commun des contrats n° 1* », LPA, 06 février 2008 n° 27, p. 6, n° V.
- HUET (J.), « *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 426 et s.
- IONASCO (A.), « *La nature du droit de copropriété* », in *Aspects du droit privé en fin du XXème s., Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 21 et s.
- IVAINER (Th.), « *La lettre et l'esprit de la loi des parties* », JCP. 1981, I, n° 3023.
- IZORCHE (M.-L.), « *Contrats conditionnels et définitifs* », RTD. Com. 1998, p. 521 et s.
- JADAUD (B.), « *Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ?* », JCP. E. 2001, p. 1946 et s.
- JAMIN (Ch.),
- « *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives* », JCP G. 1996, I, n° 3959.
 - « *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, p. 71 et s.
 - « *Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, n° 16, spéc. p. 482.
 - « *La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique. Que répondre à Éric BROUSSEAU ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste)*, LPA 19 mai 2005, n° 99, p. 54 et s.
 - « *Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif* », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, sous la dir. de F. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON, Economica, coll. Études juridiques, 2007, p. 3 et s.
- JESTAZ (Ph.), « *Rapport de synthèse* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, p. 89 et s.
- JOBIN (P.-G.),
- « *La résolution du contrat sans intervention du tribunal* », RTD civ. 1997, p. 556.
 - « *Équité et sévérité dans la sanction d'une faute contractuelle* », 78 Rev. du B. can., 1999, p. 220 et s.
 - « *La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ?* » in RIDC, 2000, p. 49-76.

- JOSSERAND (L.), « *Essai sur la propriété collective* », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Présentation : J.-L. HALPÉRIN, Dalloz, 2004 (reprint), p.357 et s.
- JUNG (P.), « *La protection de la confiance en droit allemand des contrats* », in *La confiance, 11èmes journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 novembre 2012, sous la dir. de B. FAUVARQUE-COSSON et P. JUNG, SLC, 2013, p. 31 et s.
- KELSEN (H.), « *La théorie juridique de la convention* », APD, 1940, p. 33 et s.
- KULLMANN (J.),
- « *Remarques sur les clauses réputées non écrites* », D. 1993, Chron. p. 59 et s.
 - « *La sanction d'une résiliation illicite* », RGDA 2000, p. 975 et s.
- LACHIÈZE (Ch.),
- « *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat* », D. 2000, p. 184 et s.
 - « *Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée* », LPA n° 131, 2 juill. 2002, p. 4.
 - « *Notion de comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat* », JCP G., 2004, II, n° 10108.
- LAGARDE (X.),
- « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP G. 1996, I, n° 3974.
 - « *La motivation des actes juridiques* », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Journées nationales, Limoges, t. III, LGDJ, 2000, p. 73 et s.*
 - « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique* », JCP E 2006, I, p. 1663.
 - « *Questions autour de l'article 1171 du Code civil* », D. 2016, p. 2174.
- LAITHIER (Y.-M.),
- « *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français* », D. 2006, chron. p. 1003 et s.
 - « *La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat* », in RDC, 01 avril 2010 n° 2, p. 561.
- LARDEUX (G.), « *Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat* », in *L'efficacité du contrat*, sous la dir. de G. LARDEUX, Dalloz, 2011, p. 7.
- LATINA (M.), « *La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 – Libres propos* », JCP G. 2016, p. 875.
- LAUDE (A.), « *La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap* », D. aff. 1/1996, p. 3 et s.
- LE CANNU (P.), « *Le règlement intérieur des sociétés* », Bull. Joly Soc., 1986, p. 723 et s.
- LECLERCQ (J.), « *Le devoir d'altruisme* », in *Revue néo-scholastique de philosophie*, 27^{ème} année, Deuxième série, n°5, 1925, p. 29 et s.
- LECOURT (A.), « *Article L. 442-6, I, 2^o, du Code de commerce et article 1171 du Code civil : exclusion ou complémentarité* », RLDA 2016/121, n° 6076.
- LÉCUYER (H.), « *La modification unilatérale du contrat* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, p. 47 et s.
- LETURMY (L.), « *La responsabilité délictuelle du contractant* », RTD. civ. 1998, p. 839 et s.
- LIBCHABER (R.),

- « *La société, contrat spécial* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 81 et s.
 - « *Demeure et mise en demeure en droit français* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 113 et s.
- LICARI (F.-X.), « *L'application par analogie du droit de l'agence commerciale, fondement possible de la reconnaissance d'une indemnité de fin de contrat au concessionnaire et au franchisé* », RLDA 2007, p. 93 et s.
- LICARI (S.), « *Pour la reconnaissance de la notion d'incombance* », RRJ, Droit prospectif, n° 2, 2002, p. 703 et s.
- LOCHAK (D.), « *Réflexions sur la notion de discrimination* », Dr. soc. 1987, p. 778 et s.
- LOUIS-LUCAS (P.), « *Les droits de préemption du Code de l'urbanisme* », LPA, février 1994, n° 22, p. 16 et s.
- LUCAS (F.-X.), « *Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel* », RDC 2004/4, p. 1012 et s.
- MARAIS (A.), « *Le maintien forcé du contrat par le juge* », LPA 2 octobre 2002, n° 197, p. 7 et s.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « *Conclusions générales* », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Acte du colloque organisé par le Centre de recherche juridique de l'Université de la Réunion*, 4-5 juin 2007, LPA 5 mars 2009, p. 119 et s.
- MARTIN (D.), « *La défense du consommateur à crédit* », RTD. com, 1977, p. 619, n° 43.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), « *Les sanctions de l'obligation de délivrance* », in *La vente commerciale de marchandises*, sous la dir. de HAMEL, Paris, Dalloz, 1951, p. 187 et s.
- MAZEAUD (D.),
- « *Droit du marché et droit commun des obligations* », RTD. Com. 1998, p. 95 et s.
 - « *La proportionnalité en droit social* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, spéc., n° 3.
 - « *Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale abusive* », D. 2001, p. 1137 et s.
 - « *Les vices de la protection du consentement du consommateur* », D. 2002, p. 71 et s.
 - « *Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel...* », D. 2003, p. 93 et s.
 - « *Le nouvel ordre contractuel* », RDC 2003, p. 295.
 - « *Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un "couple illégitime"* », in, *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 235 et s.
 - « *La confiance légitime et l'estoppel* », in RIDC, 2006, p. 363 et s.
 - « *Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs !* », in D. 2010, p. 2178 et s.

- « *Le droit des obligations et l'efficacité économique* », in *L'efficacité économique en droit*, ss. la dir. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, Economica, 2010, coll. Études Juridiques, vol. 33, p. 67 et s.
 - « *La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat* », in RDC, 01 avril 2010 n° 2, p. 561.
- MCNEIL (I), « *The many futures of contracts* », Southern California Law Review, 1974, vol. 47, p. 691 et s.
- MEKKI (M.), « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* » in RDC, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1051 et s.
- MESTRE (J.),
- « *Les clauses d'avenir* », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix en Provence, 17-18 mai 1990*, PUAM, 1990, p. 164.
 - « *Rupture abusive et maintien du contrat* », RDC 2005-1, p. 99 et s.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.), « *Effets de la tacite reconduction* », RTD. civ. 2006, p. 114 et s.
- MICHAÉLIDÈS-NOUAROS (G.), « *L'évolution récente de la notion de droit subjectif* », RTD. civ. 1966, p. 216 et s.
- MIGNOT (M.), « *De la solidarité en général et du solidarisme en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?* », Droit prospectif, RRJ 2004, n° 4, p. 2174.
- MOLFESSIS (N.), « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Actes du colloque organisé par le Centre de droits des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, LPA, 30 septembre 1998, p. 21 et s.
- MOULY (J.), « *Les suites de la jurisprudence Hôtel le Berry* », Dr. soc., 2008, p. 537 et s.
- MOUSSERON (J.-M.),
- « *La durée dans la formation des contrats* », in Mélanges A. JAUFFRET, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509 et s.
 - « *La gestion des risques par le contrat* », RTD. civ. 1988, p. 481 et s.
- MUIR-WATT (H.), « *Du contrat "relationnel", réponse à François OST* », in *La relativité du contrat*, Trav. Association CAPITANT, LGDJ, 1999, p. 170 et s.
- NAJJAR (I.), « *La potestativité, notes de lecture* », RTD. civ. 2012, p. 601 et s.
- NAVARRO (J.-S.), « *Standards et règles de droit* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Aix en Provence, septembre 1988*, RRJ 1988, p. 834 et s.
- NORMAND (J.),
- « *Contestation sérieuse et référé à la lumière du décret n° 87-434 du 17 juin 1987* », RTD. civ. 1988, p. 167 et s.
 - « *Le juge unique et l'urgence* », in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, avec la coordination de Ch. BOLZE et Ph. PÉDROT, Dalloz, 1996, coll. Thèmes et commentaires, p. 23 et s.

- ORIANNE (P.), « *Les standards et les pouvoirs du juge* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 1038 et s.
- OSMAN (F.), « *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* », Defrénois 1993, art. n° 35433, p. 65 et s.
- PELLÉ (S.), « *La réception des correctifs d'équité par le droit* », D. 2011, p. 1230 et s.
- PÉRÈS (C.), « *Rapport introductif* », in *L'efficacité économique en droit*, ss. la dir. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS, Economica, 2010, coll. Études Juridiques, vol. 33, p. 1 et s.
- PERROT (R.), « *Du "provisoire" au "définitif"* », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 447 et s.
- PETIT (B.), « *La formation successive du contrat de crédit* », in *Le droit du crédit au consommateur*, sous la dir. I. FADLALLAH, Litec, 1982, p. 93 et s.
- PIGASSOU (P.), « *La distribution intégrée* », RTD. com. 1980, p. 473 et s.
- PINARD (D.), « *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés* », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique*, Aix en Provence, septembre 1988, RRJ 1988, p. 1070 et s.
- PIROVANO (A.), « *La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* », D. 1997, p. 189 et s.
- PLANTAMP (D.), « *Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale* », D. 2000, chron. p. 243 et s.
- POMART-NOMDÉDÉO (C.), « *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité* », RTD. civ. 2010, p. 209 et s.
- PRIGENT (S.), « *Le dualisme dans l'obligation* », in RTD Civ. 2008, p. 401 et s.
- RADÉ (Ch.), « *À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique* », Dr. soc. 1999, p. 3 et s.
- RANIERI (F.),
- « *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe* », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous la dir. De M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, coll. Études juridiques, p. 25 et s.
 - « *Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand* », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, ss. la dir. de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. 32, p. 811 et s.
- RÉMY (Ph.),
- « *Droit des contrats : questions, positions, propositions* », in *Le droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Préf. G. CORNU, sous la dir. de L. CADJET, Paris, Economica, coll. Travaux et Recherches, Série Faculté des sciences juridiques de Rennes, 1987, p. 271 et s.
 - « *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept* », RTD. civ. 1997, p. 323 et s.

- RÉMY-CORLAY (P.), « *Exécution et réparation : deux concepts ?* », RDC 2005, p. 13 et s.
- RENOUX (T.), « *La constitutionnalisation du droit au juge en France* », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, ss. la dir. de J. RIDEAU, LGDJ, 1998, p. 109 et s.
- REVEY (Th.),
- « *La détermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance* », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, RTD com. 1997, p. 37 et s.
 - « *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat* », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, n° 9, 1999, n° 15, p. 42.
 - « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », in *Débat : Obligation de motivation et droit des contrats*, RDC 2004, p. 579 et s.
 - « *Le juge et la révision du contrat* », RDC 2016, p. 373 et s.
 - « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771 et s.
 - « *Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats* », in *Études en la mémoire de Philippe NEAU-LEDUC*, LGDJ, 2018, p. 887
- RIGAUD (F.), « *Rapport sur le principe 'Nul ne peut se faire justice à soi-même' en droit privé belge* », in *Trav. Assoc. H. CAPITANT, Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Dalloz, 1969, t. XVIII p. 11 et s.
- RIPERT (G.), « *Abus ou relativité des droits* », Rev. crit. lég. jur., 1929, p. 33 et s.
- ROCHE-DAHAN (J.), « *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* », D. 1994, p. 255 et s.
- ROCHFELD (J.),
- « *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2000, p. 747 et s.
 - « *Résolution et exception d'inexécution* », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2003, p. 213 et s.
 - « *Les modes temporels d'exécution du contrat* », RDC 2004, p. 47 et s.
 - « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution* », in *La réforme du droit des contrats : Projets et perspectives*, RDC 2006/1, p. 113 et s.
- ROUAST (A.), « *Les droits discrétionnaires et les droit contrôlés* », RTD civ. 1944, p. 1 et s.
- ROUHETTE (G.),
- « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Mélanges R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 247 et s.
 - « *La force obligatoire du contrat* », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. de D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987.
- ROUSSEAU (S.), « *L'analyse économique du droit* », D. 2009, p. 352 et s.
- SALEILLES (R.), « *De l'abus de droit, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil* », Bull. Soc. Études Législ., 1905, p. 325 et s.

- SALLÉ DE LA MARNIÈRE (E.), « *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (Essai de terminologie juridique)* », R.T.D. Civ., 1933, p. 1037 et s.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus* », CCC 2008, étude n° 7.
- SAVAUX (E.) et SCHÜTZ (R.-N.), « *Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs* », in *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 271 et s.
- SINAY (H.), « *Le travail à l'essai* », Dr. social, 3/1963, p. 150.
- SPEIDEL (R. E.), « *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts* », *Northwestern Law Review*, vol. 94, 2000, p. 823, spéc. p. 828.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.),
- « *Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale* », in *La résiliation unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ?*, Droit et patrimoine, mai 2004, n° 126, p. 70 et s.
 - « *Abus de droit, agrément et rupture fautive* », RDC 2005, p. 288 et s.
 - « *Exécution et inexécution du contrat* », in *La réforme du droit français des contrats, Colloque annuel de la Revue des contrats*, Sorbonne, 24 sept. 2008, RDC, 2009/1, p. 333 et s.
 - « *Les répliques contractuelles* », RDC 2010, p. 430 et s.
- TALLON (D.), « *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation* », RTD civ. 1994, p. 223 et s.
- TERRÉ (F.), « *La proportionnalité comme principe ?* », JCP. G. 2009, p. 52 et s.
- TEUBNER (G.), « *Nouvelles formes d'organisation et droit* », *Revue française de gestion*, nov.-déc. 1993, p. 57.
- TREILLARD (J.), « *De la suspension des contrats* », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel : Études de droit privé*, ss. la dir. P. DURAND, LGDJ, 1960, p. 78 et s.
- VASSEUR, (M.) « *Urgence et droit civil* », RTD civ. 1954, p. 405 et s.
- WESTER-OUISSE (V.), « *Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle de la responsabilité fondée sur le dommage* », RRJ 2007, n° 3, p. 1219 et s.
- WICKER (G.),
- « *Force obligatoire et contenu du contrat* », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 151 et s.
 - « *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT* », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 691.

VI. Arrêts cités et notes sous arrêts.

- Cass. req. 11 février 1812, D. DALLOZ et A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 33, n° 1199, p. 271, arrêt en note n° 2.
- Cass. req. 25 avril 1812, S. 1813, 1, p. 230.
- Cass. crim. 19 décembre 1817, S. 1818, 1, p. 70.
- Cass. req. 21 décembre 1825, S. 1826, 1, p. 275.
- Cass. req. 18 mai 1839, DP. 1839, 1, p. 230.

Cass. req. 5 février 1856, S. 1856, 1, p. 671.
 Cass. 8 juin 1857, S. 1858, I, p. 305.
 C.E. 19 mai 1858, rec. p. 399.
 Cass. civ. 2 juillet 1860, DP. 1860, 1, p. 284.
 C.E. 25 février 1864, rec. p. 210.
 Cass. req. 6 janvier 1869, S. 1869, 1, p. 309.
 C.A. Paris, 12 août 1871, S. 1871, 2, p. 193, note J. E. LABBÉ.
 Cass. req., 14 janvier 1873, DP. 1873, 1, p. 185.
 Cass. req. 15 janvier 1873, S. 1873, 1, p. 134.
 C.A. Grenoble 24 janvier 1881, DP. 1883, 2, p. 71.
 Cass. civ. 13 mai 1885, DP. 1885, 1, p. 350.
 Cass. civ., 15 février 1888, DP. 1888, 1, p. 203.
 Cass. req. 1^{er} mai 1889, DP. 1890, 1, p. 470 ; S. 1892, 1, p. 372.
 Cass. civ. 26 février 1896, S. 1897, 1, p. 187.
 Trib. civ. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898, 2, p. 85.
 Cass. civ. 23 avril 1898, D.P. 1898, 1, p. 507.
 Cass. civ. 2 mai 1900, D. 1900, 1, p. 392 ; S. 1901, 1, p. 217, note A. WAHL.
 C.E. 16 novembre 1900, « MAUGRAS », S. 1901, 3, p. 57, note M. HAURIOU.
 Cass. req. 2 janvier 1901, Gaz. Trib. 10 janvier 1901.
 Cass. req. 18 juin 1902, D. 1903, 1, p. 342 et s.
 Cass. req. 18 avril 1904, S. 1904, 1, p. 444.
 Cass. req., 19 octobre 1904, DP. 1907, 1, p. 426.
 Cass. civ. 4 janvier 1910, S. 1911, I, p. 195.
 C.E., 31 juillet 1912, « Société des Granits porphyroïdes des Vosges », rec. Lebon, p. 909,
 concl. L. BLUM.
 T. Com. Nancy, 8 décembre 1913, RTD. civ. 1914, p. 124, obs. R. DEMOGUE.
 Cass. req. 3 août 1915, affaire CLÉMENT-BAYARD.
 Cass. civ. 5 mai 1920, DP. 1926, 1, p. 37.
 Req. 22 décembre 1920, S. 1922, I, p. 369, note MOREL.
 Cass. req. 24 octobre 1922, DP. 1924, 1, p. 8.
 Cass. req. 12 décembre 1922, DP. 1924, 1, p. 186.
 C.E. 27 mars 1925, S. 1927, 3, p. 57.
 C.E. 22 janvier 1926, S. 1926, 3, p. 25.
 Cass. req. 10 février 1926, P. 129 ; S. 1926, 1, P. 60.
 C.E. 18 juin 1926, « RODIÈRE », Rec. LEBON, p. 623.
 C.E. 19 novembre 1926, « MONZAT », Rec. LEBON, p. 1001.
 Req. 4 janvier 1927, S. 1927, I, p. 188.
 Trib. civ. Seine-Inférieure, 4 avril 1927, DP. 1927, 2, p.164, note R. BEUDANT.
 Cass. req. 16 novembre 1927, DP. 1928, 1, p. 61.
 Cass. civ. 10 janvier 1928, DP. 1929, 1, p. 126.
 Cass. req. 13 novembre 1928, D.H. 1928, p. 589.
 Cass. civ. 17 décembre 1928, D.H. 129, p. 52.

C.A. Paris, 22 avril 1929, JCP G. 1929, p. 707.
 Trib. civ. Valence, 12 décembre 1929, *Gaz. Pal.* 1930, I, p. 372.
 C.E., 19 mai 1933, Rec. LEBON, p. 541.
 Cass. req. 5 février 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, p. 231.
 Req. 26 novembre 1935, D. P. 1936, I, p. 37.
 Cass. civ. 5 avril 1936, DH 1936, p. 331.
 C.E. 12 janvier 1938, « Cie des chemins de fer de St-ETIENNE », S. 1939, 3, p. 53.
 Cass. civ., 2 mars 1938, DH 1938, p. 178.
 Cass. civ. 4 novembre 1940, D.H. 1940, p. 192.
 C.E. 30 octobre 1942, « Cie générale des eaux », Rec., p. 302.
 Cass. soc. 5 décembre 1946, Dr. Soc., 1947, p. 120.
 Cass. civ. 23 février 1949, S. 1949, 1, p. 164.
 Cass. civ. 30 novembre 1949, *Gaz. Pal.* 1950, I, p. 38.
 C.E. 5 mai 1950 « BUISSON », Rec. LEBON p. 258.
 C.E. 28 juillet 1952, « DUMEY », Rec. LEBON, p. 404.
 C.E. 14 janvier 1955, « BESSINGER », Rec. p. 24.
 Cass. soc. 25 avril 1955, *Bull. civ.* IV, n° 347.
 C.A. Rennes, 22 décembre 1955, D. 1957, somm. p. 31.
 Cass. com. 28 février 1956 ; Rev. loyers 1956, p. 241.
 Cass. civ. 1^{ère}, 3 octobre 1956, *Bull. civ.* I, n° 333, p. 269 ; JCP G. 1956, IV, p. 150.
 Cass. com. 14 janvier 1958 ; JCP G. 1958, II, n° 10466.
 Cass. com. 1^{er} juin 1959, JCP E 1959, II, n° 11206, note J. HÉMARD.
 Cass. soc. 19 juin 1959, *Bull. civ.* V, n° 779, p. 626 ; D. 1959, p. 513.
 Cass. com. 18 avril 1961, « Société des Anciens Établissements PICQUARD », *Bull. civ.* III, n° 175.
 CA Paris, 30 mai 1961, D. 1961, p. 669, note G. LYON-CAEN.
 Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 1961, *Bull. civ.* I, n° 511 ; D. 1962, somm. p. 73.
 Cass. soc. 9 novembre 1961, *Bull. civ.* IV, n° 923.
 Cass. com. 7 janvier 1963, *Bull. civ.* IV, n° 16.
 Cass. com. 19 février 1963, JCP. 1963, II, n° 13299, note F. GIVORD.
 Cass. soc. 28 octobre 1963, *Bull. civ.* IV, n° 739.
 C.E., Ass., 26 février 1965, « Société du Vélodrome du Parc des Princes », rec. Lebon, p. 133
 ; RDP 1965, p. 506, concl. BERTRAND, note M. WALINE.
 Cass. com. 5 avril 1965, *Bull. civ.* III, n° 259.
 Cass. com. 28 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 405.
 Cass. com. 19 juillet 1965, *Bull. civ.* IV, n° 460.
 Cass. com. 19 juillet 1966, *Bull. civ.* IV, n° 367.
 Cass. soc. 12 janvier 1967, *Bull. civ.* IV, n° 43.
 T.C., 16 janvier 1967, « Société du Vélodrome du Parc des Princes », rec. Lebon, p. 652 ; D.
 1967, p. 416, concl. R. LINDON.
 C.A. Paris 14^{ème} ch., 2 février 1967, obs. H. MOTULSKY.
 Cass. com. 14 février 1967, *Bull. civ.* III, n° 73.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1967, *Bull. civ. I*, n° 110.
TGI Seine, 13 avril 1967, *JCP G.* 1967, II, n° 15181, obs. H. MOTULSKY.
Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1967, *Bull. civ. I*, n° 205.
Cass. com. 11 octobre 1967, *Bull. civ.* n° 423, *R. D. Com.* 1968, p. 94, obs. R. HOUIN.
Cass. com. 11 mars 1968, *Bull. civ. IV*, n° 101.
Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 1968, *Bull. civ. III*, n° 498, p. 382.
Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1969, « *Soc. des comédiens français* », *Bull. civ.* 1969, I, n° 60, *D.* 1969, p. 601, note J. MAZEAUD.
Cass. com. 3 mars 1969, *Bull. civ. IV*, n° 79.
Cass. com. 13 novembre 1969, *Bull. civ. IV*, n° 335.
Cass. com. 15 décembre 1969, *Bull. civ.* n° 364.
Cass. com. 11 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 154, p. 138.
Cass. com. 9 juin 1970, *Bull. civ. IV*, n° 195, p. 171.
Cass. civ. 3^{ème}, 21 janvier 1971, *Bull. civ. III*, n° 46, p. 31.
Cass. com. 27 avril 1971, *Bull. civ. IV*, n° 107, p. 99.
C.E., 28 mai 1971, *Rec. Lebon*, p. 409.
Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1971, *Bull. civ. III*, n° 404, p. 287.
Cass. com. 5 novembre 1971, *Bull. civ. IV*, n° 263, p. 245 ; *D.* 1972, p. 353, note J. GHESTIN ; *JCP G.* 1972, II, n° 16975, note J. BORÉ.
C.E. sect., 5 mai 1972 « FERDINAND », *Rec. Lebon*, p. 339.
Cass. com. 29 mai 1972, *Bull. civ. IV*, n° 164, p. 160, *JCP* 1973, II, n° 17337, obs. Y. GUYON.
Cass. com. 8 novembre 1972, *Bull. civ. IV*, n° 280, p. 264, *JCP G.* 1973, II, n° 17565.
Cass. civ. 2^{ème}, 11 janvier 1973, *Bull. civ. II*, n° 17, p. 12.
Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 1973, *Bull. civ. III*, n° 100, p. 72.
C.A. Pau, 15 février 1973, *RTD civ.* 1974, p. 152, obs. DURRY.
Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 1973, *Bull. civ. III*, n° 238.
Cass. civ. 3^{ème}, 3 avril 1973, *Bull. civ. III*, n° 254.
Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, *Bull. civ. III*, n° 529, p. 386.
Cass. civ. 3^{ème}, 16 janvier 1974, *Bull. civ. III*, n° 22, p. 18.
Cass. soc. 24 janvier 1974, *Bull. civ. V*, n° 65, p. 59.
Cass. com. 12 février 1974, *Bull. civ. IV*, n° 54, p. 43 ; *JCP G.* 1975, II, n° 17915, note J. BORÉ.
C.A. Colmar, 7 février 1975, *D.* 1978, p. 169, note P. ORTSCHIEDT et 23 mars 1979, *D.* 1980, *IR*, p. 192.
Cass. soc. 5 mars 1975, *Bull. civ. V*, n° 112, p. 103.
Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1975, *D.* 1976, p. 151, note J. MAZEAUD.
Cass. com. 20 janvier 1976, *Bull. civ. IV*, n° 26, p. 22 ; *D.* 1976, *Somm.* p. 36 ; *RTD. com.* 1976, p. 785, obs. J. HÉMARD.
Cass. com. 22 avril 1976, *Bull. civ. IV*, n° 131, p. 112, *Rev. soc.* 1976, p. 479, note D. SCHMIDT.
Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 1976, n° 75-10854, *Bull. civ. III*, n° 199, p. 155 ; *D.* 1978, p. 269, note J.-J. TAISNE ; *Defrénois* 1977, p. 476, note J.-L. AUBERT.
Cass. com. 17 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 165, p. 141.
Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1976, *Bull. civ. I*, n° 330.

Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1976, *Bull. civ.* III, n° 465, p. 354, RTD. civ. 1977, p. 340, obs. G. CORNU.

Cass. soc. 9 février 1977, *Bull. civ.* V, n° 95, p. 75 ; D. 1977, p. 544 et s., note A. JEAMMAUD.

Cass. 3^{ème}, 6 décembre 1977, *Bull. civ.* III, n° 428.

Cass. soc. 8 décembre 1977, *Bull. civ.* V, n° 688, p. 551.

Cass. civ. 3^{ème}, 17 janvier 1978, *Bull. civ.* III, n° 41, p. 33.

Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1978, *Bull. civ.* III, n° 128, p. 101.

Cass. civ. 3^{ème}, 2 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 165, p. 131.

Cass. soc. 29 juin 1978, *Bull. civ.* V, n° 540, p. 404 ; JCP. G. 1979, II, n° 19135, note B. TEYSSIE.

Cass. com. 11 octobre 1978, *Bull. civ.* IV, n° 225 ; D. 1979, p. 135, note R. HOUIN ; JCP 1978, II, n° 19034, note Y. LOUSSOUARN.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1978, *Bull. civ.* I, n° 384, p. 299.

Cass. crim. 16 janvier 1979, *Bull. crim.*, n° 27.

Cass. com. 30 janvier 1979, *Bull. civ.* IV, n° 41, p. 33.

C.A. Colmar, 23 mars 1979, D. 1980, I.R., p. 192.

Cass. soc. 3 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 378.

Cass. soc. 18 avril 1980, *Bull. civ.* V, n° 334.

Cass. soc. 29 mai 1980, *Bull. civ.* V, n° 472.

Cass. com. 6 janvier 1981, *Bull. civ.* IV, n° 3.

Cass. com. 27 avril 1981, *Bull. civ.* IV, n° 189.

C.A. Rouen, 9 juin 1981, RJ com. 1983, p. 133, note B. GROSS.

C.A. Paris, 9 novembre 1981, D. 1982, p. 171, note J.-L. AUBERT.

Cass. soc. 23 mars 1982, *Bull. civ.* V, n° 208, p. 153.

Cass. civ. 3^{ème}, 14 avril 1982, JCP. 1982, IV.

Cass. com. 15 juin 1982, *Bull. civ.* IV, n° 229.

Cass. com. 5 octobre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 298.

Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1982, *Bull. civ.* III, n° 207.

Cass. civ. 3^{ème}, 25 janvier 1983, *Bull. civ.* III, n° 21 ; RTD. civ. 1985, p. 163 et s., obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1983, *Bull. civ.* III, n° 83.

Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1983, *Bull. civ.* III, n° 132.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1983, *Bull. civ.* I, n° 252.

Cass. com. 7 novembre 1983, *Bull. civ.* IV, n° 292.

Cass. com. 5 décembre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 322.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1985, *Bull. civ.* I, n° 54, p. 52.

C.A. Paris, 9 octobre 1985, Rev. soc. 1986, p. 291, obs. Y. GUYON ; JCP E. 1986, n° 15846, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, spéc. n° 2.

Cass. com. 19 novembre 1985, *Bull. civ.* IV, n° 275, p. 232.

Cass. soc. 23 avril 1986, *Bull. civ.* V, n° 160, p. 127 ; D. 1988, Somm. p. 98, obs. J. PELISSIER.

C.A. Paris, 1^{ère} ch. D'urg., 17 mars 1987, D. 1988, p. 219, note J.-R. MIRBEAU-GAUVIN.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 94, p. 71.

Cass. civ. 3^{ème}, 8 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, p. 53, JCP G., 1988, II, n° 21037, obs. Y PICOD ; RTD civ., 1988, 146, obs. Ph. RÉMY.

Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 91, p. 54.

Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 93, p. 55 ; RTD. civ. 1988, p. 536, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 1987, *Bull. civ.* III, n° 108, p. 63.

Cass. soc., 25 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 423 ; Dr. soc. 1988. 258, obs. J. SAVATIER.

Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 1988, *Bull. civ.* III, n° 125 ; RTD civ. 1990, p. 677, obs. Ph. RÉMY ; RTD com. 1989, p. 217, obs. M. PÉDAMON.

CA Paris, 14^{ème} ch. B, 3 novembre 1988.

C.A. Paris, 11 janvier 1989, D. 1989, somm., p. 298, obs. T. HASSLER ; RTD. civ. 1990, p. 284, obs. J. MESTRE.

Cass. crim. 7 février 1989, *Bull. crim.*, n° 54, p. 148 ; Dr. soc. 1989. 504, note J. SAVATIER.

C.A. Paris, 1^{ère} ch., 25 avril 1989, RJDA 1990, n° 143, p. 314 ; D. 1990, somm. p. 58, obs. C. COLOMBET ; RTD. civ. 1990, p. 284, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 3^{ème}, 20 juillet 1989, *Bull. civ.* III, n° 172, p. 93 ; Defrénois 1990, p. 361, note J.-L. AUBERT ; RTD. civ. 1990, p. 75, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 3^{ème}, 31 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n° 200, p. 110.

Cass. soc. 17 janvier 1990, *Bull. civ.* V, n° 13.

Cass. com. 3 avril 1990, *Bull. civ.* IV, n° 108, p. 71.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 1990, n° 87-19106 ; D. 1991, p. 41 note Ch. GAVALDA ; RTD. civ. 1991, p. 111, obs. J. MESTRE.

C.A. Paris, 23 novembre 1990, D. 1992, p. 101, note G. PIGNARRE.

Cass. soc., 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 598, p. 360.

C.A. Paris, 5^{ème} ch., sect. B, 7 décembre 1990, JurisData n° 1990-025707.

Cass. com. 26 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 87, p. 58 ; JCP G. 1992, II, n° 21914, comm. L. LÉVY.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, « *Lorthioir* », *Bull. civ.* I, n° 153, p. 101.

Cass. com. 22 mai 1991, n° 89-13817.

Cass. civ. 3^{ème}, 14 novembre 1991, n° 89-18.556.

C.A. Paris, 21 novembre 1991, JCP. E. 1992, I, p. 145, n° 8, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Cass. com. 3 décembre 1991, n° 90-13714, *Rev. Banque* 1992, p. 734, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 1992, n° 90-11289 ; JCP E 1993. I. 234, n° 18, obs. M.-L. IZORCHE.

CJCE, 10 mars 1992, « *Powell Duffryn plc c./ Wolfgang Petereit* », *Bull. Joly*, 1992, 768, § 247, note J.-B. BLAISE.

Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1992, *Gaz. Pal.* 1992, 2, p. 656, note J.-D. BARBIER.

Cass. com. 9 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 228, p. 160 ; D. 1992, p. 529 note Ch. GAVALDA ; JCP. E. II, p. 351, note J. STOUFFLET.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1992, *Bull. civ.* I, n° 178, p. 121, RTD com. 1993, p. 351, note B. BOULOC.

Cass. com. 23 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 249, p. 173 ; JCP. 1992, II, n° 21974, note M. BÉHAR-TOUCHAIS.

Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1992, n° 90-21.773.

C.E. 29 juin 1992, « GRIMAUD », *Rec. LEBON*, p. 275.

Cass. com. 7 juillet 1992, *Bull. civ.* IV, n° 265 p. 183 ; Bull. Joly 1992, p. 100, note A. COURET ; JCP E. 1993, I, p. 218, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Cass. com. 3 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338, p. 241 ; RTD. civ. 1993, p. 124, note J. MESTRE ; JCP G. 1993, II, n° 22164, note G. VIRASSAMY.

CA Paris, 14^{ème} ch. A, 3 février 1993.

Trib. com. Fréjus, 1^{er} mars 1993 ; JCP 1994, II, n° 22194, note M.-F. COUTANT et J.-J. ALEXANDRE.

Cass. soc. 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 186.

Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, *Bull. civ.* III, n° 174, p. 115 ; D. 1994, p. 504, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; *Ibid*, somm. p. 230, obs. O. TOURNAFOND ; JCP G. 1995, II, n° 22366, note D. MAZEAUD.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, *Bull. civ.* I, n° 54, p. 42 ; D. 1994, p. 605, note L. CASAUX ; Defrénois 1994, p. 1115, obs. D. MAZEAUD.

Cass. com. 5 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149 p. 118, CCC 1994, comm. n° 159 L. LEVENEUR ; D. 1995, p. 90, obs. D. MAZEAUD ; RTD. civ. 1994, p. 603, obs. J. MESTRE.

Cass. com. 26 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 158, p. 125, Rev. soc. 1994, p. 725, note D. COHEN.

Cass. soc. 14 juin 1994, n° 92-45072, RJS 7/94, n° 851.

Cass. soc. 22 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 204, p. 139.

Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-17.888.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 251 ; D. 1995, p. 122, note L. AYNÈS ; JCP G. 1995, II, n° 22371, note J. GHESTIN ; CCC février 1995, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1995, p. 358, obs. J. MESTRE.

Cass. soc. 30 novembre 1994, RJS 1/95.

TGI Brest, 21 décembre 1994 ; RTD. Civ. 1995, p. 360, obs. J. MESTRE.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 57, p. 41, RTD. civ. 1995, p. 623, note J. MESTRE ; D. 1995, p. 230, obs. D. MAZEAUD ; D. 1995, p. 383, note Ch. JAMIN.

Cass. soc. 12 avril 1995, n° 92-44484 C ; RJDA 10/1995, n° 1075 ; D. 1995, IR, p. 128.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 214, p. 152 ; D. 1996, somm. p. 113, obs. L. AYNÈS.

Cass. soc. 31 mai 1995, *Bull. civ.* V, n° 171, p. 124 ; Dr. soc. 1995, p. 677, obs. H. BLAISE.

C.A. Aix en Provence, 18 septembre 1995 ; CCC 1995, n° 190, obs. G. RAYMOND.

Cass. soc. 14 novembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 297, p. 213.2.

Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, *Bull. civ.* A.P. n° 7, p. 13 ; *Bull. civ.* A.P. n° 9, p. 16 et *Bull. civ.* A.P. n° 8, p. 15.

Cass. soc. 6 décembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 330, p. 235 ; JCP G. 1996, II, n° 22671, note C. PUIGELIER.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 479.

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 9 ; JCP 1996, I, n° 3929, n° 1, obs. F. LABARTHE ; D. 1996, p. 228, note G. PAISANT.

Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 1996, *Bull. civ.* III, n° 20, p. 13.

Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 55.

Cass. soc. 13 février 1996, n° 92-4502, Dr. soc. 1996, p. 532, obs. A. JEAMMAUD.

Cass. com. 2 avril 1996, n° 94-13433, D. 1996, somm. 329, obs. D. MAZEAUD.

Cass. com. 4 juin 1996, *Bull. civ.* IV, n° 162, p. 141.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 246, p. 174, CCC. 1996, n° 164, note L. LEVENEUR.

Cass. civ. 25 juin 1996, *Bull. civ.* n° 274, p. 192.

Cass. com. 9 juillet 1996, *Bull. civ.* IV, n° 205, p. 176 ; JCP G. 1996, II, n° 22721, note STOUFFLET ; CCC 1996, n° 182, 2^{ème} arrêt, note L. LEVENEUR.

Cass. soc., 10 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 278.

Cass. soc. 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 289, p. 208.

C.A. Paris, 17 sept. 1996, *Bull. Joly. Soc.*, 1997, p. 24, note P. LE CANNU.

Cass. com. 8 octobre 1996, *Bull. IV*, n° 228, p. 199.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, *Bull. civ.* I, n° 366, p. 256.

Cass. com. 22 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; D. 1997, p. 121, obs. A. SÉRIAUX ; D. 1997, somm. p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP. G. 1997, I, n° 4025, obs. G. VINEY ; JCP. G. 1997, I, n° 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN.

Cass. com. 19 novembre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 275, p. 236 ; D. 1997, p. 609, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 424 p. 297 ; JCP G.1997, II, n° 22815, note P. REIGNÉ.

C.A. Paris, 18^{ème} ch. E, 16 décembre 1996, D. 1997, IR p. 35.

Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 117 et n° 118, p. 104.

Cass. com. 3 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 172, p. 153.

Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188.

Cass. soc. 17 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 223, p. 161.

Cass. soc. 18 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 225, p. 164.

Cass. soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 236, p. 172.

Cass. civ. 3^{ème}, 16 juillet 1997, n° 95-21483.

Cass. com. 7 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 252 p. 220, CCC 1998, comm. n° 20 L. LEVENEUR ; RTD. civ. 1998, p. 370, obs. J. MESTRE ; RTD Civ. 1998, p. 130, obs. P.-Y. GAUTIER ; JCP G. 1998, II, n° 10085, note J.-P. CHAZAL.

Cass. com. 14 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 255, p. 223, D. 1999, p. 103, note WILLMANN ; Defrénois 1998, p. 328, obs. D. MAZEAUD ; *Ibid*, p. 538, note DAGORNE-LABBÉ ; Gaz. Pal. 1998, 2, p. 701, note M. TAILLENS-DESSALE.

Cass. soc. 22 octobre 1997, *Bull. civ.* V, n° 325, p. 234.

Cass. soc. 24 octobre 1997, *Bull. civ.* V, n° 334, p. 239.

C.A. 20 novembre 1997, RJS 5/1998, n° 674.

DC n° 97-395 du 30 décembre 1997.

Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. civ.* IV, n° 40, p. 30, CCC 1998, p. 56, obs. L. VOGEL.

Cass. soc., 28 janvier 1998, *Bull. civ.* V, n° 40, p. 30.

Cass. com. 24 février 1998, n° 95-12349, *Bull. Joly* 1998, p. 527, note C. PRIETO.

Cass. soc. 2 avril 1998, *Bull. civ.* V, n° 196, p. 145.

Cass. soc. 16 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 320 p. 243 ; Dr. soc. 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET.

Cass. soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ.* V, n° 373, p. 282.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 300, D. 1999, note Ch. JAMIN ; *Ibid*, somm. p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; Defrénois, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; JCP. G 1999, note N. RZEPECKI ; RTD. civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE ; *Ibid*, p. 506, obs. J. RAYNARD.

Cass. com. 24 novembre 1998, *Bull. civ. IV*, n° 277 ; JCP G. 1999, II, n° 10210, note Y. PICOD.

Ass. plen. 27 novembre 1998, trois arrêts, *Bull. A. P.*, n° 6, p. 10 et n° 7, p. 11.

Cass. civ. 3^{ème}, 10 février 1999, n° 97-11.066.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999 ; *Bull. civ. I*, n° 52, p. 35.

Cass. civ. 3^{ème}, 24 février 1999, *Bull. civ. III*, n° 47, p. 32 ; RDI, 1999, p. 470, note J. DERRUPÉ.

Cass. soc. 16 mars 1999, *Bull. civ. V*, n° 115 p. 84.

Cass. com. 11 mai 1999, n° 97-10999, RJDA 1999, n° 918.

Cass. soc. 18 mai 1999, *Bull. civ. V*, n° 219 p. 161.

T.C. 5 juillet 1999, « UGAP c/ Soc. SNC Activ CSA », rec. Lebon, p. 465.

Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, RTD. civ. 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 6, p. 3.

Cass. civ. 1^{ère}, *Bull. civ. I*, n° 52, p. 35, Defrénois, 2000, p. 248, obs. D. MAZEAUD.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109 ; D. 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL ; D. 2001, Somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; RTD. civ. 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98.

Cass. soc., 4 juillet 2000, *Bull. civ. V*, n° 262, p. 207 ; Dr. soc. 2000, p. 1091, note A. CRISTAU.

Cass. soc. 5 juillet 2000, n° 98-42889.

Cass. soc. 18 juillet 2000, *Bull. civ. V*, n° 290, p. 229.

Cass. civ. 3^{ème}, 19 juillet 2000, *Bull. civ. III*, n° 151, p. 104.

C.A. Paris, 13 octobre 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 176.

C.A. Paris, 15^{ème} ch. A, 24 octobre 2000 ; D. 2001, p. 302, obs. X. DELPECH ; D. 2001, p. 3236, obs. D. MAZEAUD ; D. 2002, p. 641, obs. D.-R. MARTIN.

Cass. com. 30 octobre 2000, n° 98-11224, somm. com., p. 3241, obs. D. MAZEAUD ; CCC 2001, comm. n° 21, note L. LEVENEUR.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 286, p. 185 ; D. 2001, p. 256 et s., note Ch. JAMIN et M. BILLIAU ; D. 2001, p. 1137 et s., obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP G. 2001, II, n° 10506, note X. VUITTON ; RGDA 2000, p. 975 et s., comm. J. KULLMANN ; RTD civ. 2002, p. 137, obs. J. NORMAND.

Cass. soc. 14 novembre 2000, *Bull. civ. V*, n° 375, p. 287 ; Dr. soc. 2001. 207, obs. J. SAVATIER.

C.A. Nancy, 20 novembre 2000 ; JCP G. 2002, II, n° 10113, note Ch. JAMIN.

Cass. civ. 3^{ème}, 6 décembre 2000, *Bull. civ. III*, n° 185, p. 130.

Cass. soc. 10 janvier 2001, *Bull. civ. V*, n° 3, p. 2 ; Dr. soc. 2001, p. 553, obs. J. SAVATIER.

Cass. soc. 17 janvier 2001, *Bull. civ. V*, n° 13, p. 8.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n° 99-15170, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 25.

Cass. soc. 10 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 161, p. 127.

Cass. com. 17 juillet 2001, n° 99-13553 ; Defrénois 2001, p. 1425, obs. E. SAVAUX.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, *Bull. civ. I*, n° 257, p. 162.

CJCE, 22 novembre 2001, « *Cape Snc* », aff. C-541/99 et C-542/99, D. 2002. A.J., p. 90, obs. C. RONDEY.

Cass. com. 15 janvier 2002, n° 99-21172 ; JCP G. 2002, II, n° 10157, obs. Ch. JAMIN.

Cass. com. 29 janvier 2002, n° 00-11433, RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; CCC 2002, n° 124, note M. MALAURIE-VIGNAL.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 32.

Cass. soc. 5 février 2002, *Bull. civ. V*, n° 50, p. 48.

Cass. soc. 20 février 2002, *Bull. civ. V*, n° 72, p. 66.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 95, p. 73 ; RTD. civ. 2002, p. 534, note P.-Y. GAUTIER ; RTD. com. 2003, p. 756, obs. L. GROSCLAUDE ; Rev. soc., 2002, p. 736, note Y. CHARTIER.

Cass. soc. 26 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 105, p. 113 ; Dr. soc. 2002, p. 784, obs. J. MOULY.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 108, p. 84 ; D. 2002, p. 1860 concl. J. P. GRIDEL ; *Ibid*, p. 2844, note D. MAZEAUD ; Defrénois 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX.

Cass. com. 2 juillet 2002, *Bull. civ. IV*, n° 113, p. 122 ; RTD. civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2003, p. 93, note D. MAZEAUD ; RDC 2003, p. 50, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; JCP G 2003, II, 10023, note D. Mainguy ; CCC 2003, n° 10, obs. L. Leveneur ; RDC 2003, p. 152, note M. Béhar-Touchais ; LPA, 28 oct. 2002, p. 15, note P. Mousseron.

Cass. soc. 2 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 229, p. 224.

Cass. soc. 18 septembre 2002, *Bull. civ. V*, n° 273, p. 263.

Cass. com. 22 octobre 2002, n° 99-13669.

Cass. ch. mixte 14 février 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; D. 2003, Jur. p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; RTD civ. 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003, p. 349, obs. R. PERROT ; JCP 2003, I, n° 128, n° 17, obs. L. CADIET ; JCP 2003, I, n° 142, n° 13, obs. G. VIRASSAMY ; LPA 2003, n° 51, p. 13, note L. BERNHEIM ; CCC 2003, n° 84, note L. LEVENEUR ; Procédures 2003, n° 93, note H. CROZE ; JCP 2003, I, n° 164, n° 9, obs. C. SERAGLINI.

Cass. Soc. 25 février 2003, *Bull. civ. V*, n° 66, p. 62, Dr. soc. 2003, p. 625 et s., comm. J. SAVATIER.

C.A. Paris, 5 mars 2003, CCC 2003, comm. p. 136, L. LEVENEUR.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-15115.

C.A. Toulouse, 17 avril 2003, Juris-Data n° 2003-212735.

Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, *Bull. civ. III*, n° 87, p. 80 ; JCP G. 2004, II, n° 10031, note Ch. JAMIN ; JCP G. 2003, I, 170, n° 15, obs. A. CONSTANTIN ; RTD. civ. 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 108 p. 85 ; JCP G. 2003, II, n° 10021, note R. COLSON ; RTD civ. 2003, p. 499, obs. B. FAGES et J. MESTRE.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 124, p. 96, D. 2004, p. 598, note J. PENNEAU.

Cass. com. 3 juin 2003, n° 00-12580, RDC 2004, n° 4, p. 930, obs. D. MAZEAUD.

Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-43578, 01-42335 et 01-42679, *Bull. civ.* V, n° 209, p. 213 ; D. 2003, p. 2396, note J. PÉLISSIER ; Dr. soc. 2003, p. 824, note G. COUTURIER et J.-E. RAY ; RJS 8-9/2003, n° 994, p. 647, note J.-Y. FROUIN.

Cass. com. 1^{er} juillet 2003, n° 99-19.328.

Cass. soc. 9 juillet 2003, n° 01-42723.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003, *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, RDC. 2004, n° 2, p. 273 et s. note D. MAZEAUD. et L. AYNÈS; Defrénois, 2004, n° 5, p. 378 et s. note R. LIBCHABER.

C.A. Aix, 22 janvier 2004, *Bull. Aix* 2004-2, obs. L. WEILLER, cité par J. MESTRE, « *Rupture abusive et maintien du contrat* », RDC 2005-1, p. 99 et s.

Cass. com. 4 février 2004, n° 99-21.480 ; RTD civ. 2004, p. 731, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2004, p. 1275, obs. J. ROCHFELD.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ.* I, n° 83, p. 67, Bull. Joly 2004, p. 1109, note E. GARAUD.

Cass. soc. 31 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 101, p. 91 ; Dr. soc. 2004, p. 666 et s., obs. Ch. RADÉ.

Cass. com. 28 avril 2004, n° 02-18392 ; RJDA 2004, n° 1109.

Cass. soc. 5 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 123, p. 112 ; Dr. soc. 2004, p. 786, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

Cass. civ. 12 mai 2004, n° 03-13847 ; RDC 2004, p. 925, obs. D. MAZEAUD.

Cass. soc. 25 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 136, p. 124.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 157 ; CCC 2004, comm. p. 151, L. Leveneur ; D. 2005, p. 1828, obs. D. Mazeaud ; RDC 2005, p. 275, note Ph. Stoffel-Munck.

Cass. com. 5 octobre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181, p. 208 ; RTD. com. 2005, p. 407, obs. B. BOULOC ; RTD civ. 2005, p. 128, comm. J. MESTRE et B. FAGES.

C.A. Versailles, 19 octobre 2004, RJS 5/2005, n° 513.

Cass. com. 14 décembre 2004, n° 03-14380 ; CCC 2005, n° 61, note L. LEVENEUR.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 308, p. 258, Bull. Joly 2005, p. 515, note Ph. NEAU-LEDUC.

Cass. soc. 19 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n° 10, p. 8 ; Dr. soc. 2005, p. 475, obs. J. SAVATIER.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 févr. 2005, n° 02-14171.

Cass. soc. 23 février 2005 (2nd espèce), *Bull. civ.* V, n° 64, p. 56 ; D. 2005, p. 1678, note H. K. GABA ; Dr. soc. 2006, p. 634, obs. J. MOULY.

Cass. soc. 2 mars 2005, n° 02-47546.

Cass. com. 15 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 64, p. 68 ; JCP E, 2005, p. 1046, n° 2, Chron. par J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ.* I, n° 135 ; RDC 2005. 740, chron. D. FENOUILLET.

Cass., ch. mixte, 22 avril 2005, Bull. ch. mixte, n° 3 et 4 ; D. 2005, p. 1864, note J.-P. TOSI ; JCP 2005. II, n° 10066, note G. LOISEAU ; RDC 2005, p. 673, note D. MAZEAUD ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN.

Cass. soc. 11 mai 2005, n° 03-43040.

Cass. com. 12 juillet 2005, n° 03-12507, JCP G. 2005, I, chron. p. 194 et s., spéc. n° 19 et s., A. CONSTANTIN ; RTD civ. 2006, p. 307, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Defrénois 2006, p. 610 note R. LIBCHABER.

Cass. soc. 26 avril 2006, n° 04-42860.

Cass. soc. 7 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 209, p. 201.
 C.A. Paris, 13 octobre 2006, *RJDA* 7/2007, n° 742 ; C.A. Paris, 30 juin 209, *RJDA* 1/2010, n° 34.
 CJCE 26 oct. 2006, « *Mostaza Claro* », aff. C-168/05.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 462, p. 398 ; *RDC* 2007, p. 259 et s., obs. Y.-M. LAITHIER et s. ; J.-D. PELLIER, *LPA* 10 avril 2008, p. 3 et s.
 Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 496, p. 442.
 Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, *Bull. civ.* III, n° 257 p. 218.
 Cass. com. 6 mars 2007, n° 05-18.121.
 Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40803, *D.* 2007, *Jur.* p. 2137, obs. J. MOULY ; *Sem. soc.* Lamy 2007, n° 1310, note Ph. WAQUET ; *RDT* 2007, p. 527, obs. T. AUBERT-MONTPEYSSEN.
 Cass. soc. 20 juin 2007, n° 05-44.314.
 Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, *Bull. ch. Mixte*, n° 9 ; G. VINEY, *D.* 2007, p. 2642.
 Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188, *D.* 2007, p. 1955, note X. DELPECH, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *JCP G.* 2007, II, n°10154, note D. HOUTCIEFF ; *CCC* 2007, comm. 294, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2007, p. 1454, obs. É. SAVAUX ; *RDC* 1^{er} octobre 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. FAGES.
 Cass. soc., 3 octobre 2007, n° 06-45478.
 Cass. com. 23 octobre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 225 ; *JCP E.* 2007, p. 2433, note A. VIANDIER ; *JCP E.* 2008, 1280, n° 8, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. sociétés* 2007, p. 814 et s., obs. P. LE CANNU.
 Cass. soc. 20 novembre 2007, *Bull. civ.* V, n° 194, *D.* 2008, p. 196, note J. MOULY.
 Cass. com. 29 janvier 2008, n° 07-10797.
 Cass. com., 4 mars 2008, *Bull. civ.* 2008, IV, n° 53, *CCC* 2008, comm. 172, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2009, p. 972, obs. H. KENFACK.
 Cass. com. 18 novembre 2008, n° 07-20304, *RDC* 2009/2, p. 484 et s., note D. MAZEAUD.
 Cass. soc. 10 décembre 2008, *Bull. civ.* V, n° 246, *D.* 2009, p. 1062, note J. MOULY.
 Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 254 ; *Bull. Joly* 2009, p. 572, note P. RUBELLIN ; *JCP E.* 2009, n° 1767, n° 2, obs. Fl. DEBOISSY et G. WICKER.
 Cass. com. 10 février 2009, n° 08-12.415, *CCC* 2009, comm. p. 123, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2009, p. 318, obs. B. FAGES ; *RLDC* 2009/59, n° 3373, obs. V. MAUGERI.
 Ass. plen. 27 février 2009, *Bull. civ.* A.P., n° 1, *D.* 2009, p. 1245, note D. HOUTCIEFF.
 Cass. com. 31 mars 2009, n° 07-20991 ; *RTD civ.* 2009, p. 320-321.
 Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-11916.
 Cass. soc. 4 juin 2009, n° 07-41631.
 CJCE 4 juin 2009, « *Pannon GSM Zrt* », aff. C-243/08 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; *RDC* 2009, p. 1467, note C. AUBERT DE VINCELLES.
 Cass. soc. 23 septembre 2009, *Bull. civ.* V, n° 191 ; *Bull. Joly.* 2013, p. 275, note P. LE CANNU.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524.

Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n° 275 ; D. 2010, p. 476, note J. BILLERONT ; RDC 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD, p. 666, obs. J.-B. SEUBE ; RTD civ. 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

Cass. com. 26 janvier 2010, *Bull. civ.* IV, n° 18.

Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 2010, *Bull. civ.* III, n° 47 ; JCP G. 2010, n° 18516, obs. M. MEKKI.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2010, n° 08-17.839.

Cass. civ. 3^{ème}, 23 mars 2010, n° 08-21358.

Cass. com., 13 avril 2010, n° 09-14386 ; Revue Procédures 2010, p. 222, obs. R. PERROT.

Cass. com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; D. 2010, p. 1832, obs. X. DELPECH ; D. 2010, p. 1697, édito. F. ROME, note D. MAZEAUD ; JCP. G. 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF.

Cass. soc. 26 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 243 ; RDT 2010, p. 719, note A. FABRE ; RJS 2011, p. 91, note F. DUQUESNE.

Ch. mixte 19 novembre 2010, n° 10-10095 et 10.30215, Sem. soc. Lamy, n° 1469, note P. HENRIOT ; JCP E 2010, p. 2049, note A. COURET et B. DONDERO.

Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} décembre 2010, *Bull. civ.* III, n° 213 ; AJDI 2011, p. 557, obs. S. PRIGENT.

Cass. soc. 2 mars 2011, *Bull. civ.* V, n° 57.

Cass. com. 22 mars 2011, *Bull. civ.* IV, n° 49 ; D. 2011, p. 2179, obs. X. DELPECH ; RTD. civ. 2011, p. 345, obs. B. FAGES ; Rev. sociétés 2011, p. 626, note J. MOURY.

C.A. Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616.

Cass. soc. 30 mars 2011, n° 09-70853.

C.A. Paris, 27 avril 2011, RG n° 08/21750.

Cass. civ. 2^{ème}, 5 mai 2011, n° 10-19.231.

Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 77 ; D. 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 1460, note D. MAINGUY ; Defrénois 2011, p. 1023, obs. L. AYNÈS.

Cass. com. 13 septembre 2011, n° 10-19526 ; D. 2012, p. 211, obs. note A. GAUDEMET ; RTD. civ. 2011, p. 758, obs. B. FAGES.

Cass. com. 20 septembre 2011, *Bull. civ.* IV, n° 132, JCP G. 2011, n° 1250, note D. HOUTCIEFF.

Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011, *Bull. civ.* III, n° 178 ; RDC 2012, p. 402, note Y.-M. LAITHIER ; D. 2012, p. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

Trib. com. Meaux, 6 décembre 2011, RLC 2012/31, n° 2038, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS.

T.C. 12 décembre 2011, n° 3824, RDC 2012, p. 377 et s., note J. ROCHFELD.

Cass. soc. 15 décembre 2011, n° 10-21926.

Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-23713, Dr. soc. 2012, p. 325, obs. F. DUQUESNE.

Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2012, *Bull. civ.* III, n° 49 ; D. 2012, p. 946 et s., obs. Y. ROUQUET ; D. 2013, Chron. p. 863, obs. N. DAMAS ; AJDI 2012, p. 597, obs. S. LE GAC-PECH ; RDC 2013, p. 763 et s., note Y.-M. LAITHIER, p. 806 note. O. DESHAYES.

Cass. civ. 3^{ème}, 6 juin 2012, n° 11-15.973 ; RDC, 2012, p. 1180, note Th. GÉNICON.

Cass. soc. 16 janvier 2013, n° 11-26398.

Trib. com. d'Évry, 6 février 2013, RG 2009F00727.

C.A. Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166.

C.A. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674.

Trib. com. d'Évry, 27 juin 2013, RG n° 2009F00729.

C.A. Paris, 11 septembre 2013, RG n° 11/17941.
Cass. civ. 3^{ème}, 9 octobre 2013, *Bull. civ.* III, n° 122, RDC 2014, p. 181, obs. Y.-M. LAITHIER ;
Gaz. Pal. 2014, n° 044, note L.-F. PIGNARRE.
C.A. Paris, 20 novembre 2013, RG n° 12/04791.
Cass. soc. 12 février 2014, *Bull. civ.* V, n° 49 ; Dr. soc., 2014, p. 479, Obs. J. MOULY.
C.A. Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059.
C.A. Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251.
C.A. Paris 16 décembre 2015, n° 13/11879.
Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2016, n° 14-29347.
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-13236 ; AJ Contrat 2016, p. 436, obs. Y. PICOD ; JCP G
2016, p. 924, note G. PAISANT.
TI Villefranche-sur-Saône, avis, 28 novembre 2016, n° 16011, concl. M. SASSOUST, rapp. M.
VITSE.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

Abus de droit,

- et droit subjectif, 428.
- et pouvoir, 429.
- et pouvoir contractuel, 430.

Accessoire, et pouvoirs contractuels, 4, 362, 363, 367, 393, 399, 403, 408, 422.

Acte juridique unilatéral,

- cause, 174.
- collectif, 159.
- conjonctif, 164.
- détachable, 167 s.
- et création d'un effet de droit, 153 s.
- et décision, 179 s.
- et portée de l'effet de droit, 157 s.
- et pouvoirs contractuels, 149 s.
- irrévocable, 175 s.
- objet, 173.
- réceptice, 176 s.

Agrément, v. pouvoir d'.

Altruisme,

- et finalisation, 256 s.
- et pouvoir, 254 s.
- et pouvoirs contractuels, 274 s.

Arbitraire,

- et critère du déséquilibre significatif, 397, 404, 417, 421, 423.
- et droits potestatifs, 235.
- et illicéité des clauses attributives de pouvoir, 374 s.

- et mécanisme de finalisation appliqué aux pouvoirs contractuels, 281.

- et potestativité, 234.

- sanction de l' - au moyen de la notion de condition potestative, 203 s.

B

Bien commun, 255, 277.

Bonne foi

- et abus de droit, 426.
- et déloyauté, *v. ce mot.*
- et loyauté lors de la mise en œuvre des pouvoirs contractuels, 445 s.

C

Caducité, et pouvoirs de rétractation, 112.

Capacité,

- et aptitude à recueillir un pouvoir contractuel, 341.
- et compétence, 340.
- et détention d'une qualité particulière, 342, 343 s.

Cession de contrat,

- et clauses abusives, 413.
- et pouvoirs de -, 131.

Clause abusive,

- et art. 1171 du C. civ., 391, 402 s.
- et droit de la consommation, 391, 407 s.

Clause de variation d'horaire et de mobilité, 137 s.

Clause d'exclusion d'un membre d'un groupement de droit privé,

- information préalable, 473.
- qualification de pouvoir contractuel, 83, 84.

Clause pénale, 5, 83, 163.

Clause résolutoire,

- consécration légale, 32.
- et inconstance, 455.
- et information préalable, 474.
- et manipulation des faits, 456.
- et mise en demeure, 476 s., 479.
- et motivation, 491, 495, 496.
- et notification, 500.
- et pouvoirs contractuels, 32.
- et proportionnalité, 440.
- finalité, 293.
- motifs-efficients, 304, 327, 432, 435.
- portée des effets, 114, 115, 144.
- reconnaissance jurisprudentielle, 31.

Clauses limitatives de responsabilité, 575, 580, 593, 599.

Cohérence,

- et art., 1170 du C. civ., 398.
- et inconstance, *v. ce mot.*
- principe de -, 454.

Concertation préalable,

- développement, 484.
- exceptions, 485.

Conciliation préalable,

- domaine, 488.
- objet, 486.
- validité clauses de -, 487.

Condition, et pouvoirs contractuels,

- mécanismes distincts, 366 s.
- mécanismes susceptibles d'être combinés, 367 s.

- points à contrôler, 369 s.

Condition potestative,

- et pouvoirs contractuels, 201 s.
- notion, 200.

Consensualisme,

- et compensation de sa disparition par des formalités procédurales, 468 s.
- et compensation de sa disparition par le mécanisme de finalisation, 281.
- et principe de force obligatoire, 188.
- et principe d'irrévocabilité unilatérale, 188.
- finalité de protection des intérêts des contractants, 14, 235.
- remise en cause du - par les pouvoirs contractuels, 7, 14.

Contradiction,

- et concertation et conciliation, 483.
- et consensualisme, 468.

Contrat-coopération,

- et pouvoirs contractuels conférés au prestataire final, 95 s.
- et pouvoirs contractuels conférés au prestataire instrumental, 93 s.
- structure, 87 s.

Contrat-commutation,

- et pouvoirs affectant la durée du contrat, 41 s.
- et pouvoirs de définition du contenu de contrat, 58 s.
- et pouvoirs de rétractation, 51 s.
- et pouvoirs de sanction de l'inexécution, 28 s.
- structure, 26.

Contrat, et classification, 22 s.

Contrat présent dans les groupements de droit privé,

- et pouvoirs contractuels dans les assemblées, 76 s.
- et pouvoirs contractuels en dehors des assemblées, 81 s.

Contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels,

- existence, 356 s.
- licéité, 373 s.
- titularité, 340 s.

Contrôle du dépassement de pouvoir,

- but, 442.
- motifs-efficients, 431 s.
- moyens, 437.

Contrôle du détournement de pouvoir,

- comportement, 445 s.
- mobiles, 459 s.

D

Décision, et acte juridique unilatéral en matière de pouvoirs contractuels, 179 s.

Dédit,

- encadrement objectif des moyens pécuniaires, 312.
- finalité, 294.
- motifs-efficients, 299.
- présentation, 54 s.
- qualification de pouvoir contractuel, 55.

Défaut de pouvoir,

- conséquences sur l'acte édicté, 550 s.
- conséquences sur le contrat, 557 s.
- hypothèses, 547.
- notion, 546.

Degrés d'encadrement objectif des pouvoirs contractuels,

- identification des -, 287 s.
- pondération de l'équilibre des intérêts dans le rapport de pouvoir, 316 s.

Délais,

- d'attente, 487.
- de préavis, 313, 455 s.
- pour agir, 486.

Déloyauté,

- brutalité, 452 s.
- inconstance, 454 s.
- incurie, 450 s.
- manipulation des faits, 456 s.
- manque de respect, 457 s.

Demeure, v. *Mise en demeure.*

Démission,

- droit de démissionner, 46.
- et motivation, 492.
- finalité, 299.

Dépassement de pouvoir,

- et contrôle, 431 s.
- et sanctions du -, v. *ce mot.*

Déséquilibre excessif, et clauses de pouvoir,

- et art. 1143 du C. civ., 392 s.
- et art. 1170 du C. civ., 398 s.
- et art. 1171 du C. civ., 402 s.
- et art. L. 442-6, I, 2° du C. com., 418 s.
- et droit de la consommation, 407 s.

Détermination unilatérale du prix,

- consécration légale, 60.
- et motivation, 491.
- évolution jurisprudentielle, 59.
- finalité, 297.
- motifs-efficients, 308.

Détournement de pouvoir,

- et contrôle du -, v. *ce mot.*
- et sanctions du -, v. *ce mot.*

Dommages-intérêts,

- et abus par déloyauté, 591.
- et inobservation de la procédure de mise en œuvre des pouvoirs, 610.
- et dépassement de pouvoir, 585 s.
- et détournement de pouvoir, 604.

Droit au juge, 186.

Droit subjectif,

- et abus, 428.
- et autonomie, 242.
- et libre détermination des conditions d'exercice, 243.
- et notion, 239.
- et pouvoirs contractuels, 245 s.

Droits fondamentaux,

- et clauses de mobilité, 440.
- et mobiles discriminatoires, 461.

Droits potestatifs,

- et arbitraire, *v. ce mot*.
- et modification d'une situation juridique, 218 s.
- et sujétion, 223 s.
- et volonté, 231 s.
- notion, 216.
- traits caractéristiques des – observables dans les pouvoirs contractuels, 221, 227 s., 233.

E

Effets du contrat,

- assujettissant, 106 s.
- les pouvoirs contractuels sont des -, 4, 445, 570, 574.
- obligations, 102 s.
- réel, 105.

Efficacité économique,

- et force obligatoire, 189.
- et pouvoirs contractuels, 12.

Estoppel, 454.

Exception d'inexécution,

- consécration légale, 33, 34.
- et contrôle des motifs-efficients, 432, 434, 435.
- nature de pouvoir contractuel, 35.

Exception pour risque d'inexécution,

- consécration légale, 34.
- et contrôle des motifs-efficients, 432.

F

Facteur temps, (et objectivation), 313.

Faisceau d'indices, et preuves des mobiles, 462.

Finalisation,

- application aux pouvoirs contractuels, 273 s.
- domaine, 259 s.
- et arbitraire, 281.
- et but, 288 s.
- et motifs-efficients, 302 s.
- et moyens, 310 s.
- mécanisme vecteur de l'altruisme, 264 s.
- notion, 257 s.

Force majeure, 121, 434.

Force obligatoire,

- conciliation avec les pouvoirs contractuels, 189 s.
- et défaut de pouvoir, 560.
- et dépassement de pouvoir, 570.
- et détournement de pouvoir, 589.
- opposition avec les pouvoirs contractuels, 188.

Formalisme, *v. Information préalable, Mise en demeure, Motivation, Notification.*

G

Gravité de la faute commise par le *potentior* et résolution du contrat à ses torts, 561, 571, 579, 590.

Gravité de l'inexécution,

- et charge de la preuve de la -, 435.
- et contrôle de la qualification juridique des faits, 435.

H

Hétéronomie,

- et pouvoir, 252.

- et pouvoirs contractuels, 271.

I

Information préalable à l'exercice d'un pouvoir contractuel,

- exposé de la procédure, 475.
- indication des intentions, 473.
- mise en demeure, v. *ce mot*.

Intention de nuire,

- et abus en matière de droit subjectif, 427.
- et détournement de pouvoir, 461.

Intérêt du cocontractant,

- et droit subjectif, 247.
- et pouvoir, 275.
- nécessaire prise en compte de l'-, 190.

J

Juge,

- des référés, v. *Référé*.
- du fond, et sanctions, 555 s.

Justice privée et pouvoirs contractuels, 185.

L

Laisse pour compte,

- et concertation, 485.
- et mise en demeure, 447.
- qualification de pouvoir contractuel, 40.

« Les Maréchaux », (jurisprudence),

- limite découlant de l'arrêt -, 592
- soumission des pouvoirs contractuels à l'arrêt -, 593 s.

Liberté, et pouvoirs contractuels, 197.

Licenciement,

- effet de résiliation, 46.

- et concertation préalable, 484.

- et contrôle de la cause réelle et sérieuse, 432, 435.

- et information préalable, 473, 475.

- et motivation, 491, 494, 496.

- et notification, 500, 503.

- et nullité, 569.

- et prescription, 360.

- et représentation, 347.

- et standard, 325.

- finalité, 293

- qualification de pouvoir contractuel, 5.

Loyauté,

- contours de l'exigence de -, 449 s.
- et pouvoirs contractuels, 448.

M

Mauvaise foi,

- et abus de droit, 428.
- et abus de pouvoir, 429.

Mise à pied disciplinaire,

- effets, 121.
- et concertation préalable, 484.
- et information préalable, 479.
- et motivation, 491, 494, 496.
- et notification, 500, 503.
- et nullité, 567.
- et prédétermination objective, 311, 438.
- et prescription, 360.
- et proportionnalité, 440, 441.
- qualification de pouvoir contractuel, 5.

Mise en demeure,

- cas de dispense, 477.
- forme, 476.
- objet, 480.

Mobiles,

- et détournement de pouvoir, 444, 459 s.
- généralement appréhendés, 461.
- pluralité de -, 463 s.
- preuve des -, 462.

Motivation,

- domaine, 491 s.
- forme de la -, 496 s.
- limites, 492 s.
- moment de la -, 494 s.
- régime, 493 s.

N

Notification concomitante à l'exercice d'un pouvoir contractuel,

- contenu, 500.
- forme, 502 s.

Nullité,

- et dépassement de pouvoir, 578 s.
- et détournement de pouvoir, 597 s.

« Nul ne peut se faire justice à soi-même »,

- et conciliation avec les pouvoirs contractuels de sanction, 186.
- et opposition avec les pouvoirs contractuels de sanction, 185.

O

Obligation,

- et fonction de transfert de valeurs, 102.
- structure, 103.

Objet de l'obligation,

- précision de la qualité, 127.
- précision de la quotité, 126.
- substitution, 128.

P

Pouvoir,

- et pouvoirs contractuels, 250 s.
- notion de -, 249.

Pouvoir de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée,

- effets, 112.
- et brutalité, 453.
- et concertation, 484.
- et inconstance, 455.
- et motivation, 492.
- et notification, 501.
- finalité, 299.
- reconnaissance, 46.

Pouvoir de résiliation unilatérale issu d'une clause d'essai,

- contrôle motifs-efficients, 432.
- et détournement de pouvoir, 462.
- et incurie, 451.
- et motivation, 492.
- finalité, 295.
- motifs-efficients et contrat de travail à l'essai, 305.
- motifs-efficients et vente à l'essai, 299.
- qualification de pouvoir contractuel et obstacles rencontrés, 47 et s.

Pouvoir de résolution aux risques et périls du créancier,

- consécration légale, 30.
- effets, 114, 116.
- et concertation préalable, 484.
- et contrôle des motifs-efficients, 432, 434, 435.
- et information préalable, 473, 479.
- et mise en demeure, 476, 477.
- et motivation, 491, 494, 496.
- et notification, 500.
- finalité, 293.
- motifs-efficients objectivés, 303.
- origine jurisprudentielle, 29.

Pouvoir de résolution issu d'une clause résolutoire, v. *clause résolutoire*.

Pouvoir de rétractation issu d'une clause de dédit, v. *dedit*.

Pouvoir de rétractation issu d'une clause de réméré, v. *reméré*.

Pouvoir de révocation du mandataire,
- et motifs-efficients dans le mandat d'intérêt commun, 307.
- et moyens pécuniaires dans le mandat stipulé irrévocable, 312.
- présentation, 44.

Pouvoir disciplinaire,
- et droit du travail, 5, 121, 293, 311, 360.
- et groupements de droit privé, 83 s., 133, 180.
- et réseau de distribution, 133.

Pouvoirs contractuels,
- esquisse, 3.
- et droits potestatifs, v. *ce mot*.
- et droits subjectifs, v. *ce mot*.
- et pouvoir, v. *ce mot*.

Pouvoirs d'agrément du cessionnaire,
- et concertation préalable, 484.
- et contrôle des motifs, 436.
- et motivation, 491, 495.
- finalité, 296.
- motifs-efficients, 306, 327.
- objet, 132.

Pouvoirs de cession du contrat,
- et clauses abusives en droit de la consommation, 413.
- objet, 131.

Pouvoirs de détermination du prix, v. *détermination unilatérale du prix*.

Pouvoirs de résiliation dans les contrats à durée déterminée,
- effets, 110, 112.
- présentation, 43 s.

Pouvoirs de rétractation conférés aux consommateurs,

- effets, 110, 112, 114, 117.
- et motivation, 492.
- finalité, 299.
- présentation, 56.
- qualification de pouvoirs contractuels, 57.

Préavis, v. *Délais*.

Prérogatives contractuelles, et pouvoirs contractuels, 194, 581, 582.

Prescription, et pouvoirs contractuels, 358 s.

Procédure de mise en œuvre des pouvoirs contractuels, 467 s.

Proportionnalité,
- domaine du contrôle de -, 440.
- intensité du contrôle de -, 441.
- objet du contrôle de -, 439.

R

Rapprochement des parties,
- v. *concertation préalable* ; v. *conciliation préalable*.

Réfaction, et réduction unilatérale du prix, 36.

Référé (s),
- dommage imminent, 518 s., 536 s.
- maintien du contrat à titre conservatoire, 537.
- mesures conservatoires, 515 s., 533 s.
- mesures d'anticipation, 521 s., 539 s.
- provision, 542.
- suspension de la procédure de mise en œuvre d'un pouvoir contractuel, 510 s.

- suspension des effets résultant de l'exercice d'un pouvoir contractuel, 527 s.
- trouble manifestement illicite, 524 s., 540 s.

Réméré,

- et aménagement de la durée de jouissance du pouvoir issu d'une clause de-, 363.
- et caducité du contrat, 112.
- et encadrement objectif des moyens pécuniaires, 312, 438.
- et qualification de pouvoir, 53.

Remplacement,

- délais pour agir, 481.
- objet, 128.
- origine et consécration légale, 38.
- qualification de pouvoir contractuel, 39.

Représentation (technique de la -), et pouvoirs contractuels, 344 s.

Résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, v. pouvoir de -

Responsabilité civile,

- et abus par déloyauté, 580.
- et dépassement de pouvoir, 574.
- et détournement de pouvoir, 586, 593.

S

Sanctions de l'abus par déloyauté,

- dommages-intérêts, 580.
- limite des sanctions, v. « *Les Maréchaux* ».
- résolution, 579.

Sanctions du dépassement de pouvoir,

- dommages-intérêts, 574 s.
- exécution forcée, 572 s.
- nullité, 567 s.
- résolution, 571 s.

Sanctions du détournement de pouvoir,

- dommages-intérêts, 593 s.
- exécution forcée, 591.
- nullité, 586 s.
- résolution, 590.

Solidarisme contractuel, 279,

Standard,

- notion, 324.
- présents en matière de pouvoirs contractuels, 325.

Sujétion,

- et droits potestatifs, 224 s.
- et pouvoirs contractuels, 227 s.

Suspension,

- de l'exécution de l'obligation principale de l'une des parties, 120.
- du contrat, 121 s.

U

Unilatéralisme, et pouvoirs contractuels,

2.

Urgence,

- et concertation préalable, 485.
- et délais de préavis, 453,
- et information préalable, 473.
- et mise en demeure, 477.
- et notification, 503.
- et référé, 516, 518, 523, 524, 534, 536, 539.
- et résolution unilatérale aux risques et périls du créancier, 29.

V

Vente de denrées et d'effets mobiliers, 29.

Vexatoires, (conditions), 457.

Vote (vecteur du pouvoir dans les assemblées), 76 s.

Table des matières

Sommaire.....	VII
Principales abréviations.....	IX
Introduction.....	1

Partie I..

L'identification des pouvoirs contractuels

Titre I. Les manifestations des pouvoirs contractuels.....	45
---	-----------

Chapitre I.Le domaine des pouvoirs contractuels.....	47
---	-----------

SECTION I : LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LE CONTRAT-COMMUTATION.	49
---	-----------

§ 1 -La structure du contrat-commutation.....	50
---	----

§ 2 -Le recensement des pouvoirs contractuels présents dans le contrat-commutation.	51
--	----

A.Les pouvoirs de sanction de l'inexécution.	51
---	----

1.La résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.	52
--	----

2.La clause résolutoire.....	54
------------------------------	----

3.L'exception d'inexécution.....	57
----------------------------------	----

4.La réduction unilatérale du prix.	59
--	----

5.Le remplacement.	61
-------------------------	----

6.Le laissé pour compte.....	63
------------------------------	----

B.Les pouvoirs affectant la durée du contrat.....	64
---	----

1.Les pouvoirs de rupture.....	64
--------------------------------	----

a.Les pouvoirs de résiliation des contrats à durée déterminée.	64
---	----

b.Le pouvoir de résiliation des contrats à durée indéterminée.	67
---	----

c.Le pouvoir de résiliation issu d'une clause d'essai.	68
---	----

2.Les pouvoirs de prorogation du terme.....	72
---	----

C.Les pouvoirs de rétractation.	73
--------------------------------------	----

1.Le pouvoir de rétractation issu d'une clause de réméré.	73
--	----

2.Le pouvoir de rétractation issu d'une clause de dédit.	74
3.Les pouvoirs de rétractation issus du droit de la consommation.....	76
D.Les pouvoirs de définition du contenu du contrat.	78
1.Le pouvoir de détermination unilatérale du prix.	78
2.Les autres pouvoirs de définition du contenu du contrat.....	83
SECTION II :LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LES GROUPEMENTS DE DROIT PRIVÉ.	84
§ 1 -L'identification du contrat présent dans les groupements de droit privé.....	84
A.La structure de l'acte constitutif.	86
1.La personnalité morale dans l'ordre externe : l'expression de l'opposabilité du groupement.....	86
2.La personnalité morale dans l'ordre interne : l'expression de l'ordre normatif collectif imposé aux associés.	87
B.La nature de l'acte constitutif.	88
1.L'acte instituant le groupement en un sujet de droit : un acte unilatéral.....	88
2.L'acte organisant la situation interne du groupement : un contrat.	91
§ 2 -Le recensement des pouvoirs contractuels présents dans les groupements de droit privé... 93	
A.Les pouvoirs contractuels dans les assemblées.	93
1.Les résolutions modifiant les rapports internes entre les parties.....	94
2.La décision d'affectation du bénéfice de l'exercice.....	97
B.Les pouvoirs contractuels en dehors des assemblées.	100
1.Les pouvoirs contractuels permettant de contrôler l'identité des parties.	100
2.Le pouvoir disciplinaire.	102
SECTION III :LA PRÉSENCE DE POUVOIRS CONTRACTUELS DANS LE CONTRAT-COOPÉRATION... ..	105
§ 1 -La structure du contrat-coopération.	106
A.Une structure originale.	106
B.Une structure pouvant se décliner sous deux formes.	108
§ 2 -Le recensement des pouvoirs contractuels présents dans le contrat-coopération.	111

A.Les pouvoirs contractuels conférés au prestataire instrumental.	112
B.Les pouvoirs contractuels conférés au prestataire final.	114
Chapitre II. L'objet des pouvoirs contractuels.	117
.....SECTION PRÉLIMINAIRE : L'IDENTIFICATION DES EFFETS DU CONTRAT.	118
§ 1 -Les effets obligationnels.	119
§ 2 -Les effets non-obligationnels.	120
A.La mise en évidence de l'effet réel du contrat.	121
B.La mise en évidence de l'effet personnel non-obligationnel du contrat.	123
SECTION I : LA MODIFICATION DES EFFETS OBLIGATIONNELS.	126
§ 1 -La modification du lien d'obligation.	127
A.L'anéantissement du lien d'obligation.	127
1.Des procédés d'anéantissement hétérogènes.	127
2.Une certaine homogénéité quant à la portée des effets produits.	129
a.Homogénéité au plan matériel.	129
b.Hétérogénéité au plan temporel.	130
B.La suspension du lien d'obligation.	134
1.La suspension de l'exécution de l'obligation principale de l'une des parties. 134
2.La suspension de l'exécution de l'obligation principale de chacune des parties.	. 136
§ 2 -La modification de l'objet de l'obligation.	139
A.La modification-précision.	140
B.La modification-substitution.	144
§ 3 -la modification de l'identité des parties.	146
A.La substitution d'une partie par une autre.	146
B.Le contrôle de l'identité des parties au contrat.	148
SECTION II : LA MODIFICATION DES EFFETS NON-OBLIGATIONNELS.	152
§ 1 -La modification de l'effet assujettissant du contrat.	152
A.Les clauses de variation d'horaire et de mobilité.	152
B.Les clauses permettant de préciser le contenu du devoir d'assistance.	155

§ 2 -la modification de l'effet réel du contrat.....	156
A.La modification des conditions d'affectation d'un bien.....	156
B.L'anéantissement de l'effet translatif de droits réels.....	158
Chapitre III. Le support de l'expression des pouvoirs contractuels.....	163
SECTION I : L'IDENTIFICATION D'UN ACTE JURIDIQUE UNILATÉRAL.....	164
§ 1 -L'identification des traits caractéristiques de l'acte unilatéral au service des pouvoirs contractuels.....	165
A.L'identification des traits caractéristiques classiques de l'acte unilatéral.....	165
1.L'identification des effets de l'acte unilatéral.	166
a.La création d'un effet de droit.	166
b.La portée de l'effet de droit.	171
2.L'identification de la source de l'acte unilatéral.	176
a.La combinaison invariable d'éléments de nature objective et subjective.	177
b.Les variations susceptibles d'affecter la source.	179
B.L'identification des traits caractéristiques particuliers de l'acte unilatéral présent dans un contexte contractuel.	181
1.Un acte unilatéral détachable.	181
a.Des conditions de validité propres.....	181
b.Les adaptations rendues nécessaires.	182
2.Un acte unilatéral irrévocable.	189
3.Un acte unilatéral réceptice.	190
§ 2 -les rapports de l'acte unilatéral au service des pouvoirs contractuels avec la notion de décision.....	194
A.Un rapprochement possible.	194
B.Une assimilation totale impossible.	195
SECTION II : LES CONSÉQUENCES DE L'IDENTIFICATION D'UN ACTE JURIDIQUE UNILATÉRAL.....	197
§ 1 -Les rapports des pouvoirs contractuels avec l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ».	198
A.L'opposition.	198

B.La conciliation.	200
§ 2 -Les rapports des pouvoirs contractuels avec le principe de force obligatoire.	202
A.L'opposition.	202
B.La conciliation.	204
Titre II. La qualification des pouvoirs contractuels.....	213
Chapitre I.Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs.....	217
SECTION I : LA NÉCESSAIRE QUALIFICATION DE DROIT POTESTATIF.....	217
§ 1 -Le rejet de la qualification de condition potestative.	223
A.L'assimilation courante des pouvoirs contractuels à des conditions potestatives.	225
1.Les raisons de l'assimilation.	226
2.Les manifestations de l'assimilation.	228
B.La nécessité d'une distinction entre les pouvoirs contractuels et les conditions potestatives.	231
1.Une distinction tenant au domaine matériel des mécanismes.	232
2.Une distinction tenant au rôle attribué à la volonté.	234
§ 2 -L'identification des traits caractéristiques des droits potestatifs dans les pouvoirs contractuels.....	238
A.L'identification des traits caractéristiques de type matériel.	240
1.La modification d'une situation juridique.	240
a.Une caractéristique propre aux droits potestatifs.	241
b.Une caractéristique observable dans les pouvoirs contractuels.....	243
2.L'existence d'une situation de sujétion.	245
a.Une caractéristique propre aux droits potestatifs.	245
b.Une caractéristique observable dans les pouvoirs contractuels.....	249
B.L'identification du trait caractéristique de type volontaire.	252
1.La mise en œuvre des droits potestatifs par une manifestation unilatérale de volonté.	252
2.La mise en œuvre des pouvoirs contractuels par une manifestation unilatérale de volonté.	255

SECTION II :L'INSUFFISANCE DE LA SEULE QUALIFICATION DE DROIT POTESTATIF...

..... **262**

§ 1 -Le rejet de la qualification de droit subjectif. 264

A.L'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des droits subjectifs..... 268

1.La production d'effets de droit dans la sphère juridique de leur titulaire.
..... 268

2.La libre détermination des conditions d'exercice. 269

B.L'impossible assimilation des pouvoirs contractuels à des droits subjectifs.....
..... 271

1.Une différence sur le plan de la portée des effets..... 271

2.Une différence sur le plan de la détermination des conditions d'exercice.
..... 273

§ 2 -L'adoption de la qualification de pouvoir..... 276

A.L'identification des traits caractéristiques propres à l'exercice des pouvoirs.....
..... 281

1.La production d'effets de droit dans la sphère juridique d'autrui. 282

2.La prédétermination objective des conditions d'exercice. 284

a.La prédétermination objective des conditions d'exercice fondée sur l'altruisme..... 284

b.La prédétermination objective des conditions d'exercice assurée par le mécanisme de finalisation. 287

i.La notion de finalisation..... 288

ii.Le domaine du mécanisme de finalisation. 289

iii.Le mécanisme de finalisation vecteur de l'altruisme..... 295

B.L'assimilation des pouvoirs contractuels à des pouvoirs. 300

1.Une similitude sur le plan de la portée des effets..... 300

2.Une similitude sur le plan de la détermination des conditions d'exercice.
..... 302

a.Les raisons de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels..... 302

i.L'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels fondée sur l'altruisme..... 303

ii.L'aptitude du mécanisme de finalisation à retranscrire l'intensité de l'altruisme innervant les pouvoirs contractuels..... 305

b. Les conséquences de l'application du mécanisme de finalisation aux pouvoirs contractuels.....	310
Chapitre II. Les pouvoirs contractuels : des droits potestatifs finalisés.....	315
SECTION I : LES MANIFESTATIONS DE LA FINALISATION AU PLAN SUBSTANTIEL. ...	316
§ 1 - L'existence de différents degrés de finalisation.....	316
A. L'exigence minimale d'objectivation d'un but.	317
1. Une exigence minimale commune à tous les pouvoirs contractuels.	318
a. La réalisation d'un but objectivement défini.	318
b. La distinction du but et de l'objet des pouvoirs contractuels.....	319
c. La poursuite de buts différents.	319
2. Un maximum pour certains pouvoirs contractuels.....	325
B. L'existence de modalités d'objectivation plus poussées.	328
1. L'objectivation des motifs-efficients.....	329
2. L'objectivation des moyens.	336
a. L'objectivation des moyens matériels.	336
b. L'objectivation du facteur temps.....	339
§ 2 - L'utilité des différents degrés de finalisation.....	341
A. La définition de l'équilibre des intérêts.....	341
B. Illustrations pratiques.	342
1. Un instrument au service du fort.	343
2. Un instrument au service du faible.....	345
SECTION II : LES MANIFESTATIONS DE LA FINALISATION AU PLAN FORMEL.	348
§ 1 - L'existence de dispositions exprimant formellement les conditions de la finalisation.	348
A. La référence à un standard.....	349
B. La référence à des conditions précises.	353
§ 2 - L'absence de dispositions exprimant formellement les conditions de la finalisation.....	355
A. Les situations en cause.	356
B. Le remède.	357

Partie II
Le contrôle judiciaire des pouvoirs contractuels.

Titre I. L'objet du contrôle..... 375

Chapitre I. Le contrôle de la jouissance des pouvoirs contractuels..... 377

SECTION I : LE CONTRÔLE DE L'APTITUDE À RECUEILLIR DES POUVOIRS CONTRACTUELS. 378

§ 1 -L'aptitude générale à recueillir un pouvoir contractuel. 381

§ 2 -La détention d'une qualité particulière parfois exigée..... 382

A. Le contrôle de l'aptitude d'un délégataire à représenter le titulaire d'un pouvoir contractuel. 382

1. La présentation du mécanisme. 383

2. Les conditions relatives au délégataire..... 385

B. Le contrôle de l'aptitude d'un délégataire à seconder le titulaire d'un pouvoir contractuel. 386

1. La présentation du mécanisme. 386

2. Les conditions relatives au délégataire..... 387

a. Le contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'une seule entreprise..... 388

b. Le contrôle de l'aptitude à recueillir un pouvoir contractuel dans le cadre d'un groupe de sociétés. 391

SECTION II : LE CONTRÔLE DE L'EXISTENCE DES POUVOIRS CONTRACTUELS. 393

§ 1 -La durée de jouissance des pouvoirs contractuels. 393

A. La question de la soumission des pouvoirs contractuels au mécanisme de la prescription extinctive. 394

B. Les solutions à retenir quant à la durée de jouissance des pouvoirs contractuels. . 397

§ 2 -Le jeu du mécanisme des conditions. 400

A. La compatibilité du mécanisme des conditions et de celui des pouvoirs contractuels..... 401

B. Les points à contrôler. 405

SECTION III : LE CONTRÔLE DE LA LICÉITÉ DES POUVOIRS CONTRACTUELS.

..... **409**

§ 1 -L'illicéité liée à l'arbitraire.	410
A.Les fondements traditionnels permettant de sanctionner l'arbitraire.	411
1.L'utilisation de l'ancien article 1129 du Code civil.	411
2.L'utilisation de l'ancien article 1174 du Code civil.	413
B.La recherche des fondements modernes permettant de sanctionner l'arbitraire. .	. 417
1.L'absence de fondements textuels spécifiquement dédiés à la sanction des	
pouvoirs contractuels arbitraires.	418
2.La nécessité d'élaborer des dispositions sanctionnant la jouissance des	
pouvoirs contractuels arbitraires.	419
§ 2 -L'illicéité liée à la création d'un déséquilibre excessif.....	423
A.Les mécanismes de contrôle du droit commun.	426
1.L'article 1143 du Code civil.....	429
a.Des termes adaptés.	429
b.Une mise en œuvre délicate en pratique.....	430
2.L'article 1170 du Code civil.....	434
a.Un domaine matériel adapté aux clauses de pouvoir.	434
b.Un domaine temporel adapté aux clauses de pouvoir.	437
3.L'article 1171 du Code civil.....	439
a.Des termes adaptés.	440
b.L'appréciation du déséquilibre significatif.....	441
B.Les mécanismes de contrôle du droit spécial.	442
1.Les dispositions du droit de la consommation.	443
a.Des termes adaptés.	444
b.L'appréciation du déséquilibre significatif.....	445
i.L'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir	
appartient aux listes règlementaires.	446
ii.L'appréciation du déséquilibre significatif lorsque la clause de pouvoir	
n'appartient pas aux listes règlementaires.....	450
2.Les dispositions relatives aux contrats conclus entre professionnels.....	455
a.L'appel à l'esprit de l'article L. 442, I, 2° du Code de commerce.	455
b.L'appréciation du déséquilibre significatif.....	458

Chapitre II. Le contrôle de l'exercice des pouvoirs contractuels.
..... 467

SECTION I :LE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE FOND..... 467

§ 1 -Le contrôle du dépassement de pouvoir..... 473

A.Le contrôle des motifs-efficients..... 475

1.Le contrôle de l'existence matérielle des faits..... 477

2.Le contrôle des motifs de droit..... 480

3.Le contrôle de la qualification juridique des faits..... 483

B.Le contrôle des moyens employés..... 486

1.Le contrôle de la nature des moyens employés..... 487

2.Le contrôle de la proportionnalité des moyens employés..... 488

C.Le contrôle du respect du but assigné au pouvoir..... 498

§ 2 -Le contrôle du détournement de pouvoir..... 501

A.Le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir..... 503

1.Les contours de l'exigence de loyauté..... 504

2.La typologie des comportements déloyaux..... 509

a.L'incurie..... 511

b.La brutalité..... 513

c.L'inconstance..... 517

d.La manipulation des faits..... 523

e.Le manque de respect..... 525

B.Le contrôle des mobiles du titulaire du pouvoir..... 529

1.Le manquement volontaire à la finalité assignée au pouvoir..... 529

2.La question de la pluralité des mobiles..... 537

SECTION II : LE CONTRÔLE DE LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE..... 544

§ 1 -Le contrôle des formalités procédurales préalables à l'exercice du pouvoir..... 550

A.L'information du cocontractant..... 551

1.Le contenu de l'information..... 551

a.L'indication des intentions du titulaire du pouvoir..... 551

b.L'indication du déroulé de la procédure suivie..... 557

c.La mise en demeure.....	558
2.Les modalités de l’information.....	563
a.La forme de l’information.....	563
b.Les délais encadrant la délivrance de l’information.....	566
B.Le rapprochement des parties.....	570
1.L’exigence de concertation.....	571
2.L’exigence de conciliation.....	575
§ 2 -Le contrôle des formalités procédurales concomitantes à l’exercice du pouvoir.	580
A.La motivation.....	583
1.Le domaine de la motivation.....	584
2.Le régime de la motivation.....	590
a.Le moment de la motivation.....	590
b.La forme de la motivation.....	594
B.L’information du cocontractant.....	597
1.Le contenu de l’information.....	598
2.La forme de l’information.....	601

Titre II. Les mesures à la disposition des juges..... 613

Chapitre II Les mesures à la disposition du juge des référés..... 615

SECTION I :LA SUSPENSION DE LA PROCÉDURE DE MISE EN ŒUVRE D’UN POUVOIR CONTRACTUEL..... 618

§ 1 -Les intérêts de la suspension de la procédure.....	618
§ 2 -Les modalités de la suspension de la procédure.....	623
A.Le prononcé d’une mesure conservatoire.....	625
1.Mesure conservatoire en présence d’un différend.....	626
2.Mesure conservatoire pour prévenir la réalisation d’un dommage imminent... . 628	
B.Le prononcé d’une mesure d’anticipation.....	632
1.Mesure d’anticipation en l’absence de contestation sérieuse.....	633
2.Mesure d’anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite.	634

SECTION II : LA SUSPENSION DES EFFETS RÉSULTANT DE LA MISE EN ŒUVRE D’UN POUVOIR CONTRACTUEL..... 638

§ 1 -Les intérêts de la suspension des effets..... 639

§ 2 -Les modalités de la suspension des effets..... 644

A.Le prononcé d’une mesure conservatoire..... 645

1.Mesure conservatoire en présence d’un différend..... 645

2.Mesure conservatoire pour prévenir la réalisation d’un dommage imminent...
. 647

B.Le prononcé d’une mesure d’anticipation..... 652

1.Mesure d’anticipation pour faire cesser un trouble manifestement illicite.
..... 653

2.Mesure d’injonction ou d’octroi d’une provision..... 656

**Chapitre II. Les mesures à la disposition des juges du fond.
..... 661**

SECTION I : LES SANCTIONS RELATIVES À LA JOUISSANCE DES POUVOIRS CONTRACTUELS. 662

§ 1 -Le constat d’un défaut de pouvoir..... 663

§ 2 -Les conséquences d’un défaut de pouvoir..... 665

A.Les conséquences sur l’acte unilatéral édicté en l’absence de pouvoir..... 666

1.La nature de la sanction applicable en l’absence d’aptitude à recueillir un
pouvoir contractuel..... 666

2.La nature de la sanction applicable en cas de non-attribution d’un pouvoir
contractuel..... 672

B.Les conséquences sur le contrat..... 676

1.Les conséquences résultant de la sanction de l’acte de modification des effets
du contrat..... 676

2.Les conséquences résultant de la sanction du comportement fautif de l’auteur
de la modification..... 678

SECTION II :LES SANCTIONS RELATIVES À L’EXERCICE DES POUVOIRS CONTRACTUELS..... 685

§ 1 -Les sanctions relatives aux conditions de fond..... 685

A.Les sanctions de l’abus par dépassement de pouvoir..... 687

1.La nullité de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir.....	687
2.L'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire. . 694	
3.L'indemnisation du préjudice causé.....	707
B.Les sanctions de l'abus par déloyauté.	717
1.La nature des sanctions.	718
a.La résolution du contrat.....	721
b.L'allocation de dommages-intérêts.	725
2.La limite des sanctions.	727
C.Les sanctions de l'abus par détournement de pouvoir.....	737
1.La nullité de l'acte unilatéral édicté en vertu du pouvoir.....	738
2.L'application des sanctions afférentes aux manquements à la force obligatoire. . 744	
3.L'indemnisation du préjudice causé.....	750
§ 2 -Les sanctions relatives à la procédure de mise en œuvre.....	754
A.L'inefficacité de l'exercice du pouvoir.	754
B.L'indemnisation du préjudice causé.	762
Conclusion générale.....	771
Bibliographie	781
Index alphabétique.....	821
Table des matières.....	829