



HAL
open science

De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat

Alain Lagadec

► **To cite this version:**

Alain Lagadec. De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat. Droit. Université de Toulon, 2017. Français. NNT : 2017TOUL0112 . tel-02181938

HAL Id: tel-02181938

<https://theses.hal.science/tel-02181938v1>

Submitted on 12 Jul 2019

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.

ÉCOLE DOCTORALE 509

Civilisations et sociétés euro-méditerranéennes et comparées

Laboratoire CDPC

Centre de Droit et de Politique Comparés-Jean-Claude Escarras
UMR-CNRS n° 7818 (DICE)

THÈSE

Présentée par :

Alain LAGADEC

Soutenue le : **12 avril 2017**

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

DE L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES CONTRACTUELLES À LA QUALIFICATION DU CONTRAT

THÈSE dirigée par :

Monsieur Alain Guillotin

Maître de conférences HDR à l'Université de
Toulon.

JURY :

Madame DOUCHY- OUDOT Méline

Professeur à l'université de Toulon

Monsieur EGEA Vincent

Professeur à l'université d'Aix-Marseille.

Rapporteur

Monsieur GUILLOTIN Alain

Maître de conférences HDR à l'université de
Toulon

Madame TRANCHANT Laëtitia

Professeur à l'université d'Aix-Marseille.

Rapporteur

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer une reconnaissance particulière à mon directeur de recherche Alain Guillotin et j'adresse mes plus vifs remerciements à tous ceux de mon entourage qui m'ont aidé de prêt ou de loin dans cette formidable mais rude tâche... Ils se reconnaîtront.

« L'université de Toulon n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, qui demeurent propres à leur auteur ».

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act. Jurisp. :</i>	Actualité jurisprudentielle
<i>aff :</i>	Affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique-droit administratif
<i>al. :</i>	Alinéa
<i>AP :</i>	Assemblée plénière
<i>Art. ou art. :</i>	Article
<i>CCC :</i>	Les cahiers du Conseil constitutionnel
<i>C. civ :</i>	Code civil
<i>C. com :</i>	Code du commerce
<i>C. consom :</i>	Code de la consommation
<i>CPC. :</i>	Code de procédure civile
<i>CA :</i>	Cour d'appel
<i>Cass. :</i>	Cour de cassation
<i>Cass. ch. mixte :</i>	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Cass. ch. réun. :</i>	Arrêt rendu par les chambres réunies
<i>Cass. com. :</i>	Arrêt rendu par la chambre commerciale
<i>Cass. req. :</i>	Arrêt de la chambre des requêtes
<i>Contrats Conc. Consum.</i>	Contrats concurrence consommation.
<i>CEDH :</i>	Convention européenne des droits de l'homme
<i>CGV :</i>	Conditions générales de vente
<i>ch. :</i>	Chambre
<i>Chron. :</i>	Chronique
<i>CJCE :</i>	Cour de justice des communautés européennes
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Com :</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Conv. :</i>	Convention
<i>D. :</i>	Dalloz
<i>Defrénois :</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>D. aff. :</i>	Recueil Dalloz affaires
<i>Doctr. :</i>	Doctrine
<i>DPCI :</i>	Revue Droit et pratique du commerce international
<i>Dr. & Patr. :</i>	Revue Droit et patrimoine
<i>Dr. et soc. :</i>	Revue Droit et sociétés
<i>Dr. fisc. :</i>	Revue Droit fiscal
<i>Dr. trav. :</i>	Revue droit du travail
<i>Fasc. :</i>	Fascicule
<i>Gaz. Pal. :</i>	Gazette du Palais
<i>GAJC</i>	Les Grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>J.-Cl. :</i>	Jurisclasseur

<i>JCP E</i> :	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i> :	Semaine juridique, édition générale
<i>JCP N</i> :	Semaine juridique, édition notariale
<i>JO</i> :	Journal officiel
<i>Jurisp.</i> :	Jurisprudence dans divers recueils et revues
<i>L.</i> :	Loi
<i>LGDJ</i> :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i> :	Les Petites Affiches
<i>obs.</i> :	Observations
<i>op. cit.</i> :	Opere citato
<i>p.</i> :	Page
<i>PGD</i> :	Principes généraux du droit
<i>préc.</i> :	Précité
<i>PUF</i> :	Presses universitaires de France
<i>RDC</i> :	Revue des contrats
<i>Rep. com.</i> :	Dalloz : Répertoire commercial Dalloz
<i>Rep. not. Defrénois</i> :	Répertoire notarial Defrénois
<i>Rep. soc</i> :	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
<i>Rep. trav.</i> :	Répertoire de droit du travail Dalloz
<i>Rev. arb.</i> :	Revue de l'arbitrage
<i>RGAT</i> :	Revue générale des assurances terrestres
<i>RGDA</i> :	Revue générale de droit des assurances
<i>RJC</i> :	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i> :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i> :	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i> :	Revue Lamy droit civil
<i>RLD com.</i> :	Revue Lamy droit commercial
<i>RRJ</i> :	Revue de la recherche juridique
<i>RTD civ.</i> :	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com</i> :	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>Somm.</i> :	Sommaire
<i>spéc.</i> :	Spécialement
<i>suppl.</i> :	Supplément
<i>supra</i> :	Ci-dessus
<i>t.</i> :	Tome
<i>T. arb.</i> :	Tribunal arbitral
<i>T. civ</i> :	Tribunal civil
<i>T. com</i> :	Tribunal commercial
<i>T. confl.</i> :	Tribunal des conflits
<i>TGI</i> :	Tribunal de grande instance
UNIDROIT :	Institut international pour l'unification du droit privé
<i>vol.</i> :	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES CONTRACTUELLES

TITRE I : LA RECHERCHE DU SENS DU CONTRAT

TITRE II : LES DIRECTIVES D'INTERPRÉTATION

DEUXIÈME PARTIE

LES EFFETS DE L'INTERPRÉTATION SUR LA QUALIFICATION DU CONTRAT

TITRE I : LES ÉLÉMENTS DU CONTRAT RETENUS AU TITRE DE LA
QUALIFICATION

TITRE II : LE CONTRÔLE DU JUGE SUR L'OPÉRATION CONTRACTUELLE

INTRODUCTION

1. L'interprétation du contrat a parfois été comparée à l'interprétation d'une œuvre musicale, le juge étant l'un des « artistes-interprètes », à l'instar de l'instrumentiste ou encore du chanteur le quel, « bien que lié par la partition écrite, lui insuffle vie à chaque interprétation »¹. On imagine alors, que les clauses du contrat seraient ainsi des notes musicales ordonnées dans un parfait accord, dont la lecture et l'interprétation qui en est faite, révélerait avec brio l'œuvre dans sa globalité. Or, que l'une de ces notes soit dissonante ou ne se trouve pas à la ligne correspondante sur la partition, elle viendra alors troubler l'harmonie de l'ouvrage. Mais laissons-là la métaphore et quittons le domaine musical et son lyrisme, pour entrer dans la sphère tout autant créative du contrat et de son contenu, où le juge-interprète est forcément confronté à des notes qui ne correspondent pas toujours au type de l'œuvre qu'il doit interpréter.
2. Rappelons dès à présent que l'interprétation du contrat constitue un préalable à la qualification et qu'il faut garder à l'esprit que le contrat est d'abord le résultat d'un accord réciproque. Cette rencontre des volontés implique chaque cocontractant dans une opération juridique où il lui est fait obligation d'exécuter les prestations pour lesquelles il s'est expressément engagé, avec pour but, la réalisation d'une opération économique. Alors que tous les éléments du contrat semblent clairs et précis, conformes à l'offre qui a été faite et à l'acceptation de celle-ci, un évènement fortuit ou encore le comportement déloyal de l'un des contractants, peut venir altérer l'équilibre contractuel provoquant en cela un désaccord. Faute de s'entendre, les parties en appellent au juge, lequel va devoir procéder à l'interprétation du contrat litigieux dès lors qu'il se trouve confronté à un contenu obscur et ambigu.
3. **Trouver le sens du contrat**, avec pour objectif d'aboutir à sa qualification permet au juge de déterminer le régime juridique qui sera applicable. C'est ce qui constitue le cheminement de cette étude. Or, on ne peut aborder la problématique des opérations d'interprétation et de qualification sans définir les deux piliers du sujet proposé, que sont le contrat et les clauses contractuelles qu'il abrite. D'une part, préciser ce que représente le contrat dans sa globalité, d'autre part, définir les clauses contractuelles, acteurs de ce que nous pourrions désigner comme le processus interprétatif qui ouvre sur la qualification du contrat.
4. **Le contrat et son contenu**. Support de l'opération juridique, le contrat est un accord de volontés, en vue de produire des effets de droit², la finalité étant la réalisation d'une opération économique. Il est aujourd'hui défini dans une

¹ A. BENABENT, « Observations conclusives » in *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité de conventions »*, *RDC* 1 - mars 2015. p. 145, spéc. p. 208

² Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 2006, n° 4, p. 3.

version modernisée³ à l'article 1101 du Code civil, comme « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Dans la pratique, le contrat peut aussi se définir, « comme un écrit destiné à constater l'accord des parties contractantes »⁴. Autrement dit, dès lors qu'il est conclu, le contrat constitue la loi des parties⁵. Se satisfaire de ces définitions serait nier tout ce qu'il représente au-delà de cette apparence monolithique et de l'inertie qui pourrait l'accompagner. Le contrat est en fait une chose bien vivante⁶. Il naît, il vit et il disparaît à l'occasion d'un événement inattendu ou de sa belle mort⁷. Sans tomber dans l'anthropomorphisme, on peut dire qu'il se présente, dans une configuration organique, telle une enveloppe qui enserre son contenu⁸. Le contrat doit ainsi se comprendre comme une relation binaire dont les éléments, dépendants les uns des autres, sont parfaitement imbriqués. Ce sont ces éléments relevant du consentement des parties à s'obliger, qui en constituent la substance. Dans l'hypothèse d'un acte écrit, il se matérialise par la mise en forme de cet accord au moyen d'un certain nombre de stipulations que sont les clauses contractuelles⁹.

5. Le contenu du contrat : les clauses contractuelles. Les parties contractantes, tout en respectant les principes d'ordre public et de bonne mœurs, ont la liberté d'aménager par des engagements réciproques, tout au moins dans le principe d'un contrat négocié, le contenu de leur accord. En d'autres termes, le contrat, pris dans sa globalité, doit être vu comme étant l'œuvre commune des parties, tout aussi dépendante de son contenu, qu'autonome par rapport à celui-ci. Le contenu doit en cela être différencié du contenant¹⁰ lequel, compris comme le cadre contractuel, se présente comme une norme juridique qui a force obligatoire.
6. Toute stipulation à l'intérieur d'un contrat, émanant de la volonté des parties, du législateur¹¹ ou encore de celle du juge¹², doit être considérée, lato sensu, comme une « clause contractuelle ». On pourrait en conclure qu'un contrat n'est rien d'autre que le résultat abstrait d'un alignement de clauses désordonnée. Or, il en est tout autrement ; les clauses « s'insèrent dans un ordre juridique qui les

³ Cf. « Réforme du droit des obligations. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ». Supplément au Code civil 2016, Paris, Dalloz, 2016.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, p. 231.

⁵ Art. 1103 nouveau du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁶ Cf., R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.3, Paris, Rousseau, 1923, n° 637

⁷ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^e éd. Paris, LGDJ, 2001, n° 148, p. 183, « La durée d'existence du contrat a pour point de départ sa conclusion définitive et s'achève par la fin de la convention. Celle-ci peut résulter de sa résolution, de sa résiliation ou de son annulation, mais elle est normalement la conséquence de son exécution ».

⁸ Voir, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ* (4), oct.-déc. 1999, p. 771.

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 159. « Disposition particulière d'un acte juridique [...] ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités [...] soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogeant au droit commun ».

¹⁰ Voir, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 771 et s..

¹¹ Les clauses légales imposées en droit de la consommation.

¹² Les clauses qui sont insérées dans le contrat par la jurisprudence.

transcende »¹³. Prises dans un ensemble cohérent¹⁴, c'est à travers elles que s'organise la construction du contrat ; on peut dire que « la fonction générale des clauses est d'anticiper le futur contractuel »¹⁵. Destinées à produire des effets de droit, les clauses contractuelles ont ainsi pour vocation d'organiser le contrat et à gérer, dans le temps, les risques inhérents aux fluctuations économiques, sociales ou politiques qui peuvent influencer sur son exécution. Autrement dit, les clauses contractuelles, prises dans leur définition structurelle et fonctionnelle, articulées les unes aux autres, donnent un sens au contenu du contrat. Prises individuellement, elles sont les stipulations qui ont pour objet d'explicitier les obligations pour lesquelles les parties se sont engagées. Elles constituent à ce titre, la matière qui se prête à l'interprétation judiciaire.

7. **L'interprétation des clauses contractuelles.** Les clauses ont un sens, une portée, elles fixent l'étendue des droits et des obligations de chacune des parties. Leur efficacité dépend toutefois d'une rédaction claire et précise, traduisant au plus près la commune intention des parties, ce qu'elles ont voulu, ce pour quoi elles ont consenti. Source de désaccord, dès lors qu'elles sont rédigées de manière obscure et ambiguë, les clauses contractuelles sont susceptibles de désorganiser le contrat et par là, de contrarier le principe de la commune intention des parties. L'interprétation se justifie ainsi par la clarification du sens du contrat par rapport aux clauses qui y figurent. Autrement dit, interpréter les clauses contractuelles, « c'est déterminer le sens et la portée des obligations contractées »¹⁶, définition à travers laquelle, on voit se dessiner la notion de finalité du contrat. Les clauses contractuelles sont en cela les éléments¹⁷ que le juge interprète aux fins d'aboutir à la qualification du contrat.
8. **Les manifestations de la volonté.** La commune intention et le consentement, nécessitent un éclaircissement quant à la place qu'ils occupent dans le processus de contractualisation.
9. Le principe du consensualisme, réaffirmé dans la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance du 10 février 2016, se fonde ainsi sur le simple échange des consentements sans qu'aucune forme ne soit requise, exception faite des formes imposées *ad validitatem*¹⁸ qui ne sont exigées par le droit positif qu'à titre exceptionnel. L'échange des consentements étant vu comme « l'action pour deux ou plusieurs personnes d'exprimer tour à tour leurs volontés communes afin d'extérioriser l'accord de leur volonté destiné à créer des effets de droit »¹⁹, le consentement est avant tout un acte volitif ; la volonté de consentir étant l'aptitude à se décider. Pris au sens étymologique, « le mot consentement [*cum*

¹³ A. SERIAUX, *Manuel de Droit des obligations*, 1^o éd., Paris, PUF, 2006.

¹⁴ Voir à ce sujet, D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t.I, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

¹⁵ G. HELLERIGER, *Les clauses du contrat*, Paris, LGDJ, 2012, n^o 43.

¹⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n^o 444, p. 463

¹⁷ Les juges se réfèrent aussi à des éléments de fait tels que le comportement des parties ou encore les déclarations qu'ils ont faites.

¹⁸ En droit français, le formalisme est l'exception. Seules des contraintes légales peuvent imposer le respect de certaines formalités ; une exigence de forme, au service de la validité ou de la preuve, sanctionnée par la nullité du contrat.

¹⁹ J. GHESTIN, « Introduction », R.J.Com. novembre 1995, n^o spécial : L'échange des consentements, p. 12 et s., spéc. N^o 8.

sentire] désigne aussi l'accord, le concours de deux volontés, celle du débiteur qui s'oblige, celle du créancier envers lequel il s'oblige »²⁰.

10. La commune intention des parties, quant à elle, est comprise comme la rencontre des volontés individuelles qui les a conduit à s'accorder sur les éléments essentiels²¹ du contrat, c'est ce que nous pourrions identifier comme le « vouloir contracter ensemble ». À la fois, la conscience de ce que l'on va faire et l'intention de le réaliser, aboutissement d'une offre de contracter et de l'acceptation de cette offre qui a formé le contrat. À cette opération juridique quant au fond, dénommé le *negotium*, fait suite, selon la volonté des parties, la matérialisation de leur accord à travers un *instrumentum*, en l'occurrence un écrit, qui abrite dans son contenu les clauses contractuelles. Celles-ci définissent les droits et les obligations sur lesquels les parties se sont engagées, ce qui pourrait se définir comme le « consentir à s'obliger » pour satisfaire à l'objet du contrat. Contracter et s'obliger, relève ainsi de la volonté des parties. En d'autres termes, le contrat étant un accord créateur d'obligations, on pourrait dire que vouloir contracter, c'est déjà consentir à s'obliger. Vouloir contracter, c'est avoir, pour chacune des parties, l'intention de s'accorder effectivement sur les éléments essentiels d'un type de contrat, tout en ayant conscience que, dès cet accord passé, elles seront tenues au respect de leur engagement à travers un certain nombre d'obligations relevant de la qualification du contrat.

11. **L'intervention du juge saisi du litige.** Dès lors que la volonté commune des parties se trouve altérée soit, par le comportement d'un ou plusieurs contractants, entendant « tirer avantage d'une obscurité ou d'une ambiguïté pour échapper à une obligation ou charger l'autre contractants d'une obligation supplémentaire »²², ou encore, par l'émergence d'un événement imprévisible, le juge ne peut se prononcer sur le désaccord, s'il ne sait pas exactement ce à quoi les parties se sont engagées. Autrement dit, à l'occasion d'un litige, lorsque que tout ou partie du contenu contractuel est obscur ou ambigu, la méconnaissance du sens du contrat voulu par les parties ne permet pas au juge d'intervenir efficacement sur le contenu. Aussi, dès qu'elle s'avère nécessaire, l'interprétation du contrat est l'opération qui vise à rechercher le sens que les parties ont voulu donner à leur accord. Autrement dit, ce n'est qu'après avoir interprété les éléments de fait, que le juge sera en mesure de s'assurer de l'exacte qualification du contrat²³ litigieux, permettant ainsi l'application du régime juridique correspondant.

12. Lever une ambiguïté, relever une incohérence ou encore constater une lacune dans le contenu, permet au juge de redonner un sens à l'élément litigieux du contrat. La force du contenu contractuel, autrement dit les effets de droit, va dépendre pour une large part de l'interprétation que le juge fera de l'énoncé des clauses qui le composent et de l'application qui en est faite. « L'interprétation a

²⁰ Cf. F.TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd. Dalloz, Paris, 2005, n° 91, p. 107.

²¹ Les éléments essentiels sont ceux sans lesquels il serait impossible de savoir quelle convention a été conclue. Pour un contrat de vente c'est l'accord sur la chose et sur le prix, un contrat de bail.

²² D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, p. 444.

²³ Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016, n° 177, p. 205.

pour objet essentiel la détermination du sens d'un texte par définition obscure ou ambiguë »²⁴. L'interprétation du contenu contractuel, tout comme celle du contrat pris dans sa globalité, au sens où l'obligationnel est tenu par l'obligatoire²⁵, s'effectue selon deux méthodes qui sont présentées comme antagonistes, mais que le droit positif reconnaît comme complémentaires²⁶. D'une part, l'interprétation subjective laquelle, selon l'article 1188 du Code civil est définie comme étant la recherche de l'intention des parties face à une clause obscure ou ambiguë. Cette théorie est sujette à discussion au regard de l'évolution des contrats contemporains, car elle se révèle insuffisante pour trouver le sens des obligations consenties par les parties. L'interprétation objective d'autre part, est née de cette insuffisance avec l'impossibilité pour le juge de trouver la commune intention des parties. Autrement dit, au-delà des règles énoncées aux articles 1188 et suivants du Code civil, qui offrent au juge un ensemble de solutions logiques auxquelles il peut se référer²⁷, ce dernier, dans l'hypothèse où il ne peut mettre à jour la commune intention des parties, va se fonder sur l'équité et à la bonne foi, ainsi qu'aux usages du lieu où a été conclu le contrat. Cette interprétation exégétique de l'*instrumentum*, et plus particulièrement des clauses contractuelles qu'il contient, déterminantes dans la recherche de ce qu'ont réellement voulu les parties, est un préliminaire à la qualification du contrat. Il se peut aussi que « le juge ne cherche pas à savoir ce que les parties ont voulu réellement, mais qu'établit lui-même ce qu'elles auraient raisonnablement dû vouloir »²⁸. L'interprétation du texte litigieux, qu'elle soit descriptive ou créatrice, va permettre de donner au contrat le sens qui lui convient.

13. **L'interprétation et la qualification du contrat.** L'interprétation du contrat constitue un préalable à sa qualification, laquelle « contribue à traduire en termes de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé »²⁹. La reconnaissance des données de fait et le repérage du régime juridique applicable au contrat litigieux, constituent les éléments indispensables qui permettent de classer le contrat dans une catégorie qui définit son type. À ce propos, il est à préciser que de nombreux contrats nommés créés par la pratique et la loi sont plutôt des contrats commerciaux, comme le sont les contrats de franchise, de distribution ou encore de concession³⁰, cette liste n'étant pas exhaustive. Ce constat permet d'avancer *a contrario*, que plus la théorie générale du contrat regagnera le terrain perdu, autant diminuera le besoin de

²⁴ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., *op.cit.*, n° 8, p. 15.

²⁵ Cf., P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

²⁶ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd *op. cit.*, n° 447 et s. p. 464.

²⁷ J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1167 du Code civil », in Études offertes à J. FLOUR, Répertoire du notariat Défrénois, Paris, 1979, p. 179.

²⁸ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 444.

²⁹ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, 1956, *LGDJ.*, n° 12, p. 10.

³⁰ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 177, p. 205.

classification³¹, sans que pour autant le droit commun puisse faire l'économie de l'opération de qualification des contrats, compte tenu de leur multiplication. Par ailleurs, si en théorie, le juge doit s'employer à la recherche de la commune intention des parties pour qualifier le contrat et appliquer ensuite le régime juridique qui lui correspond, dans la pratique, ces deux opérations abordées séparément afin d'analyser leur nature juridique, constituent un ensemble indissociable dans la détermination du sens du contrat et il est parfois difficile de les distinguer³². La qualification donnée par les parties au contrat interagit avec l'interprétation au sens où, « lorsqu'il s'agit d'interprétation de volonté, la qualification peut se glisser et se fondre dans l'interprétation »³³. Il est en revanche à préciser, que le juge n'est pas tenu par la qualification donnée au contrat et à son contenu. Si tel n'était pas le cas, l'autonomie de la volonté, outre le fait de marginaliser le pouvoir du juge, aurait pour conséquence l'apparition de qualifications douteuses, les parties abusant d'une liberté contractuelle débridée. Plus précisément, pour ce qui est des dénominations contractuelles choisies par les parties sur les éléments de qualification, comme le titre du contrat par exemple, celles-ci n'ont auprès du juge qu'un rôle indicatif. Il en est de même pour ce qui est de l'intitulé d'une clause. Le juge qualifie les stipulations contractuelles sans s'arrêter à la qualification donnée par les parties. Il est vrai que le pouvoir du juge de qualifier le contrat évite les erreurs de rédaction des clauses dont la dénomination erronée peut provoquer une confusion dans la compréhension des engagements consentis, comme par exemple l'appellation « clause de dédit » qui peut être mentionnée à l'*instrumentum* avec la conviction pour le rédacteur, que ce soit une clause pénale.

14. Les opérations d'interprétation et de qualification du contrat litigieux se définissent chacune par une double fonction. D'une part, l'interprétation du contenu des clauses contractuelles permet au juge saisi du litige, de repérer les données de fait, ce qui va le conduire à circonscrire la volonté des parties et par là, de trouver un sens au contrat ; la finalité étant d'apporter d'autre part, une solution au désaccord qui oppose les contractants quant à son exécution. Or, la solution ne trouvera son efficacité que si le juge, après avoir identifié le sens du contrat conclu par les parties, est en mesure d'appliquer aux éléments de fait, le droit approprié ; il faut pour cela, qualifier le fait³⁴. Cette opération intellectuelle qu'est la qualification, consiste à déterminer la catégorie dans laquelle s'inscrit le contrat³⁵, afin de lui appliquer le régime juridique qui lui correspond. Préalable à l'application d'une règle juridique³⁶, la qualification fait office de charnière entre

³¹ Voir sur le sujet, L. CADIET, « Interrogation sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, spé. note 1, p. 25 et s.

³² Voir, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1956, *op. cit.*, n° 12, p. 10.

³³ F. TERRE, *item*

³⁴ Cf. P. MALAURY, L. AYNES, P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, n° 7, p. 7 ; C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, p. 124 : « La définition de fait commande très directement la signification et la valeur de la règle ».

³⁵ Cf. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, n° 16, p. 14.

³⁶ Voir P. MALAURY, L. AYNES, P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., *op. cit.*, n° 7, p. 8.

les deux fonctions attachées à l'opération d'interprétation que nous venons d'évoquer.

15. Ainsi, la recherche du sens du contrat, par la détermination des données de fait, passe en premier lieu par l'interprétation des clauses contractuelles (première partie). Cette opération qui s'effectue en amont de la fixation du régime juridique applicable, produit nécessairement des effets sur la finalité de l'opération qui est la qualification du contrat (deuxième partie) laquelle va permettre au juge d'intervenir en retour sur tout ou partie des éléments litigieux du contrat une fois qualifié.

PREMIÈRE PARTIE

L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES CONTRACTUELLES

17. Bien que les contrats appartiennent à des espèces différentes, des genres différents, ils se présentent, pour la plupart, dans une configuration identique qui relève d'une technique contractuelle³⁷ commune. Le contrat peut être nommé, innommé³⁸ ou sui generis. Qu'il appartienne à la catégorie des opérations simples – que celles-ci soient élémentaires ou mixtes - ou encore que ce soit une opération complexe³⁹, le contrat formé crée à l'égard des parties des effets de droits⁴⁰, sous réserve qu'il y ait un accord sur les éléments constitutifs d'une offre acceptée par le destinataire. Réalisé par un échange de volontés, le contrat une fois formé ne peut être identifié qu'à travers un mode d'expression emprunté par les parties, que ce soit une parole, un geste, mais plus usuellement un écrit⁴¹. Pour ce qui est de l'écrit, le contenu de l'acte est constitué principalement d'un ensemble de clauses, lesquelles se présentent sous différents aspects, tels un mot, un ensemble de phrases, un paragraphe, qui sont autant d'éléments d'information, que de stipulations prescriptives relatives à l'opération concernée. Si en règle générale, les clauses contractuelles définissent les engagements consentis par les parties, lesquels sont caractéristiques du contenu du contrat et par là-même constituent les indicateurs de la volonté des parties contractantes, il est à préciser que certains documents liés au contrat, mais qui ne figurent pas à l'acte instrumentaire⁴², peuvent aussi être vus comme des clauses contractuelles. En

³⁷ V. P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Paris, Francis Lefebvre, 2010.

³⁸ Art.1105 du Code civil : « Les contrats qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Les règles générales seront ainsi écartées dès lors qu'il ne sera pas possible de les appliquer conjointement avec certaines règles du Code civil régissant les contrats spéciaux, mais aussi celles qui résultent du code de commerce ou du code de la consommation.

³⁹ V. P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 13, p. 21 et s.

⁴⁰ Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 4, p. 3.

⁴¹ À ce sujet, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 13, p. 21 et s.

⁴² Sauf la fixation d'une clause délimitant le contrat à l'*instrumentum*, certains documents peuvent être assimilés à des clauses contractuelles, tels que les échanges de courriers, les documents publicitaires, les factures et autres pièces administratives.

revanche, d'autres éléments de l'*instrumentum*, telles les clauses relatives à la publicité, n'ont pas un statut contractuel. Ainsi, le contrat tel qu'il est défini à l'article 1101 du Code civil⁴³, est le fait qu'une ou plusieurs personnes privées ou publiques, physiques ou morales, expriment la volonté de contracter avec pour objectif la réalisation d'une opération juridique. Ce qui caractérise le contrat, c'est d'être à la fois un accord de volonté et de se voir reconnaître, par le droit objectif, les pouvoirs de créer des effets juridiques au rang desquels on peut citer, l'établissement d'une règle, la modification d'une situation juridique ou encore la création d'un droit. Sans cette manifestation de volonté, les effets de droit attendus ne pourraient se produire. Matérialisation des engagements consentis, les clauses contractuelles sont ainsi les articles d'une « loi » dont se sont légalement pourvues les parties, conformément aux termes de l'article 1103 du Code civil, substitué à l'alinéa 1^{er} de l'article 1134⁴⁴.

18. Les clauses contractuelles sont en cela les instruments d'une gestion du contrat qui se veut efficace dans la durée, une efficacité qui peut cependant être mise à mal et nécessiter une intervention judiciaire, dès lors qu'une ou plusieurs de ces clauses sont concernées par la survenue d'un litige. Il n'est pas rare, en effet, de constater que les clauses du contrat fassent l'objet de la part des rédacteurs de l'acte⁴⁵, d'erreurs, de lacunes ou d'omissions involontaires, voire même volontaires dans le but d'éviter d'être soumis à un régime juridique trop contraignant ou encore de se soustraire à certaines dispositions d'ordre public⁴⁶. Ce sont là des anomalies rédactionnelles susceptibles de causer un désaccord en cours d'exécution du contrat. Dès lors, confronté à un contenu contractuel obscur ou ambigu⁴⁷, le juge en charge de l'interprétation s'emploiera à clarifier les contradictions qu'il aura pu déceler. La démarche interprétative est en cela destinée à retrouver en premier lieu, le sens qui a prévalu à l'origine du contrat (titre premier). Or, c'est la recherche du sens du contrat qui va permettre au juge de trouver en second lieu, une solution au litige. Il est à préciser d'ores et déjà que, dans l'exercice de son pouvoir souverain, le juge ne bénéficie pas d'une liberté totale qui lui permet d'intervenir sans limites sur les termes du contrat. Au cours de l'opération d'interprétation qui doit le conduire à repérer le sens du contrat et par là, trouver une solution au litige dont il est saisi, le juge va être confronté à un certain nombre de règles que sont les directives d'interprétation (titre deuxième).

⁴³ Art. 1101 nouveau du Code civil : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

⁴⁴ L'art. 1134 ancien a vu dans la réforme du droit des obligations, chacun de ses trois alinéas faire l'objet d'un article distinct. Il s'agit des articles 1103, 1104, 1193 du Code civil.

⁴⁵ Le terme de rédacteur s'applique autant aux cocontractants eux-mêmes et leurs ayants cause qu'aux professionnels auxquels ils ont donné mandat. Toutefois, c'est à ces derniers, au titre de rédacteurs tiers au contrat, qu'est retenue la qualité de rédacteur d'acte, engageant par là-même leur responsabilité professionnelle.

⁴⁶ Plus particulièrement les dispositions fiscales.

⁴⁷ Conformément à la note n° 3, sous l'article 1156 ancien du Code civil : dans le principe, le juge ne peut intervenir sur les termes d'une convention, que lorsque ceux-ci s'avèrent obscurs et/ou ambigus. L'article 1192 du Code civil en reprend le principe : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ». Il confirme ainsi l'importance de la force obligatoire du contrat et le respect de la volonté des parties.

TITRE PREMIER

LA RECHERCHE DU SENS DU CONTRAT

19. « Le législateur ayant laissé une grande latitude aux personnes privées pour aménager leurs rapports, la pratique donne naissance à de nouvelles figures contractuelles qui tentent de répondre aux besoins sans cesse changeants de la vie économique et sociale ». ⁴⁸ Si le contrat, instrument de prévisibilité au service de la sécurité contractuelle, apparaissait comme un moyen donné aux parties de maîtriser l'avenir. Il apparaît aujourd'hui autrement. La théorie de l'imprévision, enfin « reconnue comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat » a intégré le droit commun des contrats à travers l'article 1195 du Code civil. Elle va permettre au juge de « lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance ».
20. La recherche du véritable sens du contrat litigieux passe par l'interprétation de son contenu dès lors que celui-ci est exprimé de manière confuse. L'opération consiste en une démarche intellectuelle effectuée par l'interprète qui a pour but de lever les ambiguïtés et/ou les contradictions au sein de l'*instrumentum*, afin d'en identifier le contenu obligatoire ⁴⁹ dont la formule s'est avérée défectueuse ⁵⁰. Pour se faire, le juge va rechercher ce qui a déterminé les parties à vouloir contracter. Autrement dit, en se reportant au jour de la conclusion du contrat, le juge va aller rechercher quelle a été la commune intention des parties (chapitre premier). Or, remonter au jour de la formation du contrat ne suffit pas toujours à repérer cette commune intention. Afin de remédier à cette difficulté, le juge a la possibilité d'aller au-delà, en effectuant l'exploration des phases précontractuelles qui ont pesé, à l'origine, sur les volontés dans la détermination des éléments qui ont permis l'élaboration du contrat (chapitre second).

⁴⁸ F. TERRE, P. SIMLER ; Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 59, p. 70.

⁴⁹ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 10, p. 17

⁵⁰ V. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, ibid.*, n° 9, p. 16.

CHAPITRE PREMIER

LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

21. L'accord des parties relève naturellement d'une volonté individuelle, d'ordre psychologique⁵¹, mais aussi d'une volonté supposée commune qui consiste, pour ces dernières, à s'obliger par consentement mutuel sur un certain nombre d'éléments, à la fois déterminants de l'acceptation de l'offre⁵², mais tout autant essentiels quant à la validité du contrat formé et par là-même de la qualification voulue. Le critère formel du contrat étant l'échange des consentements, l'individu n'est lié que parce qu'il a manifesté la volonté de s'engager ; c'est en cela que l'on doit considérer son intention réelle de contracter. Le fait que les intentions des parties soient motivées par des objectifs différents, ne peut constituer un obstacle à ce qu'elles puissent représenter une communauté d'intérêts.
22. Le processus de contractualisation prend naissance dès la commune intention des parties de se lier entre elles. Cette rencontre des volontés individuelles qui va les conduire à s'accorder sur un certain nombre d'éléments essentiels⁵³, caractéristiques du contrat en devenir, c'est ce que nous pourrions identifier comme le « vouloir contracter ensemble ». S'agissant de la volonté réelle, elle nécessite à la fois, la conscience de ce que l'on veut faire ou ne pas faire et l'intention de le réaliser⁵⁴. Or, à cette opération intellectuelle quant au fond, dénommée le *negotium*⁵⁵ qu'est le contrat, doit faire suite, selon le choix exprimé par les parties⁵⁶, la matérialisation de leur accord. Indispensable à la validation du contrat comme expression de l'acte écrit⁵⁷, telles que peuvent l'être les clauses contractuelles, l'*instrumentum* en tant qu'élément d'extériorisation de la volonté, constate le *negotium*. Autrement dit, pour satisfaire à la finalité du contrat, la commune intention de se lier doit être clairement exprimée par les parties afin de produire les effets juridiques voulus. Stipulations portant sur les

⁵¹ La volonté d'acheter un bien relève d'une motivation personnelle, réelle, qui se traduit par l'intention de se porter acquéreur.

⁵² *Infra.* n° 91 et s.

⁵³ Les éléments essentiels sont ceux sans lesquels il ne peut être possible de déterminer le type de contrat qui a été conclu. Pour un contrat de vente c'est l'accord sur la chose et sur le prix ; un contrat de bail, le bien loué et le loyer correspondant.

⁵⁴ *Cf.*, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., *op. cit.*, n° 732, p. 276.

⁵⁵ V. P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Paris, Francis Levebvre, n° 12, p. 21.

⁵⁶ Le principe du consensualisme n'impose aucune forme.

⁵⁷ *Cf.*, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 12, p. 21.

éléments essentiels de la convention, les clauses contractuelles permettent en cela de conclure à la nature contractuelle de l'engagement, celui-ci pouvant se définir comme le « consentir à s'obliger par une volonté déclarée ». Contracter et s'obliger, relève de la volonté des parties⁵⁸. C'est pourquoi, le contrat se définissant comme une convention créatrice d'obligations⁵⁹, nous pourrions dire que vouloir contracter, c'est déjà consentir à s'obliger. Vouloir contracter pour chacun des cocontractants, c'est manifester l'intention de s'accorder sur les éléments essentiels du contrat tout en ayant conscience que dès cet accord passé, ils seront tenus au respect de leur engagement à travers un certain nombre d'obligations⁶⁰. La commune intention des parties doit être considérée comme étant « la seule source créatrice de normes contractuelles légalement reconnue. C'est elle, et elle seule qui décrit la nature et la mesure des prestations destinées à créer un mode de vie post-contractuel des parties à l'acte »⁶¹ ; aussi, pour que le contrat se forme, il est nécessaire que chacune des parties ait consenti à celui-ci. Le consensualisme, est le principe à partir duquel se fonde la commune intention des parties. Élément essentiel du processus qui forme le contrat, « le consentement est à la fois quelque chose qui se pense - c'est la volonté interne - et quelque chose qui s'exprime - c'est la volonté déclarée »⁶². C'est ce qu'il nous faut retenir de la notion de « commune intention », laquelle s'explique selon deux approches différentes, mais corrélatives, qui conduisent au même résultat final, celui de la formation du contrat qui relève du consentement des parties. D'une part, l'intention de contracter, au sens de la volonté réelle de chacun des individus (section 1). D'autre part, la confirmation de la rencontre des volontés par une approche plus concrète, plus pragmatique, vu sous l'angle de la volonté déclarée (section 2).

SECTION 1. LA VOLONTÉ RÉELLE, L'INTENTION DE CONTRACTER

23. Le consentement, requis à l'article 1108 du Code civil⁶³ comme une des conditions essentielles à la validité de la convention, est une manifestation unilatérale de volonté⁶⁴. Repris à l'article 1128 du Code civil⁶⁵, celui-ci

⁵⁸ Selon les termes de l'article 1101 du Code civil : « Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinée à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », lequel s'est substitué à l'article 1101 ancien. On notera l'abandon de la référence aux notions de donner, de faire ou de ne pas faire et le recentrage de la définition du contrat sur ses effets, mais aussi sur sa nature, en mettant en exergue l'accord de volontés.

⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 231.

⁶⁰ La force obligatoire du contrat est l'un des principes qui relève du consentement des parties de s'accorder sur les éléments essentiels. La rencontre des volontés lie les parties irrévocablement.

⁶¹ T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP*, 1981, I, 3023.

⁶² Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 93, p. 108.

⁶³ Le « consentement des parties qui s'obligent », élément nécessaire à la validité d'un contrat, est repris à l'article 1128 du Code civil. Exprimé sous une forme plus lapidaire il est à noter par ailleurs, que la cause en tant qu'élément validant de la convention a été écartée. Voir « Réforme du droit des obligations, un supplément au Code civil 2016 », Dalloz.

⁶⁴ V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, *ibid.*, 2010, p. 279.

n'apporte, quant à lui, pas plus d'informations sur le sens de ce terme. Locution succincte et lacunaire⁶⁶, le consentement est une exigence qui ne donne aucune indication sur ce que la notion représente dans la formation du contrat. Au-delà de cette exigence, le consentement c'est aussi « la rencontre de deux ou plusieurs volontés dans un même but juridique [...] dont le concours forme le contrat »⁶⁷ car, « il est manifeste que la convention ne peut se former que par le consentement de toutes les parties qui y figurent, non seulement de celle qui s'oblige, mais encore de celle envers laquelle l'obligation est contractée »⁶⁸. Le consentement relève ainsi de la volonté interne des parties, une volonté réelle, consciente et libre. Consentir serait une forme de volonté « dirigée »⁶⁹ ; on peut vouloir mieux, mais on consent à se satisfaire de ce qu'on nous propose. Le consentement est motivé par la volonté d'aboutir à une conclusion souhaitée, mais qui n'est pas forcément pour l'une ou l'autre des parties, l'issue voulue dans la globalité des attentes ; disons que l'on s'en accomode. Le consentement dépend de la volonté et c'est en cela que l'échange des consentements crée un accord entre les parties dans un intérêt commun théorique⁷⁰. Dès la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat, se crée entre les parties un lien constitué par un rapport d'obligations⁷¹ qui ne prendra effet que lorsque la volonté commune aura été extériorisée ; s'agissant d'une vente par exemple, ce sont les parties qui décident du transfert des droits de propriété de la chose contre le paiement de son prix. Le principe du consensualisme⁷² privilégie en cela la volonté interne ou volonté réelle à la volonté déclarée⁷³, une prééminence que l'on retrouve, quant à l'interprétation des contrats à l'alinéa premier de l'article 1188 du Code civil qui s'est substitué à l'article 1156 du Code civil⁷⁴. La volonté de s'engager, dès lors qu'elle n'est pas altérée par l'un des vices du consentement

⁶⁵ Art. 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain ».

Il est à noter que la notion de contenu s'est substituée à la notion d'objet et que la notion de cause a disparue.

⁶⁶ Voir, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations, op., cit.*, n° 725, p. 275.

⁶⁷ Cf., DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 45.

⁶⁸ Cf., DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, n° 45.

⁶⁹ Voir à ce sujet, M. A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, juill.-sept. 1995.

⁷⁰ M.A FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, juill.-sept. 1995, n° 7, p. 575.

⁷¹ Cf., C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 357.

⁷² L'engagement des parties relève de la volonté réelle. Le principe est que tous les contrats sont consensuels, les contrats solennels l'exception.

⁷³ Voir Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op., cit.*, n° 631, p. 238.

⁷⁴ Art. 1156 ancien du Code civil : « On doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

prévus à l'article 1109 du Code civil⁷⁵ - lequel a été remplacé par l'article 1130 du Code civil⁷⁶ - est la condition essentielle à la formation du contrat. Le consentement est d'abord une disposition interne, une initiative qui relève du for intérieur de la personne au sens de la volonté réelle ; il doit se définir comme « un acte de volition précédé d'une réflexion »⁷⁷. Cette volonté interne des contractants, c'est-à-dire : « leur adhésion intime et psychologique au contrat »⁷⁸, témoigne de leur intention de contracter (§1). Dès lors qu'elle forme le contrat, la rencontre des volontés internes est censée traduire la commune intention des parties (§2).

§1. L'intention de contracter ou la recherche de l'accord des volontés

24. Avant qu'il y ait accord de volonté, faut-il encore qu'il y ait une intention qui préexiste à ce qui sera ou ne sera pas la rencontre des volontés. Il s'agit là d'une volonté intime qui appartient à chaque partie autrement dit, ce que veut la personne au plus profond d'elle-même. Dès lors, une question délicate se pose au juge : comment cerner la motivation intime d'un individu qui emporte sa volonté de contracter ? La volonté interne est une notion singulière. Après « avoir délibéré en elle-même, avoir pesé le pour et le contre, chaque partie va décider ou non de s'engager »⁷⁹. Bien avant qu'elles se rencontrent dans une communauté d'intérêts, les intentions sont des visées individuelles ; elles participent du for intérieur de la personne. Prendre la décision de solliciter un service ou de mettre un bien à la vente, est une intention qui constitue un préalable au passage à l'acte de contracter et qui ne relève pas de la fiction. L'intention personnelle est présente dans le champ contractuel de façon sous-jacente, c'est elle qui influe sur le consentement qui relève en premier lieu d'une opération mentale⁸⁰. Le consentement est une disposition interne, ce que veut théoriquement chacune des parties contractantes, ce qu'elle a réellement décidé de faire ou ne pas faire, avant de consentir à s'engager. Elle seule connaît la réalité de cette intention avant de passer à l'acte, ce qui fait dire à un auteur que « la volonté hypothétique des parties, c'est l'approche objective qui avance masquée »⁸¹. On ne pourra parler

⁷⁵ Art. 1109 ancien du Code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol ».

⁷⁶ Art. 1130 du Code civil : « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

⁷⁷ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations, op. cit.*, n° 93, p. 108.

⁷⁸ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd. mise à jour, Paris, PUF, 2016, n° 303, p. 330.

⁷⁹ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations, op. cit.*, n° 93, p. 108.

⁸⁰ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations, ibid*, n° 93, p. 108.

⁸¹ P.-Y. GAUTHIER, « Le contenu subjectif ou objectif du contrat : l'exemple de la transaction », *RDC*, 1^{er} octobre 2005, n° 4, p. 1261.

de contrat que si les parties ont manifesté, par un échange des consentements, une intention de contracter afin de produire des effets de droit⁸². La formation du contrat par la rencontre des volontés est en cela incidente de l'accord des parties de consentir à des obligations juridiques⁸³.

25. Consentir, c'est admettre, c'est donner son libre assentiment. Aussi, faire acte de volonté en prenant la décision de s'obliger, c'est vouloir contracter⁸⁴; c'est consentir, selon le principe de la liberté contractuelle, à s'engager sur un certain nombre d'obligations, ce qui revient à confirmer la définition du contrat comme un accord de volonté qui crée des obligations dans le respect de l'ordre public. En cela, l'article 1102 du Code civil énonce que « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public⁸⁵ ». Instrument de liberté et expression de la volonté, le contrat prend naissance sur les fondements théoriques que sont les principes directeurs⁸⁶ initiés par la théorie classique de l'autonomie de la volonté⁸⁷.
26. Cette théorie exprimait depuis l'origine, une doctrine de philosophie juridique suivant laquelle l'obligation contractuelle reposait exclusivement sur la volonté des parties. Or, « le principe de l'autonomie de la volonté n'a jamais été admis dans ses conséquences les plus extrêmes »⁸⁸, étant considéré par le passé comme une utopie. Si la théorie classique de l'autonomie de la volonté, « entendue comme l'exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi »⁸⁹, est écartée aujourd'hui par la plupart des auteurs, n'étant plus compatible avec l'état actuel du droit positif⁹⁰, il n'en demeure pas moins, qu'elle reste malgré tout un principe qui, bien qu'affaibli, conserve encore sa place dans le droit contemporain. Corrélativement aux atteintes portées à l'autonomie de la volonté dont elle est l'aboutissement, il n'a jamais été question de remettre en cause la fonction même du principe de liberté contractuelle. Cependant, avec l'apparition d'un certain nombre de règles impératives attachées aux droits émergents, tels le droit de la consommation concernant la protection du consommateur au sens de la partie la plus faible confrontée à un professionnel, ou celui de la distribution en raison de la position dominante de l'un des contractants, la liberté

⁸² Voir J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 148.

⁸³ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 215

⁸⁴ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 93, p. 108

⁸⁵ Ce dernier alinéa, reprend l'esprit de l'article 6 ancien du code civil, après qu'il ait écarté l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs, notion qui a été délaissée par la jurisprudence au profit de celle d'ordre public. Voir « Réforme du droit des obligations, un supplément au Code civil 2016 », Dalloz.

⁸⁶ Les principes directeurs étant : le consensualisme, la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat.

⁸⁷ Voir C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie*, n° 112, p. 95 : « Le principe de l'autonomie de la volonté signifie que le contrat tire sa force obligatoire des volontés des parties qui sont souveraines [...] ».

⁸⁸ C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, ibid.*, n° 112, p. 95

⁸⁹ Cf., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 149.

⁹⁰ Voir J. GHESTIN, « La notion de contrat », *ibid.*, p. 149.

contractuelle a malgré tout subit, elle aussi, un certain recul au nom de l'ordre public⁹¹. Cette altération de la liberté contractuelle se retrouve par ailleurs dans les contrats imposés⁹², comme le fait par exemple, pour un automobiliste, de conclure un contrat d'assurance obligatoire, même s'il est laissé à la personne le choix de son contractant⁹³. Cela étant dit, « la liberté contractuelle conserve une portée pratique considérable et la très grande majorité des contrats demeurent issus d'une démarche volontaire des parties »⁹⁴. La liberté contractuelle est toujours l'un des principes directeurs dans la formation du contrat, considéré par Muriel Fabre-Magnan comme étant « le principe premier du droit des contrats »⁹⁵. Les parties se sont vues accorder le droit de fixer elles-mêmes, les règles qui vont régir leurs relations particulières pour une opération juridique déterminée⁹⁶. Sans liberté contractuelle, la volonté serait inopérante. Nonobstant les limitations qui se sont imposées avec l'avènement des contrats spéciaux et la protection de la partie la plus faible⁹⁷, la volonté individuelle s'exerce toujours au regard du principe de liberté dont le Conseil constitutionnel a récemment consacré la valeur constitutionnelle⁹⁸. En cela, l'article 1102 du Code civil⁹⁹ reprend dans son énoncé le principe de liberté contractuelle avec la possibilité de conclure ou de ne pas conclure le contrat, mais aussi de fixer librement son contenu ou encore de choisir a priori son cocontractant. On revient ainsi à l'idée d'une autonomie de la volonté avérée, avec l'attribution aux parties d'une compétence déléguée mais contrôlée, indissociable d'une certaine liberté contractuelle¹⁰⁰. Avec la liberté de déterminer le contenu du contrat, les parties peuvent créer, dans leur intégralité, de nouveaux contrats ou bien encore aménager, selon leur volonté, le contenu de tout contrat qui relève des contrats nommés.

27. La liberté de s'obliger, c'est pouvoir envisager le passage à l'acte de contracter avec la volonté de s'accorder sur les éléments essentiels du contrat. Cela suppose que les parties ont conscience de ce qu'elles vont devoir impérativement s'engager sur un certain nombre d'obligations¹⁰¹ et consentir de ce fait à la formation du contrat. Or, rien qui puisse révéler à ce stade si les attentes des

⁹¹ Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016, n° 67, p. 79.

⁹² Voir, A. BENABENT, *Droits des obligations*, 15^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, N° 35, p. 42.

⁹³ Voir. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 642, p. 240.

⁹⁴ Cf., A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 15^e éd., op. cit., n° 35, p. 42.

⁹⁵ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 51.

⁹⁶ Voir J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 149.

⁹⁷ Principalement dans le droit consommériste.

⁹⁸ Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, 2013-672 DC.

⁹⁹ *Supra* n° 42.

¹⁰⁰ Cf., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 149.

¹⁰¹ Le lien obligationnel jouit d'une existence qui lui est propre indépendant de la volonté des parties, il échappe à leur contrôle une fois le contrat conclu. Autrement dit, les obligations nées du contrat formé s'imposent aux parties sans que chacune d'elles puissent y déroger à titre individuel, selon l'article 1134 ancien al. 2 du Code civil, repris à l'article 1193 du Code civil qui entérine sur la base de cet alinéa les conséquence d'un des principes directeurs qu'est la force obligatoire du contrat.

cocontractants fondées sur les intentions individuelles à l'origine de l'accord, seront réellement satisfaites dans leur ensemble, vu que « l'accord de volontés caractérise le contrat indépendamment du contenu de celui-ci »¹⁰². Alors que l'article 1101 ancien du Code civil énonçait que « 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 », ces obligations essentiellement descriptives ne marquaient pas la réalité de l'accord des parties. En revanche, l'article 1101 du Code civil disposant quant à lui que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », écarte la référence aux obligations de donner, faire ou ne pas faire, pour recentrer la nature du contrat, sur l'accord de volontés. Le terme de convention, basant l'accord de volontés sur la production d'effet de droit¹⁰³, notion plus large que celle de contrat, a également disparu.

§2. La recherche de la volonté réelle : la commune intention

28. Selon le principe du consensualisme, directement lié lui aussi à l'autonomie de la volonté, nul ne peut être obligé que s'il l'a voulu, et dans les conditions où il a voulu. Or, comment le juge pourrait-il découvrir la commune intention des parties alors que par hypothèse, celles-ci sont motivées par des objectifs différents ? Leur engagement est sous-tendu à des motifs personnels, exprimés ou non, qui surgissent inévitablement dès l'instant qu'un désaccord survient. Même si chacune des parties a pris acte de ce qui motivait l'engagement de l'autre, on ne peut préjuger qu'elle y adhère forcément. La formation du contrat est bien le résultat d'un consentement qui relève de la volonté des parties¹⁰⁴, mais qui reste justifié par un intérêt personnel. Dans le cadre de l'interprétation d'un contrat rédigé¹⁰⁵, l'article 1188 du Code civil¹⁰⁶, invite l'interprète à privilégier l'esprit à la lettre¹⁰⁷, considérant comme essentielle la volonté réelle, volonté interne, ce qu'a réellement voulu un contractant en son for intérieur. La recherche de la volonté réelle est une recommandation du législateur de 1804, faite à l'interprète, considérant que seule la volonté peut obliger un individu selon le principe de l'autonomie de la volonté. « L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté » écrivait le doyen Carbonnier¹⁰⁸. Interpréter un contrat revient donc à rechercher le sens donné par les parties à la loi contractuelle que le juge aura pour mission d'interpréter à défaut d'accord entre les parties.

¹⁰² Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 156.

¹⁰³ Voir « Réforme du droit des obligations, un supplément au Code civil 2016 », Dalloz.

¹⁰⁴ Voir à ce sujet : M. A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, juill-sept. 1995.

¹⁰⁵ *Infra* n° 52.

¹⁰⁶ Article 1188 du Code civil : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

¹⁰⁷ Voir T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP*, G, 1981, I, 3023.

¹⁰⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 21^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 1998, n° 142, p. 266.

29. Tous les contrats se forment par un accord de volonté. Dès lors que le juge interprète le contrat, il doit essentiellement s'attacher à rechercher ce qu'ont voulu les parties. Selon l'article 1156 ancien du Code civil, l'intervention du juge, en charge d'interpréter un contrat litigieux, doit porter en premier lieu sur la recherche de ce que les parties ont voulu conjointement, à travers les termes qu'elles ont employés, ceux-là mêmes qui se présentent comme les indices de l'existence d'une commune intention. La commune intention des parties, qui n'est en fait que la rencontre des volontés individuelles, ne peut apparaître qu'à travers la manifestation de chacune d'elles. Autrement dit, les volontés internes se rejoignent en une volonté commune, laquelle forme le contrat dès lors qu'elle est extériorisée. Cette volonté réelle des parties, que le législateur privilégie dans l'interprétation du contrat¹⁰⁹, n'est pas facilement repérable, car elle peut être mal exprimée ou plus encore non exprimée. La position soutenue par François Terré est qu'en réalité, « la volonté que l'on recherche à l'aide des articles 1156 et suivants du Code civil n'est pas la volonté réelle »¹¹⁰. En effet, la volonté commune des contractants n'apparaît qu'à travers une manifestation expresse qui est susceptible de masquer la réalité des volontés individuelles qui émane du for intérieur de chacune des parties. Il est vrai que pour le juge, s'agissant de la recherche de la commune intention des parties, il convient de déterminer ce que les parties ont voulu ensemble et non ce que l'une aurait voulu sans que l'autre l'ait accepté¹¹¹. On perçoit en ce cas, la difficulté qui préside dans la recherche sur le fondement de la volonté interne, difficile à appréhender, voire inaccessible. Il s'agira pour le juge, afin de trouver le sens du contrat, de rétablir « la volonté des parties dans le contexte dans lequel elle a été émise pour qu'elle soit susceptible d'avoir un sens »¹¹². Respectant la volonté des contractants, le juge pourra ainsi régler le désaccord sans qu'il puisse modifier le contrat, dès lors que le contenu de celui-ci sera devenu clair et précis.

30. En revanche, contrairement aux allégations de certains auteurs selon lesquels la commune intention ne pourrait exister, il nous est difficile de rallier cette hypothèse. S'il n'est pas facile de déceler la commune intention, on ne peut nier son existence, ne serait-ce que parce qu'elle concrétise l'accord des volontés pour former le contrat. Une partie qui a manifesté son adhésion au contrat, a démontré l'intention de s'engager, même si en son for intérieur, le résultat n'est pas conforme à ce qu'elle pouvait prétendre. Il est vrai que le projet commun peut ne pas répondre forcément, dans sa globalité, à l'intégralité des attentes individuelles des parties, mais ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a malgré tout entente *a minima*. En ce sens, dès lors que la commune intention ne s'impose pas à l'évidence, l'interprétation des volontés communes nécessite, au moins partiellement, le recours à des données objectives, celles qui ont prévalu à la formation du contrat. L'interprétation des volontés requiert en cela la prise en

¹⁰⁹ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation*, t. 3, op. cit., n° 151, p. 132.

¹¹⁰ Cf., F. TERRE, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 216, p. 201.

¹¹¹ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation* op. cit. ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, in° 435, p. 282 et s.

¹¹² Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation*, t. 3, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, n° 141, p. 123.

compte des éléments objectivement essentiels qui ont été décisifs de l'accord des parties et sont constitutifs de l'objet du contrat. Il s'agit d'identifier parmi les éléments qui ont figurés dans l'offre de contracter ceux qui, déterminants de la rencontre des volontés des parties d'aboutir à un accord, ont été validés par le contrat formé, ce que François Terré dénomme les données de fait¹¹³. Le juge va devoir ainsi déterminer la nature de l'objet qui va se présenter comme étant l'élément essentiel qui constitue la raison de l'engagement des parties pour atteindre un certain but. Les éléments matériels ou immatériels, sujets des intentions communes, « objectivent le consentement »¹¹⁴, sans pour autant que l'ensemble des éléments du contrat puisse donner une totale satisfaction à l'une ou à l'autre des parties. Le contrat doit être vu comme étant un compromis entre des intérêts partiellement divergents et on ne peut douter qu'il répond en cela à l'attente de chacune des parties¹¹⁵. Il n'est pas vain de rappeler que « le contrat est le résultat d'une procédure contractuelle marquée par l'accord des volontés parties »¹¹⁶, ce qui ne justifie pas que l'accord de volonté démontre nécessairement la volonté réelle des contractants, « consentir n'est pas vouloir »¹¹⁷.

31. Dès lors que le contenu de l'*instrumentum* s'avère obscur ou ambiguë, la règle première est la recherche de la commune intention des parties que préconise l'article 1188 du Code civil. Ce dernier invite à privilégier l'interprétation subjective, c'est-à-dire la recherche de la volonté réelle des parties au sens de la volonté interne. Le juge va examiner si les comportements adoptés par les parties vont dans le sens de leur engagement au regard de ce qui est promis, voulu et attendu. Or, ce constat permet-il de confirmer la réalité de la volonté des parties dans la formation et dans la qualification du contrat ? « Il est difficile de découvrir une volonté commune, qui précisément fait défaut »¹¹⁸ souligne François Terré. Aussi, l'opération d'interprétation est « destinée à retrouver un sens qui préexiste mais dont la formule [...] est défectueuse »¹¹⁹, le sens voulu de l'acte, autrement dit de rechercher la commune intention. De l'offre de contracter et de son acceptation qui ouvre sur la formation du contrat, jusqu'à l'élaboration du contenu contractuel et de son exécution, il est manifeste que le rôle de la volonté des parties est omniprésent dans le champ contractuel. Les notions de liberté contractuelle, de commune intention¹²⁰, c'est-à-dire à tout ce qui touche à la volonté des parties, sont au cœur du sujet. Vouloir s'obliger, pour les parties,

¹¹³ Cf., F. TERRE, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 11-12, p. 10.

¹¹⁴ J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil » in *Études offertes à Jacques Flour, Rép. not. Defrénois*, 1979.

¹¹⁵ Cf., M. MEKKI, G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendu du contrat », *RDC*, janvier 2010, p. 351.

¹¹⁶ M. MEKKI, G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendu du contrat », *ibid.*, p. 351.

¹¹⁷ Voir à ce sujet, M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, n° 3, juill-sept. 1995.

¹¹⁸ Cf., F. TERRE, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 216, p. 201.

¹¹⁹ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op., cit, n° 9, p. 16.

¹²⁰ La force obligatoire, 3^e principe directeur, concerne plus particulièrement l'exécution du contrat.

consiste dans la libre détermination de leurs droits et de leurs obligations, dans la mesure où elles respectent la règle énoncée à l’alinéa deuxième de l’article 1102 du Code civil¹²¹. La manifestation de la volonté était considérée par la doctrine classique comme l’élément essentiel dans le contrat étant par là-même le fondement de sa force obligatoire. L’interprète pouvait ainsi considérer que le contrat était juste, dès lors qu’il se ralliait à l’idée que « la nature volontaire du contrat était la garantie de l’équité de l’obligation contractuelle »¹²². Or, dès la fin du XIX^e siècle la critique de cette conception se fait jour, jusqu’au début du XX^e siècle. Ce n’est pas parce que l’individu a volontairement contracté que le contrat est juste, faut-il encore que la personne ait librement consenti et dans quelle situation de force était-elle au moment où elle a consenti à s’obliger? L’opération de contracter s’effectue dans un contexte relationnel où les intérêts respectifs des parties en présence ne peuvent s’évaluer dans une égalité parfaite. Il est vrai que le contrat se révèle souvent injuste, car il est patent que « les contractants ne sont ni libres ni égaux : leur égalité nominale dissimule leur inégalité réelle »¹²³. Il y aura toujours un fort et un faible, un besoin pour l’un qui sera plus impératif que pour l’autre lequel, avec cet avantage, bénéficiera d’un ascendant qui pèsera sur l’équilibre contractuel. En ce cas, la partie la plus faible ne pourra faire valoir sa volonté réelle et se verra imposer par la plus forte, des obligations auxquelles elle n’aura pas librement consenti. Il est à noter que, dès cette époque, le législateur s’emploie à la protection du plus faible, prônant que « La justice n’est pas un des automatismes du contrat ; elle doit être garantie par la loi et le juge »¹²⁴. À ce jour, tel que le souligne Jean Waline, on constate le recul du dogme de l’autonomie de la volonté. L’auteur exprime de manière radicale que « ce principe apparaît de moins en moins susceptible de synthétiser les solutions du droit positif et il devient de plus en plus audacieux d’affirmer que l’autonomie de la volonté implique toujours la liberté de s’engager, de choisir son cocontractant et de fixer librement le contenu du contrat »¹²⁵. Il est vrai que le rôle de la volonté dans l’élaboration du rapport contractuel, a été sensiblement réduit par les atteintes portées au dogme de l’autonomie de la volonté suite aux critiques qui lui ont été opposées par une partie de la doctrine¹²⁶. Mais aussi, corrélativement, en raison de l’évolution du contrat dans le droit moderne, notamment, comme cela vient d’être dit, en ce qui concerne la protection de la partie la plus faible et de la nécessité de se conformer au développement économique¹²⁷. On ne peut, en revanche, faire fi du dogme de

¹²¹ Art. 1102 al. 2 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public ».

¹²² V. RANOUIL, *L’Autonomie de la volonté - Naissance et évolution d’un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 133.

¹²³ V. RANOUIL, *L’Autonomie de la volonté - Naissance et évolution d’un concept*, *ibid.*

¹²⁴ V. RANOUIL, *L’Autonomie de la volonté - Naissance et évolution d’un concept*, *op. cit.*, p. 133.

¹²⁵ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », p. 973.

¹²⁶ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 638, p. 239.

¹²⁷ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *ibid.*, n° 643, p. 240 et s.

l'autonomie de la volonté qui reste malgré tout un principe et que sans l'intervention de la volonté des parties, le contrat ne pourrait exister¹²⁸.

32. Dans la conception classique, « une fois conclu, le contrat apparaît comme une création statique s'imposant aux parties, à la volonté desquelles il échappe désormais, s'imposant au juge, en principe impuissant à le modifier et au législateur dont la loi nouvelle ne peut produire sur lui aucun effet »¹²⁹. Tout serait dit dans cette définition du contrat que donne Catherine Thibierge-Guelfucci, qui traduit en termes précis les caractéristiques qui prévalent à la réalité d'une convention : sa force obligatoire et son immutabilité. Or, le droit contemporain est venu tempérer cette rigidité doctrinale du contrat classique qui se présentait comme un bloc dont on peinait à différencier les entités qui le forment. Le droit contemporain c'est affranchi de l'immutabilité qui prévalait selon la conception classique, pour tendre vers une souplesse contractuelle¹³⁰. Il écarte en cela la rigidité du lien contractuel suivant la règle « *pacta sunt servanda* », principe posé par l'article 1103 du Code civil. Ainsi, la possibilité d'ajuster le contrat permet d'éviter la sanction de la nullité dès lors qu'il peut s'adapter à l'évolution du contexte contractuel et aux circonstances qui viennent porter atteinte à l'équilibre initial. Cette adaptation est constatée par une inversion de tendance dans la prise en compte des deux éléments impératifs que sont la liberté et la sécurité contractuelles. L'influence de cette évolution du droit positif contemporain a fait basculer ces données, ayant manifestement une incidence sur la rédaction du contenu du contrat et son interprétation. Dans la théorie classique, c'est la liberté qui prévaut sur la sécurité dans la formation du contrat, pouvant se manifester par la libre révocabilité de l'offre, la libre détermination du contenu contractuel ou le libre choix du contractant. A l'inverse, dans l'exécution, c'est la liberté contractuelle qui reflue au profit de la sécurité, garante de l'immutabilité des termes du contrat. Or, on constate à ce jour que c'est la sécurité qui prévaut dans la formation du contrat, alors qu'inversement, la liberté prime dans son exécution. Autrement dit, avant la conclusion du contrat, la liberté des personnes. est réduite. soumis à la toute-puissance de la volonté des parties lors de sa conclusion et, bien que restant intangible et irrévocable dans le principe, le contrat est soumis à un impératif de sécurité contractuelle qui se traduit par une souplesse contractuelle, ceci afin d'en préserver sa stabilité.

SECTION 2. LA VOLONTÉ DÉCLARÉE, LE CONSENTEMENT DES PARTIES

33. La volonté déclarée est la volonté interne extériorisée, celle que chacune des parties a pu connaître de la volonté de l'autre. Autrement dit, il s'agit de la rencontre des volontés individuelles que les parties ont extériorisées dans une intention commune, une volonté exprimée requise pour produire des effets

¹²⁸ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op.cit.*, n° 107, p. 91.

¹²⁹ C. THIBIERGE-GELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357. spéc., n.° 5, p. 358,

¹³⁰ C. THIBIERGE-GELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *item.*

juridiques, sans volonté déclarée, le contrat ne peut être formé. Précisons cependant, que les parties contractantes n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que la loi les y autorise. La volonté ne tire pas d'elle-même le pouvoir de se régir, mais de la loi ; elle est à elle seule impuissante à créer du droit. Ainsi, le contenu de la norme contractuelle échappe en grande partie à la volonté des parties. Il ne serait pas admissible en effet que les personnes privées aient une liberté totale pour créer leur propre droit. La loi contractuelle est en cela subordonnée à la loi étatique. Aussi ferme que puisse être la volonté d'un individu dans la détermination de ses objectifs, ce dernier sera toujours tenu par ce que la loi lui autorise. Cela ne veut pas dire en revanche qu'il n'y a pas de liberté contractuelle sans laquelle, il ne pourrait y avoir de volonté efficace ; par l'élaboration de règles contractuelles, les parties aménagent le contrat. Instrument d'échange et technique d'organisation¹³¹, le contrat une fois formé est l'instrument indispensable qui permet d'établir des prévisions garanties de la sécurité juridique que les contractants recherchent¹³². En ce sens, les clauses contractuelles sont l'extériorisation de la volonté commune des parties (§1), au sein de laquelle la volonté interne peut être ou non, en discordance avec la volonté exprimée (§2).

§1. Les clauses contractuelles, extériorisation de la volonté commune des parties

34. Au-delà des éléments essentiels qui participent du *negotium*, les parties usant de leur propre pouvoir de réglementer leur accord, aménagent le contenu de l'acte à travers un certain nombre de dispositions contractuelles. Les clauses contractuelles sont ainsi les stipulations des obligations consenties.
35. Selon l'article 1101 du Code civil, le contrat est l'instrument qui permet de créer des obligations, mais également de transférer, de constituer ou d'éteindre des droits. Il a pour finalité la réalisation d'une opération juridique au service d'une opération économique. Élément de validité remplacé à l'article 1128 nouveau par l'intitulé général « contenu du contrat », l'objet demeure au sein du contrat en tant que notion. Il est en cela l'opération convenue prise dans son ensemble qui « permet d'avoir une vision globale de l'opération voulue par les parties, et notamment de l'échange opéré par le contrat, au-delà des prestations ou des obligations considérées de chaque côté »¹³³. C'est cette définition de la notion d'objet vu dans sa globalité et non pas dans une approche analytique de son contenu qui doit être retenue dans cette étude : le moyen de satisfaire les attentes des cocontractants. « L'objet d'un acte juridique est ce qu'il tend à réaliser ; ainsi l'objet d'un contrat est l'opération juridique envisagée. [...] L'objet de l'acte

¹³¹ Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle op. cit.*, n° 7, p. 18 ; Cf., J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 441, « Il s'agit d'organiser des relations entre opérateurs, de prévoir ce que chacun devra faire selon un scénario prévisionnel et de répartir entre eux les risques qu'une telle initiative emporte ».

¹³² Cf., J. GUESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, 1^{er} cahier. – Chron., p. 4.

¹³³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 391, p. 423.

juridique ne doit pas être confondu avec l'objet de l'obligation qui est la prestation due »¹³⁴ ; en revanche, c'est parce que le contrat produit des obligations que la finalité de l'opération juridique projetée est réalisable. Cela étant dit, il est patent que l'objet du contrat traduit la commune intention des parties qui porte sur la finalité attendue de l'opération voulue, celle qui doit être exprimée dans l'*instrumentum*. Or, à l'émergence d'un désaccord opposant les cocontractants, le juge saisi du litige se trouve confronté à un exercice malaisé, celui de s'interroger sur la lettre et l'esprit des termes qui sont soumis à son interprétation. Pour se faire, se conformer à l'article 1188 du Code civil¹³⁵, implique pour l'interprète de faire prévaloir l'esprit sur la lettre dès lors que les termes du contrat sont obscurs¹³⁶ ; non pas que l'article 1188 du Code civil ait un caractère impératif, mais il est tout au moins présenté comme une recommandation, un devoir de rechercher dans les termes employés par les parties contractantes, la volonté de ces dernières. Dès lors que « Les mots [...] ambigus [...] rendent l'interprétation inéluctable¹³⁷, la lettre de l'article 1188 du Code civil qui recommande à l'interprète de poursuivre au-delà « du sens littéral des termes » pour rechercher « quelle a été la commune intention des parties contractantes », est une reconnaissance implicite de l'effcience de l'écrit dans l'interprétation du contrat. À la question de savoir ce que le juge doit interpréter, Cyril Grimaldi indique qu'il s'agit de l'*instrumentum*, « c'est donc à la volonté déclarée des parties qu'il faut donner un sens, parce qu'elle est censé constituer l'exact reflet de leurs volontés internes »¹³⁸. Ainsi, la recherche de la commune intention passe logiquement par la lecture du contenu du contrat, autrement dit par l'identification des stipulations contractuelles qui témoignent de la volonté des parties. Umberto Eco n'a-t-il pas écrit que « pour interpréter un texte, il faut au moins reconnaître l'existence du sens littéral »¹³⁹. Il est vrai que ce qui est à prendre en compte, c'est d'abord qu'en « attribuant aux mots leur sens commun »¹⁴⁰, le juge peut prendre acte des volontés qui se sont accordées, tant dans la conception du contrat que dans sa conclusion, ce sont les clauses contractuelles qui renseignent sur les volontés exprimées (A). Il ne pourra toutefois s'en tenir à une lecture purement philologique, si le sens des mots employés au sein des clauses contractuelles est ambigu, tout comme si les termes exprimés manquent de clarté, rendant l'interprétation du texte inévitable (B).

¹³⁴ Cf., H. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ; *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t 1, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, n° 265, p. 394.

¹³⁵ L'article 1188 du Code civil stipule : « On doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

¹³⁶ Article 1188 du Code civil, note sous article n° 2 : « Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme ».

¹³⁷ Cf., T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op. cit.*, n° 1.

¹³⁸ Cf., C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in Colloque « L'interprétation une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 1^{er} mars-2015.

¹³⁹ Voir U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1990.

¹⁴⁰ Cf., T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP*, 1981, I, 3023, n° 1.

A. Les clauses contractuelles renseignent sur les volontés exprimées

36. Les clauses contractuelles doivent assurer à travers leur spécificité, une fonction globale essentielle qui est celle d'organiser dans le temps les relations contractuelles qui vont dans le sens de l'objet du contrat, c'est-à-dire le but commun que les parties se sont assigné. Jusqu'à sa conclusion, ce sont les parties qui, en règle générale, font le contrat. Plus précisément, les parties en aménagent le contenu, « selon un scénario prévisionnel »¹⁴¹, autrement dit, son mode de fonctionnement. Ces dernières vont alors exprimer leurs attentes au moyen de stipulations, lesquelles témoignent de la réalité supposée de la volonté déclarée des parties. Les clauses contractuelles, ont à la fois une fonction de délimitation des engagements consentis, au sens des prestations convenues et une fonction d'anticipation qui porte sur les événements aléatoires susceptibles d'altérer la relation contractuelle et par là-même la bonne exécution du contrat. « La fonction générale des clauses contractuelles est d'anticiper le futur contractuel, lequel comprend tant ce qui est prévu par les parties que ce qui ne peut l'être, tant l'exécution de ce pour quoi les parties contractent que les divers événements fortuits qui surviendront et affecteront le déroulement normalement attendu du contrat, en d'autres termes, tant les prestations que les incidents »¹⁴². Nous écarterons de notre propos les modalités d'exécution des prestations relatives aux droits et aux obligations réciproquement consentis qui permettent au contrat de fonctionner, puisqu'elles ne concernent pas le processus d'interprétation. Ce que nous retiendrons, en revanche, est la fonction de délimitation des engagements prévus, au sens des prestations convenues qui correspondent à l'objet du contrat. L'élaboration du contenu des clauses contractuelles par les parties est en cela la suite logique qui porte sur les différents éléments qui relèvent de l'échange des consentements exprimés quant au fond¹⁴³, ceux qui concernent l'opération juridique voulue. Alors que certaines sont légales ou jurisprudentielles, la plupart d'entre elles sont le réceptacle de la volonté exprimée des parties et traduisent, en cela, les droits et les obligations correspondants aux prestations que les parties ont convenues entre elles. Constituant la majeure partie des articles de la loi contractuelle, elles définissent ou régissent, ce que commande le contrat ; la norme qui s'impose aux parties et au juge.

37. Parce qu'elles sont supposées traduire la commune intention des parties, les clauses sont conçues pour donner à la relation contractuelle une force contraignante. Figurant à l'*instrumentum*¹⁴⁴ pilier de l'opération juridique envisagée par les parties, lequel est défini par un auteur comme le « support tangible du contrat »¹⁴⁵, les clauses contractuelles ont une réalité : elles

¹⁴¹ P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Paris, Francis Lefèvre, 2010, n° 7, p. 18.

¹⁴² Cf., G. HELLERIGER, *Les clauses du contrat*, Paris, LGDJ, 2012, n° 43 et s.

¹⁴³ Selon le principe du consensualisme, dénommé le *negotium*.

¹⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 501, « Terme latin signifiant « document », « pièce », utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate ».

¹⁴⁵ Cf., C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in *Colloque L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Dijon, CREDESCO, 28 mars 2014, *RDC*, 2015, n° 2, p. 154.

témoignent de la volonté exprimée de chacun des contractants d'aménager, au nom du principe de la liberté contractuelle, les modalités relatives au contrat qui a été conclu¹⁴⁶. La singularité d'une clause réside dans la spécificité de sa fonction chacune « étant vue comme une stipulation traitant, de manière précise, un aspect de la relation contractuelle »¹⁴⁷. Alors que chaque clause contractuelle, prise sur un plan formel se présente comme une stipulation expresse, d'un point de vue fonctionnel, toutes les clauses contractuelles, bien que faisant partie intégrante de l'*instrumentum*, n'ont pas le même poids dans l'opération juridique envisagée par les cocontractants. Qu'elles se révèlent comme étant créatrices d'effets de droit, relativement à l'objet du contrat auquel elles sont attachées, ou bien qu'elles présentent, plus accessoirement un caractère indicatif, chacune de ces clauses peut être vue comme « l'élément d'un acte juridique qui présente une individualité intellectuelle »¹⁴⁸. Ainsi, un contrat rédigé se présente sous la forme d'un ensemble de clauses ; l'écrit étant en cela un élément d'extériorisation de la volonté des parties¹⁴⁹.

38. La commune intention des parties doit être rendue lisible à l'interprète qui est à la recherche du sens du contrat. Sa formulation étant plus cognitive que volitive, les parties sont parfaitement conscientes de ce qu'implique une vente, un bail, un mandat ou encore un dépôt. Or, la difficulté à laquelle le juge se trouve confronté, est de savoir s'il est en présence de clauses exprimant une volonté réelle ou bien, simplement, de l'expression d'une volonté déclarée, voire fictive qui masque la réalité de l'engagement d'un ou plusieurs contractants. Ce qu'il nous faut préciser en ce cas, c'est que les premiers éléments d'extériorisation de la volonté commune qui se présentent au juge sont le titre et le préambule lorsqu'ils existent¹⁵⁰. Ces deux éléments dès lors qu'ils figurent à l'*instrumentum*, doivent être considérés comme étant des clauses contractuelles ; ils sont l'un et l'autre des indications qui permettent au juge de cerner la nature du contrat conclu entre les parties. Ainsi, le choix des parties est *a priori* révélé par le titre lequel, à cet effet, doit reprendre dans son énoncé les éléments qui ont trait à l'économie du contrat¹⁵¹, il se présente comme un élément cognitif dont on sait par ailleurs qu'il ne lie pas le juge. « Le titre procure un premier indice, fort, de la volonté des parties de rattacher leur accord à un régime juridique déterminé [...] »¹⁵², il participe en cela à la qualification du contrat. Le préambule¹⁵³ quant à lui, est l'historique qui porte sur l'opération projetée qui peut aller de la période précontractuelle à la formation du contrat et qui précise par ailleurs les motifs qui

¹⁴⁶ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie*, t. 3, 6^e éd., Paris, Economica, Paris, 2007, p. 131 et s ; Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 86, p. 43.

¹⁴⁷ T. REVET, « La clause légale », in *Mélanges Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 277.

¹⁴⁸ P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 8.

¹⁴⁹ Selon le principe du consensualisme l'élément d'extériorisation peut être aussi un geste, une parole.

¹⁵⁰ Ce qui n'est pas toujours le cas. Intituler un acte, rédiger un préambule n'est pas une obligation pour les parties contractantes.

¹⁵¹ Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 114, p. 59.

¹⁵² Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, ibid.*, n° 113, p. 59.

¹⁵³ Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, ibid.*, n° 116, p. 61.

ont amené à la commune intention des parties par l'explicitation des volontés individuelles. Autrement dit, le préambule a une fonction¹⁵⁴, celle d'informer en premier lieu sur le passé en rappelant les étapes de la négociation, pouvant aussi indiquer par une clause d'intégralité le fait que les parties écartent de l'*instrumentum* certains éléments établis lors des pourparlers ou en intégrer d'autres qui sont des documents préalables qui ont été déterminants de la formation du contrat. Le préambule informe ensuite sur la situation présente des parties au contrat ce qui permet de définir le statut des cocontractants, qu'ils soient ou non professionnels expérimentés ; s'il s'agit de sociétés, de définir leurs compétences. Enfin, le préambule informe sur le futur. Il a pour but en ce cas de renseigner sur l'opération économique projetée et sur l'objet du contrat voulu par les parties. L'ensemble de ces informations données dans le préambule sont autant d'indicateurs qui vont aider le juge à interpréter le contrat afin de lui retrouver un sens. Le préambule est en cela « un réservoir d'informations sur la commune intention des parties »¹⁵⁵. Dans l'hypothèse où certains éléments du contenu contractuel ne correspondraient avec le sens indiqué par le titre ou bien avec les indications données dans le préambule, les volontés étant confusément exprimées et présentant une ambiguïté, il s'agira pour le juge de dépasser le sens littéral des termes pour aller rechercher les éléments qui ont prévalu au jour de la formation du contrat, pour tenter d'identifier les volontés réelles susceptibles d'éclairer une volonté déclarée obscure où n'apparaît pas le but que les parties se sont assigné.

B. L'ambiguïté du texte rend l'interprétation inéluctable

39. Parce qu'il arrive que la lettre ne puisse donner une juste représentation de la volonté des cocontractants, dès lors que les termes employés « s'avèrent inaptes à rendre compte de cette volonté »¹⁵⁶ et que la recherche du sens du contrat ne peut aboutir par la simple interprétation¹⁵⁷ du texte, cela implique pour le juge d'aller rechercher ce qui a amené les parties à vouloir contracter d'un commun accord. La commune intention est une locution qui appelle à privilégier l'esprit à la lettre¹⁵⁸, étant considéré qu'en présence d'un contenu confus, il est essentiel d'examiner la volonté interne, ce qu'a réellement voulu un contractant en son for intérieur¹⁵⁹. Dans son premier alinéa, l'article 1188 du Code civil, invite le juge à interpréter le contrat d'après la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral de ses termes. L'exégèse d'un acte instrumentaire est ainsi motivée par l'ambiguïté et l'obscurité des clauses qu'il abrite. Rechercher la commune intention des parties, c'est analyser la rencontre des volontés individuelles. En d'autres termes, la commune intention des parties

¹⁵⁴ Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *ibid.*, n° 118, p. 62.

¹⁵⁵ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 120, p. 63.

¹⁵⁶ Cf., D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^oéd., Paris, Economica, 2012, p. 450.

¹⁵⁷ S'agissant de l'interprétation d'un acte écrit, la loi n'impose pas un mode de lecture.

¹⁵⁸ Voir T. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP*, G, 1981, I, 3023.

¹⁵⁹ *Supra* n° 40.

doit être vue comme le reflet d'une volonté partagée sur les éléments essentiels du contrat et par voie de conséquence, sur les obligations qui en découlent. Afin de formaliser les prestations attendues les parties vont, selon leur volonté, en exprimer les modalités à travers un certain nombre de dispositions qui présideront à leurs rapports. Cette opération va permettre de circonscrire la sphère juridique dans laquelle s'inscrit le contrat dès l'accord conclu sur les éléments essentiels de celui-ci.

40. Le contrat est un acte de prévision initié par la volonté des parties, lesquelles élaborent à travers les clauses contractuelles¹⁶⁰, les stipulations relatives à leurs engagements. Or, à l'occasion d'un litige entre les parties, dès lors que le contenu contractuel ne permet pas de déceler le moindre accord, la solution préconisée est de rechercher ce qui a motivé, à l'origine, la commune intention laquelle en ce cas doit prévaloir, en principe, sur le sens grammatical des termes employés. Il semble, toutefois, particulièrement difficile de retrouver le sens véritable donné par les parties à la loi contractuelle à partir d'un acte de volonté qui relève de l'intime. Cette volonté interne, d'ordre psychologique, outre le fait qu'elle est par nature *a priori* indécélable, présente par ailleurs une menace pour la sécurité des relations contractuelles, au sens où le contrat pourrait être annulé pour des motifs qui auraient été tenus cachés par l'une des parties empêchant celle-ci d'honorer par la suite ses engagements¹⁶¹. Il n'est pas concevable dans cette hypothèse que le cocontractant subisse un préjudice consécutif à ce manquement. En ce cas, tel que le rapporte Christian Larroumet, il serait préférable de faire prévaloir la volonté déclarée¹⁶². Cette priorité donnée à la volonté déclarée sur la volonté réelle n'a rien de singulier, puisque la volonté contractuelle est vue uniquement comme étant la volonté exprimée. Aussi, pour sécuriser le lien contractuel, « c'est à celui qui s'engage d'extérioriser avec précision son acte de volonté, de faire connaître ce qu'il a réellement voulu à l'autre partie au contrat »¹⁶³. En se rapprochant ainsi de la position de principe adoptée par le Code civil allemand¹⁶⁴, afin d'éviter le risque de porter atteinte à la sécurité des relations contractuelles par l'interprétation recommandée de la volonté interne, on en vient à l'idée de privilégier la volonté déclarée, alors même que le texte obscur et ambiguë, est considéré comme inefficace pour identifier la commune intention. On peut considérer que dans cette hypothèse, on se trouve dans un total anachronisme, au regard de l'article 1188 du Code civil. De toute manière, l'interprétation de la volonté déclarée ne résout pas pour autant le problème de la réalité de la commune intention des parties. Ce n'est pas parce que l'une d'elles a déclaré sa

¹⁶⁰ À l'exception des clauses légales qui émanent du législateur, lesquelles au sein de l'*instrumentum*, s'identifient aussi comme des clauses contractuelles.

¹⁶¹ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op.cit.*, n° 151, p. 132 et s.

¹⁶² Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, ibid.*, n° 151, p. 132

¹⁶³ Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, ibid.*, n° 151, p. 132.

¹⁶⁴ La déclaration de volonté est consacrée par le Code civil allemand dans sa théorie de l'acte juridique. § 116 et s. BGB.

volonté de contracter en apposant sa signature¹⁶⁵ sur l'acte, la liant contractuellement, qu'elle est en accord total avec les termes qui y sont mentionnés. En effet, « il n'est pas toujours possible de connaître la volonté réelle des contractants, ceux-ci pouvant avoir des intentions divergentes »¹⁶⁶. Une divergence indétectable qui ne pourra se révéler qu'à l'occasion d'un désaccord lors de l'exécution du contrat. La seule certitude que nous pouvons avoir, c'est que chaque partie a globalement exprimé la volonté de contracter avec l'autre, sans pour autant que l'on puisse affirmer qu'il y a adéquation entre les volontés réelles et la volonté commune exprimée.

§2. La discordance entre la volonté déclarée et la volonté interne

41. Le contrat formé, qui est un accord de volonté, atteste *a priori* que les parties se sont engagées par consentement mutuel sur les éléments qu'elles ont reconnus comme essentiels, ce qui traduit par ailleurs la qualification voulue. La normalité voudrait, en pure logique, que l'intention de contracter de chacun des contractants, corresponde à l'expression de la volonté de s'obliger que nous pourrions définir comme étant le passage consenti à l'acte. Cette hypothèse idyllique va trouver cependant ses limites en cours d'exécution du contrat dès lors qu'un litige va révéler une divergence entre le vouloir interne et la volonté commune que les parties ont exprimée à l'*instrumentum*, cette dernière pouvant s'avérer fictive¹⁶⁷ ou inexacte. En ce cas, une fois le contrat formé, il ne pourra y avoir de correspondance entre ce qui est exprimé à travers les obligations consenties qui figurent à l'*instrumentum*, ce qui justifie formellement l'engagement des contractants au sens de la volonté déclarée, et la volonté interne ou volonté réelle de ceux-ci. Il est vrai que si l'on se conforme aux dispositions de l'article 1188 du Code civil¹⁶⁸, la recherche de la commune intention, même dans l'hypothèse où elle est décelable, peut ne pas traduire la volonté réelle de chacune des parties au contrat (A) l'intention réelle de contracter ne se retrouve pas naturellement dans la volonté déclarée (B).

A. Le rapport entre la commune intention et la volonté réelle

42. Dans l'hypothèse où il y a eu acte de volonté, mais qu'un litige oppose les parties, le juge ne peut que présumer que la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté interne de l'une d'elles, c'est à dire à ce qui est voulu au plus profond de la personne. Le juge peut alors avoir la conviction que le contrat reste valable malgré le désaccord des parties ; en ce cas, l'interprétation du contrat s'impose. Il s'agit dans ces conditions de déterminer ce qu'est exactement la volonté requise pour lier juridiquement les parties au contrat. Si l'on se réfère à l'article 1188 du

¹⁶⁵ Dans un écrit, la volonté des parties est exprimée par l'apposition d'une signature. Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000. L'article 1367 du Code civil stipule : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur ».

¹⁶⁶ Voir J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 47, p. 65. Les auteurs citant R. Saleilles.

¹⁶⁷ Qui n'existe qu'à travers l'expression de la volonté au sein d'une convention.

¹⁶⁸ *Supra* n° 53.

Code civil, selon une conception individualiste, la volonté réelle devrait l'emporter. Par ailleurs, il est certain que la volonté, dans la conclusion d'un contrat, se manifeste d'abord par un mode d'expression¹⁶⁹. Le contrat étant un accord de volonté, chacun des contractants ne peut avoir connaissance de la volonté de l'autre qu'à travers une manifestation extérieure de cette volonté.¹⁷⁰ Il est vrai, que la formation du contrat étant la rencontre des volontés, qu'elles soient ou qu'elles ne soient pas réelles, l'essentiel est qu'elles aient été exprimées ; d'autant que pour établir une correspondance entre la volonté réelle et la volonté exprimée d'une partie, faudrait-il encore que le juge saisi du litige, est pu identifier la volonté réelle, ce que chaque contractant a voulu en son for intérieur, mais qui est illusoire. Et quand bien même, la volonté réelle serait-elle détectée par le juge ou que la partie qui s'est sentie lésée, ait avoué que l'accord qu'il avait consenti à la formation du contrat, n'était pas en réalité en concordance avec ses souhaits véritables, cela ne ferait que révéler une incohérence entre la volonté interne et la volonté exprimée de cette dernière, sans pour autant remettre en question l'intangibilité du contrat conclu, dès lors que le consentement ne serait pas vicié. En revanche, en ce cas, le juge ayant alors connaissance des mobiles qui ont été déterminants, à l'origine de l'engagement de l'une et de l'autre partie, est confronté à un paradoxe. La partie qui a considéré subir un déséquilibre dommageable dont elle connaissait dès l'origine le risque qu'elle dénonce, reconnaît implicitement avoir donné son consentement en connaissance de cause. Cela doit être considéré comme un manquement au principe de bonne foi, sur le fondement de l'alinéa premier de l'article 1112-1 du Code civil¹⁷¹, pour avoir tu une information qui a pu influencer sur l'engagement de l'autre partie. Face à cette situation, le cocontractant visé comme étant le lésionnaire, est alors en droit de se réclamer de la volonté exprimée du plaignant, au sens où une partie ne peut se référer qu'à l'expression déclarée de l'autre.

43. Autrement dit, l'acte volitif, qui consiste pour les cocontractants à s'accorder dans une commune intention, doit correspondre à ce qui a été expressément consenti par chacun, mais peut cependant ne pas concorder avec la volonté interne de l'un d'eux¹⁷². Cette discordance, qui apparaît en règle générale à l'occasion d'un désaccord lors de l'exécution du contrat, est une difficulté qui est souvent la cause d'un litige pour lequel le juge est saisi. Elle est la conséquence que l'un ou plusieurs éléments, bien qu'ils aient fait l'objet d'une acceptation à la conclusion du contrat, se révèlent être à ce stade à l'origine du conflit. Cela indique clairement qu'il n'y a pas eu, dès la formation du contrat, de rencontre de volontés réelles sur ce qui est devenu l'objet du litige. On revient à la nécessité de rechercher le véritable sens que les parties ont voulu attribuer au contrat. Or, comment le juge pourrait-il avoir l'assurance que le contenu des clauses

¹⁶⁹ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle. op. cit.*, n° 103 et s., p. 51.

¹⁷⁰ Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op. cit.*, n° 152, p. 133.

¹⁷¹ Art. 1112-1 al. 1^{er} du Code civil « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant... ».

¹⁷² Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op. cit.*, n° 150, p. 132.

contractuelles est le juste reflet de la volonté interne de chacun des contractants autrement dit, ce qui correspond réellement à leurs attentes? Cela signifierait que la volonté réelle est sans conteste la volonté exprimée dans l'acte instrumentaire, et dans ce cas, il va de soi que si les parties étaient en parfait accord, il n'y aurait pas lieu d'interpréter¹⁷³. Le juge interprète le contrat parce qu'a surgit un désaccord entre les parties sur le sens du contrat ou plus précisément, sur le sens d'une ou plusieurs clauses contractuelles obscures et/ou ambiguës. Écartons dès à présent, l'hypothèse où l'accord des parties est inexistant, dès lors qu'il n'y a pas eu véritablement acte de volonté. Dans un contrat qui a fait l'objet d'une pré-rédaction par l'un des cocontractants, laquelle s'impose à l'autre, il est difficile d'admettre qu'il existe une réelle commune intention¹⁷⁴. Parce qu'il ne correspond pas à ce qui a été réellement voulu par une partie, le contrat ne peut être validé, ce qui a pour conséquence de provoquer sa nullité ; une situation qui ne présente pas d'intérêt pour notre sujet.

B. La volonté réelle ne se retrouve pas naturellement dans la volonté déclarée

44. La volonté déclarée, prend souvent le pas sur ce qui est réellement voulu, la partie frustrée dans ses attentes, trouvant malgré tout un intérêt dans l'accord auquel elle souscrit. Par ailleurs, s'agissant d'un acte écrit, le rédacteur de l'acte, par une erreur, un oubli, une maladresse dans l'écriture, tel que nous l'avons souligné, peut quant à lui provoquer une « distorsion » du sens du contenu et que la pensée ne soit plus en concordance avec l'expression formulée dans le texte. La question qui se pose alors, est de savoir laquelle, de la volonté interne ou de la volonté déclarée, sert de fondement à l'acte. La commune intention, rencontre des volontés, doit exister sur un plan formel ; stipulation des engagements consentis par chacune des parties, elle est le fondement du contenu contractuel. Le passage à l'acte, au sens de donner, faire ou ne pas faire quelque chose¹⁷⁵ est compris comme étant la volonté déclarée, la volonté de s'engager par un lien juridique. En théorie, la volonté exprimée révèle clairement ce que recèle l'acte juridique, résultat supposé de ce que les parties ont voulu. Dans l'un de ses ouvrages, Carbonnier¹⁷⁶ indique que « l'essence de la volonté importe, d'ailleurs, moins au droit que son extériorisation. C'est que les phénomènes psychologiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelques certitudes que du comportement extérieur de l'homme. Aussi, est-ce la manifestation de volonté du contractant plus que sa volonté elle-même, qui est l'élément primaire du contrat ». Cela confirme que la volonté exprimée doit

¹⁷³ Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op. cit.*, n° 141, p. 123.

¹⁷⁴ Voir C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *op. cit.*, n° 4, p. 155.

¹⁷⁵ Article 1101 ancien du Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle, une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, faire ou ne pas faire quelque chose ». L'article 1101 du Code civil énonce quant à lui : « Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». On note le retrait des notions classiques d'obligation de donner, de faire et ne pas faire. Les termes de l'article 1101 du Code civil recentrent en cela la définition du contrat sur la rencontre de volontés.

¹⁷⁶ Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations, 1^{ère} éd*, Paris, PUF, 1956, p. 69.

correspondre à la volonté réelle, ce que précise, d'ailleurs, Carbonnier lorsque celui-ci note que « la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime¹⁷⁷ ». Or, l'adéquation idéale entre la volonté déclarée et la volonté réelle, lesquelles rappelons-le relèvent de la même personne, n'a cependant de valeur que sur le plan théorique. La référence faite au principe consensualiste par les professeurs Planiol et Ripert, qui énoncent que « pour que la volonté des parties puisse engendrer un lien contractuel, il ne suffit pas qu'il y ait de part et d'autre un acte quelconque de volition interne, il faut que la volonté ait pour but immédiat un résultat juridique de nature obligatoire et en outre qu'elle se traduise par une manifestation extérieure suffisante »¹⁷⁸, ne donne aucune indication sur l'identité entre la volonté déclarée et la volonté réelle, laquelle peut être fictive. Rien, au fil de l'*instrumentum*, ne permet de révéler, a priori, que la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté interne si difficile, voire impossible à déterminer. Aussi, dans la mesure où on ne peut définir qu'il existe ou pas une discordance entre la volonté déclarée et la volonté interne, celle-ci ne peut être que présumée. Par ailleurs, il est à souligner que la concordance de ces deux volontés, n'est pas une condition indispensable à la formation du contrat. La volonté commune est le premier des éléments de l'interprétation du contrat, que préconise le législateur selon les termes de l'article 1188 du Code civil. C'est pourquoi, lors de l'interprétation d'un texte obscur et/ou ambigu, s'agissant de retrouver le sens du contrat et plus précisément le sens donné à son contenu, l'objectif pour le juge est de dégager la volonté des parties afin de donner ou de restituer au contrat son exacte qualification¹⁷⁹. Dès lors que le juge est en présence d'une ou plusieurs clauses contractuelles qui se sont avérées litigieuses à travers les stipulations qu'elles renferment, ce dernier doit procéder à l'identification d'un certain nombre d'éléments¹⁸⁰ contractuels sur lesquels repose la rencontre des volontés. Ces éléments sont ceux qui sont nécessaires et suffisants à l'accord des parties, ce que François Terré appelle les données de fait¹⁸¹. Interpréter les éléments qui ont été déterminants de la conclusion du contrat, mais qui se sont révélés par la suite comme étant la cause du désaccord, c'est mettre en évidence la volonté des parties afin de retrouver le sens préexistant du contrat.

45. Il se peut, par ailleurs, que la volonté bien qu'elle soit extériorisée en des termes clairs, confirmant une hypothétique commune intention des parties, fasse l'objet d'un désaccord entre ces dernières sur un élément dont le risque n'apparaît pas forcément à l'*instrumentum*. Cet élément susceptible d'être à l'origine du conflit est au centre du problème ; il va être la cause de la discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée de l'une des parties, provoquant le désaccord futur. Dès lors que les termes du contrat sont clairs et précis, le juge peut-il à la condition de ne pas dénaturer les obligations qui en résultent et sans modifier les stipulations qu'elles renferment, intervenir sur l'*instrumentum* pour rechercher la

¹⁷⁷ Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations, ibid.*, p. 76

¹⁷⁸ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. 4, Paris, LGDJ, 1930, n° 99, p. 120.

¹⁷⁹ Art. 12, al. 2 du Code de procédure civile : « il doit [le juge] donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée ».

¹⁸⁰ *Infra* n° 81.

¹⁸¹ F. TERRE, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications, op. cit.*, n° 12, p. 10.

commune intention des parties, sachant qu'il n'a pas été établi qu'il ait pu y avoir erreur, dol ou violence? La réponse doit être négative, il n'est pas permis au juge saisi d'un litige, de dénaturer le contrat¹⁸². Pour donner un exemple, la simple situation d'infériorité d'une partie par rapport à l'autre, constitue le terreau favorable à l'émergence d'un litige. On pourrait illustrer le propos en prenant pour exemple l'intérêt que porte une partie à l'opération qui lui est proposée, l'incitant à consentir à un accord alors que certains éléments du contenu contractuel ne conviennent pas à ses attentes. Le besoin impératif que cette personne ressent de réaliser l'opération, va l'amener à se plier à la volonté de son cocontractant en acceptant les exigences que celui-ci va imposer à travers un certain nombre de clauses potestatives. S'agissant d'un éditeur qui a manifesté l'intention de publier un roman après avoir lu le manuscrit, il répond en cela à l'intention de l'auteur de voir son manuscrit publié. À ce stade, les intentions de ces deux personnes portent sur le même objet à savoir, la publication du manuscrit. Or, bien que les objectifs qui animent nos futurs contractants soient sans conteste de nature différente, les intentions individuelles sont devenues communes. Il suffira à l'une d'elle de présenter une offre financière sur l'achat des droits d'auteur pour engager la transaction. Mais avant que cette offre soit acceptée par l'autre partie, la volonté de chacune peut influencer sur l'aménagement du contenu et peser sur la concrétisation de l'accord qui fera de ces personnes, une fois le contrat formé, des cocontractants. Alors que l'éditeur tentera de négocier à la baisse les droits d'auteur dont il devra s'acquitter, l'auteur, de son côté, tentera logiquement d'en tirer le meilleur profit. Sur l'exploitation de l'ouvrage et pour éviter une prise de risque importante, l'éditeur voudra certainement imposer la limitation du nombre d'ouvrages diffusés alors que l'auteur, au contraire, souhaitera que la diffusion soit la plus large possible. La position de chacun a par conséquent son importance dans la réalisation de l'accord. Laquelle de ces personnes a le plus besoin de réaliser la transaction ? L'auteur qui est à ses débuts est prêt à baisser ses prétentions, soit pour accéder à la notoriété, soit pour des contingences financières ou bien, à l'inverse, l'éditeur qui face à un auteur de renom, ayant la volonté de le compter parmi ses clients ou de réaliser une opération commerciale intéressante, consent à accéder aux volontés de ce dernier. C'est bien selon la nécessité du moment, ou bien des circonstances relatives à la condition des contractants, que l'un se trouvera en position de faiblesse, l'autre en position dominante. Dans cette hypothèse, la partie la plus faible se sentira ainsi frustrée dans ses espérances, témoignant d'une volonté déclarée qui ne sera pas en adéquation avec ce qu'elle souhaitait réellement à l'origine de la transaction. Mais l'exemple peut nous mener plus loin. L'élément déclencheur du désaccord peut être que l'éditeur, contre toute attente, tire un profit démesuré grâce aux droits d'auteur cédés, l'ouvrage s'étant avéré être un best-seller. Se sentant frustré dans ses intérêts, l'auteur ayant consenti une faible rémunération sur la cession de ses droits, va réagir auprès de l'éditeur pour tenter d'obtenir, compte tenu des circonstances, un réajustement de ses rémunérations. Après avoir essuyé un échec auprès de l'éditeur, l'auteur pourra porter le litige devant un tribunal au motif que l'acceptation sur la faible rémunération initiale a été dictée par l'impossibilité de prétendre à une possible négociation au risque de ne pas conclure le contrat. Le juge apprend ainsi par la

¹⁸² Cf., l'art. 1192 du Code civil qui stipule : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

voix d'un cocontractant que dès la formation du contrat, sa volonté réelle ne correspondait pas à la volonté déclarée.

46. En tout état de cause, l'hypothèse la plus favorable est celle où le juge arrive à déterminer que la volonté interne correspond à la volonté exprimée, évitant de ce fait le risque d'un flottement préjudiciable à l'application du principe de loyauté vu que, « s'en tenir à la volonté interne, c'est certes protéger la liberté de celui qui a mal exprimé sa pensée, mais c'est aussi tromper la confiance de celui qui s'est fié à la manifestation extérieure de cette volonté »¹⁸³. Céline Delforge présente la commune intention comme étant une étape dans la formation du contrat : « ce moment serait celui où la confiance mutuelle des parties semble avoir atteint son paroxysme et où la convergence des objectifs réciproques paraît suffisamment satisfaisante pour que chacun désire joindre ses intérêts à ceux de l'autre »¹⁸⁴. C'est en effet une définition pertinente de la commune intention des parties, mais où le niveau paroxysmique atteint par les volontés doit être compris comme le degré au-delà duquel aucun accord n'est possible. Chaque partie en ce cas a atteint le maximum qu'il pouvait espérer de l'autre, mais dont le résultat ne correspond pas forcément à la réalité de ses attentes.
47. Dès lors que la volonté extériorisée ne correspond pas à la volonté réelle de contracter, l'absence de cohérence serait-elle insusceptible de déterminer les règles de droit applicables ? Et dans la mesure où même si il existe une divergence entre la volonté réelle et la volonté déclarée qui figure à l'*instrumentum*, pourquoi alors se poser la question de savoir laquelle de la volonté réelle ou de la volonté déclarée, a formé le contrat dès lors que l'accord exprès sur les éléments essentiels du contrat, atteste de la volonté de contracter. Se référer à la conception individualiste, dominée par l'autonomie de la volonté, ce qui doit prévaloir, c'est « la volonté interne du contractant, son adhésion intime et psychologique au contrat et, l'extériorisation de cette volonté n'a de valeur qu'autant qu'elle rend compte de la volonté intime »¹⁸⁵. Or, il se peut que la convergence des objectifs réciproques ne soit pas en réalité avérée et que le déséquilibre, voire l'incohérence, non dénoncés, qu'il provoque entre les intérêts des parties, soit l'objet de désaccord futur. Dans pareille hypothèse, le fait que les parties aient consenti à s'obliger sur le contenu de clauses expressément déterminées dans leur rôle et leurs effets, ne laisse pas préjuger de la réalité de la volonté exprimée de chacune. Si la recherche de la commune intention ne s'impose pas à l'évidence, ne permettant pas d'identifier ce que les parties ont réellement voulu au jour de la conclusion du contrat, il s'agit de replacer la

¹⁸³ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Droit des obligations, op. cit.*, n° 93, p. 109.

¹⁸⁴ C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in M. Fontaine, (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaire à l'harmonisation du droit européen*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2002, pp. 138-478.

¹⁸⁵ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, Paris, LGDJ, 2010, p. 279. Voir aussi à ce sujet, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 93, p. 108 et s. ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op. cit.*, n° 151, p. 132. ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 739, p. 279.

volonté des parties dans le contexte dans lequel elle a été émise pour qu'elle soit susceptible d'avoir un sens. Le juge va devoir se reporter sur ce qu'elles sont censées avoir voulu, compte tenu de tous les éléments, subjectifs ou objectifs qui ont participé à la formation du contrat et sur lesquels il va pouvoir s'appuyer¹⁸⁶, voire jusqu'à remonter à la période précontractuelle.

¹⁸⁶ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligation, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation, op. cit.*, n° 141, p. 123.

CHAPITRE SECOND

LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE, OUTIL D'INTERPRÉTATION

48. Dès lors, qu'il est confronté au contenu obscur ou ambigu d'un contrat litigieux, le juge, afin de retrouver le sens véritable qui a préexisté à l'accord des parties, peut effectuer un éclairage sur les éléments qui ont été échangés en remontant à l'origine du contrat. Le contrat se forme par l'acceptation d'une offre de contracter, une caractéristique que l'on peut identifier comme étant la « conjonction des consentements »¹⁸⁷. L'offre de contracter, qui est avant tout un acte volitif unilatéral¹⁸⁸, avec la précision qu'elle apporte sur les éléments essentiels qu'elle contient, concourt à l'identification de la nature du contrat proposé, vu que tout type de contrat ne peut s'apprécier qu'à partir des éléments qui le caractérisent. Le droit positif français reconnaît le principe du consensualisme où le seul échange des consentements suffit à former le contrat. Tout contrat n'est pas soumis à l'obligation d'en négocier les termes¹⁸⁹ dès lors que le bénéficiaire a clairement exprimé son accord à l'offre qui lui a été faite¹⁹⁰. Nombreuses sont les situations qui peuvent illustrer la formation d'une opération simple, où un seul contrat existe relevant d'un consentement unique ; pour exemple, ce peut être le cas où un propriétaire propose un bien à la vente dans une annonce faite par voie de presse, les caractéristiques étant clairement exposées et le prix de vente déterminé. La proposition est en cela une offre valable de contracter qui peut être acceptée en l'état par une personne intéressée. On peut en conclure que l'offre, au final, correspondait précisément aux attentes de cette dernière, laquelle n'a fait aucune contre-proposition, ni émis la moindre condition. Seul l'offrant s'est manifesté unilatéralement, ce que Jean-Luc Aubert nomme « le caractère unilatéral de l'offre spontanée »¹⁹¹. Or, il se peut que

¹⁸⁷ Cf., A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 75, p. 70.

¹⁸⁸ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1970, n° 16, p. 23.

¹⁸⁹ Voir, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, n° 243, p. 315.

¹⁹⁰ C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie, conditions de formation*, *op. cit.*, n° 236, p. 211, « La rencontre des volontés intervient dès qu'un client accepte le produit aux conditions qui lui sont indiquées par le commerçant ». Nous ferons abstraction de ce que l'auteur nomme l'« accord instantané », qui ne nécessite aucune phase préparatoire, dès lors qu'un commerçant présente au public une offre permanente par l'exposition de ses produits.

¹⁹¹ Cf., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 18, p. 25.

l'offre de contracter ne soit pas acceptée dans sa globalité par le destinataire. Dès lors, les parties ont la faculté d'engager des négociations sur les éléments divergents contenus dans la proposition faite par le pollicitant. Par des pourparlers, elles ont en effet la possibilité de parfaire les conditions de formation du contrat projeté. Il s'agit d'une phase qui peut aller jusqu'à la mise en place de prérogatives contractuelles au profit de l'une ou de l'autre des parties. En tout état de cause, l'offre de contracter dès lors qu'elle est acceptée, confirme la volonté du destinataire de conclure le contrat.

49. Ainsi, qu'ils fassent suite à une offre directe de contrat qui n'a pas été acceptée en l'état, laquelle s'ouvre sur une période de négociations ou bien d'une invitation à entrer en pourparlers destinée à élaborer une offre future, les pourparlers, sont une phase de négociations préliminaires à la fixation d'une offre déterminée (Section 1). Lors de ces pourparlers, afin de sécuriser certains accords issus des négociations, les parties ont la possibilité de matérialiser provisoirement leur volonté de s'engager par des aménagements conventionnels spécifiques que sont les avant-contrats (Section 2).

SECTION 1. LES POURPARLERS PHASE DE NÉGOCIATION PRÉLIMINAIRE À LA FIXATION DE L'OFFRE DÉTERMINÉE

50. Le Code civil ne disposait pas de règles spécifiques qui faisaient appel à la bonne foi durant la phase des pourparlers, aucun des articles du Code civil de 1804 ne traitait de la question. Ainsi, en incluant dans la réforme du 10 février 2016 la phase précontractuelle, le législateur a codifié les solutions jurisprudentielles relatives aux négociations, fondées sur les principes de liberté contractuelle et de bonne foi¹⁹². Les articles 1112, 1112-1, 1112-2 du Code civil s'imposent dès lors que les parties qui ont pour objectif de réaliser un projet commun, engagent des pourparlers pouvant aller de l'élaboration de ses termes jusqu'à la conclusion du contrat ou jusqu'à leur rupture, une situation qui peut engager, en ce cas, la responsabilité de leur auteur¹⁹³. La période des pourparlers est une phase de négociations qui relèvent de la volonté des parties de s'accorder sur les termes du contrat en devenir qui font encore l'objet de discussions. Autrement dit, de déterminer de manière consensuelle le contenu du contrat. En revanche, les résultats issus de cette période, laquelle influe naturellement sur la formation du contrat, n'implique pas pour les parties, l'assurance de le conclure¹⁹⁴. Cette négociation qui peut s'étaler sur une période indéterminée¹⁹⁵, porte sur un certain nombre d'éléments qui répondent aux attentes respectives des personnes intéressées à la conclusion d'un accord définitif. Il ne s'agit là que de propositions, sans pour autant que leur auteur soit lié en cas d'acceptation. Les

¹⁹² Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 232, p. 261.

¹⁹³ Cf, « Réforme du droit des obligations, Un supplément au Code civil 2016 », Dalloz, p. 4.

¹⁹⁴ Ceci nous permet de préciser que nous écarterons de notre réflexion, la rupture des négociations qui fait que le contrat ne peut être conclu et de fait inopérable car inexistant.

¹⁹⁵ Voir C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, op. cit.*, n° 236, p. 212.

parties se trouvent dans une phase qui précède l'acceptation de l'offre définitive de contracter. Autrement dit, les pourparlers sont en quelque sorte une plage de négociations dans laquelle les parties font valoir leurs exigences sur les éléments essentiels du contrat. Elles émettent en cela des propositions qui peuvent par ailleurs, être soumises à des revirements, tout en sachant que l'issue de la négociation engagée ne débouchera pas obligatoirement sur la conclusion du contrat. Ainsi, de l'ouverture des pourparlers jusqu'à la fixation de l'offre déterminée, les parties peuvent s'exprimer sans aucun frein¹⁹⁶.

51. Nous pourrions nous satisfaire de cette présentation qui traite de l'usage des pourparlers, phase précontractuelle qui porte sur certains éléments¹⁹⁷ qui seront éventuellement suffisants à renseigner le juge sur ce qui a pu déterminer les parties à former le contrat, pour ensuite s'assurer de sa qualification. Au prétexte que notre problématique s'arrête à la qualification du contrat, on ne peut malgré tout s'interdire d'évoquer, même de manière succincte, la rupture des négociations ne serait-ce que pour comprendre le principe des pourparlers dans son ensemble. Les parties ont en effet, au nom de la liberté contractuelle, la possibilité de négocier plusieurs opérations à la fois, à la condition de ne pas exercer de rupture abusive à l'encontre d'un ou de plusieurs participants aux négociations, dès lors que leur aura été préféré quelqu'un d'autre. L'arrêt Manoukian¹⁹⁸, illustre trois situations qui viennent confirmer la nature des pourparlers. La première étant que la rupture abusive des pourparlers, dès lors que ceux-ci sont à un stade avancé, permet de sanctionner l'auteur responsable au paiement de dommages-intérêts¹⁹⁹, la seconde de préciser que le dédommagement du préjudice subi ne peut intervenir sur la base de la perte d'une chance²⁰⁰ d'obtenir le résultat escompté, seul est pris en considération les pertes effectivement subies tels que peuvent être la perte de temps ou les frais engagés, la troisième situation étant qu'un tiers acquéreur d'un bien faisant encore l'objet de négociations entre le cédant et des acheteurs potentiels, ne peut se voir reprocher une quelconque responsabilité dans la rupture abusive des pourparlers, dès lors qu'il n'a pas usé de procédés déloyaux pour réaliser à son profit l'opération de cession du bien objet des pourparlers. La chambre commerciale de la Cour de cassation confirmant la décision de la Cour d'appel, précise le principe : « le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son

¹⁹⁶ Cf., O. BARRET, « Variation autour du refus de contracter », in *Mélange Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, n° 9, p. 211 ; D. MAZEAU, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Mélanges Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, n° 9, p. 641.

¹⁹⁷ Ces éléments peuvent être, le prix d'un bien, les modalités de paiement, la date de départ du contrat, les différentes obligations réciproques auxquelles les parties doivent consentir ainsi que tout élément considéré comme essentiel par l'une des parties qu'elle soumet à son accord.

¹⁹⁸ Cass. Com., 6 mars 1990, Soc., *Alain Manoukian c. Wajsfisz*. *Bull. civ.*, IV n° 74, p. 51; Voir J. MESTRE, *RTD civ.* 1990, p. 443.

¹⁹⁹ Voir à ce sujet, A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 81, p. 76.

²⁰⁰ Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 242, p. 271 ; Com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629, *RTD civ.* n° 4, 2012, p. 721, obs. B. FAGES.

auteur »²⁰¹. Tant que la rencontre des consentements n'est pas intervenue, les parties ne peuvent pas être liées par un contrat, puisque celui-ci n'est pas encore conclu. De ce fait, par le libre jeu de la concurrence qui préside à une économie de marché, les parties ont la faculté de négocier sans engagement et de mettre fin librement aux pourparlers²⁰². Dès lors que les propositions ne correspondront pas à leurs attentes, il leur sera possible de rompre unilatéralement les négociations qu'elles ont engagées avec leurs interlocuteurs, sous la condition que cette rupture unilatérale s'effectue selon les principes de loyauté²⁰³ et de bonne foi.

52. Cela étant dit, en remontant à l'origine du contrat, le juge cherche à s'appuyer sur les éléments de négociation précontractuelle qui pourraient lui apporter un éclairage dans l'opération d'interprétation des clauses du contrat. La méthode permet ainsi à l'interprète de trouver des indices sur la volonté commune des parties qui s'est manifestée dès l'origine du contrat, en prenant en considération les préliminaires qui ont contribué, selon leur volonté, à l'élaboration de l'offre définitive. Les pourparlers doivent être vus comme « une période exploratoire »²⁰⁴ qui représente, pour le juge, une somme d'informations sur la commune intention des parties et par là-même sur la qualification du contrat en devenir. Il nous faut cependant opérer une distinction entre l'offre d'entrer en pourparlers qui ne se réduit qu'à un dialogue ouvert entre les parties (§1) et une offre de contracter qui peut faire l'objet de contre-propositions (§2).

§1. L'invitation à entrer en pourparlers un dialogue ouvert entre les parties

53. A l'inverse de l'offre de contracter qui est une proposition ferme et définitive, celle d'entrer en pourparlers²⁰⁵ n'est qu'une simple invitation. Il est rare que s'agissant d'opérations complexes celles-ci fassent l'objet d'une offre directe de contracter. En ce cas, la situation se présente plutôt comme une invitation à entrer en pourparlers qui s'adresse à un contractant probable. Alors que dans l'offre de contracter où les éléments essentiels du contrat sont clairement exposés, il est vrai que l'invitation à entrer en pourparlers ne présente pas de caractère précis, ni définitif. Elle ne constitue pas un engagement contractuel, mais elle révèle la volonté de contracter de l'offrant qui porte sur un projet économique²⁰⁶ dont la maturation résultera de l'avancement des négociations. En d'autres termes, le but, dans l'invitation à entrer en pourparlers, est d'engager un échange de vue et de propositions sur une opération projetée, susceptible d'aboutir à l'établissement

²⁰¹ Cass. com. 26 novembre 2003. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 142, p. 4 et s.

²⁰² Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^eéd., Paris, LGDJ, 1993, n° 343, p. 315 ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Mélanges Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, note de bas de page n° 3, p. 641.

²⁰³ L'absence de loyauté constituant une faute précontractuelle²⁰³ engagerait la responsabilité civile de la partie qui aurait pris l'initiative de rompre abusivement les pourparlers.

²⁰⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n° 184, p. 185.

²⁰⁵ Sur ce point, C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie*, op. cit., n° 249, p. 224 et s.

²⁰⁶ Que ce soit une cession de parts de société, une transaction immobilière, une offre de location...

d'une offre ferme. Il s'agit là d'une période de négociations plus ou moins longue, qui porte sur tout un faisceau d'éléments relatifs à l'opération visée par les parties en présence, mais dont le défaut de précision ne permet pas encore à ce stade une conclusion possible, puisque la précision résultera de la négociation ; c'est pourquoi, « en aucun cas, l'offre de pourparlers ne peut valoir consentement d'une partie à la conclusion du contrat »²⁰⁷. Autrement dit, l'invitation à entrer en pourparlers ne peut, en elle-même, permettre la formation du contrat. Elle ne constitue qu'une proposition sur un projet, qui débute par une prise de contact entre plusieurs personnes qui envisagent de conclure un contrat non encore finalisé pour satisfaire un engagement définitif.

54. Ainsi, destinée à fixer les éléments constitutifs du contrat en devenir, l'invitation à entrer en pourparlers ouvre sur un échange d'informations sur les données relatives à la faisabilité de l'opération projetée ; un audit qui va conditionner la période des négociations précontractuelle, un audit sensible qui peut constituer une source d'indices sur la qualification du contrat. La connaissance de chacune des parties sur la capacité juridique, économique et financière de l'autre est, dans la majeure partie des cas, une phase dont le résultat sera déterminant de la poursuite des négociations. Or, l'audit dont il s'agit, est une phase particulièrement délicate où les informations fournies portent sur des éléments sensibles qui sont spécifiques de l'activité d'une entreprise. Bien que ces renseignements doivent, a priori, apporter une information précise sur les capacités de contracter permettant d'aller plus loin dans le déroulement des relations précontractuelles, il se peut que les informations soient viciées par la volonté de l'un des belligérants de cacher la réalité ou d'utiliser les renseignements qu'il reçoit à des fins tout autre, que la réalisation de l'opération projetée. Un comportement non conforme à l'obligation de loyauté, de transparence et de bonne foi qui se verra sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle au paiement de dommages et intérêts, et qui pourra conduire jusqu'à l'annulation du contrat, s'il est prouvé que la négligence du vendeur est constitutive d'un vice du consentement²⁰⁸. S'agissant d'une initiative qui se présente comme une sollicitation pour négocier sur le projet d'une opération complexe, elle ne permet pas la formation du contrat, n'étant pas constitutive d'éléments précis qui puissent motiver son acceptation. Seule une négociation engagée à la suite de cette invitation pour aboutir à une offre définitive, rendra possible la conclusion du contrat. Par ailleurs, une offre de contracter qui manque à l'égard du destinataire de clarté, de fermeté et de précision perdra sa qualification au motif qu'elle est obscure ou ambiguë et pourra être disqualifiée en une invitation à entrer en pourparlers. Une offre simple présentée de manière obscure ou ambiguë ne peut conserver cette qualification et sera considérée comme une simple invitation à entrer en pourparlers²⁰⁹. C'est une situation que l'on rencontre notamment dans les annonces adressées au public par voie de presse, par une personne privée, ou

²⁰⁷ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation, op. cit.*, n° 249, p. 224 et s.

²⁰⁸ Qu'elle soit volontaire ou involontaire, la négligence du vendeur qui a gardé le silence sur un élément essentiel de la négociation peut être vue comme une réticence dolosive susceptible de vicier le consentement de l'acquéreur, lequel ne se serait pas engagé en connaissance de cause.

²⁰⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 292, p. 261.

l'offre de contracter manque à l'égard du destinataire, de clarté, de fermeté ou encore de précision. Une offre concernant une proposition de vente d'un bien, qui ne comporte pas suffisamment d'éléments descriptifs, mais plus encore qui ne mentionne pas le prix, se verra rétrogradée en une simple invitation à entrer en pourparlers. Or, cette rétrogradation est à distinguer de la notion d'invitation à entrer en pourparlers, qui concerne plus les contrats complexes, ceux qui nécessitent de longues phases de négociations préalables à leur formation. Les échanges entre les parties portent sur le contenu du contrat projeté et plus précisément sur un certain nombre d'éléments essentiels ou considérés comme tels par l'une ou l'autre des parties. Autrement dit, chacune des parties va tenter de faire prévaloir les éléments qu'elle souhaite voir figurer au contrat, ou bien encore, accepter certains éléments de l'offre et écarter ceux qui ne correspondent pas à ses attentes. C'est pourquoi, préalablement à la période des négociations précontractuelles, le risque que représente l'échange d'informations erronées, commande à ce que les parties intéressées à l'opération projetée se prémunissent du comportement fautif, de l'une ou de l'autre, dont elles peuvent subir un préjudice²¹⁰. Ainsi, les parties auront tout intérêt à rédiger des clauses de preuve d'informations, stipulant les différents éléments recueillis de part et d'autre, en cours d'audit, qui seront accompagnées de clauses fixant un mode de réparations sanctionnant le manquement éventuel des parties. Dans la clause de preuve d'informations, devront figurer les documents qui auront été échangés en cours d'audit permettant en cela d'écarter toute contestation ultérieure sur la teneur de ces renseignements. Ce sont ces informations, qui entrent dans le cadre de l'interprétation des éléments de fait, qui amènent les parties à poursuivre leur rencontre par une période de pourparlers pouvant conduire à une offre de contracter.

§2. Offre de contracter et contre-proposition

55. Que ce soit sur le principe du consensualisme qu'un contrat se conclut²¹¹, sans qu'aucune forme particulière ne soit expressément requise²¹² ou encore qu'un certain formalisme soit imposé²¹³, la conclusion de tout contrat relève principalement de l'acceptation, dans sa globalité, d'une offre²¹⁴ selon les termes

²¹⁰ À ce propos, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a, dans son article 1112-2, introduit une faute en cas d'utilisation d'une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations.

²¹¹ En ce sens, MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Paris, Francis Lefebvre, 2010, n° 91, p. 107. Le terme « consentement » revêt une double acception : Il s'agit d'une part de la manifestation de la volonté de chacune des parties au sens de l'échange des consentements, l'acquiescement à l'opération projetée. Pris au sens étymologique, le vocable « consentement » désigne également l'accord, le concours de deux volontés; celle du débiteur qui s'oblige et celle du créancier envers lequel il s'oblige.

²¹² Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations-1 Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 91, p. 211.

²¹³ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 21, p. 23 et s.

²¹⁴ Art.1114 du Code civil : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

de l'article 1113 du Code civil²¹⁵. L'offre n'est « guère autre chose, [...] qu'une préfiguration de la situation contractuelle à venir »²¹⁶. Il ne peut y avoir de volonté réelle de contracter et partant un accord des parties qui soit recevable, sans que celles-ci aient eu une connaissance parfaite des éléments qui ont été déterminants de la rencontre des volontés. L'offre est en cela une proposition de passer un contrat déterminé à des conditions fermes et précises où figurent les éléments constitutifs qui participent à son existence. Manifestation première qui permet à celui qui la présente, d'exposer à l'adresse du destinataire l'objet et les modalités du contrat en devenir²¹⁷, l'offre de contracter ne doit souffrir d'aucune ambiguïté²¹⁸. Elle doit être comprise comme un réel engagement de la part de son auteur²¹⁹ conformément à l'article 1114 du Code civil²²⁰. Quant à la volonté de s'engager du bénéficiaire, sachant que selon le principe de la liberté contractuelle, la liberté de contracter implique aussi celle de ne pas contracter, la clarté de l'offre qui lui est adressée, sa précision, sa fermeté, lui permettent de donner ou ne pas donner, un consentement éclairé correspondant à ce qui motive son engagement²²¹. Déclaration de volonté par laquelle l'offrant fait connaître, de manière ferme et non équivoque²²², son intention de contracter, l'offre est en cela, ce que Jean-Luc Aubert définit comme « le premier pas vers la formation du contrat »²²³. Le contrat est ainsi l'objectif que doit atteindre l'offre, tout en sachant que les éléments constitutifs qui prévalent à sa formation, sont susceptibles de négociations jusqu'à l'établissement d'une offre déterminée.

56. Une offre ferme indiquant avec précision les éléments essentiels sur lesquels les volontés peuvent se rencontrer, n'ouvre pas *a priori* de possible négociation. Dans cette perspective, l'acceptation de l'offre en l'état suffit à former le contrat dès lors que l'accord des parties porte sur l'intégralité des éléments essentiels²²⁴,

²¹⁵ Art. 1113 du Code civil : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ».

²¹⁶ J-L AUBERT, , *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit.*, n° 4, p. 14.

²¹⁷ Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 1993, n° 292, p. 260.

²¹⁸ V. à ce sujet, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, Paris, 2014, n° 742, p 280.

²¹⁹ Cf. J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 292, p. 261; Cass. Com. 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 74, p. 51, « une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être liée en cas d'acceptation » ; J-L AUBERT, *op. cit.*, n° 51, p. 57, « Fermeté et précision sont les deux exigences fondamentales de l'offre ».

²²⁰ Art. 1114 du Code civil : « L'offre faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

²²¹ Art. 1118 du Code civil : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvu d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».

²²² À la différence de l'invitation à entrer en pourparlers, l'offre constitue une déclaration ferme et précise qui la caractérise et qui est adressée au destinataire.

²²³ J.L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit.*, n° 4, p. 13.

²²⁴ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 318, p. 282.

ce qui exige une exacte concordance entre l'offre et son acceptation²²⁵. Mais il se peut aussi que les volontés des parties ne soient pas en accord sur les modalités relatives à un ou plusieurs éléments constitutifs du contrat proposé, autrement dit que l'offre faite au destinataire ne réponde pas, tout au moins en partie, aux attentes de celui-ci. Dans cette hypothèse, la première conséquence est que le contrat ne pourra être conclu, l'offre sera dès lors considérée comme étant une simple invitation à entrer en négociation²²⁶. À ce stade, l'offrant et le destinataire de l'offre, avec la volonté de poursuivre l'opération envisagée, vont devoir trouver une solution à leur mésentente en négociant les termes de leur accord. Il s'agira, pour les protagonistes, d'aménager un terrain d'entente sur les principes de l'offre initiale, jusqu'à trouver une parfaite correspondance entre la volonté de l'offrant et celle du bénéficiaire.

57. Autrement dit, à partir d'un désaccord sur les éléments constitutifs de l'offre, une discussion peut s'engager entre l'offrant et le bénéficiaire. Ceux-ci entament alors une phase de négociations préliminaires, qui pourra se poursuivre jusqu'à l'aboutissement d'une offre définitive, claire et précise, correspondant aux attentes de chacun. Il se peut en effet, qu'une partie, préalablement à son consentement, souhaite apporter une modification à l'offre qui lui est présentée. Nous sommes dans cette hypothèse, au-delà de la simple acceptation de l'offre qui suffit à former le contrat²²⁷, une situation que l'on rencontre dans la plupart des contrats élémentaires²²⁸, tel que le contrat d'adhésion défini pour la première fois au sein du Code civil à l'article 1110 du Code civil²²⁹. Il nous faut préciser que l'expression «conditions générales» qui figure dans le texte de l'article 1110 du Code civil que Murielle Fabre-Magnan dénonce comme étant maladroite²³⁰, doit être comprise comme les stipulations générales du contrat et non au sens des conditions générales de vente qui sont celle d'une entreprise de transport par exemple. Aucune négociation n'est possible dans ces contrats, comme par exemple les contrats consuméristes auxquels nous sommes confrontés au quotidien²³¹. Ce sont des contrats proposés à une partie, dont le contenu élaborée par le pollicitant n'est pas négociable ; il ne pourra qu'être accepté ou refusé. En revanche, négocier certains termes de l'offre de contracter, cela peut se voir à l'occasion d'une offre relative à un contrat mixte²³², ou encore certaines

²²⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. I, n° 153.

²²⁶ Art. 1114 du Code civil.

²²⁷ Sur ce point, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 109, p. 122.

²²⁸ Opération simple, un contrat élémentaire, formé par un consentement unique, est un contrat qui ne peut être dissocié, il relève d'un seul régime de droit. Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, n° 232 et s., p. 121 et s.

²²⁹ Art. 1110 du Code civil : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

²³⁰ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations-1 Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 230, p. 258.

²³¹ Tel qu'un titre de transport, un contrat d'assurance.

²³² Un contrat mixte à l'identique d'un contrat élémentaire relève d'un consentement unique mais se différencie par le fait que l'opération considérée relève de plusieurs régimes juridiques. Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 236, p. 123.

opérations complexes²³³ qui nécessitent de longues négociations préalables à la formation du contrat. Ce sont des opérations qui ne répondent pas au standard correspondant à la plus-part des contrats relevant de l'unilatéralité d'une offre et de la simple acceptation de celle-ci. En tout état de cause, que l'on ait à faire à un contrat mixte dont l'offre de contracter n'est pas acceptée en l'état par le destinataire, ou que l'on soit en présence d'une opération complexe en devenir, la formation de ces contrats relève d'une phase préparatoire à l'élaboration du projet final qui pourra être exploitée par le juge.

58. Il ne peut y avoir de volonté réelle de contracter et partant un accord des parties qui soit recevable, sans que celles-ci aient eu une connaissance parfaite des éléments qui ont été déterminants de la rencontre des volontés. L'offre est en cela une proposition de passer un contrat déterminé à des conditions fermes et précises où figurent les éléments constitutifs qui participent à son existence. Manifestation première qui permet à celui qui la présente, d'exposer à l'adresse du destinataire l'objet et les modalités du contrat en devenir²³⁴, l'offre de contracter ne doit souffrir d'aucune ambiguïté²³⁵. Elle doit être comprise comme un réel engagement de la part de son auteur²³⁶. Quant à la volonté de s'engager du bénéficiaire, sachant que selon le principe de la liberté contractuelle, la liberté de contracter implique aussi celle de ne pas contracter. La clarté de l'offre qui lui est adressée, sa précision, sa fermeté, lui permettent de donner ou ne pas donner, un consentement éclairé correspondant à ce qui motive son engagement. Or, l'issue de la négociation peut aussi dépendre d'une contre-proposition de la part du destinataire de l'offre ou d'une acceptation avec réserves²³⁷. Il se peut en effet que le destinataire d'une offre, bien qu'en accord sur un certain nombre d'éléments objectivement essentiels, caractéristiques du type de contrat proposé, ne souhaite pas l'accepter en l'état autrement dit, accepter l'offre qui lui est faite tout en ayant la volonté de modifier un ou plusieurs de ses éléments. Ainsi, le bénéficiaire ayant la volonté de faire valoir des exigences qui portent sur un aménagement de cette offre, va assujettir la formation du contrat à celles-ci. On peut dès lors considérer qu'il n'y a pas d'accord de volontés, mais une nouvelle offre qui a changé de bénéficiaire. Il s'agit d'une offre « en sens inverse de la première : un processus qui peut connaître plusieurs « aller-retour » de cette nature, mais il n'y aura acceptation et contrat que lorsque l'un de négociateurs se

²³³ S'agissant des opérations complexes, celles-ci se caractérisent par un regroupant de contrats distincts qui relèvent de consentements différents. Ces contrats complexes sont formés de contrats simples ou de contrats mixtes ou bien de contrats simples et mixtes. Voir P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 242, p. 125.

²³⁴ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 1993, n° 292, p. 260.

²³⁵ Sur la question, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 742, p 280.

²³⁶ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 292, p. 261; Cass. Com. 6 mars 1990, Bull. civ., IV, n° 74, p. 51, « une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être liée en cas d'acceptation » ; J-L AUBERT, *op. cit.*, n° 51, p. 57, « Fermeté et précision sont les deux exigences fondamentales de l'offre ».

²³⁷ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, n° 298, p. 267.

rangera aux dernières propositions de l'autre »²³⁸. Dans cette hypothèse, deux solutions s'offrent au pollicitant : soit il accepte sans discussions les propositions du bénéficiaire et le contrat sera conclu, soit il écarte les prétentions du bénéficiaire tout en ayant la volonté de poursuivre le projet. Dans ce cas, il devra faire à son tour une contre-proposition relançant ainsi le débat. Si la nouvelle offre est acceptée en l'état ou après être passée encore par une phase de négociations préliminaires, le contrat sera formé. Le contrat ne peut être conclu, qu'à la condition qu'il existe une offre de contracter, laquelle doit toujours se présenter comme une proposition ou une contre-proposition.

59. Autrement dit, ce qui est à souligner, dans l'hypothèse d'un refus de l'offre par le bénéficiaire suivi d'une contreproposition faite par celui-ci, c'est que du statut de bénéficiaire, le destinataire passe à celui de l'offrant alors qu'inversement, dès la contre-proposition qui lui est faite, le pollicitant de l'offre première, endosse le statut de bénéficiaire de l'offre nouvelle²³⁹. Cette inversion des rôles aura son importance en cas de conflit, au regard des effets qu'elle produit dès lors que les parties en présence ne présentent plus la même qualité juridique. Il peut s'agir d'un accord passé entre un professionnel et un profane ou bien entre deux professionnels ou encore deux profanes. Selon les circonstances, l'offrant et le destinataire ne contracteront pas sur un même pied d'égalité. Ainsi, au regard de la qualification donnée au contrat²⁴⁰, la qualité des contractants influera sur les règles applicables, et plus particulièrement sur celles relatives à la responsabilité contractuelle ou encore à la protection du plus faible. On trouve l'intérêt de cette distinction dans les contrats types rédigés unilatéralement par le pollicitant, où celui qui y adhère, peut être considéré comme l'auteur de l'offre dans la mesure où il aura obtenu la modification d'une stipulation figurant à l'offre initiale. C'est ce qui permet dans les contrats d'adhésion de distinguer le rédacteur du contrat, de l'auteur de l'offre ; la personne qui est à protéger n'étant pas forcément celui dont l'acceptation forme le contrat.
60. Compris comme des éléments préparatoires à la formation du contrat, sans aucune portée contraignante, certains pouvant par ailleurs apparaître comme autant d'arguments destinés à peser sur la volonté du bénéficiaire d'accepter la proposition qui lui est faite²⁴¹, ils ne constituent en cela, qu'un indice dans la recherche des volontés individuelles. Ainsi, peut-on en déduire, que les éléments importants qui ont fait l'objet de propositions ou de contrepropositions, que celles-ci soient ou non déterminantes de l'accord des parties, apporteront par un ensemble de renseignements fiables, une contribution certaine dans la recherche de la commune intention. Placés sous le signe de la bonne foi²⁴² et de la

²³⁸ Cf., A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, n° 65, p. 50.

²³⁹ Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, n° 299, p. 267.

²⁴⁰ Notamment dans les contrats de consommations.

²⁴¹ Ces éléments peuvent se présenter sous la forme d'écrit, par exemple, une lettre d'intention, la présentation d'une plaquette publicitaire, un plan d'architecte...

²⁴² Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, n° 330, p. 295 et s. ; L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *op. cit.*, a repris le principe de « bonne foi » dans l'article 1112, al. 1.

loyauté²⁴³, les pourparlers présentent, pour l'interprétation du contrat, un intérêt : celui de pouvoir détecter la réalité des volontés émises par les parties avant que l'offre définitive n'ait été établie.

SECTION 2. L'AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DES POURPARLERS

61. Les pourparlers engagés par les parties n'impliquent pas forcément la formation de contrats préparatoires. Or, si certaines opérations se concluent sur une simple acceptation de l'offre de manière instantanée, il s'agit là de la majeure partie des contrats de consommation, d'autres, plus complexes, sont en revanche précédées d'une phase de négociations. Bien avant que la phase précontractuelle ne s'achève sur une proposition ferme et précise, soumise par l'offrant à l'agrément du ou des bénéficiaires, les parties peuvent s'entendre sur des accords préparatoires intermédiaires. Bien que ces accords ne soient pas le passage obligé à toute création de contrat, il est courant que les parties, avant de consentir à l'établissement d'une relation contractuelle qui les oblige, émettent la volonté de négocier certains éléments du contrat projeté. Ce qu'il nous faut préalablement souligner, c'est que tous ces accords ne présentent pas aux yeux de l'interprète le même intérêt. Ainsi, parmi ceux qui intéressent cette étude, les accords portant sur l'organisation des négociations n'ont pas grande importance. En revanche, d'autres, selon la teneur de leur contenu, peuvent être reconnus comme déterminants de la volonté des parties sur les éléments essentiels. Ils permettent de constater si les personnes intéressées ont entendu s'engager partiellement sur des points précis avant la conclusion du contrat définitif. Si certains de ces actes ne sont considérés que comme de simples ententes, dépourvues de force obligatoire d'autres, en revanche, représentent de véritables accords, porteurs d'effets juridiques. L'interprétation de leur contenu permettra, là encore, de déterminer la portée des engagements de chacune des parties intéressées et, par là-même, la réalité des volontés rencontrées en considération des éléments essentiels. À la charnière avec l'offre définitive, ces avant contrats permettent, en cours de négociation, de faire entrer certains résultats acquis dans un contexte contractuel mais cependant, ils ne peuvent être considérés comme des accords achevés tant que le contrat n'est pas formé. L'aménagement des négociations par les avant-contrats est ainsi un pas vers la détermination du contrat définitif.
62. Tout au long des pourparlers, dans le respect de l'éthique contractuelle, les parties doivent se conformer à des règles de comportement qui se renforcent plus les négociations se trouvent à un stade avancé. C'est ainsi que les négociations doivent être exécutées de bonne foi. Il est vrai qu'au regard du principe de la liberté contractuelle, et notamment celle de contracter ou de ne pas contracter, les parties qui se livrent à des pourparlers, se voient reconnaître le droit de rompre unilatéralement la négociation du contrat²⁴⁴ tant que l'offre n'est pas acceptée, ce qui amène forcément à des abus. C'est une situation sur laquelle nous ne nous

²⁴³ C. LARROUMET, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat op. cit.*, n° 236, p. 212 et s.

²⁴⁴ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 761, p. 289.

arrêterons pas, vu que la rupture unilatérale et brutale des pourparlers par l'une des parties, qu'elle soit de bonne foi avec ou sans justification, ou encore mue par une intention de nuire, implique en pure logique que le contrat ne pourra être formé et par voie de conséquence, insusceptible de litige puisque dans l'impossibilité d'être exécuté. En revanche, le contrat une fois formé, les pourparlers, bien qu'ils n'aient globalement aucune valeur juridique, ont une utilité. Du fait qu'ils se présentent comme une période de négociations au cours de laquelle les parties cherchent à s'entendre sur les points qui les opposent pour aboutir à la conclusion du contrat, les pourparlers sont *a fortiori*, pour le juge, une source d'informations sur des éléments objets de négociations, qui ont contribué à l'émergence de la nature du contrat. Les pourparlers sont en cela au service de l'interprétation du contenu contractuel.

63. Or, au-delà de l'intérêt que peuvent globalement susciter les pourparlers dans l'élaboration du contrat, l'objectif des parties, et plus particulièrement pour ce qui est des opérations complexes, est de satisfaire à un souci de sécurité dès lors que le contenu contractuel n'est pas encore totalement finalisé. Que ce soit en raison de la durée de ces opérations qui peut s'échelonner sur un certain nombre d'étapes, mais aussi du coût que la négociation peut engendrer, ce sont là des situations qui incitent les parties à mettre en place, un certain nombre de garde-fous²⁴⁵, nécessaire à la protection et à l'avancement des négociations. Pour Marcel Fontaine, il s'agit pour les parties, de « doter leurs pourparlers de l'élément de sécurité que constitue l'insertion dans un cadre contractuel de différentes obligations relatives à la procédure des négociations ou de certains résultats déjà acquis quant au contenu du futur contrat »²⁴⁶. Ces accords préparatoires, contrats provisoires qui participent à l'élaboration du contrat en formation, font partie intégrante des pourparlers. Or, même s'il est avéré que le contrat ne peut être conclu que sur les éléments constitutifs de l'offre définitive et qu'en cela le résultat des négociations n'a aucune valeur contractuelle, il n'en demeure pas moins qu'en ce qui concerne les accords préparatoires, bien que ceux-ci soient pris au cours des pourparlers, il en est autrement. En effet, ces engagements qui vont être marqués par des accords avérés, préparatoires à la formation de l'offre en devenir, ont quant à eux une valeur contractuelle. Durant la phase des pourparlers, les parties ont la possibilité de fixer contractuellement, mais de façon temporaire, par le truchement d'avant-contrats, un certain nombre d'éléments sur lesquels il ne leur sera plus possible de revenir. Les avant-contrats sont en fait l'assurance de voir les éléments déjà négociés, validés dès que le contrat sera conclu. C'est en effet, dans un souci d'efficacité, afin de sécuriser le résultat des échanges à ce stade des négociations qui vont se poursuivre tout au long de la période des pourparlers, que les parties vont entériner leurs engagements, par la mise en place d'accords contractuels. Ces contrats préparatoires pourront valoir comme des accords définitifs dès le contrat conclu ou disparaître dans le cas contraire, dans l'hypothèse où les pourparlers auront été rompus. Jusqu'à la constitution de l'offre définitive et de son acceptation formant le contrat, il sera donc possible, pour les parties, de s'engager d'une part, sur des accords dits « de principe » qui resteront à confirmer, mais qui permettent la

²⁴⁵ Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 343, p. 315

²⁴⁶ Cf., M. FONTAINE, Synthèse des travaux du groupe de travail sur les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, *Droit et pratique du commerce international*, 1977, t. 3, n° 2, p. 105.

poursuite des négociations pour parvenir à la conclusion éventuelle du contrat (§1), d'autre part, sur des accords dits « partiels » relatifs à la fixation de certains éléments définitivement acquis lors des pourparlers (§2). Tous ces éléments étant autant d'indices probants que le juge pourra exploiter dans la recherche du sens du contrat et de sa qualification.

§1. Les accords de principe

64. L'intérêt de définir la notion d'accord de principe ne vaut, dans cette étude, que pour sa capacité à éclairer l'interprète dans la recherche de la qualification du contrat. Peu nous importe en ce cas, la responsabilité et la sanction appliquée à la personne qui n'aurait pas respecté ses engagements. Ce qui est à prendre en compte, afin d'éviter toute confusion, c'est de connaître la réalité de l'accord de principe à l'origine, permettant de le distinguer des différents contrats qui s'en approchent. On peut citer comme exemple, l'accord de principe et la promesse de contrat²⁴⁷ qui ne présentent pas la même qualification et par là, ne relèvent pas du même régime juridique. Véritable contrat qui a pour objet la conclusion du contrat définitif, la promesse de contrat est irrévocable, alors que l'accord de principe n'est pas un engagement ferme, dans la mesure où si aucune suite n'est donnée, le contrat ne peut être conclu. « L'accord sur le principe n'est donc pas un contrat définitif, mais c'est déjà un engagement qui peut éventuellement y aboutir »²⁴⁸, on peut voir en lui un consentement, suivi d'une période de mise en œuvre, qui doit se terminer en principe sur la confirmation de l'engagement. L'accord de principe ne vaudra que s'il est suivi d'un engagement ferme et définitif sur les éléments essentiels qui le caractérisent ; il s'agit donc d'un engagement à confirmer²⁴⁹. Accord temporaire entre les parties, porteur d'indices sur le contrat en devenir, il est un accord fixé lors des pourparlers qui se projette dans le futur.
65. Dès lors que les parties passent un accord de principe relatif à un contrat proposé, elles s'engagent non pas à conclure le contrat envisagé, mais à négocier de bonne foi pour y parvenir²⁵⁰. L'accord de principe renforce l'obligation de poursuivre les négociations avec « l'obligation de négocier de bonne foi sur les bases convenues »²⁵¹. Or, cette obligation a un sens. Lorsque que les parties en présence engagent des pourparlers, il faut bien admettre que de part et d'autre, chacune d'elles connaît ses propres intentions avec la volonté de privilégier ses intérêts. De ce fait, il y a des comportements, qui ne font pas exception dans le monde des affaires, où l'application du principe bonne foi, pour le moins, fait défaut. Le problème est abordé dans un article relatif aux risques juridiques qui

²⁴⁷ Voir à ce sujet, C. LARROUMET, *Droit cil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, op. cit.*, n° 240, p. 217., « La promesse de contrat, est un contrat, lequel suppose [...] qu'il y a un accord de volonté, c'est-à-dire acceptation de la promesse par le bénéficiaire de la promesse ».

²⁴⁸ Cf., I. NAJJAR, « L'accord de principe », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1991, 9^e cahier.- Chron. p. 57 et s.

²⁴⁹ Cf., I. NAJJAR, « L'accord de principe », *op. cit.*, p. 58 et s.

²⁵⁰ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 763, p. 290.

²⁵¹ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 344.

concernent les rapprochements d'entreprises²⁵². Il y est indiqué en effet, que certaines personnes engagent des négociations avec l'unique objectif d'obtenir les secrets techniques ou commerciaux du partenaire, sans intention réelle de parvenir à un accord ultérieur. Tout comme l'une des parties peut omettre, intentionnellement ou non, de porter à la connaissance de l'autre certaines informations essentielles qui lui seraient utiles, afin de prendre ou ne pas prendre la décision de contracter en toute connaissance de cause. Dans la réforme du droit des contrats, le législateur a pris la mesure de ces pratiques en imposant des règles impératives qui portent tout d'abord, sur l'application du principe de bonne foi par l'article 1112 du Code civil²⁵³ ensuite, sur l'introduction d'un devoir d'information, à travers l'article 1112-1 du Code civil²⁵⁴ et enfin, sur la prohibition de certaines pratiques déloyales, en posant une obligation de confidentialité au titre de l'article 1112-2 du Code civil²⁵⁵.

66. Cela étant dit, on peut définir les accords de principe comme étant des contrats en devenir, souvent importants, qui nécessitent une organisation conventionnelle à travers des accords spécifiques²⁵⁶, celle-ci ayant pour but de faciliter les négociations. Il se peut, en effet, que des éléments centraux²⁵⁷, tels que la chose et le prix, ayant fait l'objet d'un accord et bien que nécessaires dans la détermination du contrat, soient néanmoins insuffisants quant à sa formation. Nous sommes dans l'hypothèse où l'une des parties a entendu soumettre son accord à la fixation d'éléments complémentaires qui revêtent pour elle une importance tout aussi essentielle, mais qui restent encore au stade de la

²⁵² Cf., J-Y TROCHON, J-M LONCLE, « Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises », *Les petites affiches* - 2 septembre 1996 - n° 106-9.

²⁵³ Art. 1112 du Code civil : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

²⁵⁴ Art. 1112-1 du Code civil : « Celles des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

²⁵⁵ Art. 1112-2 du Code civil : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

²⁵⁶ Selon F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 186, p. 193. « Accords dénommés lettres d'intention, accords préparatoires, contrats temporaires ou encore contrats de négociation qui ont pour but d'en organiser le déroulement ».

²⁵⁷ Cf., A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 75, p. 70.

négociation²⁵⁸. On peut citer entre autres, parmi ces éléments, les modalités de paiement s'agissant d'un contrat de vente ou bien encore la date de départ du bail dans un contrat de location. En ce cas, la jurisprudence considère que le contrat ne peut pas être formé au motif que certains éléments essentiels aux yeux des parties sont toujours en discussion²⁵⁹. À ce propos, les parties sont tenues à un devoir général d'information : « au moment de contracter, celui qui connaît une information dont il sait à la fois qu'elle est déterminante et que ce dernier l'ignore, doit la partager »²⁶⁰. Plus particulièrement admise par la jurisprudence en droit de la consommation, cette obligation contractuelle, d'ordre public, est désormais consacrée à l'article 1112-1 du Code civil²⁶¹, comme étant un principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles qui rappelle le devoir de bonne foi.

67. Ainsi, l'objectif étant de parvenir à la conclusion du contrat projeté²⁶², les parties vont alors s'engager sur le principe d'un accord, afin de sauvegarder les éléments qui ont déjà fait l'objet d'une acceptation, tout en poursuivant loyalement les pourparlers sur les éléments qui restent en suspens. Cela évite de remettre en cause les points qui ont déjà fait l'objet d'une entente entre les parties²⁶³, lesquels peuvent porter, soit sur le mode d'exécution d'une procédure de négociation ou encore, sur la fixation de résultats conformes aux attentes réciproques des parties. Alors que l'élaboration du contrat n'est pas arrivée à son terme, cet engagement contractuel laisse pour les parties, la possibilité de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours, sans pour autant que le contrat soit formé. Il s'agit là, d'un mode de formation du contrat par étapes successives, qui consiste à fixer, au fur et à mesure de l'avancement des pourparlers, les différents points sur lesquels les parties se sont accordées.
68. Accepter le principe d'un accord n'a pas le même sens que lorsqu'il s'agit de l'acceptation qui porte sur l'ensemble des éléments d'une offre définitive, celle qui forme le contrat. L'accord de principe ne concerne qu'un nombre limité d'éléments, alors qu'il reste pour les parties à définir d'autres modalités

²⁵⁸ Cf., A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 15^e éd., *ibid.*, n° 75, p. 71.

²⁵⁹ Cf., A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 15^e éd., *ibid.*, n° 75, p. 70.

²⁶⁰ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 15^e éd., *ibid.*, n° 67, p. 65.

²⁶¹ Art. 1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

²⁶² Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 763-764, p. 290.

²⁶³ Cf., A. BENABANT, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 65, p. 50.

applicables qui sont restées en suspens au cours des négociations. C'est ce qui fait dire à Ibrahim Najjar que « l'accord sur le principe n'est donc pas un contrat définitif, mais c'est déjà un engagement qui peut éventuellement y aboutir »²⁶⁴. L'accord de principe ne prendra effet qu'à l'acceptation de l'offre définitive formant le contrat, lequel viendra ainsi confirmer cet engagement. Autrement dit, un accord de principe peut se définir comme « l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé »²⁶⁵. Il ne prendra effet qu'à l'acceptation de l'offre définitive formant le contrat, venant ainsi confirmer le consentement des parties ; les éléments constitutifs de ces accords figureront au sein du contrat dès lors que celui-ci aura été conclu.

69. En revanche, jusqu'à la formation du contrat, les accords de principes sont exposés à la précarité par leur possible rétractation, car bien qu'ils constituent un engagement contractuel, ils n'obligent pas les parties à conclure le contrat définitif. L'accord définitif des parties reste exposé à l'abandon des négociations dès lors que l'une de celles-ci considère ne plus retirer un intérêt d'un accord définitif. L'accord de principe est en cela, un engagement de négocier et non pas un engagement de contracter. La définition de la locution « de principe » à savoir, « qui porte sur l'essentiel, mais qui demande confirmation », indique clairement que les parties se trouvent encore dans une phase de négociation, avec pour seule obligation contractuelle de négocier de bonne foi sur les bases convenues. Durant la phase des pourparlers, lesquels ont par définition un statut précontractuel, l'accord de principe bien que fondé sur un échange de consentements, ne présente aucun caractère obligatoire quant à l'engagement définitif de contracter.

70. Aménagement temporaire des relations entre les parties, les contrats préparatoires accessoires prévoient des obligations qui fixent le cadre de la négociation dès lors que celle-ci s'avère complexe et de longue durée²⁶⁶. On compte parmi elles, les clauses d'exclusivité de la négociation, les clauses de confidentialité ou de non-divulgaration ou encore les clauses relatives au coût des études. Les exemples de la note de couverture précédant la rédaction d'une police d'assurance peut en être aussi un exemple²⁶⁷, ou encore tout ce qui concerne la sécurisation des échanges dans un contrat de cession de brevet d'invention. On retrouve dans ce cas, hormis les clauses d'exclusivité, de prise en charge des frais de négociation, l'obligation de confidentialité légalisée par l'ordonnance du 10 février 2016. Ainsi, durant les pourparlers, les clauses de confidentialité pèsent sur les parties négociatrices selon les termes de l'article 1112-2 du Code civil²⁶⁸. Elles permettent au-delà d'une attitude déloyale d'un négociateur, de sécuriser une information qui

²⁶⁴ Cf., I. NAJJAR, « L'accord de principe », *Recueil, Dalloz-Sirey*, 1991, 9^e cahier, Chron. XIII., p. 57.

²⁶⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 344, p. 316.

²⁶⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op.cit.*, n° 186, p. 193.

²⁶⁷ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 331, p. 298.

²⁶⁸ Art. 1112-2 du Code civil : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

pourrait être utilisée par un tiers auquel une des personnes aurait remis la dite information à l'occasion des pourparlers. Ainsi, les contrats préparatoires accessoires sont des accords de principe qui permettent de fixer provisoirement les objectifs que les négociations se proposent d'atteindre.

71. S'il est acquis que l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat proposé, forme le contrat, un accord de principe, relevant du consentement mutuel des parties en présence, devrait tenir lieu de contrat. Or, nous avons vu que ce ne peut être le cas²⁶⁹. L'accord de principe est un engagement qui tend vers la formation du contrat, et ne peut être de ce fait considéré comme un contrat définitif²⁷⁰. Ne pouvant être formé, le contrat ne le sera que plus tard, si les parties s'accordent sur les éléments constitutifs d'une offre ferme définitive. Ainsi, l'accord de principe n'est pas un engagement ferme²⁷¹ puisqu'il est de par sa nature précaire, « un engagement à confirmer »²⁷². La difficulté qui se présente, quant à son interprétation, réside dans la similitude avec un contrat définitif. Ainsi, l'accord de principe se distingue difficilement de la clause de dédit sans contrepartie, à cela près, que la clause de dédit concerne un contrat qui est déjà formé, alors que l'accord de principe est un élément temporaire d'un contrat qui n'a pas encore été conclu. La problématique est de pouvoir déterminer à partir de quel stade les personnes intéressées passent des simples pourparlers à la conclusion du contrat.

§2. Les accords partiels sur la fixation des éléments acquis

72. L'accord partiel ne peut être conclu que si l'offre de contracter est divisible²⁷³. Il ne peut, en effet, y avoir d'accord partiel si l'offrant entend lier le tout à une acceptation globale. Pour qu'il puisse y avoir un accord partiel, l'offre doit porter sur un ensemble d'éléments dont certains vont faire l'objet d'une acceptation par le destinataire, alors que d'autres ne correspondant pas à ses attentes devront être négociés. Autrement dit, les accords partiels dont il faut préciser, selon le principe de la liberté contractuelle, qu'ils ne peuvent obliger à la conclusion du contrat définitif, sont une catégorie de contrats ne portant que sur une partie des éléments constitutifs de l'offre de contracter, ceux que les parties vont considérer comme acquis à l'issue d'une négociation, sans qu'ils soient pour autant essentiels, mais suffisamment caractéristiques de l'opération projetée. Autrement dit, il s'agit d'un contrat effectif mais provisoire, qui marque une étape dans la négociation, mais qui ne fait pas obligation aux parties de contracter avant que ce dernier soit conclu.
73. Dans les contrats dits « préparatoires », tel qu'un accord partiel, les parties, par la fixation des éléments déjà négociés, déterminants de leur accord, durant la période des pourparlers, peuvent s'accorder au terme d'une négociation et de manière définitive, sur certains éléments qu'elles vont consigner dans des accords

²⁶⁹ *Supra* n° 69.

²⁷⁰ Cf., I. NAJJAR, « L'accord de principe », *op. cit.*, p. 57.

²⁷¹ Cass. soc., 24 mars 1958, *JCP*, 1958. II. 10868, note J. Carbonnier.

²⁷² Cf., I. NAJJAR, « L'accord de principe », *op. cit.*, p. 58.

²⁷³ Cf., A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, n° 65, p. 51.

partiels, sans pour autant que cette rencontre des volontés puisse former le contrat. Ces accords partiels sont ainsi des points de rencontre irrévocables des volontés des parties qui permettront d'éviter, lors de la poursuite des négociations, de revenir sur les termes de certains accords ou de les révoquer unilatéralement, sous peine pour l'auteur de voir engager sa responsabilité pour violation d'une obligation contractuelle²⁷⁴. Ainsi, parmi l'ensemble des éléments qui figuraient dans l'offre de contracter, certains ont été écartés pour la simple raison que l'offre était divisible, ce qui permet de juger inefficace un accord partiel dès lors que l'offre est indivisible. L'accord partiel n'est utile que dans la mesure où les parties ont écarté certains éléments qui restent en négociation, ce qui signifie que pour ceux qui ont fait l'objet d'une acceptation, les parties peuvent les fixer dans un accord partiel, évitant de revenir sur ces éléments acceptés lors de la poursuite des pourparlers.

74. C'est de la volonté des parties que dépend la force obligatoire des accords partiels. Soit que les éléments objectivement essentiels soient insuffisants et que les parties ont entendu subordonner la formation du contrat définitif à une condition que l'une d'elles tenait pour essentielle²⁷⁵, soit que les parties estiment avoir suffisamment déterminé un ou plusieurs points essentiels du contrat projeté. Sans pour autant être en présence d'un contrat définitif, l'accord partiel correspond dès lors à un accord irrévocable sur les éléments essentiels acquis, permettant de conclure un contrat en renvoyant à plus tard les négociations sur les éléments accessoires. On se trouve dans cette hypothèse plus dans la configuration d'une promesse de contrat ou les parties s'engagent à contracter par la suite dans certaines conditions²⁷⁶. L'accord partiel et provisoire n'est qu'une étape des pourparlers pour aboutir à la détermination de l'offre. À ce stade, ils permettent de poursuivre les négociations en évitant aux parties de remettre en cause un certain nombre d'éléments sur lesquels elles se sont entendues. L'accord ne vaudra cependant, qu'à la condition que les négociations aboutissent à l'acceptation de l'offre définitive. Si les parties ne sont pas obligées par les accords partiels tant que le contrat définitif n'est pas conclu, elles peuvent toutefois s'estimer liées, bien que certains éléments secondaires n'aient pas encore fait l'objet d'un accord. Il suffit qu'elles aient décidé, au regard des termes de ces accords, que les éléments essentiels négociés jusque-là suffisaient à la conclusion du contrat. C'est une situation que l'on trouve dans les contrats complexes, les parties « estimant avoir atteint un point de non-retour, peuvent conclure un accord définitif sur les points acquis, en renvoyant les éléments complémentaires à des conventions annexes »²⁷⁷. Autrement dit, à l'issue des pourparlers, l'offre de contracter sera dépositaire d'un certain nombre de clauses négociées, qui pourra permettre aux parties de s'entendre sur une proposition aboutissant à un accord définitif sur les éléments essentiels du contrat. En revanche, si à la fin des pourparlers, le contrat n'est pas conclu à la suite d'un

²⁷⁴ Cf., C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation*, *op. cit.*, n° 297, p. 264.

²⁷⁵ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 319, p. 203

²⁷⁶ Voir à ce sujet, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 766, p. 290.

²⁷⁷ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 345, p. 319

désaccord portant sur un ou plusieurs points autres que ceux qui ont été fixées dans les accords partiels, ces derniers seront anéantis.

75. Ainsi, par l'approche des contrats préparatoires à la détermination de l'offre définitive, il s'agit de mesurer, à ce stade de l'élaboration du contrat en devenir, l'importance des éléments qui se révèlent être des indices sur l'opération juridique projetée. Par leur interprétation, ils vont permettre au juge, mais c'est une éventualité, d'apporter à sa démarche, en complémentarité des éléments de fait post contractuels insuffisants ou qu'il n'aura pu déceler dans l'*instrumentum*, des indications supplémentaires lui permettant de repérer le sens du contrat et partant, de contrôler sa juste qualification. Autrement dit, il ressort de cette exploration précontractuelle la collecte de données concrètes. Pour François Terré, il s'agit de la reconnaissance des données de fait au sens de la détermination des éléments caractéristiques du contrat formé, un préalable à l'application d'un régime juridique déterminé²⁷⁸.

²⁷⁸ Cf., F. TERRE, *Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 11-12, p. 10.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

76. La problématique de la recherche du sens du contrat en se fondant sur la commune intention des parties repose sur la formation du contrat, lequel résulte d'une offre et de son acceptation. Cette phase peut être précédée de négociations que sont les pourparlers, lesquels peuvent faire l'objet d'un aménagement conventionnel à travers certains accords, qu'ils soient partiels ou de principe. Cela se conclut par l'entente des parties sur les éléments essentiels, ceux qui ont été déterminants de la rencontre des volontés. Ainsi, la recherche du sens du contrat passe par la commune intention des parties. Cette recherche subjective se double d'une méthode objective qui se fonde sur les éléments tels que l'usage et l'équité, auxquels on doit associer, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le recours au sens que lui donnerait une personne raisonnable²⁷⁹. Le contrat ainsi formé implique le respect des obligations qui ont été créées dès sa conclusion et auxquelles les parties vont devoir se conformer. Par ailleurs, le consentement, phénomène psychologique, ne peut donner naissance à un contrat que s'il est extériorisé²⁸⁰. Sans l'extériorisation du consentement qui peut être une parole, un geste, un écrit, il ne peut y avoir accord des volontés ; chaque partie qui s'est engagée doit avoir eu connaissance des éléments qui ont motivé l'autre de contracter, ce que souligne à ce propos Raymond Saleilles: « La volonté ne peut avoir d'effet juridique que si elle est déclarée, et que dans la mesure où elle a fait l'objet d'une déclaration extérieure ». Autrement dit, l'extériorisation de la volonté commune des parties est la traduction d'un consentement réciproque indispensable à la formation du contrat²⁸¹. Après qu'il est été constaté par le juge, l'accord des volontés, une fois réalisé sur la base d'un accord extériorisé²⁸², va permettre à ce dernier d'identifier ce qui a motivé la volonté commune des contractants de s'engager et par là-même de déceler le sens qu'ils ont voulu donner au contrat. A ce stade, la qualité juridique des contractants est un élément essentiel que le juge doit prendre en compte. Inspiré de l'article 1101 ancien du Code civil²⁸³, l'article 1101 dispose que « le contrat, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Or, pour que le contrat soit formé, cela suppose une extériorisation réciproque des volontés²⁸⁴, au sens où il ne peut y avoir d'accord effectif qu'à partir de volontés qui ont été manifestées²⁸⁵.
77. Tout contrat suppose une offre et l'acceptation de cette offre. Or, la rencontre des volontés ne s'effectue pas de la même manière selon la nature du contrat proposé

²⁷⁹ Art. 1188 du Code civil.

²⁸⁰ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit, civil. Les obligations, op. cit.*, n° 93, p. 108.

²⁸¹ Cf., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 151..

²⁸² Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 385, p. 344.

²⁸³ Art. 1101 ancien du Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, s'oblige envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose ».

²⁸⁴ Cf., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*, 1990, chron. 147, p. 151.

²⁸⁵ Cf., J. GHESTIN, « La notion de contrat », *idem*.

et la volonté de s'engager des parties. Autrement dit, si certains se concluent sur une simple acceptation de l'offre, d'autres nécessitent en revanche une phase préparatoire selon que le contrat se présente comme étant simple ou complexe, ou encore que le destinataire soumette à l'offrant des exigences quant à l'élaboration de certains éléments du contenu contractuel portant notamment sur les obligations auxquelles il doit consentir. Ainsi, la phase de négociation que sont les pourparlers est une période où les parties vont échanger un certain nombre de renseignements, de propositions qui vont les conduire soit, au refus de l'offre définitive dès lors qu'aucun accord n'a été trouvé, soit à son acceptation qui va former le contrat.

78. A l'issue de ce premier titre, on peut dire que « le critère formel du contrat est l'échange des consentements : pour avoir une valeur juridique, une manifestation de volonté doit en principe être extériorisée »²⁸⁶. Ainsi, le juge saisi d'un litige, confronté à un contenu contractuel obscur, nécessitant l'interprétation des éléments qui sont l'objet du désaccord, va rechercher la commune intention des parties. Celle-ci n'apparaissant pas de manière évidente, le juge va se reporter, au jour de la conclusion du contrat, tout en ayant la possibilité de remonter jusqu'à la période des pourparlers. Il va pouvoir en cela puiser des éléments d'information qui vont lui permettre en théorie, d'identifier la volonté commune des cocontractants et par là de retrouver le sens du contrat préexistant au jour de sa formation.
79. L'élaboration des termes du contrat par les parties et leur interprétation par le juge qui en est faite, sont des opérations par ailleurs réglementées. Les directives d'interprétation feront l'objet du titre II.

²⁸⁶ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 156.

TITRE SECOND

LES DIRECTIVES D'INTERPRÉTATION

80. De l'interprétation du contrat émerge l'engagement des parties et par là même la détermination par le juge de la réalité de son contenu²⁸⁷, c'est-à-dire le fait de préciser les éléments qui le composent. L'opération d'interprétation ne se justifie que pour donner un sens au contrat lorsque l'*instrumentum* est obscur ; plus précisément pour « dégager le sens et la portée d'une disposition contractuelle, ambiguë, imprécise ou en contradiction avec une autre clause du contrat ou un autre document contractuel »²⁸⁸. Or, il y a toujours une certaine réticence à ce que le juge intervienne dans le contrat, même si ce dernier est tenu de respecter la volonté des parties dès lors que le contenu du contrat est clair et précis. Le législateur de 1804 a voulu anticiper les conséquences de cette intrusion en proposant dès l'origine, à l'attention du juge, des aides facultatives que sont les dispositions législatives d'interprétation, dont certaines ont été reprises, modifiées, complétées, ou écartées par l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁸⁹ (chapitre premier). Conjointement à ce dispositif législatif, qui s'adresse aussi aux parties contractantes, celles-ci afin d'éviter le risque de voir leur volonté mise à mal par une décision prétorienne erronée susceptible de bouleverser l'économie du contrat qu'elles ont conclu, peuvent sécuriser la convention par la mise en place de directives conventionnelles d'interprétation. Ces directives s'imposent au juge comme étant de véritables règles de droit auxquelles les parties, elles-mêmes, sont tenues de se conformer (Chapitre second).

²⁸⁷ Voir à ce sujet, D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « l'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, RDC, 1- mars 2015, p. 188.

²⁸⁸ B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 256, p. 207.

²⁸⁹ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a été publiée au Journal Officiel le 11 février 2016.

CHAPITRE PREMIER

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES D'INTERPRÉTATION

81. Parmi les dispositions nouvelles que sont les articles 1188 à 1192 du Code civil, énoncées au chapitre III du sous-titre I du titre III, désormais intitulé « Des sources des obligations », certaines émanaient de la doctrine et de la jurisprudence depuis 1804 date de création du Code civil. Figurant sous les articles 1156 à 1164 anciens du Code civil, ces textes qui ont fait l'objet d'une codification à droit constant de la jurisprudence énoncent un certain nombre de solutions existantes qui faisaient autorité bien qu'étant non écrites²⁹⁰. Par ailleurs, contrairement aux articles anciens qui relevaient davantage du domaine du conseil que de règles normatives, n'étant que des recommandations de nature facultatives²⁹¹, les articles 1188 à 1192 du Code civil ne présentent pas tous, quant à eux, un caractère supplétif. En effet, excepté l'article 1192 du Code civil incontestablement à caractère impératif, seul l'article 1188 du Code civil, qui se présente à son tour comme la pierre angulaire de l'interprétation subjective à l'image de l'article 1156 du Code civil, pourrait être considéré comme une règle normative, la Cour de cassation admettant parfois sa force obligatoire²⁹². Il ne serait donc pas excessif que l'on puisse espérer voir dans les cinq articles du bloc interprétatif nouveau, d'authentiques règles de droit qui s'imposeraient au juge du fond²⁹³. Alors que la réforme du droit des obligations est vue dans son ensemble comme un véritable bouleversement, force est de constater que pour ce qui est de l'interprétation des contrats, l'esprit qui préside à travers les articles nouveaux, ne diffère pas fondamentalement de celui qui a régi le contenu de leurs prédécesseurs. Quant à la lettre, hormis quelques modifications terminologiques n'ayant que peu d'incidence sur le sens du contrat, certains articles anciens, quant à eux, se sont vus gratifiés d'alinéas nouveaux énonçant, pour certains, des principes déjà exprimés dans le Code civil, mais qui l'étaient de façon diffuse²⁹⁴. Ainsi, les méthodes d'interprétation restent les mêmes, telle la méthode subjective avec la recherche de la volonté commune des parties (Section 1). Il

²⁹⁰ Cf., « Réforme du droit des obligations », supplément au Code civil 2016, Paris, Dalloz, p. VI.

²⁹¹ Voir, C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, n° 7, p. 156.

²⁹² O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, p. 164.

²⁹³ Voir à ce sujet, C. WITZ, « Effets, interprétation et qualification du contrat », *RDC*, 2009, n°1, p. 318.

²⁹⁴ Notamment en ce qui concerne la dénaturation des termes clairs et précis d'une convention qui fait l'objet de l'article 1192 du Code civil.

convient, toutefois, d'observer un renforcement de la méthode d'interprétation objective (Section 2).

SECTION 1. LA MÉTHODE SUBJECTIVE D'INTERPRÉTATION: LA RECHERCHE DE LA VOLONTÉ COMMUNE DES PARTIES

82. Le bloc interprétatif nouveau reste dans la continuité des articles anciens. Antérieurement à la réforme, au livre III du Code civil, plus précisément au titre III, intitulé « des contrats ou des obligations conventionnelles en générale », le Code civil présentait, à l'attention du juge saisi du litige, un certain nombre de directives qui constituaient le droit commun de l'interprétation. Se trouvaient à la section V du chapitre III, « de l'interprétation des conventions », les articles 1156 à 1164 anciens du Code civil, lesquels énonçaient des règles de principe, non impératives, qui portaient pour les uns sur l'interprétation subjective, pour les autres sur l'interprétation objective dès lors que la commune intention des parties ne pouvait être décelée. Précisons à ce propos, qu'il n'existait pas de hiérarchie entre les deux méthodes ; les auteurs Jacques Ghestin, Francis Jamin et Marc Billau, dans leur *Traité de droit civil* de 2001, ont relevé le fait en précisant, qu'« il est [...] permis de penser qu'il n'y a aucun rapport de subsidiarité²⁹⁵ entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective, car l'objet de la première n'est pas le même que celui de la seconde »²⁹⁶. Rien n'a changé en ce sens avec l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles du Code civil. Celles-ci relèvent d'un remaniement de la codification de la section V du chapitre III du titre troisième ancien du Code civil, notamment par l'élimination de certains articles considérés comme étant des « vérités d'évidence », mais aussi par la modification substantielle d'articles anciens ou encore la création de l'énoncé d'un nouvel article.

83. La première des règles reste que si le contenu contractuel s'avère obscur, ce qui doit primer c'est la recherche de la commune intention des parties, telle qu'exposée à l'alinéa premier de l'article 1188 du Code civil qui dispose : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». L'article 1188 du Code civil s'inscrit ainsi dans la continuité de l'article 1156 ancien du Code civil par lequel le législateur de 1804 invitait, de la même manière, le juge à privilégier la recherche de « la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Ce qu'il nous faut voir dans la recherche de la volonté commune, celle que les parties ont réellement exprimé au moment où elles se sont accordées pour former le contrat, c'est qu'elle ne contribue qu'à expliciter le contenu de celui-ci ; il s'agit là pour le juge, de circonscrire le domaine de l'interprétation du contrat litigieux. Or, dans l'hypothèse où la formulation de l'intention commune est en discordance avec la volonté interne, le principe étant que l'esprit doit l'emporter sur la lettre, c'est la volonté réelle qui doit prévaloir ;

²⁹⁵ Cette subsidiarité correspondrait à l'ordre dans lequel se suivent les articles 1156 à 1164 du Code civil, à la section V du chapitre III intitulée « de l'interprétation des conventions ».

²⁹⁶ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 54, p. 75.

encore faut-il qu'elle soit identifiable. L'interprétation subjective dite aussi descriptive, déclarative ou encore explicative, vise à clarifier le contenu obscur du contrat, principalement en recherchant la commune intention des parties. Celle-ci conduit à ne voir dans les articles 1191²⁹⁷ et 1189²⁹⁸ du Code civil, tout comme l'étaient les articles 1157 à 1164 anciens²⁹⁹, que de simples moyens pour le juge de découvrir la volonté réelle des parties, ce que Olivier Deshayes appelle des « recettes »³⁰⁰. Ces articles doivent être vus comme des outils qui permettent au juge de découvrir la commune intention des parties, comme l'y invite l'article 1188 du Code civil dans son alinéa 1^{er}. Or, on ne peut aborder l'interprétation du contrat à travers les articles nouveaux sans à entrer, ne serait-ce que succinctement, sur ce qu'il est advenu des articles anciens qui ont inspiré, tant sur l'esprit que sur la lettre, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016. Soit qu'ils aient été abrogés (§1), soit qu'ils aient fait l'objet d'une substitution au profit d'un article nouveau (§2).

§1. Retour sur les articles anciens abrogés

84. Afin d'aborder la méthode subjective d'interprétation qui relève de l'ordonnance du 10 février 2016, il n'est pas vain de revenir sur le bloc interprétatif ancien. Si l'on se reporte antérieurement à l'entrée en vigueur³⁰¹ de l'ordonnance du 10 février 2016, deux textes secondaires, les articles 1159 et 1164 du Code civil, portaient sur l'interprétation subjective. Ces directives permettaient au juge, dans la recherche de la volonté interne des parties, d'étendre le champ d'application du contrat au-delà de ce qui pouvait être exprimé dans l'*instrumentum*³⁰². Bien que ces deux articles aient été abrogés par l'ordonnance de 2016, précisons toutefois qu'elle pouvait en être l'utilité pour le juge dans l'application de la méthode subjective.
85. S'agissant de l'article 1159 ancien du Code civil³⁰³, la règle édictant que : « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » posait problème. D'une part, elle était considérée comme étant une norme subjective, car elle concernait la clarification d'une volonté qui serait exprimée de manière imprécise³⁰⁴. D'autre part, comme l'ont précisé certains auteurs, elle

²⁹⁷ Article 1191 du Code civil : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui fait produire aucun ».

²⁹⁸ Article 1189 du Code civil : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ».

²⁹⁹ À l'exception de l'article 1162 ancien.

³⁰⁰ Cf., O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, p. 163.

³⁰¹ Le 10 octobre 2016.

³⁰² Cf., J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 188.

³⁰³ Article 1159 ancien du Code civil : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

³⁰⁴ Voir, J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, p. 188.

pouvait être comprise aussi, comme une directive d'interprétation qui « marque un glissement vers une approche plus objective »³⁰⁵, ce qu'a recherché au final l'ordonnance du 10 février 2016. Suivis en cela par Laurent Boyer, ce dernier avance quant à lui que la référence aux usages est nécessairement extérieure à la volonté des parties, marquant ainsi son désaccord avec Jacques Dupichot. Les auteurs Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billau, estiment en fait que plutôt que de les opposer, il faut considérer ces deux conceptions comme complémentaires³⁰⁶. Faut-il comprendre dans cette hypothèse que ne ressortait pas clairement des termes de l'article 1159 du Code civil, la volonté des parties, mettant ainsi en doute la nature de la directive ? Par ailleurs, l'utilité d'un tel article, au regard de la locution « dans le pays où le contrat est passé », qui figurait dans l'énoncé, ne paraît pas appropriée à l'application d'un usage déterminant, dès lors que celui-ci se référerait au lieu de la formation du contrat³⁰⁷. Le lieu où les parties vont exécuter leurs obligations nous semble, au contraire, plus significatif dès lors qu'il s'agit de plaquer à l'expression de la volonté supposée des parties, un usage local ou professionnel³⁰⁸, afin que le juge puisse palier l'obscurité des volontés internes qu'il recherche. En fait, cette règle ne faisait qu'indiquer la possibilité pour le juge de s'appuyer sur un élément concret, l'usage, lequel dans le doute permet de circonscrire la volonté des parties à une règle qui relève d'une pratique générale et qui correspond à l'objet du contrat conclu. Cette référence à l'usage n'a pas disparu du Code civil puisque nous la retrouvons au chapitre IV du titre troisième, à l'article 1194 du Code civil³⁰⁹, lequel est subrogé à l'article 1135 du Code civil³¹⁰.

86. Figurant parmi les articles abrogés, l'article 1164 du Code civil, exprimait, quant à lui, une règle qui constituait « une application directe du principe consensualiste originaire »³¹¹. Cet article invitait le juge à ne pas interpréter de manière exhaustive le cas exprimé pour l'explicitation d'une obligation, mais de l'étendre à tout ce que les parties étaient censées vouloir, alors que ces cas ne figuraient pas à l'*instrumentum*.

³⁰⁵ Voir, F. TERRE, C. JAMIN, M. BILLAU, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 451, p. 455.

³⁰⁶ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de Droit, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 33, p. 45.

³⁰⁷ Cf., J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, p. 188

³⁰⁸ Cf., J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *ibid.*, p. 188. « Le lieu de l'exécution du contrat rend parfaitement compte de la jurisprudence commerciale contemporaine relative à l'opposabilité des usages à un cocontractant n'appartenant pas à la même région où à la même branche d'activité ».

³⁰⁹ Art. 1194 du Code civil : « Les contrats obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

³¹⁰ Art. 1135 ancien du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toute les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³¹¹ Cf., J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, p. 189.

87. L'article 1158 ancien du Code civil³¹², fondé sur l'idée que les cocontractants sont des personnes raisonnables et censées, a été à son tour touché par la réforme. Il invitait à interpréter le contrat par référence à la matière du contrat. L'article laisse apparaître une note subjective certaine, mais à la différence des articles 1163 et 1164 du Code civil, il ne faisait qu'appeler à une vision globale du contrat et de sa finalité³¹³. L'article 1158 du Code civil a été abrogé, tout comme l'a été l'article 1159 du Code civil qui énonçait que « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».
88. Quant à l'article 1163 du Code civil était vu lui aussi comme une disposition subjective : « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter ». Se présentant comme étant la réciproque de l'article 1164 du Code civil, la règle laissait entendre, dès lors que les volontés ont été exprimées de manière générale, que le juge doit se limiter aux termes du contrat, mais aussi à ne pas aller au-delà de ce que prévoit la lettre, si telle paraît être l'intention véritable des parties³¹⁴. On retrouvera par ailleurs le sens de ces deux articles dans les directives conventionnelles d'interprétation que sont les clauses d'intégralité et la clause de voisinage³¹⁵.
89. Autrement dit, cette description des articles 1158, 1163 et 1164 du Code civil, tout comme les articles 1159 et 1160 du Code civil, qui ont été exclus de la codification, dès lors qu'ils énonçaient des règles « moles », à connotation subjective, nous permet de comprendre la finalité de l'ordonnance du 10 février 2016 qui est de rechercher l'optimisation de la lisibilité des articles relatifs à l'interprétation du contrat, ainsi que sa sécurisation lors de l'intervention judiciaire.

§2. Les articles nouveaux substitués aux articles anciens à connotation subjective

90. Parmi les cinq articles nouveaux consacrés à l'interprétation du contrat par le Code civil, seul l'article 1188 alinéa 1^{er} du Code civil, substitué à l'article 1156 dont il prolonge l'esprit dans un alinéa second, reste emblématique de l'interprétation subjective³¹⁶. Il invite le juge à rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes du contrat. En revanche, le législateur a prévu pour la majeure partie de l'ordonnance du 10 février 2016 une codification à droit constant de la jurisprudence ; cette dernière étant par essence fluctuante, elle ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que

³¹² Art. 1158 ancien du Code civil : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

³¹³ Voir, J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, p. 193.

³¹⁴ Cf., O. DESHAYES, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *Colloque, « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, p. 162.

³¹⁵ *Infra* n° 120 et 123.

³¹⁶ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 501, p. 420.

seul peut offrir un droit écrit³¹⁷. Le législateur a pris le soin de créer un nouvel article qui porte sur la dénaturation du contrat par l'interprète. L'article 1192 du Code civil³¹⁸, reprend ainsi les dispositions doctrinales et jurisprudentielles sous les articles 1156 et 1134 anciens du Code civil. Par ce texte, le législateur consacre les termes de l'arrêt rendu le 15 avril 1872 par la Cour de cassation, selon lesquels « il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme »³¹⁹. L'injonction législative adressée au juge du fond de ne pouvoir interpréter que les actes qui sont obscurs et/ou ambigus, l'expose clairement à la sanction de dénaturation. Faut-il le rappeler, que s'agissant de l'interprétation des éléments de fait, le juge du fond détient un pouvoir souverain sur l'interprétation des conventions³²⁰, mais qui toutefois n'est pas absolu. On peut ainsi constater, que l'article 1192 du Code civil précise expressément les limites du pouvoir du juge du fond sur l'interprétation du contrat, mais aussi qu'implicitement, il marque le pouvoir du juge de cassation sur les décisions erronées de ce dernier, par le fait qu'il soit garant de la dénaturation qui est une question de droit. Plus simplement, ce qu'il nous faut retenir à la lecture des articles 1188 alinéa premier et de l'article 1192 du Code civil, c'est que dans son énoncé, le premier se contente de rappeler la primauté de la commune intention des parties sur le sens littéral des termes du contrat, le second édicte la règle de dénaturation sanctionnant l'interprétation d'une clause claire et précise.

91. Pour revenir à l'article 1188 alinéa 1^{er} du Code civil, un point est à souligner quant à l'application de la règle. Une clause peut être claire et précise sans pour autant traduire la volonté réelle des parties. Il nous paraît opportun, à ce stade de la réflexion, de revenir sur la question du rapport qui peut exister entre la volonté dite « interne » et la volonté « déclarée » des parties. Partant du principe qu'il n'y a pas lieu d'opposer la méthode subjective d'interprétation à la méthode objective³²¹, peut-on conclure qu'il en est de même en ce qui concerne la volonté interne et la volonté déclarée des cocontractants ? Autrement dit, quel peut être le rapport qui les unit ou qui les oppose ? On ne peut nier, d'ores et déjà, qu'il est un exercice particulièrement difficile pour le juge que d'établir une correspondance entre la volonté interne d'une personne qui relève de l'intime et la volonté que celle-ci a exprimée dans l'acte instrumentaire. Si on reprend la position de Jacques Ghestin, Francis Jamin et Marc Billau la question posée est la suivante : La volonté interne et la volonté déclarée ont-elles le même objet et dans la mesure, où elles ont le même objet, existe-t-il entre elles un rapport de subsidiarité ou bien sont-elles complémentaires ? En premier lieu, dans

³¹⁷ Cf. Objectif de la réforme. Ordonnance du 10 février 2016, p. VI.

³¹⁸ Art. 1192 du Code civil : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

³¹⁹ Cass. civ., 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*. H. CAPITAN, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 161, p. 156 et s.

³²⁰ Cass., sect. réun., 2 février 1808, *Lubert c/ Wancareghem*. H. CAPITAN, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t 2, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1610, p. 153 et s.

³²¹ Cf., J. DUPICHOT, « Pour un retour au texte : défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, n° 6, p. 185.

l'hypothèse où la volonté interne correspondrait à la volonté déclarée, le problème ne se pose pas. Mais pour le cas où la volonté déclarée des parties pourrait ne pas correspondre réellement à la volonté interne de chacune d'elles, qu'en est-il de l'objet qui anime ces volontés? Dissociations les deux manifestations de la volonté. L'une, relative à l'intention de contracter, doit se comprendre comme la volonté interne d'ordre psychologique, autrement dit la volonté intime qui est celle de satisfaire un souhait, un besoin. L'autre est la volonté de contracter, c'est à dire, pour chacune des parties, de consentir à s'obliger pour aboutir à un accord. Rien qui indique que ces deux volontés s'opposent, ni qu'il existe entre elles un rapport de dépendance ; elles sont éventuellement complémentaires, parce qu'indubitablement, elles n'ont pas le même objet. De plus, l'interprétation dont il est question ne porte pas sur une éventuelle discordance qui pourrait exister entre la volonté interne et la volonté déclarée de chacune des parties. En revanche, la rencontre des volontés de contracter comprise comme le consentement mutuel, celui qui forme le contrat par un accord sur les éléments essentiels, présente quant à lui un objet commun qui diffère de l'objet qui relève de l'intime. Or, ce qui intéresse le juge du fond dans son office, c'est de déterminer cette intention sous la double réserve des directives d'interprétation objective des articles 1189 à 1191 du Code civil et de la dénaturation, fixée à l'article 1192 du Code civil³²².

SECTION 2. LE RENFORCEMENT DE LA MÉTHODE D'INTERPRÉTATION OBJECTIVE PAR L'ORDONNANCE DU 10 FÉVRIER 2016

92. Si à la lecture de l'*instrumentum*, le juge constate qu'il n'y a pas de volonté décelable qu'il serait tenu de respecter dès lors qu'elle serait correctement extériorisée et de surcroît, qu'il se trouve confronté à un texte confus, avec l'impossibilité d'établir la réalité d'une commune intention des parties. La difficulté réside dans la recherche des volontés internes qui devraient se retrouver dans l'*instrumentum*. Dans cette hypothèse, deux solutions s'offrent au juge. Soit il constate un vice du consentement au titre de l'article 1130 du Code civil³²³, telle que l'erreur. Il peut s'agir de l'erreur sur la personne dans les cas où la personnalité était déterminante de l'accord³²⁴ ou encore sur la nature ou l'objet du contrat au sens de l'erreur-obstacle³²⁵. Celle-ci se définit comme étant « un malentendu fondamental entre les parties sur l'objet même ou sur la nature du contrat » et qui « fait obstacle » à la formation du contrat³²⁶. Dans ce cas, le juge

³²² Cf., G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 502, p. 421.

³²³ Art. 1130 du Code civil : « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

³²⁴ Cf. A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 91, p. 84.

³²⁵ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 339, p. 365.

³²⁶ Voir, A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 91, p. 64.

en déduit qu'il n'y a jamais eu rencontre des volontés des parties et annule alors le contrat au motif que la commune intention n'existe pas. Soit il peut considérer que la commune intention existe. Bien qu'elle soit difficilement décelable, le juge tente alors de sauver le contrat par une interprétation objective en prenant en considération un certain nombre d'éléments qui permettront de dégager le sens de la stipulation contestée³²⁷. Il s'agit pour le juge de replacer la volonté des parties dans le contexte où elle a été émise pour qu'elle soit susceptible d'avoir un sens. « C'est donc à la volonté déclarée des parties qu'il faut donner un sens, parce que celle-ci est censée constituer l'exact reflet de leurs deux volontés internes »³²⁸.

93. Si la méthode d'interprétation subjective, comprise comme l'interprétation explicative du contrat, dite aussi déclarative, peut amener le juge à découvrir la commune intention des parties, *a contrario*, à défaut de découvrir l'intention des parties, le juge peut aussi se référer à des éléments extérieurs à la volonté de ces dernières. En ce sens, inspirée du bloc interprétatif ancien, l'ordonnance du 10 février 2016 a renforcé la méthode d'interprétation objective à travers les articles nouveaux du chapitre III du Code civil, intitulé : « L'interprétation du contrat » (§1), auxquels il nous semble logique de joindre l'article 1194 qui figure au chapitre IV du Code civil intitulé : « les effets du contrat » (§2).

§1. L'interprétation objective à travers les articles nouveaux du Code civil

94. Les directives nouvelles d'interprétation du Code civil, n'ont en principe pour objet, comme les règles anciennes, que d'aider le juge dans sa recherche de la volonté des parties. Elles ne s'imposent pas aux parties et n'altèrent en aucun cas le pouvoir souverain du juge qui reste libre du choix de sa méthode d'interprétation³²⁹ ; l'objectif du législateur étant que ces dispositions nouvelles ne font que renforcer la méthode d'interprétation objective. Sous la férule du juge, la méthode permet d'assurer une plus grande maîtrise de l'interprétation des conventions, une objectivation qui se traduit à la fois par la référence à « la personne raisonnable » (A), mais aussi, dans l'esprit de la règle ancienne, à l'interprétation dite *in favorem* (B) ou encore aux recommandations des articles 1189 et 1191 nouveaux du Code civil (C).

A. La référence à la « personne raisonnable »³³⁰

95. La « personne raisonnable »³³¹ constitue une référence nouvelle pour interpréter le contrat³³² dès lors que la commune intention est indécélable. On trouve la

³²⁷ Cf., C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, 1ère partie, Conditions de formation, op. cit.*, n° 141, p. 123.

³²⁸ Cf., C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, RDC, mars 2015, n° 2, p. 154.

³²⁹ Voir à ce sujet, D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, RDC, mars 2015, *op. cit.*, n° 4, p. 188.

³³⁰ Locution qui a été substituée à celle de bon père de famille.

³³¹ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 503, p. 422.

notion à l'alinéa deuxième de l'article 1188 du Code civil, lequel énonce : « Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Par l'adjonction de ce standard qui relève d'un principe d'interprétation par défaut, le législateur envisage clairement l'hypothèse où la commune intention ne peut être découverte. S'agissant de la rencontre des volontés de contracter, autrement dit « la commune intention des parties », telle qu'elle est énoncée à l'article 1188 du Code civil³³³, le contrat litigieux doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en se limitant aux termes de son contenu. Cette approche paraît paradoxale puisqu'il n'est pas envisageable d'effectuer une interprétation quelle qu'elle soit sans s'arrêter sur la lettre du contrat. À cela s'ajoute le doute sur la possibilité d'identifier clairement la volonté interne de chacune des parties. En fait, le juge doit rechercher la commune intention des parties sans être tenu par la lettre du contrat³³⁴, ce qui n'est pas la même chose. On ne peut effectuer une interprétation subjective dite aussi « déclarative » ou encore « explicative », sans se fonder sur un minimum d'éléments objectifs. Pour ce qui est de la dimension objective, les directives d'interprétation s'appliquent par exemple, lorsqu'il s'agit de présumer logiquement de la volonté des parties pour valider, selon la règle de l'article 1191 du Code civil, entre deux clauses obscures, celle qui va dans le sens du contrat ; ou encore d'interpréter le contrat selon l'alinéa deuxième de l'article 1188 du Code civil en se référant au sens que lui donnerait une personne raisonnable. Précisons en cela, que la locution « personne raisonnable » a remplacé depuis 2014³³⁵ l'expression traditionnelle devenue désuète de « bon père de famille », au sens où « la personne raisonnable est un contractant moyen placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu »³³⁶. Ainsi, dans l'hypothèse où le juge, à la recherche de la commune intention énoncée à l'alinéa premier de l'article 1188 du Code civil, ne parvient pas à déterminer ce que les parties ont voulu, celui-ci va devoir se tourner vers la méthode objective en se reportant à l'alinéa second pour interpréter le contrat. L'article 1188 du Code civil³³⁷, par l'adjonction de ce second alinéa qui constitue la première modification visible apportée par la réforme des règles anciennes d'interprétation du Code civil, se fonde sur la notion de personne raisonnable qui est un principe d'interprétation par défaut où la volonté des parties n'apparaît pas et qui confirme bien la volonté du législateur de renforcer la méthode objective d'interprétation. Inspiré des Principes du droit européen des contrats, le juge va

³³² Voir, N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *op. cit.*, n° 2, p. 193.

³³³ Art. 1156 ancien du Code civil : « On doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

³³⁴ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 502, p. 421.

³³⁵ Notion généralisée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes qui a remplacé l'expression « bon père de famille ».

³³⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 500, p. 563.

³³⁷ Art. 1188 du Code civil : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même intention ».

devoir s'en tenir à ce que les parties sont supposées avoir voulu, en prenant en compte tous les éléments subjectifs et objectifs qu'il aura pu déceler.

B. L'interprétation in favorem dans l'esprit de la règle ancienne.

96. Pour ce qui est de l'interprétation *in favorem*, l'article 1190 du Code civil, substitué à l'article 1162 ancien, énonce que : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». L'article 1190 du Code civil, s'il confirme l'esprit de l'article 1162 ancien, marque clairement la distinction entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. Si le premier a pu faire l'objet de négociations entre le créancier et le débiteur dans le second, la possibilité de négociation étant inexistante, le contenu de ce dernier s'interprète contre celui qui l'a proposé. Ainsi, le législateur identifie le créancier au rédacteur de l'acte dont les termes sont imposés au débiteur qui y consent. En fait, il est logique que celui qui a proposé une clause dont la rédaction est défectueuse, doit en supporter les conséquences. L'effet attendu au regard de ces deux règles, est encore d'assurer une plus grande maîtrise de l'interprétation³³⁸. Alors que l'article 1162 ancien du Code civil, à caractère supplétif ne liait pas le juge, l'article 1190 du Code civil³³⁹, quant à lui, lie celui-ci de façon impérative. Le juge doit faire prévaloir le sens le plus favorable de la clause litigieuse en faveur du consommateur. En cela, il n'y a pas de disposition d'interprétation qui puisse déroger à la règle d'interprétation consumériste, « la liberté contractuelle bute inévitablement contre l'ordre public consumériste qui exclut l'interprétation favorable au professionnel »³⁴⁰. L'article 1190 du Code civil tout en reprenant les termes de l'article 1162 ancien du Code civil³⁴¹ relatif à « l'interprétation *in favorem* », au profit du débiteur dans les contrats de gré à gré, énonce également qu'un contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé, permettant, par une interprétation équitable, de protéger la partie la plus faible. Selon une doctrine constante³⁴², la règle s'entend d'une interprétation systématiquement favorable à la personne considérée comme étant en position de faiblesse. Cela concerne les clauses de contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels, qui sont rédigés de manière obscure et ambiguë. Il ne peut y avoir de place au doute, dès lors que la clause n'est ni claire ni précise. On en trouve l'application dans les contrats d'adhésions, tels que le contrat d'assurance qui présentent un déséquilibre entre l'assureur et l'assuré.

³³⁸ Voir à ce sujet, N. MARTIAL-BRAZ, « l'objectivation de méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », Colloque « L'interprétation une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, mars 2015, p. 193.

³³⁹ Art. 1190 du Code civil : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

³⁴⁰ Cf., D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, n° 17, p. 191

³⁴¹ Art. 1162 ancien du Code civil : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

³⁴² Voir à ce sujet, J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, n° 22, p. 201.

97. L'article 1190 du Code civil, dans son énoncé, et c'est en cela la différence avec son prédécesseur, distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion, lequel s'interprétera contre celui qui l'aura proposé. Celui-ci permet, par une interprétation équitable, de protéger la partie la plus faible. Selon une doctrine constante³⁴³, la règle s'entend d'une interprétation systématiquement favorable à la personne considérée comme étant en position de faiblesse. Cela concerne les clauses de contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels, qui sont rédigés de manière obscure et ambiguë. Il ne doit y avoir doute dès lors que la clause n'est ni clair ni précise. La règle est par ailleurs reprise à l'article L. 133-2 du Code de la consommation qui énonce : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». Dans le contrat de vente, l'article 1602 du Code civil énonce quant à lui le principe de l'interprétation *contra proferentem* ou *in favorem* : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Ainsi, dans les contrats d'adhésion, retrouve-t-on l'application de la règle qui oppose le profane à celui qui détient la connaissance ou encore le faible au dominant.

C. Les recommandations des articles 1189 et 1191 du Code civil

98. Sans pour autant que l'on puisse les considérer *lato sensu* comme des méthodes d'interprétation, les articles 1189 et 1191 du Code civil, figurant au sein du bloc interprétatif nouveau du Code civil, peuvent être considérées comme des recommandations, visant l'utilité de l'opération contractuelle³⁴⁴. Tout en se reliant à une méthode d'interprétation d'inspiration objective, ces articles se présentent comme des conseils de bon sens, permettant de cerner l'intention des cocontractants. On peut dire en reprenant certains mots de François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette³⁴⁵, qui s'adaptent à la circonstance, que les dispositions qui suivent l'article 1188 du Code civil ne font que compléter la directive de principe qu'il pose.

99. En cela, l'article 1189 du Code civil³⁴⁶ permet, dans un premier alinéa, de donner aux éléments litigieux du contrat le sens qui résulte globalement de l'acte tout entier. Le législateur reprend ainsi *in extenso* les termes de l'article 1161 du Code civil, lequel lors de l'interprétation des clauses contractuelles litigieuses, tient

³⁴³ Voir à ce sujet, J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », *ibid.*, n° 22, p. 201.

³⁴⁴ Cf., G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, n° 504, p. 424.

³⁴⁵ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 451, p. 454 s.

³⁴⁶ Article 1189 du Code civil : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.

Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ».

compte de la cohérence de l'acte dans son entier. Un second alinéa vient compléter l'article 1189 du Code civil, en étendant la règle aux ensembles contractuels, conformément à la jurisprudence³⁴⁷.

100. L'article 1191³⁴⁸, substitué à l'article 1157 ancien du Code civil³⁴⁹, énonce quant à lui, dans une formule plus concise qui clarifie le texte : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun », donnant ainsi la possibilité au juge, par une interprétation utile, de préserver le contrat qui garde ainsi son efficacité, tout en respectant la volonté des parties.

101. Ainsi, tout en maintenant le principe de l'interprétation subjective dont on sait que le fondement est l'autonomie de la volonté et de son corollaire la liberté contractuelle, force est de constater que la réforme du droit des contrats tendant vers l'objectivation des méthodes d'interprétation n'a laissé qu'une partie congrue à l'interprétation subjective et qu'il ne reste plus grand-chose du « bloc » ancien concernant les directives d'interprétation des conventions, sinon l'essentiel : l'article 1188 substitué au légendaire article 1156 ancien du Code civil.

§2. L'interprétation créatrice, une méthode d'interprétation objective

102. Au-delà des articles 1188 à 1192 du Code civil, on trouve au sein du Code civil des articles qui apparaissent comme des directives d'interprétation objective. Il est vrai que l'interprétation dite « créative » ou « objective », officinée par le juge, comble le silence de la convention par des éléments objectifs. Dès lors que la volonté des parties ne peut être révélée, le juge peut interpréter le contrat en faisant appel à la loi, l'usage, la bonne foi et l'équité en se référant aux articles 1194 et 1104 du Code civil. Substitué à l'article 1135 du Code civil³⁵⁰, sur lequel le juge prenait appui pour combler les lacunes du contrat afin d'en déterminer le contenu, l'article 1194 du Code civil énonce la même règle dans les mêmes les termes, ce qui ne change en rien le fondement de la méthode. Ce sont des articles qui portent à la fois sur la volonté déclarée des parties, et sur l'effet des obligations pour lesquelles elles se sont engagées. Il n'est donc pas surprenant de constater que l'article 1194 du Code civil³⁵¹ dont on déduit de son énoncé que le contenu du contrat ne résulte pas uniquement de l'accord des

³⁴⁷ Cf., « Réforme du droit des obligations », supplément au Code civil 2016, Paris, Dalloz, p. 18.

³⁴⁸ Art. 1191 du Code civil : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun ».

³⁴⁹ Art. 1157 ancien du Code civil : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

³⁵⁰ Art. 1135 ancien du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁵¹ Art. 1194 du Code civil : « Les contrats obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, les usages ou la loi ».

parties, mais également à ce qui relève de la loi, des usages et de l'équité³⁵², a été placé par le législateur au sein du Code civil, au chapitre traitant des effets du contrat dans une sous-section relative à la force obligatoire du contrat. Même si il semble que l'article 1194 du Code civil, traite moins des effets du contrat que de son contenu, ce qui n'apparaît pas comme une évidence, serait-il logique qu'il figure dans le bloc des articles 1188 à 1192 du Code civil ? Tout est dans la différence entre les méthodes subjectives et objectives autrement dit, entre l'interprétation dite explicative et l'interprétation créatrice, même si celles-ci peuvent s'avérer complémentaires. Il n'est plus à préciser que la première consiste à rechercher le sens du contrat en supposant une volonté exprimée qui doit être clarifiée, alors que la seconde doit être vue comme une technique qui permet la détermination du contrat dans la mesure où la volonté des parties n'apparaît pas. À ce propos, précisons que la détermination du contrat ne se fonde pas sur la volonté des parties et ne consiste pas à révéler le sens de la convention qui ressort de commune intention. Elle doit se comprendre comme un comblement des lacunes de l'*instrumentum*, un réajustement des défaillances du contrat. Le problème qui se pose est que dès lors qu'on considère que le rôle de l'interprétation créatrice est le « complètement » du contrat, il faut reconnaître que c'est précisément l'objet des règles supplétives. Il ressort par exemple des articles 1626 ou 1729 du Code civil, relatifs à la garantie d'éviction qu'en l'absence de stipulation portant sur la garantie, il est difficile d'admettre que le juge interprète le contrat. Il ne fait qu'appliquer la règle afférente à ces articles.

103. Il faut en revanche pour cela, que le contrat soit qualifié. Comme par exemple, un contrat de vente relativement à l'article 1626 du Code civil, où de bail en ce qui concerne l'article 1729 du Code civil. Le procédé sera pratiquement le même lorsque le juge complètera la convention par référence aux usages, qui apparaissent de plus en plus comme des normes objectives ou à l'équité, laquelle est le fondement des règles de droit d'origine jurisprudentielle relatives au contenu du contrat. Dès lors que le juge complète le contrat de vente par une obligation de sécurité ou un devoir de conseil, ce n'est pas le sens du contrat litigieux qu'il recherche ; il crée une véritable règle de droit à partir de la qualification du contrat qu'il va appliquer au contrat litigieux³⁵³. Or, si l'application de cette méthode commande à ce que la qualification du contrat soit établie préalablement, contrairement aux articles 1188 à 1192 qui conduisent à rechercher le sens du contrat, afin d'aboutir à la qualification, il est par conséquent logique que « La détermination du contrat constitue une question de droit puisqu'elle découle mécaniquement de la qualification du contrat, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les circonstances de l'espèce ».

³⁵² Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 521, p. 439.

³⁵³ Cf., A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, op. cit., n° 7, p. 168.

CHAPITRE DEUXIÈME

LES DISPOSITIONS CONVENTIONNELLES D'INTERPRÉTATION

104. Les imperfections, les obscurités ou encore les imprécisions qui figurent au contenu contractuel sont une source d'insécurité juridique amenant à des contentieux qui peuvent être lourds de conséquences. Conscient de l'importance que peut revêtir la prévention des risques d'interprétation du contrat qu'ils ont conclu, les contractants ont su réagir au fil du temps exprimant en cela une volonté commune par l'explicitation des termes et des modalités de leur engagement. Le contrat formé est en effet susceptible de présenter un risque de conflit dans le temps qui pourra être soumis à l'intervention du juge. Ainsi, selon le principe de la liberté contractuelle, les parties, par la fixation d'un certain nombre de clauses spécifiques, vont anticiper l'interprétation de la convention. C'est à la fois une volonté de clarifier tel ou tel élément jugé confus ou difficilement compréhensible par sa technicité, mais aussi la volonté de contrôler le pouvoir du juge quant à la nature et le choix de ses interventions. Ces dispositions conventionnelles renforcent la sécurité de la convention en « instillant une dose de prévisibilité »³⁵⁴, anticipant les risques de litiges et par là-même de procès qui s'en suivraient³⁵⁵. Jouant un rôle de pare-feu, elles s'imposent tant au juge qu'aux parties puisqu'elles permettent aussi à ces dernières de se neutraliser en cas de désaccord. Ainsi, l'aménagement conventionnel relatif à l'interprétation du contrat qui s'ordonne, comme toute norme contractuelle, dans le respect des règles énoncées aux articles 1103³⁵⁶, 1104³⁵⁷ et 1193³⁵⁸ du Code civil, s'effectue par l'élaboration de clauses préventives qui portent d'une part, sur l'explicitation des dispositions

³⁵⁴ Cf., D MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *op. cit.*, RDC, mars 2015, n° 6, p. 188.

³⁵⁵ Voir, D MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, RDC, mars 2015, n° 2, p. 187.

³⁵⁶ Art. 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». L'article reprend le sens de l'article 1134 al. 1^{er} ancien. Seul le terme de contrat remplace celui de convention.

³⁵⁷ Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

³⁵⁸ Art. 1193 du Code civil : « Les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». L'article reprend les termes de l'al. 2 de l'article 1134 ancien du Code civil.

contractuelles (Section 1) d'autre part, sur la fixation de clauses de méthode d'interprétation (Section 2).

SECTION 1. LES CLAUSES D'EXPLICITATION DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

105. Bien que l'opération d'interprétation soit sous le contrôle du juge et même si celui-ci a un pouvoir souverain pour interpréter le contrat, il ne peut en dénaturer les termes au mépris de la volonté des parties. Ainsi, les clauses d'explicitation des dispositions contractuelles sont les clauses qui énoncent les modalités relatives aux engagements qui incombent aux parties de la même manière qu'elles représentent, à l'adresse du juge, des dispositions qui éclairent sur le sens et la nature des éléments du contenu contractuel que ce dernier devra interpréter dès lors qu'il sera saisi d'un litige. « Ces clauses [...] s'inscrivent dans une vision du droit des contrats, exprimant l'impératif d'efficacité économique »³⁵⁹. On ne peut cependant que constater, relativement au droit commun, le peu d'intérêt qu'elles suscitent en doctrine, en jurisprudence mais plus encore, le silence qui prévaut au niveau législatif³⁶⁰. La réforme n'a changé en rien la liberté qu'ont les contractants de faire valoir leur volonté, dès lors que celle-ci se conforme à la règle de l'article 1102 du Code civil³⁶¹ qui reprend le principe de l'article 6 relatif à l'ordre public. Afin d'éviter le risque d'intrusion du juge dans le contrat, les parties anticipent alors les possibilités d'erreur, de confusion ou de lacunes, qui peuvent entraîner des situations conflictuelles. Autrement dit, la rédaction des clauses spécifiques à la compréhension du contenu contractuel³⁶², relève de la liberté des parties d'exposer conventionnellement, au moyen de clauses de définition, l'interprétation qu'elles entendent donner à certains éléments qui figurent dans l'acte (§1) mais aussi, par une clause d'information, de retenir le caractère uniquement informatif d'un élément du contrat en l'écartant du domaine contractuel (§2), ou encore de prévenir à travers une clause de priorité, le risque de contradiction entre différents documents contractuels (§3).

³⁵⁹ Cf., D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 187.

³⁶⁰ Voir, D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, mars 2015, n° 1, p. 145, spéc. p. 187.

³⁶¹ Art. 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

³⁶² Voir, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 168-1, p. 104.

§1. La clause de définition, le sens des termes contractuellement définis

106. Éviter la contradiction entre les termes ou expressions utilisés par les parties et assurer leur compréhension dès lors qu'ils présentent un risque de confusion, passe par la fixation de clauses de définition. Elles ont pour but de définir avec précision les termes sensibles figurant à l'*instrumentum*.
107. Appelée aussi « clause de sens »³⁶³, la clause de définition précise, par une terminologie appropriée, la signification donnée conventionnellement à des termes juridiques, techniques, commerciaux ou industriels dont la technicité présente une difficulté de compréhension susceptible de donner lieu à des interprétations divergentes³⁶⁴. Elle facilite, en cela, une interprétation immédiate et identique des termes utilisés³⁶⁵. S'agissant par exemple de termes techniques, les cocontractants ne doivent pas s'en tenir à une définition stricte donnée en début de contrat qui pourrait s'opposer plus loin à une définition plus large³⁶⁶, comme il en existe dans le contenu d'annexes techniques intégrées à l'acte instrumentaire, qui viennent apporter la confusion des termes employés dans l'objet du contrat. Mais aussi sur le sens ou la portée d'un terme générique lequel serait utilisé un certain nombre de fois dans l'acte instrumentaire, tout comme le terme de « produit », compris au sens commun, que l'on retrouve dans les contrats commerciaux, mais qui peut se décliner selon de nombreuses configurations. Quant aux termes juridiques, il s'agit là aussi de définir le sens précis à donner à un mot ou une locution dans le contrat. Par anticipation à un éventuel litige, l'objet de la clause de définition correspond ainsi à la volonté des parties d'éclairer les termes employés dans l'acte instrumentaire, par une explication destinée à les rendre compréhensibles³⁶⁷, mais encore d'explicitier les termes des engagements des cocontractants afin de lever toute équivoque. Hormis le fait que l'explicitation des termes de l'*instrumentum* présente un intérêt pour les parties elles-mêmes, il s'agit pour les contractants de s'assurer que l'interprétation par le juge d'un élément contractuel, que ce soit un simple mot ou bien une clause, ne donnera pas un résultat différent du sens qu'ils ont voulu donner à la formation du contrat. Une interprétation divergente de cet élément pourrait en réduire l'efficacité ou en aggraver la portée.
108. En d'autres termes, aux fins de prévenir une interprétation faussée par des éléments qui présentent un risque de confusion ou d'imprécision, les parties par une clarification en éliminent les risques. Il s'agit bien d'anticiper tout litige quant au sens de certains termes présents dans l'*instrumentum* qui risquent de se

³⁶³ Cf., D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *RDC*, mars 2015, n° 6, p. 188.

³⁶⁴ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, Paris, LGDJ, 2003, n° 254, p. 145.

³⁶⁵ Sur ce point, B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques, op. cit.*, n° 257, p. 146.

³⁶⁶ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 122, p. 66.

³⁶⁷ Voir, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 607, p. 312.

prêter à une interprétation non voulue par les parties. Il n'est pas rare en effet de constater que les écrits présentent de nombreuses imperfections. La rédaction d'un acte peut être souvent maladroite ou incomplète, provoquant ainsi l'obscurité ou l'ambiguïté de ses termes, mais abriter aussi la présence de contradictions ou d'incohérences qui se dissimulent dans la formulation des clauses de l'*instrumentum*. L'intérêt de définir certains termes ou autres dispositions figurant dans l'acte instrumentaire, c'est de prévenir les risques d'erreurs quant à leur compréhension, au sens où les cocontractants se sont entendus sur une explication des termes considérés. La mise en place d'un vocabulaire commun va permettre la cohérence de l'écrit et faciliter leur entente. Cela permet aussi d'apporter un éclairage sur les éléments susceptibles d'ambiguïté, dès lors qu'ils pourraient être interprétés de manière erronée, soit en vertu d'une contradiction possible entre les mêmes termes soit, du fait de l'imprécision d'une disposition contractuelle.

109. Les parties donnent ainsi, à travers ces clauses, une définition intelligible des termes qui sont mentionnés dans l'acte instrumentaire, définition qu'elles considèrent comme étant celle qui correspond le mieux au sens qui prévaut à l'esprit de la convention³⁶⁸. La clause de définition trouve par ailleurs son utilité dans l'explicitation des termes sensibles figurant à l'*instrumentum*, qui peut être aussi « dans tous les cas, un moyen de qualifier et, donc, d'appliquer un régime juridique correspondant à la notion définie »³⁶⁹.

§2. La clause d'information sur la nature d'un élément donné

110. Comme la clause de définition, la clause d'information est un éclairage sur la volonté des parties de clarifier le contenu contractuel. Une clause d'information peut, soit renseigner le juge en ce qui concerne les liens sur lesquels les contractants se sont accordés, mais aussi sur ce qu'ils entendent exclure de l'interprétation judiciaire. Les parties expriment ainsi la volonté de fixer elles-mêmes, l'interprétation qu'elles veulent imposer à certains éléments du contrat ou encore de prévenir les difficultés de l'application d'une disposition contractuelle, dès lors qu'ils se trouveraient confrontés à une modification du contexte qui présidait à l'origine du contrat ou d'une évolution technologique venue bouleverser les engagements pris à sa formation. Au service de la transparence, les clauses informatives, même si elles ne créent pas d'obligation contractuelle, créent, malgré tout, des effets de droit. Dépourvues d'effet juridique, mais destinées à renforcer les effets du contrat, elles sont censées améliorer la qualité du consentement donné par les parties. Il est vrai que si toute clause figurant dans un contrat ou constituant l'une de ses annexes doit être vue comme une clause contractuelle, toutes n'ont pas vocation à établir des liens de droit. Ce n'est pas à la configuration particulière d'une stipulation que l'on reconnaît une clause contractuelle. Celle-ci relève de la volonté des parties, au

³⁶⁸ La richesse de la langue française avec un vocabulaire qui comprend un grand nombre de synonymes, mais qui compte aussi de nombreux homonymes, peut provoquer des ambiguïtés.

³⁶⁹ Voir, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 125 bis, p. 68.

sens où Pascal Ancel définit l'engagement du débiteur comme « un lien obligationnel » qui se présente comme « un pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur³⁷⁰ ». Les parties peuvent écarter certaines dispositions du contrat en leur déniaient toute nature contractuelle, ne leur reconnaissant uniquement qu'un caractère simplement informatif. Ainsi, les actes tels que les publicités, les avants contrats, mais encore les pièces échangées durant les pourparlers, bien que considérés comme des clauses contractuelles, sont susceptibles d'être écartées par les contractants par une clause d'intégralité, n'ayant plus de ce fait qu'un rôle informatif. À ce titre, elles renseignent le juge sur les intentions des parties au contrat, ce dernier pouvant alors s'en prévaloir pour justifier une interprétation, sans dénaturation, en raison du caractère douteux d'une clause³⁷¹. Les obligations créées dès le contrat formé doivent correspondre à ce qui a été voulu par les contractants ; ce qu'ils ont voulu ensemble et non ce que l'un aurait voulu sans le consentement de l'autre. Faut-il aussi, que ces volontés déclarées soient en adéquation avec la volonté réelle des personnes qui s'obligent ; un constat qui s'avère malaisé. Peut-on, ainsi, séparer totalement la volonté de ses racines psychologiques ? Il semblerait que non, car il est particulièrement difficile de déterminer si la volonté déclarée d'une partie au contrat est à l'image de la volonté réelle qui l'animait lorsqu'elle avait, à l'origine, l'intention de contracter. Il faut en revanche que cette volonté déclarée, qu'elle soit réelle ou fictive, soit clairement identifiable, imposant ainsi au magistrat l'impossibilité d'agir sur le contrat et son contenu.

111. Deux éléments susceptibles de porter une information, comme le titre (A) d'une part et le préambule (B) d'autre part, sont les premières sources révélatrices de ce qui peut apparaître comme un indice sur la volonté des parties, lesquels peuvent être vus comme des clauses d'information sans pour autant se présenter comme des directives conventionnelles.

A. le titre ou la clause d'intitulé

112. Le titre est l'élément sur lequel se porte, dès la première lecture, l'attention du juge. Il donne une information immédiate sur l'opération envisagée par les parties et témoigne en principe de la réalité de leur commune intention. Selon l'article 12 du Code de procédure civile, le juge n'est pas lié par le titre. Or, le titre reste malgré tout, pour le magistrat, une source d'informations qui porte sur l'économie du contrat. Il traduit plus particulièrement l'objet du contrat, vu comme l'opération juridique sous-tendue à l'opération économique envisagée par les parties. Pour les parties, intituler le contrat, c'est vouloir préciser l'objet de leur accord, ce qui a pour effet de révéler leur volonté de rattacher cet accord à un régime juridique déterminé ; « Intituler un contrat participe à sa qualification et, par conséquent, son rattachement à un régime juridique donné »³⁷². C'est ainsi que l'on retrouve dans le titre du contrat, l'annonce de la fonction économique de

³⁷⁰ A. S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, LGDJ, 2005, n° 520, p. 298.

³⁷¹ Cf., M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », 1^{re} partie, *RDC*, 2006, p. 1051.

³⁷² Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op .cit.*, n° 111, p. 58.

l'accord qui indique sa qualification juridique, il doit en cela être compris comme un des marqueurs de la qualification.

113. Dans les contrats nommés réglementés par la loi, que ce soit un contrat de vente, de bail ou de prêt qui en sont des exemples, dès lors que les parties n'ont pas modifié, au titre de la liberté contractuelle, le sens du contrat par l'adjonction d'éléments venus altérer l'*instrumentum*, il est patent que le titre élément objectif, reflète précisément la qualification qui définit la convention. En revanche, dans les contrats innomés, le titre peut être vu comme un élément subjectif puisqu'il émane directement de la volonté des parties. Il est la clause qui renseigne sur l'opération envisagée et qui témoigne en principe de la réalité de la commune intention. Le titre est en quelque sorte une source d'informations qui reprend dans son énoncé, une ou plusieurs indications qui ont trait à l'économie du contrat³⁷³. Plus précisément, il reprend le sens de l'obligation principale qui résulte de la formation du contrat et principalement de l'objet du contrat vu comme l'opération juridique sous-tendue à l'opération économique envisagée par les parties. Le titre en informant sur la volonté commune des parties ; il constitue ainsi pour le juge un indice sur la qualification voulue par les parties.

B. Le préambule

114. Le préambule est un élément qui peut être vu comme une clause d'information, mais qui contrairement à l'intitulé, vise aussi à restreindre les pouvoirs du juge. Il « s'apparente à l'exposé des motifs de la pratique législative [...] voire à la motivation des décisions de justice »³⁷⁴, permettant d'éclairer, de la même manière, le juge sur l'opération juridique envisagée et, par là-même, sur l'intention des parties. Le préambule informe sur le passé, en rappelant les différentes étapes de la négociation, donne des informations sur le présent qui peuvent être relatives à la situation respective des parties. Il renseigne enfin sur le futur en donnant des informations sur l'opération économique envisagée par les parties³⁷⁵. Il est, en cela, un réservoir d'informations sur la commune intention des parties.

§3. La clause de priorité, la hiérarchisation des documents

115. De nature à optimiser la prévisibilité de l'interprétation, la clause de priorité, appelée encore clause « de hiérarchisation » ou « de classement », consiste à définir un ordre hiérarchique entre différents documents contractuels distincts qui se sont accumulés depuis la phase des pourparlers³⁷⁶ jusqu'à l'acceptation de l'offre définitive pour former le contrat. Le classement hiérarchisé des documents contractuels, appliqué tant dans les contrats civils que dans les contrats

³⁷³ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 114, p. 59.

³⁷⁴ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 116, p. 61.

³⁷⁵ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 117 et s., p. 62 et s.

³⁷⁶ S'agissant des accords partiels sur la fixation des éléments acquis.

commerciaux, participe à l'efficacité maximale recherchée par les parties sur les termes de leur accord. Il confirme un ordre préférentiel qu'elles veulent maîtriser³⁷⁷, que ce soit par exemple, dans les contrats internationaux, un document rédigé en plusieurs langues où il est indiqué celui qui fera foi en cas de contestation. Tout comme dans un contrat composé d'un nombre important de documents distincts, de définir un ordre hiérarchique pour l'interprétation de clauses contractuelles qui pourraient s'avérer discordantes³⁷⁸. L'objectif est aussi de définir le rang que ces éléments devront occuper s'ils devaient être interprétés. Par cette méthode, qui prévient les aléas de l'intervention judiciaire, les parties imposent au juge saisi du litige, l'ordre des priorités qu'il devra appliquer lors de l'interprétation. Les contractants ont ainsi la volonté de fixer les priorités qu'ils veulent donner soit, aux documents contractuels soit, à leurs engagements réciproques, c'est-à-dire aux stipulations qui correspondent aux prestations attendues. Dans de telles conditions, un document de rang supérieur l'emportera sur un document de rang inférieur. À titre d'exemple, la clause de priorité pourrait se présenter ainsi : « Les documents contractuels sont dans l'ordre de priorité décroissante : Le contrat et ses avenants, ses annexes, le cahier des charges etc. »³⁷⁹. Toutefois, si la clause ou le document s'avère obscur ou ambigu, le juge du fond retrouve le pouvoir d'interpréter la clause ou le document qui se trouve placé au premier rang dans la clause de priorité. Sur le fondement de l'article 1188 du Code civil, la clause d'interprétation partie intégrante de l'acte s'impose au juge, mais il n'est pas interdit « d'y voir une application de la règle traditionnelle *specialia generalibus derogant* en raison de la prééminence généralement données par les clauses de priorité aux dispositions particulières ou techniques »³⁸⁰, ce qui est aussi une façon de renseigner le juge sur le *negotium*. En tout état de cause, la clause de priorité permet de résoudre la contradiction qui peut émaner de la confrontation de nombreux documents en présence, qu'ils soient contractuels ou précontractuels dès lors que ces derniers sont retenus à l'*instrumentum*.

116. Tout comme le préambule, le titre peut être vu aussi comme un élément d'information qui peut faire l'objet d'une hiérarchisation. Que ce soit le titre de la convention, ou l'intitulé des clauses, les parties peuvent préciser dans l'acte instrumentaire que le contenu des clauses contractuelles l'emporte sur leur propre titre ou encore le titre du contrat. Bien qu'il ne lie pas le juge, il apparaît que le titre est un premier indice sur cette volonté présumée réelle des parties de rattacher leur accord à un régime juridique déterminé. Il peut exister, cependant, une discordance entre le contenu de la convention et son intitulé qui ferait apparaître deux qualifications distinctes. Ainsi, le juge qui n'est pas tenu à l'intitulé du contrat fixé par les parties, doit porter son intervention au bénéfice du contenu contractuel, et doit selon l'article 12 du Code de procédure civile « donner ou restituer leur exacte qualification aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée ». Lorsque le titre du contrat ne correspond pas à son contenu, ainsi qu'aux prestations qui le caractérisent, le

³⁷⁷ Le choix du participe passé est voulu.

³⁷⁸ Voir à ce sujet, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1611, p. 647.

³⁷⁹ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *ibid.*

³⁸⁰ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *Aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, n° 294, p. 164.

juge doit procéder à une requalification qui permet de rétablir la réalité contractuelle³⁸¹.

117. Ce qu'il est intéressant de souligner, c'est que dans l'hypothèse où les parties ont inséré dans l'acte instrumentaire une clause d'information relative à la détermination d'éléments factuels, cette clause permet au juge de connaître les intentions des parties contractantes quant à leurs engagements et par là-même de prendre en compte les limites qui lui sont imposées. En ce cas, la fonction d'interprétation de la clause d'information « prive un juge saisi de l'acte de la liberté d'apprécier la force obligatoire de l'élément présenté dans la clause »³⁸².

SECTION 2. LES CLAUSES DE MÉTHODE D'INTERPRÉTATION

118. Il s'agit pour les parties d'enjoindre le juge à interpréter les termes du contrat selon la méthode voulue par elles. Afin de déterminer l'objet et la portée de l'engagement des cocontractants, sous réserve de l'article 1192 du Code civil, au sens où « le juge ne peut réécrire le contrat au mépris de la volonté des parties »³⁸³ dès lors que les termes sont clairs et précis, ce dernier jouit d'un pouvoir souverain, avec la liberté de choisir la méthode d'interprétation qui lui semble la plus adéquate pour rechercher la commune intention des parties. Or, si la méconnaissance des directives législatives d'interprétation que sont les articles 1188 et suivants nouveaux du Code civil ne peuvent donner lieu à cassation, les juges du fond étant souverains dans le choix et la mise en œuvre de ces directives, il en est autrement de celles émises par les contractants ayant la volonté d'exclure de l'interprétation, restreindre ou étendre à l'interprétation, certains éléments du contrat qu'elles ont conclu. Le juge est donc libre de choisir sa méthode d'interprétation et sa décision en ce cas, ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation fondé sur la violation des articles 1188 à 1192 du Code civil³⁸⁴. Il se trouve cependant soumis à la volonté des parties au regard des clauses restrictives et extensives d'interprétation (§1) ou encore limité dans le choix de la méthode par une clause exclusive d'interprétation, fixant la méthode voulue par les parties (§2).

³⁸¹ Cass. com., 7 juill.2004. (Semaine juridique S. Rouquier), CA., de Douais, ch. 2, sect.2, 17 sept. 2009, n° 07/08370.

³⁸² Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat .Essai de typologie, op. cit.*, n° 612, p. 314

³⁸³ Cf., D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *RDC*, 2015, n° 4, p. 188.

³⁸⁴ Cf., D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *in Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *ibid.*, n° 4, p. 188.

§1. Les clauses restrictives et extensives d'interprétation

119. Les parties, soucieuses de prévenir les effets non souhaités de l'intervention judiciaire sur les termes d'un désaccord, peuvent exprimer leur volonté de limiter l'action du juge à travers un certain nombre de clauses restrictives portant sur des éléments ambigus susceptibles de peser sur l'interprétation. Les clauses limitatives consistent à écarter de l'interprétation, des éléments qui pourraient servir au juge saisi d'un litige au détriment des intérêts des parties contractantes. Ces dernières limitent en cela son pouvoir d'investigation sur le contenu du contrat. Autrement dit, par l'élaboration de clauses limitatives d'interprétation, les parties sont libres d'enjoindre le juge à respecter les termes ou les clauses négociées dans le sens conforme à leur volonté commune en écartant ces éléments de l'interprétation par une clause dite d'intégralité (A) Inversement, ce peut être une clause de voisinage qui laisse au juge la faculté d'élargir le champ de l'interprétation en prenant en compte l'ensemble des éléments du contrat y compris ceux qui ont participé à sa formation ou à l'inverse, d'étendre le champ d'interprétation à l'ensemble des éléments qui ont participé à l'élaboration du contrat jusqu'à sa conclusion, par une clause de voisinage (B).

A. La clause d'intégralité

120. La volonté de restreindre le domaine d'intervention du juge par l'exclusion d'un terme ou d'une clause, qu'il soit intrinsèque ou extrinsèque au contrat, dès lors qu'il fait partie de la sphère contractuelle, se traduit par une clause d'intégralité³⁸⁵. Par la clause d'intégralité, les parties ont la possibilité de limiter les interventions du juge sur le contrat litigieux par l'exclusion conventionnelle de l'interprétation d'un terme ou d'une clause. Celle-ci précise que le contrat rédigé ne renferme que les engagements convenus entre les parties à l'exception de tout autre. La clause d'intégralité peut être formulée de la façon suivante : « Le présent contrat traduit l'ensemble des engagements pris par les parties contractantes dans le cadre de son objet. Il annule et remplace tous accords écrits ou verbaux antérieurement à sa signature »³⁸⁶. Le but est d'éviter que des éléments extérieurs à l'acte, en particulier les documents échangés pendant la phase précontractuelle puissent être utilisés par le juge en cas de difficultés d'interprétation³⁸⁷. D'un commun accord, les parties écartent ainsi les éléments tels que les correspondances, les propositions, les contre-propositions, qui ont fait partie des négociations en limitant le champ contractuel strictement à l'*instrumentum*³⁸⁸.

³⁸⁵ Voir, C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, RDC, 2015, n° 1, p. 158.

³⁸⁶ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, op. cit., n° 1607, p. 645.

³⁸⁷ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, op. cit., n° 616, p. 314 ; B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 356.

³⁸⁸ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., n° 302, p. 167.

121. En d'autres termes, la clause d'intégralité dite aussi « clause des quatre coins »³⁸⁹ est celle qui limite l'interprétation du contrat au seul contenu de l'*instrumentum*. Elle a pour fonction d'écartier en premier lieu, les éléments précontractuels qui ont pu faire l'objet d'accords antérieurs, ceux-ci étant susceptibles d'être évoqués par les contractants à la recherche d'un avantage en cas de litige ou encore d'être utilisé par le juge afin d'interpréter le contrat ou même encore de pratiquer à l'aide de ces éléments un comblement du contenu contractuel³⁹⁰. En règle générale, la clause d'intégralité a pour effet de refuser au juge la possibilité de se référer à des éléments qui sont extérieurs à l'*instrumentum*, afin de compléter les dispositions de ce dernier, tels que les usages supplétifs de la volonté des parties. En second lieu, la clause a pour effet de prévenir les risques de confusion, voire de contradiction, qui pourraient entraîner une réduction de la prévisibilité de l'interprétation³⁹¹. Elle porte sur la validité de documents lesquels, en amont de la signature matérialisant l'accord des parties, ont participé aux négociations précontractuelles. La clause supprime, la faculté, pour les parties de s'appuyer sur des éléments abordés au cours de la période précontractuelle, dont l'une d'elles pourrait tirer parti en cas de litige. Elle constitue en cela une sécurité pour les contractants, lesquels en neutralisant un certain nombre d'éléments peuvent s'assurer qu'aucun élément extrinsèque au contenu ne viendra contredire leur position. À ce sujet, on peut citer de manière non exhaustive, les courriers, les offres nouvelles proposées, certains accords contractuels négociés dans le cadre des pourparlers. La clause d'intégralité peut en revanche produire un effet inverse dès lors qu'une partie est en mesure de restreindre la portée de ses engagements en effaçant ainsi certains éléments qu'il aurait acceptés lors des négociations. Ce sont justement les déclarations ou les accords antérieurs que les parties ne souhaitent pas voir entrer dans la sphère contractuelle. La clause d'intégralité est un frein à la prise en compte des éléments précontractuels qui ont pu être déterminants de l'accord des parties, mais que ces dernières ne veulent pas voir figurer à l'*instrumentum*. Ce sont des engagements évoqués dans les échanges précontractuels et qui ne figureront pas dans l'*instrumentum* et qui peuvent également être écartés du *negotium*³⁹². Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 2005 en donne une illustration, les juges ayant retenus qu'« aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose que ce qui a été expressément convenu dans le présent contrat »³⁹³. La volonté des parties s'impose au juge et si elle fait obstacle au comblement et à

³⁸⁹ Importée des juridictions de *common law*, sous le terme de « four corner rules », Voir à ce sujet, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, op. cit., n° 616, p. 314 ; B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., n° 302, p. 166.

³⁹⁰ Cf., J. MESTRE, B. FAGES, « Portée de la clause d'intégralité », *RTD civ.*, 2006, p. 111

³⁹¹ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., n° 305, p. 168.

³⁹² G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, op. cit., n° 701, p. 356.

³⁹³ CA., Paris, 15 juin 2005, 5^e ch. A, SA Thomson Télévision Angers c/SAS française de restauration Sodexo. La cour motive ses décisions par le fait que les propositions contenues dans une première offre, renouvelées dans un courrier qui a suivi, n'ont pas été reprises dans le contrat signé par les parties, lequel précise qu'il « annule et remplace tous accords écrits et verbaux antérieurs à la signature » et d'ajouter, qu'« aucune des parties ne pourra être tenue à autre chose ce qui a été expressément convenu par le présent contrat ». *RTD civ.*, 2006, p. 111, obs., J. Mestre et B. Fages.

l'interprétation du contenu contractuel, rien ne peut en revanche empêcher le juge de s'inspirer de cette phase précontractuelle pour rechercher le sens que les parties ont voulu donner au contrat afin de contrôler la qualification. La clause d'intégralité dès lors qu'elle pose une restriction empêche de reconnaître un engagement hors de l'instrumentum. Elle ne pèse pas en revanche sur la substance du contrat, mais se borne au lien contractuel en prévenant l'interprétation du juge à la condition que les parties se soient clairement exprimées³⁹⁴.

122. Ce qu'il faut retenir, c'est que par sa nature, la clause d'intégralité ne présente pas un grand intérêt dans l'interprétation du contrat, même si en limitant les possibilités du juge, elle réduit en cela l'aléa de l'intervention judiciaire. Il nous faut préciser aussi, que la clause d'intégralité laisse au juge le choix de la méthode et de la solution sauf, si les parties décident de fixer une clause d'exclusion d'interprétation. Autrement dit, cette clause permet de limiter les investigations du juge, dont on sait que pour rechercher la volonté des parties, dès lors qu'il est confronté à une ambiguïté et afin d'établir le sens du contenu contractuel, a le pouvoir souverain d'intervenir sur les termes du contrat y compris en amont de la formation de celui-ci. La finalité est en fait d'écarter les accords et documents antérieurs afin qu'ils ne puissent pas servir à interpréter le contrat définitif. Par ailleurs, des stipulations équivalentes peuvent aussi figurer à l'acte instrumentaire. Elles remplissent une fonction de prévisibilité de l'interprétation en limitant le champ d'investigation du juge par l'information qu'elles donnent³⁹⁵.

B. La clause de voisinage

123. La clause de voisinage laisse au juge la faculté d'élargir le champ de l'interprétation en prenant en compte l'ensemble des éléments du contrat y compris ceux qui ont participé à sa formation. La clause de voisinage invite par une stipulation inverse de la clause d'intégralité à étendre le champ d'interprétation à l'ensemble des éléments qui ont participé à l'élaboration du contrat depuis l'offre de contracter jusqu'à la conclusion du contrat en passant par les phases de négociation. Par cette clause appelée aussi clause d'extension, dont Geneviève Helleringer nous donne un exemple³⁹⁶, les parties conviennent, aux fins d'interprétation du contrat, que le juge devra se référer à des éléments extrinsèques au contenu contractuel. Il s'agit « de préciser les liens du contrat qu'elles viennent d'élaborer avec l'environnement, en liant, par exemple,

³⁹⁴ Cf., C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », *Colloque « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *op. cit.*, n° 12, p. 158.

³⁹⁵ Il s'agit de stipulations qui ont pour but de « libérer les initiatives des constructeurs du contrat » qui ont participé à son élaboration, afin que les propositions qu'ils auront avancées au cours des pourparlers ne soient pas utilisées contre eux lors de l'interprétation du contrat. Voir, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1607, p. 646.

³⁹⁶ Voir, G. HELLERINGER, *Les clause du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 622, note 88, p. 317. La clause peut, par exemple, être formulée comme suit : « Pour l'interprétation du présent contrat, seront pris en compte tout accord passé antérieurement entre les parties ainsi que tout document échangé par les parties durant la négociation du présent contrat ou postérieurement à la conclusion de celui-ci ».

l'interprétation de leur accord à des accords proches »³⁹⁷. Ce peut-être des contrats voisins liant les contractants, dès lors que l'on est en présence de contrats multiples, mais aussi des courriers échangés au cours des pourparlers ou encore des documents non contractuels ; tous ces éléments étant expressément indiqués dans l'*instrumentum* par la clause de voisinage³⁹⁸. Force est de constater qu'en l'absence de clause de voisinage, c'est ce que fait en pratique le juge, lorsqu'il se conforme à l'article 1188 du Code civil. Ce dernier a le pouvoir souverain de se fonder sur tous les éléments qui le conduiront dans la recherche du sens du contrat, à la condition que ceux-ci n'aient pas été écartés de l'interprétation par la volonté des parties. La clause de voisinage ne fait que confirmer ainsi le pouvoir d'interprétation du juge que celui-ci tient aussi de l'article 1189 du Code civil, selon lequel : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci »³⁹⁹ ; une recommandation qui n'est pas sans rappeler la clause de voisinage. Bertrand Gelot prend, par ailleurs, le soin de préciser que la clause de voisinage doit être distinguée de la clause de complémentarité⁴⁰⁰ bien que celle-ci comporte, en particulier les mêmes effets.

§2. Les clauses exclusives d'interprétation

124. La clause exclusive restreint le juge dans la recherche des éléments contractuels lui permettant de repérer le sens du contrat lors de l'interprétation. Afin de prévenir une interprétation éventuelle qui ne reflèterait pas le sens que lui ont donné les cocontractants dès la formation du contrat, ceux-ci peuvent se prémunir contre cette possibilité en prévoyant une clause d'exclusion portant sur des éléments susceptibles, selon l'interprétation qui leur sera faite, d'altérer le sens qu'ils ont donné au contrat. Tout comme l'interprétation effectuée par le juge en charge du litige sur un terme ou une clause contractuelle, le choix de la méthode applicable par celui-ci a aussi son importance. En anticipant en cas de litige toute interprétation de leur accord, que celle-ci soit subjective ou objective, les parties peuvent limiter l'intervention du juge en insérant une clause d'exclusion qui a pour effet d'écarter la méthode qu'elles ne souhaitent pas voir appliquée. En cela, les parties ont la faculté de sélectionner et d'imposer au juge, les dispositions appelées à régir l'interprétation du contrat. Réduisant les pouvoirs de ce dernier sur un élément du contenu contractuel, les contractants cherchent à contrôler le caractère incertain de l'intervention judiciaire. Il s'agit d'écarter dès la rédaction de l'acte, certaines règles indicatives qui s'offrent à lui, afin de réduire « l'aléa du choix de la méthode d'interprétation [...] »⁴⁰¹. Le

³⁹⁷ P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 1609, p. 646.

³⁹⁸ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation*, *op. cit.*, n° 296 et s.

³⁹⁹ Il était mentionné à la note n° 2 sous l'article 1161 ancien du Code civil, relative à la pluralité d'actes que : « Si une promesse de vente, considérée isolément, peut sembler claire et précise, le rapprochement de cette promesse et des conventions qui l'ont suivies peut faire naître une ambiguïté ; il appartient alors aux juges du fond de dégager des termes employés dans ces actes la véritable intention des parties ».

⁴⁰⁰ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation*, *op. cit.*, n° 298, p. 165.

⁴⁰¹ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 287, p. 160.

procédé ne relève pas d'une exception ; il participe de la technique employée régulièrement par les contractants dans la rédaction d'un acte juridique. Les règles d'interprétation ne sont que des méthodes⁴⁰² qui permettent aux parties de soustraire à l'interprétation, par l'expression d'une volonté contraire sur certains textes, à la condition que ceux-ci ne présentent pas un caractère impératif. Ainsi, les articles 1188 et suivants du Code civil, mais aussi, certaines dispositions légales supplétives qui ne présentent pas un caractère d'ordre public peuvent faire l'objet d'une clause d'exclusion.

125. Pour ce qui est de la validité de certaines clauses d'exclusion d'interprétation, il est vrai qu'il ne s'agit pas pour les parties, à travers ces clauses, de remettre en cause le principe même de l'interprétation, ni de risquer un déséquilibre du contrat dès lors qu'elles porteraient atteinte au principe d'équité⁴⁰³. Hormis le caractère impératif de l'article 1104 du Code civil, les dispositions édictées par les articles 1188 à 1192 du Code civil ne sont pas des règles de droit, la règle de droit étant quant à elle juridiquement obligatoire. Dès lors qu'elles ne sont pas juridiques, ces règles ne doivent pas être qualifiées de supplétives, car les règles supplétives ne sont pas facultatives : elles s'imposent de droit si elles n'ont pas été écartées par une clause d'exclusion, et sont alors sanctionnées comme toute règle de droit. Ainsi, par exemple, la clause qui exclut les usages est efficace en droit positif, car les usages sont simplement supplétifs de la volonté des parties et peuvent à ce titre être écartés. En revanche, la pratique des clauses d'exclusion d'interprétation étant limitée aux seules règles supplétives, cela restreint ainsi les possibilités conventionnelles.

126. L'article 1160 ancien du Code civil qui stipulait que : « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoi qu'elles n'y soient pas exprimées », rendait compte que les usages se présentent comme des normes supplétives, lesquelles à ce titre peuvent être écartées par les parties, dès lors qu'il s'agit de l'interprétation du contrat qu'ils ont conclu⁴⁰⁴. À cela, il nous faut ajouter que la clause d'exclusion s'impose quelle que soit la qualité des contractants, qu'ils soient particuliers ou professionnels⁴⁰⁵, mais aussi quelle que soit la nature des usages, ceux-ci pouvant être des usages locaux ou commerciaux. Bien que l'exclusion puisse être stipulée de manière générale comme le précise Bertrand Gelot⁴⁰⁶, les contractants peuvent écarter d'un contexte, un élément particulier comme par exemple la référence qui a trait à l'usage dans l'article 1194 du Code civil. Au-delà de l'exclusion d'éléments supplétifs tels que l'usage, lorsqu'un accord porte sur une opération contractuelle complexe qui fait appel à un vocabulaire spécifique, les parties souhaitant maîtriser le sens des termes avaient

⁴⁰² Voir, A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in « l'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions », *op. cit.*, n° 45, p. 178.

⁴⁰³ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 312, p. 172.

⁴⁰⁴ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 701, p. 356 ; voir également, B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 312, p. 172.

⁴⁰⁵ Par leur caractère même, les usages ne participent pas à l'ordre public de protection.

⁴⁰⁶ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 312, p. 172.

la faculté d'exclure de l'interprétation, l'application de l'article 1158 ancien du Code civil qui a été abrogé.

127. La validité des clauses d'exclusion d'interprétation ayant été abordée, considérons maintenant ce que peuvent être les limites de ces clauses. S'agissant des limites de l'utilisation de la clause d'exclusion des méthodes d'interprétation, précisons que cette pratique ne laisse pas aux contractants le pouvoir absolu de priver l'interprète de sa libre recherche de la commune intention en lui retirant les moyens de mener à bien une interprétation efficace et raisonnable du contrat qui aurait pour effet néfaste de perturber l'équilibre contractuel. Il ne serait pas concevable en effet, s'agissant de l'article 1188 du Code civil, que les parties puissent l'exclure de l'interprétation, car il se présente plus comme un principe, qu'une règle d'interprétation. On touche ainsi aux limites du pouvoir de la volonté individuelle sur l'acte juridique ; « Les parties ne sauraient s'affranchir, par une clause, des effets régulateurs de l'équité et de la bonne foi dans l'interprétation de leurs actes »⁴⁰⁷, un principe confirmé en ce qui concerne la bonne foi par l'ordonnance du 10 février 2016, qui présente l'article 1104 du Code civil, comme une règle impérative selon laquelle : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Les parties au contrat indiquent ainsi dans l'acte instrumentaire, la méthode qu'elles ne souhaitent pas voir utilisée par le juge, et maîtrisent en cela le choix de la technique applicable. Les directives d'interprétation non impératives que sont les articles 1188 et suivants du Code civil ou encore certaines dispositions légales supplétives, peuvent être soustraites par les parties à l'interprétation judiciaire parce qu'elles ne sont pas d'ordre public. Par cette technique, les contractants neutralisent en amont, la méthode d'interprétation qu'elles ne veulent pas voir appliquer. Ils en fixent les règles à l'attention du juge, sans pour autant que cette méthode soit considérée comme un principe. Il se peut en effet que certaines exclusions présentent un risque de déséquilibre du contrat, perdant ainsi leur efficacité⁴⁰⁸. D'une part, la liberté d'écarter une méthode n'est pas totale, car il ne serait pas réaliste de pouvoir, par l'exclusion d'éléments fondamentaux, enfreindre les principes de l'interprétation. Une clause excluant par exemple le recours à l'article 1188 du Code civil ou à l'article 1191 ou encore en écartant l'intention réelle des parties, ne pourrait avoir d'effet ; « la volonté ne pouvant sciemment se contredire »⁴⁰⁹. D'autre part, il faut prendre en considération que certaines clauses d'exclusion ne peuvent être acceptées que dans la mesure où elles ne portent que sur des méthodes « supplétives », tels que le sont les usages. Les clauses excluant le recours à l'article 1194 du Code civil, plus particulièrement celle des suites que donne l'équité, ou de l'article 1190 du même code, qui concerne l'interprétation contre le stipulant ou encore l'article 1602 du Code civil relatif à l'interprétation contre le vendeur.

⁴⁰⁷ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, op. cit., n° 307, p. 169.

⁴⁰⁸ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, op. cit., n° 311, p. 171.

⁴⁰⁹ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, op. cit., n° 315, p. 173.

128. Ce qu'il faut voir dans les clauses d'exclusion, c'est qu'elles sont l'expression concrète de la volonté des parties sur le sens de leur accord⁴¹⁰ et doivent à ce titre être respectées sur le fondement du principe *pacta sunt servanda*. Au-delà, elles renseignent sur la qualification du contrat, comme peut l'être par exemple une clause d'exclusion des usages, laquelle par déduction dénonce expressément ce sur quoi les parties se sont accordées.

⁴¹⁰ Cf., B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 310, p. 170.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

129. Que ce soit à travers les dispositions législatives ou bien les directives conventionnelles, les objectifs respectifs du législateur d'une part et des parties au contrat d'autre part, sont clairs : limiter le pouvoir du juge sur le contrat.
130. S'agissant des dispositions législatives, la rédaction des articles nouveaux du Code civil, s'inspire clairement des articles anciens et des solutions dégagées par la jurisprudence. Ainsi, reprenant dans son premier alinéa l'article 1156 du Code civil, l'article 1188 du Code civil, invite le juge, à rechercher la commune intention des parties. Une opération qui s'avère malgré tout hypothétique, le juge appliquant une méthode purement subjective, où le risque est d'aboutir à un jugement arbitraire. C'est pourquoi l'adjonction par le législateur d'un deuxième alinéa à connotation objective ne paraît pas superflue. On observe ainsi dans ce même article, la coexistence de règles subjectives et objectives d'interprétation. Quant aux articles 1189 à 1192 du Code civil, ils énoncent des règles spécifiquement objectives.
131. Ainsi, chacun des articles nouveaux impliquera l'emploi par le juge d'une méthode d'interprétation. Pour ce qui est de l'interprétation subjective qui porte sur l'identification de la commune intention des parties, elle n'aboutit qu'à une finalité déclarative ou explicative, alors que l'interprétation objective va dans le sens d'une finalité constructive ou créatrice⁴¹¹. En revanche, elles influent l'une et l'autre sur la qualification du contrat qui se situe à la charnière entre le résultat des données de fait et l'identification de la catégorie dans laquelle le juge place le contrat. Peu importe qu'elles aient été révélées par l'une ou par l'autre de ces méthodes, ou par les deux ensembles. Le but étant l'application du régime juridique qui y est associé, afin que le juge puisse trouver une solution au litige. De ce constat, il ressort que les méthodes subjectives et objectives ne sont pas en opposition ; il sera toujours possible de mettre en œuvre la complémentarité de ces règles avec un objectif unique, celui de donner ou de retrouver un sens au contrat.
132. Quant aux dispositions conventionnelles, portant sur les clauses d'explicitation ou les clauses de méthode d'interprétation, les juges du fond qui « se trouvent guidés dans leurs tâches »⁴¹², sont tenus au respect de la volonté des parties. Le contenu contractuel doit être déterminé par référence à la volonté exprimée des parties de s'obliger à travers des obligations mutuellement

⁴¹¹ Cf., N. MARTIAL-BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et à l'interprétation *in favorem* », in Colloque *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC, 2015, n° 13, p. 195.

⁴¹² G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, op. cit., n° 606, p. 312.

consenties, ce qui n'exclue pas les risques d'interprétation⁴¹³. Autrement dit, afin d'assurer l'efficacité du contenu contractuel, si celui-ci devait être soumis à l'interprétation du juge, les parties, par le truchement de clauses dites d'interprétation⁴¹⁴ mettent en place un certain nombre d'informations et de règles spécifiques. Vues comme des « expressions significatives »⁴¹⁵ de la liberté contractuelle, elles portent sur l'implication du juge sur le contrat litigieux, orientant ou limitant l'intervention de ce dernier.

⁴¹³ Voir à ce sujet, B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, *op. cit.*, n° 256, p. 145.

⁴¹⁴ Voir à ce sujet, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1605, p. 645 et s.

⁴¹⁵ D. Mazeaud., « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in colloque *l'interprétation une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC 2015*, p. 145, spéc., n° 1, p. 187.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

133. « S'intéresser aux clauses contractuelles suppose de changer de perspective, de s'écarter de cette conceptualisation du contrat et de son fonctionnement, afin de l'aborder par son expression concrète »⁴¹⁶. Par les clauses d'obligation qui résultent d'une volonté commune librement exprimée au sein du contrat, les partis définissent les engagements auxquels elles ont consenti. Nous écarterons de notre propos celles qui définissent ce que Geneviève Helleringer dénomme les « remèdes » applicables au manquement aux engagements⁴¹⁷, car elles n'entrent pas dans le cadre du sujet qui nous préoccupe. Nous nous en tiendrons à la fonction des clauses d'obligation qui est celle de formaliser la volonté des parties par l'explicitation des différentes modalités d'exécution de l'opération juridique envisagée par ces dernières. Les clauses d'obligation participent en cela, à « la définition de l'économie contractuelle, c'est-à-dire à la répartition entre les parties des risques de gains et pertes générés par la convention »⁴¹⁸. Ainsi, et c'est là le principe de la liberté contractuelle, les contractants sont libres de concevoir de manière autonome, dans le respect des règles afférentes aux bonnes mœurs et à l'ordre social, les clauses du contrat qu'ils ont conclu. Précisons toutefois à ce stade, que contrairement aux stipulations conventionnelles, certaines clauses échappent à la volonté des parties. Ce sont les stipulations contractuelles d'origine légale, dont le libellé provient d'un texte normatif⁴¹⁹ imposé aux parties ou encore, d'une position jurisprudentielle, lesquelles doivent figurer à l'*instrumentum*. Par ailleurs, l'évolution du droit positif a fait apparaître, conjointement aux conditions afférentes aux obligations considérées en elles-mêmes⁴²⁰ ou dans leur globalité, des dispositions qui leur sont propres. D'une part, ce sont les clauses par lesquelles les parties, définissent les prestations qu'elles se doivent. D'autre part, à ces clauses d'obligation qui peuvent être exposées en cours d'exécution à des risques aléatoires qui touchent à l'économie du contrat, les parties adjoignent par anticipation des clauses de révision qui ont pour but un rééquilibrage des termes de la convention. Enfin, aux côtés de ces clauses, on peut constater au sein de l'*instrumentum* la présence de clauses allégeant certaines obligations. Ce sont des prérogatives qui ont pour effet de limiter la responsabilité du débiteur en cas de manquement, de son fait, à un engagement.

134. Le juge, lors de l'interprétation de l'*instrumentum*, est appelé à remonter à l'origine du contrat et se reporter, pour cela, aux négociations qui ont pu se dérouler de manière progressive, sous l'égide des différentes manifestations de volontés. Cette approche se conçoit lorsque les négociations sont complexes et de

⁴¹⁶ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, op. cit.*, n° 68, p. 27.

⁴¹⁷ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, op. cit.*, n° 132 et s., p. 79. Ce sont les clauses qui stipulent les sanctions convenues en cas d'inexécution des obligations.

⁴¹⁸ Voir à ce sujet, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, ibid.*, n° 174, p. 107.

⁴¹⁹ A titre d'exemple, l'article L.341-2 (L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, art.11) règle impérative sur la mention manuscrite.

⁴²⁰ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 265.

longue durée. Dans cette configuration, où le contrat se forme par étapes successives, les parties émettent un certain nombre d'actes, ce qui rend difficile la détermination du moment où l'offre précise et définitive a été proposée et acceptée. Dès lors que surgit en cours d'exécution du contrat un désaccord entre les parties, le rôle du juge, en charge de résoudre le litige, consiste prioritairement à pratiquer, à travers les clauses contractuelles, une analyse des éléments constitutifs de son contenu. Cela lui permet de circonscrire la volonté ayant animé les cocontractants qui les a conduit à conclure le contrat. Il s'agit là de trouver le sens que ceux-ci ont voulu imprimer à la convention. De cette manière, dans la tâche qui lui revient d'interpréter la loi contractuelle, le juge se réfère prioritairement à la commune intention des parties.

DEUXIÈME PARTIE

LES EFFETS DE L'INTERPRÉTATION SUR LA QUALIFICATION DU CONTRAT

136. « Toute qualification contribue à traduire en termes de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé. La reconnaissance des données de fait et l'application d'un régime juridique déterminé constituent les deux pôles de la qualification⁴²¹ ». L'opération de qualification est en cela « le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative [...] »⁴²². Pour qualifier le contrat, le juge saisi du litige, va devoir rechercher la catégorie juridique générale dans laquelle le contrat trouve ses « éléments de rattachement »⁴²³. Cela consiste à identifier le sens du contrat pour le faire entrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel projeté. Quels sont alors les éléments du contrat relevant de l'accord des volontés des parties, qui peuvent être retenus au titre de l'opération de qualification (Titre premier) sachant que l'interprétation et la qualification représentent l'opération contractuelle globale qui demeure sous le contrôle et le pouvoir du juge du fond (Titre deuxième).

⁴²¹ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 3, p. 2.

⁴²² Cf., GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 56, p. 77.

⁴²³ Cf., GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 58, p. 80.

TITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS DU CONTRAT RETENUS AU TITRE DE LA QUALIFICATION

137. C'est à travers les stipulations contenues dans les clauses contractuelles qui sont autant d'informations exploitables par le juge lui permettant de procéder à la qualification du contrat et appliquer à celui-ci le régime juridique spécifique qui lui correspond, que l'on doit appréhender la notion d'élément essentiel. Indispensables à la constatation de la conclusion du contrat, les éléments essentiels sont les éléments sur lesquels le juge doit s'assurer que les parties se sont accordées. À défaut de l'un de ces éléments, il ne sera pas possible au juge de classer le contrat dans une catégorie juridique permettant de le qualifier. En d'autres termes, les éléments essentiels sur lesquels se sont accordées les parties sont les éléments « spécifiques qui déterminent le type d'un contrat et sans lesquels l'accord ne peut avoir la spécificité qu'on veut lui attribuer⁴²⁴ ». Pour donner un exemple, dans les contrats ayant pour objet un échange de bien ou de services, ce sont les termes de ces échanges qui en constituent les éléments essentiels, s'agissant de la chose, du prix de la chose ainsi que des obligations, créées par le contrat formé, qui s'y rapportent.

138. L'identification de la catégorie juridique dans laquelle s'inscrit le contrat ne peut s'effectuer que par l'exploitation préalable des données de fait, c'est-à-dire leur interprétation. Cela passe par l'identification des obligations déterminantes de la qualification du contrat et plus particulièrement par leur objet, au sens des prestations qu'elles représentent. Ces dernières abritent les éléments essentiels sur lesquels s'est portée la volonté des parties pour conclure le contrat. S'agissant de l'objet, rappelons qu'il était présenté à l'article 1108 ancien du Code civil comme un élément objectivement essentiel⁴²⁵ à la validité de la convention, ce qui ne permettait pas en revanche de conclure qu'il était *de facto* déterminant de la qualification du contrat. La qualification relève en effet de la volonté des parties qui, selon leur objectif, détermine le type de contrat sur lequel elles s'accordent ; le même bien pouvant faire l'objet soit d'un contrat de vente, soit celui d'un contrat de bail. Écarté du Code civil par l'ordonnance du 1^{er} février 2016, l'objet ne figure pas à l'article 1128 du Code civil, relatif à la validité du contrat qui s'est substitué à l'article 1108, mais reste malgré tout l'élément fondamental du contrat, sans un objet, le contrat ne peut exister. François Terré en donne la définition suivante : « nous entendons ici, d'une manière très générale, par objet, non seulement les biens sur lesquels portent les obligations, mais encore les obligations sur lesquelles portent les contrats, en un mot de la

⁴²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 370.

⁴²⁵ Supra. n° 66.

déclaration de volonté »⁴²⁶. Ce qu'il nous faut préciser, c'est que l'intention des parties porte, à l'origine, sur le terrain économique, mais avec la volonté de chacune de réaliser une opération juridique à travers une offre qui présente un certain nombre d'éléments considérés comme objectivement essentiels à l'opération projetée. Vus par Pothier comme des « qualités essentielles », ou encore selon Jean-Luc Aubert, comme des « conditions essentielles »⁴²⁷, ces éléments en ce qu'ils sont de l'essence du contrat, sont d'abord déterminants de sa conclusion⁴²⁸. Pour reprendre la définition de Pothier : « les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister ; faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat ». Cela signifie clairement que le défaut d'un élément essentiel peut conduire à une qualification erronée imputable à la volonté des parties, le contrat n'étant pas, dans ces conditions, représentatif de l'espèce pour laquelle il a été conclu. Les éléments essentiels doivent être vus comme des éléments objectifs qui caractérisent le contrat au sens où, « les éléments reconnus caractéristiques du contrat, ceux qui déclenchent la qualification, exercent une influence déterminante sur le contenu des règles applicables au contrat »⁴²⁹. Autrement dit, au même titre que les éléments objectifs attachés à la qualification du contrat (Chapitre premier) sont retenus, ceux qui, dans la sphère contractuelle, relèvent de la volonté des cocontractants d'organiser le contenu obligationnel. Ce sont les éléments subjectifs qui sont par là-même susceptibles d'agir, eux aussi, sur la qualification du contrat (Chapitre second).

⁴²⁶ Voir, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 378, p. 323.

⁴²⁷ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 52, p. 57.

⁴²⁸ Cf., A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 318, p. 203.

⁴²⁹ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, Paris, LGDJ, n° 40, p. 40.

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS OBJECTIFS ATTACHÉS À LA QUALIFICATION DU CONTRAT

139. Le contrat se présente comme étant le support juridique d'une opération économique à réaliser, à la fois pour ce qui est essentiel, comme pour ce qui est secondaire, tout au moins pour ce qui intéresse son interprétation. En revanche, pour ce qui est de sa qualification, le problème qui se pose est d'identifier les éléments qui ont été déterminants de l'accord des parties. En tant qu'éléments objectifs essentiels, ils sont les marqueurs de l'opération projetée. La garantie pécuniaire se présente par exemple comme l'élément qui caractérise le contrat d'assurance. C'est en cela que l'identification de la catégorie juridique dans laquelle s'inscrit le contrat est une opération qui s'appuie sur les éléments de fait. L'opération juridique voulue par les parties, qui forme l'ossature de leur l'engagement, doit trouver le régime juridique qui lui correspond et auquel elle va se trouver soumise. L'opération de qualification consiste ainsi à identifier parmi les obligations que le contrat a créées, celles qui sont déterminantes de la catégorisation au sens où « déterminer la catégorie qui englobe un rapport contractuel [...] et par voie de conséquence les règles qui lui sont applicables, c'est qualifier, c'est préciser la nature de ce contrat »⁴³⁰.

140. Tous les contrats ne produisent pas les mêmes effets, d'où l'importance de l'opération de qualification qui préside à toute recherche du régime juridique applicable. S'agissant par exemple d'un litige qui porte sur le déséquilibre des prestations consenties par les parties dans un contrat synallagmatique⁴³¹, dont l'une se considère comme étant victime d'une lésion au regard d'une contrepartie dérisoire. Selon que le contrat en cause se présente comme un contrat commutatif ou comme un contrat aléatoire, lesquels sont définis à l'article 1108 du Code civil, le régime juridique applicable ne sera pas le même. En effet, dans un contrat commutatif le principe de la lésion est applicable, alors qu'elle ne peut l'être dans un contrat aléatoire. En effet, la nullité du contrat n'est pas encourue dès lors que la lésion résulte d'un événement imprévisible ; les parties acceptant

⁴³⁰ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 15.

⁴³¹ Art. 1168 du Code civil : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Bien que le terme de lésion ne soit pas mentionné, la lésion reste un mécanisme légal qui permet de contrôler l'équilibre des prestations. Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., op. cit., n° 411, p. 445

le risque que l'une des prestations soit déséquilibrée à l'issue de l'exécution du contrat ; « l'aléa chasse la lésion »⁴³². Il en sera de-même en ce qui concerne l'attribution de compétence juridictionnelle qui portera sur le Tribunal de grande instance ou le Tribunal d'instance selon que les parties aient opté pour un bail commercial ou à un bail de locaux d'habitation, mixtes ou professionnels⁴³³. Pour donner un autre exemple, les règles de la preuve, seront posées différemment selon que les parties se trouvent en présence d'un contrat synallagmatique ou d'un contrat unilatéral, ceux-ci étant définis à l'article 1106 nouveau du Code civil⁴³⁴. Ainsi, contrairement au contrat synallagmatique, le contrat unilatéral, comme la donation par exemple, ne crée pas d'obligation à la charge d'une partie, même s'il est issu d'un accord de volonté requérant l'accord du donataire. Autrement dit, les opérations d'interprétation et de qualification interagissent et s'inscrivent dans une chronologie où la première apparaît comme un préalable nécessaire à la seconde.

141. De l'accord des parties sur les éléments essentiels, émergent deux types d'obligations qui peuvent être retenues comme des éléments objectifs au titre de la qualification. Plus particulièrement, il s'agit des obligations principales⁴³⁵ dont l'objet se rapporte aux éléments essentiels, elles sont en cela le fondement de la qualification du contrat (Section 1). Dès lors que ces obligations sont parfaitement exécutées, elles conduisent à la réalisation de l'obligation dite « essentielle » qui vient parachever l'opération en tant que finalité de l'opération voulue par les parties (Section 2).

142. Nous souhaiterions, à ce stade, aborder une question de terminologie. Ce qu'il faut souligner, c'est que les obligations, qui figurent à l'acte instrumentaire, créées par le seul effet de la formation du contrat, n'ont pas toutes la même importance, la même fonction, le même effet. Ainsi, mis à part l'obligation qualifiée d'accessoire ou encore celle définie comme étant secondaire⁴³⁶, il nous semble que pour celles auxquelles on donne la qualification de principale, de fondamentale ou d'essentielle, une question se pose. Peut-on employer indifféremment chacun de ces termes pour définir une même obligation ?⁴³⁷ Nous sommes, pour notre part, convaincu au regard de la spécificité de la fonction et de l'effet que chacune de ces obligations produisent, qu'il est nécessaire de les distinguer par une dénomination appropriée celle-ci permettant une clarification utile dans la compréhension de leurs rôles respectifs lorsqu'il est question d'interpréter les clauses contractuelles. Il ne s'agit pas d'effectuer une

⁴³² Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, *ibid.*, 4^e éd., n° 412, p. 446.

⁴³³ Cf., GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 58, p. 80.

⁴³⁴ Art. 1106 du Code civil : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ».

⁴³⁵ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 75, p. 97.

⁴³⁶ L'obligation qualifiée d'accessoire ou encore celle définie de secondaire mérite, elle aussi, de faire l'objet d'une distinction entre l'accessoire qui suit le principal et le secondaire qui peut tenir une place autonome.

⁴³⁷ Nombreux sont les auteurs qui ne font pas cette distinction.

hiérarchisation, mais d'un choix qui se veut partisan d'établir, en référence à la position de Ruth Sefton-Green⁴³⁸, une distinction entre ces différents termes, lesquels majoritairement employés à l'identique dans cette étude, peuvent amener à une confusion. Nous écarterons à cet effet, le terme d'obligation fondamentale⁴³⁹. Quant aux notions d'obligation essentielle et d'obligation principale, Jean-Francis Overstake cite⁴⁴⁰ à ce sujet Ripert et Boulanger : « il est possible de distinguer une prestation, objet d'une obligation, à laquelle se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer. À cette prestation essentielle correspond une obligation que l'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord des volontés intervient »⁴⁴¹. Toujours concernant la différence entre ces notions, les auteurs Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, voient dans l'exécution d'un contrat synallagmatique, celle qui relève de l'exécution des obligations principales nées du contrat, au sens de la livraison de la chose et du paiement du prix s'agissant d'un contrat de vente⁴⁴². Quant à l'obligation essentielle, qui s'identifie tant par sa nature en tant qu'élément de l'essence du contrat, que par la commune intention des parties, elle doit être comprise comme la finalité attendue.

SECTION 1. LES OBLIGATIONS PRINCIPALES, FONDEMENT DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT

143. Que ce soit par la simple application du principe du consensualisme ou encore à l'issue d'une phase de négociation précontractuelle que sont les pourparlers, nous avons vu que l'offre acceptée formait le contrat validant ainsi les éléments essentiels constitutifs de l'objet de celui-ci. Les éléments essentiels sont ceux en l'absence desquels on ne peut classer le contrat⁴⁴³. Dans les contrats spéciaux par exemple, le législateur a défini le caractère des plus usités. La chose et le prix sont ainsi les éléments sans lesquels un contrat ne peut être validé en

⁴³⁸ Cf., R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale*, op. cit., n° 14, p. 12. Selon Ruth Sefton-Green, « Les obligations fondamentales et essentielles sont synonymes. En revanche l'expression « obligation principale n'a pas la même portée que l'obligation fondamentale, par conséquent on ne peut pas les considérer comme identiques ».

⁴³⁹ Équivalent de la *fundamental breach* du droit anglo-saxon, l'obligation fondamentale est une technique d'interprétation, un concept dont s'est inspiré le droit français. Au terme d'obligation fondamentale qui nous vient du droit anglais, nous préférons celui d'obligation essentielle. C'est ce qui sert de fondement, qui constitue une base qu'elle soit essentielle, déterminante, constitutive ou encore capitale, mais qui n'a pas de statut principal.

⁴⁴⁰ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., n° 38, p. 26.

⁴⁴¹ Cf., G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1957, n° 241, p. 99.

⁴⁴² Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 148, p. 184.

⁴⁴³ Les éléments essentiels seraient ceux « sans lesquels il demeurerait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue », J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, op. cit., 1970, n° 52 ; ils sont encore définis comme « Les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser », (cf., P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, op. cit., n° , p. 198).

contrat de vente. Or, les éléments qui sont de l'essence du contrat sont toutefois difficilement réductibles à une quelconque obligation. En fait, ce ne sont pas les éléments essentiels qui déterminent l'obligation principale qui s'impose aux contractants, mais l'accord de ces derniers sur ces éléments auxquels ils ont souscrit. En droit interne, l'obligation principale permet de constater d'une part, la réalité du contrat et d'autre part, de contrôler sa qualification. Dans l'opération de qualification, l'élément recherché est celui qui va permettre au juge de se rapprocher d'une catégorie juridique voisine du contrat litigieux, afin de déterminer le régime applicable à l'opération envisagée. Par l'interprétation des éléments qui caractérisent le contrat, le juge procède à l'opération de qualification qui consiste à identifier les cas auxquels s'applique la règle de droit. Pour cela, le juge procède par syllogisme⁴⁴⁴, ce qui le conduit à placer le contrat dans une catégorie déterminée ; la finale du syllogisme constitue le terme de l'opération de qualification au sens où « rechercher la nature d'un contrat, c'est chercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé »⁴⁴⁵. Autrement dit, la qualification se présente comme étant l'opération qui consiste à définir un cas concret pour le faire entrer dans une catégorie préexistante, ce qui revient à dire que « la catégorie générale applicable à un cas concret ; c'est qualifier le cas concret »⁴⁴⁶. Or, que les éléments essentiels aient été ou non assujettis à des pourparlers, n'influe en rien sur la qualification du contrat ; ne donnant que des indications sur le contenu de l'offre qui fait l'objet de négociations entre les parties, la période précontractuelle n'a aucune incidence sur sa nature. Seule la formation du contrat crée des obligations qui s'imposent aux parties. L'intention des parties de réaliser une opération économique-juridique, avec la volonté de chacune de s'accorder sur les éléments qui en sont essentiels, indique le choix porté sur la catégorie du contrat proposé, lequel s'accompagne dès sa création, d'un certain nombre d'obligations majeures, qui sont par ailleurs communes à l'ensemble des contrats⁴⁴⁷. Autrement dit, dès l'acceptation de l'offre, la nature du contrat formé est connue des parties qui se sont engagées à en exécuter les termes. En cela, la qualification voulue qui caractérise le contrat, commande aux cocontractants l'exécution des obligations créées dès sa formation. C'est ce qui nous fait dire que ces obligations extérieures à la volonté des parties sont objectivement caractéristiques du contrat formé.

144. Dès lors que les éléments déterminants de la formation du contrat sont clairement exprimés après qu'ils aient fait l'objet d'un accord entre les parties, le juge constatant la rencontre des volontés sur les éléments objectivement essentiels est en principe, en mesure de déterminer la catégorie dans laquelle s'inscrit le contrat. Pour exemple, le transfert de propriété qui fait suite à l'accord des parties sur la chose et sur son prix, constitue un contrat de vente. Si le prix de la chose évalué en argent, ne peut être identifié, le contrat ne pourra être qualifié de contrat de vente. Ainsi, la carence de l'obligation principale de l'acheteur ne

⁴⁴⁴ Le syllogisme est un raisonnement par déduction. Partant, par exemple, du postulat que l'accord des parties sur la chose et sur le prix constitue une vente, le juge, procédant par syllogisme, qualifiera de vente un contrat, dès lors qu'il aura constaté qu'il présente les mêmes caractères que sont la chose et le prix.

⁴⁴⁵ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 15.

⁴⁴⁶ H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit interne privé*, 2^e éd., 1955, n° 298, p. 453.

⁴⁴⁷ Le paiement d'un prix et la remise de la chose.

pourra donner lieu au transfert du droit de propriété. Il en est de même lorsque dans un contrat de bail, le loyer correspondant au bien mis par le bailleur à la disposition du preneur, n'apparaît pas clairement à l'*instrumentum*. La classification dans une catégorie déterminée impose d'identifier les obligations principales qui se présentent comme des éléments d'information sur la classification du contrat (§1), mais aussi d'aborder le rôle des obligations accessoires, une exception à la qualification du contrat (§2).

§1. L'identification des obligations principales et la classification du contrat

145. Le contrat étant l'organisation juridique d'une opération économique projetée, sous-tendue à un accord de volonté de s'obliger sur ses éléments essentiels, nous fait dire qu'au-delà des classifications traditionnelles⁴⁴⁸, c'est le contenu contractuel qui à travers les éléments déterminants de l'opération économique, permet d'effectuer une classification, c'est-à-dire identifier la catégorie juridique dans laquelle le contrat s'inscrit. Le régime légal emprunté aux contrats spéciaux, auxquels on peut joindre certains contrats nommés, dont la qualification permet de se reporter à des règles établies ou qui en sont proches, correspond généralement au choix des volontés d'opter, en ce cas, pour un cadre préalablement fixé⁴⁴⁹. En revanche, certains contrats dont la spécificité et la complexité font obstacle à ce qu'ils ne soient rattachés à aucun régime juridique connu, seront soumis à la théorie générale des contrats. C'est la raison pour laquelle, afin d'échapper à un régime juridique qui leur serait défavorable ou trop contraignant, les parties vont souvent privilégier les contrats innommés ou sui generis⁴⁵⁰, autrement dit, éviter de se référer à un régime préétabli.

146. Les obligations principales, appelées encore obligations caractéristiques dans les contrats spéciaux s'imposent aux parties dès la conclusion du contrat. Comme les obligations de payer le prix et de délivrer la chose dans le contrat de vente, elles constituent ainsi à travers les prestations qui les caractérisent la nature juridique du contrat et sont en cela des instruments de catégorisation. Autrement dit, la recherche du régime juridique applicable au contrat suppose la détermination préalable des éléments essentiels constitutifs de celui-ci, dont relèvent les obligations principales. Pour reprendre l'exemple du contrat de vente, la chose et le prix en sont les éléments essentiels, ce qui implique les obligations de délivrer la chose pour le vendeur et d'en payer le prix pour l'acquéreur. Ce sont les obligations principales qui conditionnent en premier lieu la nature juridique du contrat. Elles portent sur les éléments essentiels déterminants de l'opération juridique envisagée par les parties et par là-même, participent à la qualification voulue par les parties. En d'autres termes, « ce sont

⁴⁴⁸ On compte parmi les classifications traditionnelles celles qui sont générales comme les contrats synallagmatiques ou unilatéraux ; les contrats gratuits ou à titre onéreux mais aussi, les classifications qui relèvent de la formation du contrat tel que les contrats consensuels, solennels et réels ou encore celles qui ont trait à l'exécution du contrat comme les contrats à exécution instantanée ou successive.

⁴⁴⁹ Contrat de vente, bail locatif.

⁴⁵⁰ Voir à ce sujet, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 104, p. 125 et s.

[...] les obligations principales qui, une fois qualifiées conditionnent la nature juridique du contrat tout entier »⁴⁵¹. Elles permettent l'identification de la nature juridique du contrat à travers les prestations qui les caractérisent⁴⁵², celles qui portent sur le « cœur » du contrat, c'est-à-dire de son objet.

147. Or, l'analyse de la notion d'objet, au sein de la sphère contractuelle, fait ressortir différents sens que le terme peut revêtir. La question que se pose Jean-François Overstake⁴⁵³, d'utiliser l'objet comme un critère permettant la classification des contrats spéciaux, est de savoir lequel de ces objets, qu'il s'agisse de l'objet de la prestation ou bien de l'objet de l'obligation ou encore de l'objet du contrat, peut contribuer à classer le contrat. La place prépondérante que tient l'« objet » dans la sphère contractuelle, se justifie par ce que Philippe Delebèque appelle « les données contractuelles primaires »⁴⁵⁴, mais la notion d'objet n'est pas clairement définie. Nombre de définitions de l'objet du contrat le présentent comme un concept difficile d'approche et souvent controversé⁴⁵⁵, ce qui nous amène à aborder la notion en ce qu'elle peut évoquer dans sa réalité⁴⁵⁶. Il est à préciser que si la notion d'objet énoncée à l'article 1108 a disparu, on retrouve encore le terme d'objet dans certains articles du Code civil⁴⁵⁷. Par ailleurs, « sous l'intitulé général du contenu du contrat le Code maintient l'idée (et même parfois le mot) d'objet »⁴⁵⁸. Selon l'article 1128 du Code civil, le contrat doit présenter un contenu licite et certain, nécessaire à la validité du contrat, recouvrant ainsi les anciennes notions d'objet et de cause du contrat. En tout état de cause, l'objet est ce sur quoi on contracte, il est en cela la matière de l'engagement⁴⁵⁹.

148. Selon Gérard Cornu⁴⁶⁰, l'objet du contrat est défini d'emblée, comme la chose, élément matériel, sur laquelle les parties se sont accordées. Objet de la transaction, la chose prise en elle-même est l'élément qui suscite l'intérêt des parties et sur lequel porte l'intention de chacune de contracter ; l'intention de céder quelque chose pour l'une, l'intention d'en faire usage ou d'en prendre possession pour l'autre. L'objet des obligations principales constitue quant à lui, l'élément juridique qui permet au contrat de remplir sa fonction économique. En matière de vente, exécuter ces obligations, c'est réaliser l'opération économique projetée, dans le respect des engagements pris autrement dit, la satisfaction de

⁴⁵¹ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, ibid.*, n° 82, p. 101.

⁴⁵² Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, ibid.*, n° 76, p. 97.

⁴⁵³ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux, op. cit.*, p. 29

⁴⁵⁴ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat, op. cit.*, 1981, n° 159, p. 195.

⁴⁵⁵ La doctrine dominante lui préfère l'objet des obligations nées du contrat.

⁴⁵⁶ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 658.

⁴⁵⁷ Art. 1163, al. 1^{er} nouveau du Code civil : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être déterminée ou déterminable »

⁴⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 388, p. 421.

⁴⁵⁹ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *ibid.*,

⁴⁶⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, 2007, p. 626.

concrétiser un accord sur une chose et son prix. Dès lors que les parties se sont accordées sur une chose et le prix de la chose, on peut conclure à la création d'un contrat à titre onéreux qui porte sur un échange de biens ou de services. Le fait que les parties s'acquittent des prestations promises, au sens de la délivrance de la chose et du paiement du prix s'avère toutefois insuffisant pour que l'on puisse déterminer avec précision le type de contrat envisagé. Élément objectivement essentiel, la chose prise isolément, ne peut à elle seule déterminer la finalité du contrat. Tout autant, le prix de la chose, seul, ne peut être déterminant de la qualification du contrat. Seule la conjonction de ces deux éléments permettra d'approcher un type de contrat, sans pour autant en définir l'exacte qualification. Celle-ci ne pourra être révélée que par l'identification de l'opération juridique voulue par les parties⁴⁶¹.

149. C'est pourquoi, au-delà du terme générique, faut-il encore que la « chose », puisse être clairement identifiée en ce qu'elle représente dans la sphère contractuelle (A). Étant entendu que nous avons pris le parti, dans cette étude, de ne nous référer exclusivement au contrat synallagmatique à titre onéreux qui concerne un échange de biens et de services, il nous faut prendre en considération que la chose, élément objectivement essentiel qui valide le contrat quant au fond⁴⁶², a pour pendant un élément essentiel autre qui en est la contrepartie⁴⁶³. S'agissant de la prestation financière, celle-ci vient concourir à l'opération juridique projetée en tant que contrepartie. Le prix de la chose est en cela partie prenante de la notion d'objet (B). Constitutifs de l'objet des obligations principales, ces éléments, sujets des intentions communes, participent à la qualification du contrat.

A. La notion de chose dans la sphère contractuelle

150. L'exigence de la réalité de la chose, vue comme un élément objectivement essentiel de l'opération projetée, est une condition de la formation du contrat. Sans l'existence de la chose, il ne peut y avoir de réalisation de l'opération juridique projetée, condition *sine qua non* pour l'acquéreur d'accepter une offre de contracter. On ne pourrait comprendre qu'une personne saine d'esprit, puisse se porter acquéreur d'une chose qui n'existe pas sauf, si celle-ci l'a acquise de bonne foi avec la ferme conviction que la chose avait une existence certaine. En ce cas, un contrat a pu être formé sans pour autant qu'il remplisse les conditions essentielles à sa validité. Il se peut, en effet, que dans un contrat de vente, la chose vendue n'ait jamais existé ou qu'elle ait disparu à l'insu des parties avant la rencontre des volontés⁴⁶⁴. Dans cette hypothèse, faute d'objet, le contrat formé serait annulé⁴⁶⁵, la chose étant censée exister au moment de la conclusion du

⁴⁶¹ L'accord sur la chose et le prix est à l'origine du transfert du droit de propriété à l'occasion d'une vente ; il peut tout autant aboutir à la mise à disposition d'un bien dans un contrat de bail ou à l'exécution d'un service dans le cadre d'un contrat de louage etc..

⁴⁶² Voir à ce sujet, S. PONS, « Réflexion sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA.*, n° 71, 8 avril 2008, n° 12, p. 6.

⁴⁶³ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 321, p. 285.

⁴⁶⁴ Voir, J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 682, p. 658.

⁴⁶⁵ Art. 1601 du Code civil

contrat. On ne peut concevoir qu'un contrat soit formé dès lors qu'il porte sur une chose qui n'existe pas ou qui ne peut être identifiée. En l'absence de la chose vendue, il ne peut y avoir transfert du droit de propriété, mais tout autant, dans la mesure où cette chose existe, que les droits sur le bien acquis ne soient pas transférés à l'acheteur. Une hypothèse qui peut cependant être avérée, dans le cas où une personne propose à la vente un bien qu'il n'a jamais eu ou que ce bien ait disparu ou encore qu'il ait été détruit, sans que les parties aient pu en avoir connaissance au jour de la conclusion du contrat. Dans tous les contrats, l'accord sur la chose est basé sur la conviction du destinataire de l'offre qu'il y a bien une correspondance entre ses attentes et la chose proposée, au regard de la désignation de celle-ci et de l'état descriptif qui en est fait.

151. Il est vrai que l'imprécision rédactionnelle peut masquer le sens de l'opération juridique projetée, et créer de ce fait un doute quant à la qualification voulue par les parties. C'est pourquoi, la détermination qualitative de la chose est importante dans l'hypothèse d'un éventuel manquement à l'obligation de délivrance⁴⁶⁶. Il faut pour cela que la chose soit rédigée avec précision au sein de l'*instrumentum*, qu'elle soit déterminée au jour de la formation du contrat, ou tout au moins déterminable en fonction des éléments fixés par les parties qui la rendront déterminable⁴⁶⁷. Ce peut être par exemple une récolte de céréales ou bien la production d'un bien industriel à venir; ceux sont des produits qui ne pourront exister qu'à la conclusion du contrat dont la qualification sera déterminante au niveau de la responsabilité des parties sur la chose.

152. Selon une définition tripartite donnée par Robert-Joseph Pothier qui trouve encore son application dans notre droit contemporain, on peut voir que « dans chaque contrat on doit distinguer trois choses : celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de sa nature, et celles qui sont purement accidentelles »⁴⁶⁸. Bien que les *naturalia*⁴⁶⁹ et les *accidentalia*⁴⁷⁰ participent aussi à la formation du contrat, ce sont principalement les *essentialia*, qui attestent de son existence et de son authenticité. Robert-Joseph Pothier précise en ce sens que « les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister ; faute de l'une de ces choses, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat »⁴⁷¹ ; une assertion qui nous permet d'avancer que les choses essentielles sont parties prenantes de l'objet du contrat.

⁴⁶⁶ Voir à ce sujet, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Levallois, Francis Lefebvre, 2010, n° 647, p. 276.

⁴⁶⁷ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B SEUBE, *Technique contractuelle*, *ibid*, n° 324, p. 157.

⁴⁶⁸ Cf., R.-J. POTHIER, *Les œuvres de Pothier*, t. I, 1821-1824, Paris, Siffrein, p. 82. ; *Traité des obligations de Pothier*, nouvelle édition approprié à la législation belge, t. I, Bruxelles, Langlet et Cie, 1835, n° 5, p. 6.

⁴⁶⁹ R.-J. POTHIER, *ibid*, « Les choses qui sont seulement de la nature du contrat sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, en font parties quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées ; en un mot les choses qui sont sous-entendues par la loi ou l'usage ».

⁴⁷⁰ Cf., R.-J. POTHIER, *ibid*, n° 8, p. 9, « Les choses accidentelles au contrat sont celles qui n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat ».

⁴⁷¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle édition appropriée à la législation belge, t. I, *op. cit.*, n° 6, p. 6.

Elles participent à l'identification de la nature de celui-ci et par là-même, peuvent être tout autant révélatrices de sa qualification.

153. Que ce soit l'objet du contrat, de l'obligation ou de la prestation, l'objet à chaque niveau est l'élément essentiel sujet des intentions communes. Or, nombre d'auteurs considèrent la notion d'objet du contrat comme « n'ayant pas de sens autonome, et serait une ellipse commode pour viser l'objet des obligations nées du contrat »⁴⁷². L'expression « objet du contrat » en tant que chose, serait dès lors écartée au profit de deux notions distinctes que sont, l'objet de l'obligation qui est la prestation en elle-même⁴⁷³ et l'objet de la prestation qui est la chose sur laquelle porte l'intérêt des parties. Cette position est soutenue par Philippe Delebecque lequel, dans sa thèse⁴⁷⁴, précise que « l'objet du contrat est constitué par les obligations auxquelles il donne naissance. Le contrat en temps qu'acte juridique, a pour objet de créer des obligations », l'auteur ajoutant : « en ce sens le contrat n'a pas lui-même un véritable objet »⁴⁷⁵. Or, si l'objet se comprend aujourd'hui en ce qu'il est défini, comme étant l'objet de l'obligation au sens de la prestation promise, cette définition n'est pas satisfaisante. Nous pensons en effet, que cette position n'exprime pas la parfaite réalité du contrat. On ne peut écarter l'objet du contrat en tant que chose, telle qu'elle se présente sous des formes juridiques multiples qui sont à l'origine de l'accord des parties, tel un bien corporel⁴⁷⁶ ou incorporel⁴⁷⁷, un service promis, ou encore un ouvrage à réaliser. C'est sur la chose objet du contrat que s'est focalisée, à l'origine, l'intention des parties. Elle était à ce stade un élément prépondérant de la rencontre des volontés autour duquel s'est organisée l'économie du contrat⁴⁷⁸. Plus précisément, le contrat ne peut être formé⁴⁷⁹ tant que les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments économiques et juridiques qui ont focalisé leurs intentions tels que les biens ou les services, mais également sur les modalités d'exécution des obligations consenties aux sens des prestations qui concourent à la réalisation de l'opération juridique envisagée. Cela confirme qu'en l'absence de la chose, le contrat ne peut exister. Elle est à ce stade l'élément matériel autour duquel les parties vont déterminer le cadre juridique qui va les conduire jusqu'à la concrétisation de l'objet de l'opération juridique envisagée. On peut dire que la chose est tout autant l'objet de l'obligation, créée dès le contrat formé, puisqu'elle se trouve au cœur de la prestation promise et il nous appartient d'examiner sous quelle forme elle doit être appréhendée dans la sphère contractuelle. Ainsi, apparaissant comme l'élément économique, objet du contrat (1), la chose peut être comprise aussi comme l'objet des obligations consenties, c'est-à-dire l'élément juridique au sens de la prestation promise (2). Elle retrouve le statut d'élément matériel dès lors qu'elle est présentée comme l'objet de cette prestation.

⁴⁷² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-contrat et engagement unilatéral*, op. cit.,

⁴⁷³ Art. 1163, al. 1^{er} nouveau du Code civil : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

⁴⁷⁴ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, op. cit., n° 160, p. 195

⁴⁷⁵ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, *ibid.*

⁴⁷⁶ Tel un bien meuble ou immeuble.

⁴⁷⁷ Comme par exemple, les droits d'auteur, un brevet d'invention.

⁴⁷⁸ Au sens de l'organisation juridique qui régit l'acte.

⁴⁷⁹ Voir, C LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, op. cit., n° 246, p. 222.

1. La chose élément économique objet du contrat

154. Ni la chose, ni le fait, ne sont une abstraction. Afin qu'ils soient identifiés, sans qu'il ne puisse y avoir de place à l'ambiguïté⁴⁸⁰, la chose ou le fait, objets d'une opération économique projetée, doivent d'une part, avoir une existence réelle d'autre part, qu'ils puissent être suffisamment déterminés⁴⁸¹ conventionnellement quant à leurs caractéristiques essentielles. Or, la chose est l'élément déterminant d'une prestation attendue, laquelle est elle-même l'objet d'une obligation. L'ordonnance du 10 février 2016 en a fixé la règle à l'article 1163 du Code civil. Il suffit pour cela que les indications portées à l'*instrumentum*, permettent de désigner à coup sûr chacun de ces objets⁴⁸². Que le contrat soit nommé ou innommé, si la chose objet du contrat est facilement identifiable dans un contrat simple, il en est autrement dans un contrat complexe qui regroupe plusieurs contrats distincts issus de consentements différents⁴⁸³, mais qui peuvent se présenter comme des opérations qui sont des combinaisons de moyens connues.

155. En ce qui concerne les contrats simples qui ne requièrent qu'un seul consentement, l'identification de la chose objet du contrat ne présente pas de grande difficulté. Pris au sens commun, l'objet est avant tout matière. C'est la chose, considérée au sens physique du terme, qui permet à l'interprète de s'assurer de la validité d'un contrat dès lors qu'elle ne contredit pas l'ordre public⁴⁸⁴. Élément corporel ou incorporel, la chose, se décline selon deux notions que sont d'une part, le bien à remettre⁴⁸⁵ ou le service à accomplir, d'autre part, le fait à faire ou ne pas faire. Ces locutions présidaient dans la définition du contrat à l'article 1101 ancien du Code civil ; bien qu'abandonnées par l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle a recentré la définition du contrat sur sa nature en qualité d'accord de volontés⁴⁸⁶, elles restent des éléments utiles dans une démarche logique d'interprétation. En ce qui concerne la chose, celle-ci apparaît clairement, comme étant un élément matériel dès lors que l'engagement porte sur la création d'une obligation, sachant que la conclusion du contrat en ce cas, équivaut à l'obligation de donner. Il a été établi dans l'ancien système, que

⁴⁸⁰ Cf., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 57, p. 64.

⁴⁸¹ Art. 1163 du Code civil : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible, et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire».

⁴⁸² Cf., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 57, p. 64.

⁴⁸³ Voir à ce sujet, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 242, p. 125.

⁴⁸⁴ Art. 1162 du Code civil : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

⁴⁸⁵ En ce qui concerne les obligations translatives, s'agissant de la chose objet du contrat, le bien à donner ne signifie pas de faire une libéralité, mais de transférer un droit de propriété sur la chose, qui peut être aussi le transfert d'un autre droit réel sur un bien. Pour les obligations non translatives, il s'agit d'un service et non du bien sur lequel porte le service.

⁴⁸⁶ Cf., *Supplément au Code civil 2016. Réforme du droit des obligations, A jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 1^{er} février 2016*, Paris, Dalloz, 2016.

dans l'obligation de donner, stipulée à l'article 1101 ancien du Code civil, la chose est un élément objectivement essentiel du contrat ; dans le contrat de vente, la chose et le prix, éléments essentiels⁴⁸⁷, sont déterminants de la volonté des parties de contracter. Or, il est à souligner, que c'est avant tout le bien, matériel ou immatériel, en tant que « chose »⁴⁸⁸ requise dans tous les contrats, qui est identifié comme l'objet de la vente. La chose constitue le pôle d'intérêt économique essentiel, avant même que lui soit associée une contrepartie, c'est-à-dire son prix. « Un contrat, c'est généralement la transposition juridique d'une opération économique et régler un contrat, c'est mettre sous la forme d'une équation juridique un problème économique »⁴⁸⁹. Le contrat ainsi conclu, va obliger le vendeur à délivrer le bien, l'acquéreur à en payer le prix. Ces obligations, constituent l'engagement réciproque⁴⁹⁰ que les cocontractants vont devoir honorer, au risque de voir leur accord invalidé, au mieux leur inexécution sanctionnée. Cette distinction, relative à la nature de la chose identifiée comme l'objet d'une obligation au sens de la prestation promise, apparaît au sein des clauses contractuelles selon les engagements auxquels les parties consentent. D'une part, la chose en ce qu'elle est l'objet d'une obligation de donner d'autre part, en ce qu'elle est le fait d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Si l'on prend une annonce concernant l'offre de vente d'un bien immobilier telle une parcelle de terrain par exemple, doit y figurer une description du bien satisfaisante afin que les personnes auxquelles elle s'adresse puissent avoir de la chose une parfaite image les incitant à accepter la proposition qui est faite par l'offrant ; dans l'exemple choisi, les éléments déterminants seront le prix, la superficie, la situation géographique, la constructibilité, la zone à laquelle le terrain appartient ou encore si le bien est libre ou grevé de servitudes. Sans ambiguïté sur la nature et les caractéristiques de la chose, le contrat pourra être validé dès l'acceptation de l'offre. En revanche, dans l'hypothèse où une offre de vente a abouti à la formation du contrat, alors que les éléments essentiels de celui-ci ne sont pas correctement exprimés dans l'acte instrumentaire, faute de précision suffisante le contrat, en cas de litige, sera susceptible de disqualification⁴⁹¹ et ne pourra constituer au mieux qu'une offre de contracter, au pire une invitation à entrer en pourparlers⁴⁹². S'agissant de la chose concernée par l'opération projetée, qu'elle se présente comme un bien corporel ou incorporel⁴⁹³, qu'elle soit déterminée ou déterminable, les termes qui la définissent doivent être rédigés avec toute la précision⁴⁹⁴ requise à sa parfaite identification, sachant

⁴⁸⁷ Voir, P. MALAURY, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, n° 59, p. 35.

⁴⁸⁸ Sont exclues les choses hors du commerce, les choses futures à l'exception de certaines d'entre elles qui voient leur existence validées dans certaines conditions.

⁴⁸⁹ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, 1969, p. 17 et s.

⁴⁹⁰ Au sein d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.

⁴⁹¹ Voir à ce sujet, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 241, 242, p. 159 à 160 ; Cass. civ., 3^{ème}, 26 février 1975, Bull. civ., III n° 83, p. 62 : « Les échanges intervenus [...] ne constituaient que des pourparlers et que, faute d'accord sur la chose, le contrat de vente ne s'était pas formé ».

⁴⁹² *Supra* n° 61.

⁴⁹³ Le professeur Mousseron fait la distinction entre ce qu'il appelle les biens appropriés et les biens non appropriés.

⁴⁹⁴ Voir, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 324, p. 157.

qu'elle est en tout état de cause un élément déterminant de la formation du contrat. Il est ainsi de la responsabilité des auteurs de l'acte que d'attacher un soin particulier à la précision rédactionnelle des termes du contrat, en prévision de l'appréciation qui pourra en être faite en cas de litige. On en trouve l'une des illustrations dans le contrat d'assurance où la chose constituant « l'objet du risque », doit être, à ce titre, soigneusement explicitée. Ce sont des situations que l'on retrouve dans les contrats simples, mais qui s'appréhendent tout autrement dans les contrats complexes.

156. Pour ce qui est des contrats complexes, à l'inverse des contrats simples, la volonté des parties est créative, au sens où ce sont les contractants qui déterminent les règles qui prévalent à leurs engagements. Les contrats cadre en sont une illustration, notamment en ce qui concerne la fixation unilatérale possible du prix par l'un des contractants dès lors que les parties en ont convenu, selon les termes de l'article 1164 du Code civil⁴⁹⁵. Par ailleurs, un contrat innommé ne fait l'objet d'aucune réglementation spéciale fixée par le législateur, mais il se peut qu'il ait un nom et rentre dès lors dans une catégorie créée par la pratique qui lui en a donné un⁴⁹⁶. Cette approche doit être comparée avec les *essentialia*. Il n'est plus à préciser que les contrats se forment dès l'accord des parties sur les éléments essentiels. De l'essence même du contrat, le juge doit s'assurer de leur existence en leur reconnaissant un caractère objectivement essentiel⁴⁹⁷ ; ils sont « ceux de ces éléments sans lesquels il demeurerait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue »⁴⁹⁸.

2. La chose objet de la prestation promise

157. Le contrat, accord de volonté créateur d'obligations aurait pour objet, l'objet des obligations qu'il crée⁴⁹⁹. Sur le plan théorique, les notions de contrat et d'objet du contrat ne se confondent pas si on considère que la modification du contrat n'est pas forcément une modification de son objet. Mise à part la notion d'objet compris comme élément matériel, l'objet du contrat, n'est pas le contrat, mais l'opération juridique réalisée par son intermédiaire⁵⁰⁰. Ces deux définitions, bien que diamétralement opposées, donnent de l'objet du contrat, un résultat qui est complémentaire dans la mesure où l'on présente le contrat sous une configuration duale, au sens de son contenant et de son contenu.
158. La clause qui stipule les engagements respectifs des cocontractants, c'est-à-dire la prestation attendue par chacun, avec un objet distinct pour chacune des obligations principales qui porte sur l'objet de la prestation, c'est-à-dire le bien

⁴⁹⁵ Art. 1164 al. 1^{er} du Code civil : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation ».

⁴⁹⁶ Cf., J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, LGDJ, 1999 ; Voir, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 559 et s.

⁴⁹⁷ Cf., A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n°318-319, p. 203.

⁴⁹⁸ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 52, p. 57.

⁴⁹⁹ Cf., A.-S LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 4, p. 2.

⁵⁰⁰ Cf., A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 652, p. 386.

ou le service, participe forcément à l'objet du contrat. Il s'agit de l'objet d'une « prestation présente ou future » au sens de l'article 1163 du Code civil. L'obligation principale, autrement dit la première des obligations, qui se présente selon Ruth Sefton-Green, comme l'obligation primaire à laquelle chaque partie doit consentir, est celle que l'objet de la prestation caractérise. Les éléments essentiels du contrat, au sens de la chose promise et de la contrepartie à cet engagement, sont les éléments déterminants qui appartiennent à l'objet de l'obligation principale. L'obligation principale, à travers son objet telle la prestation caractéristique dans les contrats spéciaux, va préciser les modalités d'exécution afférentes à l'exécution de l'opération juridique envisagée dans son ensemble, laquelle est basée sur les éléments essentiels que le juge va devoir identifier. « Définir le contenu fondamental du contrat, c'est rechercher parmi les différents éléments du contrat, les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »⁵⁰¹.

159. À ce stade, les éléments tels que le titre et le préambule dont le rôle est d'éclairer l'objet du contrat, contribuent à guider le juge dans le contrôle de la qualification établie selon la volonté des parties. On a vu que l'objet dans les contrats, que ceux-ci soient nommés ou innommés, était d'une part, la chose qui représente l'objet de la prestation promise au sens de l'article 1163 du Code civil d'autre part, l'objet du contrat, lequel doit être compris comme l'objet de l'opération juridique envisagée par les parties. Dans les contrats nommés, la qualification ne pose pas de problème particulier, même si les parties ont eu la volonté d'annexer des clauses supplémentaires, éléments accidentels, susceptibles de modifier la substance du contenu contractuel. Dans les contrats nommés, l'opération économique-juridique est incidente des éléments prédéterminés par le législateur. L'obligation qui relève de l'essence même du contrat doit être vue comme une obligation essentielle au sens où son inexécution peut mettre en péril la convention. « Un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme pas les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter ». Les contrats qui concernent un transfert de propriété ont pour but ultime le transfert du droit de propriété sur la chose, au sens où celle-ci est vue comme le bien, objet du contrat. Toutefois, un grand nombre de contrats n'ont pas pour finalité un transfert de propriété, ce sont ceux qui ont pour objet un service. Que ce soit un contrat de louage, de gardiennage, d'entretien, pour ne citer que ceux-là, ils recèlent au même titre que le contrat de vente, une obligation qui porte sur les éléments essentiels qui les caractérisent et sans lesquels, il n'y a pas de contrat. Ainsi, pour une entreprise de gardiennage, l'obligation de surveillance sera l'obligation principale comprise également comme étant l'obligation essentielle. En revanche, pour d'autres activités, telle que l'exploitation d'un hôtel meublé, l'obligation de surveillance revêt un caractère essentiel, sans pour autant que cela en fasse l'obligation principale. Seule la prestation d'hôtellerie est par nature l'objet d'une obligation principale. Ainsi, dans l'hypothèse d'un contrat nommé, l'identification d'une clause se rapportant à l'obligation principale ne pose pas, a priori, de problème sinon qu'il pourrait y avoir une incohérence entre les termes de la clause et le contenu même du contrat ou encore d'une erreur dans la rédaction, que ces ambiguïtés soient volontaires ou involontaires.

⁵⁰¹ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, op. cit., n° 164, p. 198.

160. Or, il n'en est pas de-même en ce qui concerne les contrats innommés où ce sont les parties qui définissent les éléments essentiels qui vont présider à leur accord. Dans un contrat innommé, contrat généralement complexe, les éléments essentiels relèvent directement du choix des contractants, ceux-ci les ayant considérés comme des obligations principales qui contribuent à l'aboutissement de l'opération qu'ils ont projetée. L'obligation considérée par l'une des parties comme « principale » à son engagement, est un élément constitutif de l'économie du contrat. Elle peut être considérée comme étant une obligation essentielle qualifiante qui valide l'accord des parties. Son inexécution, mettra en péril le contrat. Non pas parce qu'elle se rapporte directement aux éléments essentiels du contrat, ce que Pothier propose dans une distinction tripartite comme les *essentialia*, mais parce qu'il est de la volonté des parties de la considérer comme principale dans ce qui constitue leur engagement. La rencontre de plusieurs volontés sur les éléments essentiels du contrat suffit, au nom de la liberté contractuelle, à sa pleine efficacité. Dans les contrats innommés, le juge doit déterminer les obligations principales et plus particulièrement la nature de l'obligation essentielle. La Cour de cassation dans un arrêt du 20 janvier 1998⁵⁰², a précisé que le contrat de déménagement « est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement de la marchandise ». Plus précisément, l'objet principal de ce type de contrat n'est pas le transport, mais les prestations comme la manutention et le rangement des biens mobiliers. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt de la cour de cassation du 1^{er} avril 2003⁵⁰³. Par ailleurs, par un arrêt du 1^{er} juillet 1998⁵⁰⁴, la cour a décidé que « le contrat de séjour par lequel une maison de retraite s'oblige à héberger une personne âgée et à fournir des prestations hôtelières, sociales et médicales », n'est pas soumis aux règles du Code civil relatif au louage de choses.

161. Si d'une manière générale, la création d'obligations apparaît comme un moyen dans la réalisation de l'objet du contrat et non pas comme une finalité, qu'en est-il des obligations qualifiées de principales ? On peut les considérer uniquement comme un moyen, car elles participent à la réalisation de l'opération convenue au même titre qu'une obligation contractuelle figurant au contenu du contrat. En ce cas, l'objet des obligations principales se distingue de l'objet du contrat qui en est la finalité. En revanche, il existe un lien direct entre les obligations principales, créées dès la formation du contrat et l'objet du contrat au sens de la chose objet de l'opération économique voulue par les parties. Ce lien établi entre l'objet du contrat et les objets respectifs des obligations principales confirme bien l'opération juridique envisagée et par là-même, confirme le concours de la volonté des parties à la qualification du contrat. Autrement dit, soit l'objet du contrat est compris comme l'objet de l'opération juridique envisagée, et ce ne peut être que l'obligation essentielle au sens où celle-ci se présente autant comme un moyen que comme une finalité, soit il s'agit de l'objet du contrat en tant que chose matérielle et en cela correspond à l'objet de la prestation. En tout état de cause, l'objet des obligations principales qui est la

⁵⁰² Cass. com., 20 janvier. 1998, Bull. civ., IV n° 26, p. 18.

⁵⁰³ Cass. com. du 1^{er} avril 2003, n° 01-03.109 ; voir aussi, Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2015, n° 14 -19.981.

⁵⁰⁴ Cass. civ., 3^e, 1^{er} juillet 1998, Bull. civ., III n° 145, p. 97.

prestation promise sur les éléments essentiels, ne peut être considéré comme étant à l'image de l'objet du contrat.

162. La méthode qui consiste à considérer que le contrat peut avoir pour objet, l'objet des obligations qu'il crée, est défendue par de nombreux auteurs. On compte parmi ceux-ci Ripert et Boulanger, lesquels formulaient, dans la première moitié du XX^e siècle que « L'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, cette prestation représente l'objet de l'obligation consentie : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit ; mais cette prestation est l'élément en l'absence duquel les parties n'auraient pas songé à former le contrat et c'est à elle que se rapportent les autres obligations que le contrat peut créer ; elle absorbe en quelque sorte l'utilité économique du contrat. On est fondé à dire en ce sens qu'elle est l'objet du contrat »⁵⁰⁵. Le développement opéré par Ripert et Boulanger, conduit à l'idée que l'objet du contrat peut se définir comme « l'objet de l'obligation essentielle » comme l'expose dans sa thèse, Jean-Francis Overstake qui précise en employant le qualificatif de « principale » que « le contrat a un objet propre qui est l'objet de l'obligation principale, c'est en quelque sorte un objet central autour duquel s'organise l'équilibre et l'économie du contrat »⁵⁰⁶. Cette vision de l'objet du contrat repose en fait sur le lien qui existe entre l'obligation principale et le contrat qui lui a donné naissance et plus exactement, entre l'objet de cette obligation et celui du contrat. Ceci nous amène à préciser ce que peut être la réalité de l'objet de l'obligation principale au sens de la prestation qui la définit, afin de rechercher si cette prestation peut satisfaire à la finalité du contrat.
163. Ruth Sefton-Green relève la position de Philippe Delebecque⁵⁰⁷ suivant laquelle la notion d'objet ne serait pas suffisante pour fonder l'obligation fondamentale⁵⁰⁸. Ce dernier précise que « l'objet du contrat est compris comme celui de l'obligation principale autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. L'objet du contrat se confond avec celui de l'obligation principale qui caractérise la convention »⁵⁰⁹. Si l'on s'en tient à la position de Philippe Delebecque, « l'objet du contrat est constitué par les obligations auxquelles il donne naissance. Le contrat en temps qu'acte juridique, a pour objet de créer des obligations », l'auteur allant même jusqu'à dire que « en ce sens le contrat n'a pas lui-même un véritable objet »⁵¹⁰.
164. Cette approche de l'obligation principale a été effectuée par Jean-Francis Overstake « à la prestation essentielle correspond une obligation qu'on peut qualifier de principale et qui apparaît comme celle à propos de laquelle l'accord

⁵⁰⁵ Cf., G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, n° 241, p. 99.

⁵⁰⁶ J.-F. OVESTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰⁷ Cf., R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, *op. cit.*, n° 569, p. 324.

⁵⁰⁸ Ce que nous appelons dans cette étude l'obligation essentielle.

⁵⁰⁹ Cf., P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, *op. cit.*, n° 164, p. 199 et s.

⁵¹⁰ Cf., P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, *op. cit.*, n° 160, p. 195.

des volontés intervient »⁵¹¹. Ruth Sefton-Green⁵¹², quant à elle, fait référence à une analyse de Philippe Jestaz, qui affirme que s'opère une identification entre le consentement et l'objet du contrat, un lien auquel l'obligation principale s'identifie sur la base de la réflexion suivante : Puisque le consentement des parties se concrétise sur un objet ; l'obligation principale serait celle qui réalise cet accord. Prenons les exemples de la vente et du bail. Dans la vente, les parties conviennent de l'objet et des obligations corrélatives de transférer le bien et de payer le prix. Sans l'une de ces deux obligations le contrat se transforme en un autre, qui peut être un bail ou un don. Sans les deux éléments le contrat ne peut exister. Selon Philippe Jestaz⁵¹³, « l'obligation fondamentale⁵¹⁴ se définit comme le consentement réduit à sa plus simple expression –expression qui permet *primo* de dire que le contrat existe *secundo* de le qualifier ».

165. La prestation attendue est l'engagement, pris par le débiteur à l'égard du créancier, qui porte sur un objet⁵¹⁵. S'agissant de la chose, élément matériellement définissable, qu'elle soit corporelle ou incorporelle, le terme correspond à celui de « chose » objet du contrat. Autrement dit, la chose définie comme l'objet de la prestation, se trouve être le même élément que celui qui se présente comme l'objet du contrat⁵¹⁶. En cela, le rôle essentiel de la prestation, elle-même objet de l'obligation, ce à quoi s'est engagé le débiteur, est un moyen au service d'un résultat. Ce n'est que par l'interprétation des prestations que le juge pourra déceler l'objet de ces dernières, c'est-à-dire le ou les éléments essentiels qui ont provoqué la rencontre des volontés⁵¹⁷. La chose objet de la prestation peut être un bien qui soit l'objet d'un contrat de vente, d'un contrat de prêt, d'un dépôt ou encore d'un bail pour ne citer que les plus usités. Un même bien, cependant, peut être l'objet de contrats qui présentent des qualifications différentes ; si l'on prend l'exemple d'un bien immeuble, il peut être soit l'objet d'une vente tout comme l'objet d'un contrat de bail, selon que l'opération juridique voulue par les parties porte sur le transfert des droits de propriété ou la mise à disposition du bien loué. En revanche, pour ce qui est du service, la chose s'identifie à la prestation qui la caractérise. Que ce soit un contrat d'entreprise ou un contrat de louage, le service considéré est l'objet de la prestation. Autant de possibilités qui se traduisent par une qualification distincte, c'est-à-dire l'identification d'un type de contrat déterminé. Par ailleurs, il est patent que la chose joue un rôle d'indicateur sur l'opération juridique projetée, dès lors qu'elle se trouve explicitée qualitativement au sein d'une clause contractuelle, donnant ainsi des informations sur la qualification du contrat. On en trouve l'exemple s'agissant d'un contrat de vente portant sur une récolte future dont les fruits, encore sur pied et par conséquent de nature immobilière, seront qualifiés de

⁵¹¹ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essais de classification des contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 30.

⁵¹² Voir, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, *op. cit.*, n° 571, p. 325.

⁵¹³ Voir, P. JESTAZ, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, p. 294 et s.

⁵¹⁴ *Supra* n° 40.

⁵¹⁵ Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 127, p. 320.

⁵¹⁶ La distinction se trouvait dans les articles 1126 à 1128 anciens du Code civil.

⁵¹⁷ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 352, p. 228.

meubles une fois coupés. Autrement dit, le contrat pourra être qualifié de contrat de vente de meubles, au jour de sa formation, alors que la récolte, élément matériel, sera encore sur pied.

166. L'objet de l'obligation est la prestation qui relève d'un accord de volontés, ce qu'énonce l'article 1101 du Code civil : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Dès lors que l'on aborde la notion d'objet de l'obligation, celui-ci est vu comme étant la prestation qui la caractérise et non comme une chose considérée sur un plan matériel. Or, ce quelque chose étant l'objet de la prestation, si l'on reprend les termes de l'article 1101 ancien du Code civil, et que l'on revient à l'obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose, celle-ci par rapport à l'obligation de donner, change de nature et se comprend comme un « fait » qui relève d'une prestation, qui n'en est pas moins essentiel. Faire ou ne pas faire quelque chose a un sens, comme une obligation de non-concurrence par exemple. C'est ce qui nous permet de préciser à ce stade, ce que peut représenter la chose dès lors qu'elle se définit comme un bien que le débiteur s'engage à donner, ou par le fait attendu objet de l'obligation. Par voie de conséquence, on peut en déduire que la chose et le fait, figurent au rang des éléments essentiels qui constituent l'un et l'autre, l'objet des attentes qui s'inscrivent dans la finalité de l'opération voulue par les parties. Au-delà de la notion de « bien » et de « fait » promis, compris comme étant l'objet du contrat, la doctrine y voit l'objet immédiat de l'obligation dans l'approche moderne du concept de prestation.

B. Le prix de la chose partie prenante de la notion d'objet

167. L'objet matériel et la prestation monétaire sur lesquels se sont accordées les contractants, se présentent comme les contreparties de chacune des obligations consenties qui fondent le rapport contractuel. On trouve désormais la notion de « prix » ou de prix de la prestation, aux articles 1164, 1165 et 1167 du Code civil, ainsi qu'implicitement à l'article 1163 qui fait état de la prestation objet de l'obligation, celle-ci devant être possible et déterminée ou déterminable et qui comprend logiquement la prestation financière. L'alinéa second de l'article 1163 du Code civil est en fait une reprise simplifiée de l'article 1129 du Code civil⁵¹⁸ qui n'était déjà plus applicable quant au prix depuis les arrêts de principe rendus par l'assemblée plénière, le 1^{er} décembre 1995⁵¹⁹. Autrement dit, le prix de la prestation, élément essentiel de l'accord des parties, applicable au bien ou au fait, doit être déterminé ou déterminable (1). Prise isolément la prestation financière peut-elle avoir une incidence sur la qualification du contrat ? (2)

1. Le prix de la chose déterminé ou déterminable

168. Le prix est la somme d'argent qu'un contractant doit payer à l'autre, en fonction de la nature de la prestation qui est due en contrepartie. Dans la plus part

⁵¹⁸ Art. 1129 ancien du Code civil : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ».

⁵¹⁹ Ass. Plén. du 1^{er} décembre 1995, n° 91-1578. Bull. civ. 1995, A. P. n° 7, p. 13.

des contrats qui ont pour finalité l'accomplissement d'une prestation en contrepartie du paiement d'un prix, le prix est généralement fixé au jour de leur conclusion par une clause qui définit le mode de rémunération correspondant à l'accord conclu, que ce soit en termes de loyer, de commissions, d'honoraires, de redevances, de commissions, de licence ou encore de royalties. Anne Laude précise en ce sens, par une illustration relevant d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁵²⁰, laquelle fait la distinction entre les notions de « licence » et de « royauté », que certains termes employés, relatifs à la fixation d'un prix, peuvent porter à confusion. L'emploi de ces mots ne se rapporte pas uniquement à la concession d'un droit privatif de propriété intellectuelle et à sa rémunération. Dans un sens strict, la « royauté » est la redevance due à un inventeur, à un auteur ou à un éditeur, alors que la licence d'exploitation se définit comme étant le droit conféré à un tiers par le titulaire d'un brevet d'invention ou d'un titre privatif de propriété intellectuelle, d'exploiter ce brevet ou ce titre. Toutefois en matière commerciale, le terme de « licence » est également synonyme de permission d'importer, d'exporter ou de vendre certaines marchandises et les mots « redevances » et « commissions » s'emploient indifféremment dans le cadre d'accords commerciaux pour désigner un paiement à date fixe. Ce n'est qu'en corrélation avec la chose que le prix prend un caractère essentiel dans la formation et la qualification du contrat. Le contrat ne sera formé que si les parties ont convenu que telle prestation sera fournie par son débiteur en échange d'un prix réglé par le créancier de cette prestation⁵²¹. La détermination du prix dès le contrat formé, porte généralement sur « les ventes à prix convenu au jour de la conclusion du contrat, quelles que soient les modalités de règlement [...] et *a fortiori*, les modalités de livraison de la chose ou d'exécution de l'ouvrage »⁵²². Les modalités d'exécution des obligations n'étant pas considérées comme un élément essentiel, le défaut d'accord des parties sur ce point n'est pas un obstacle à la formation du contrat⁵²³. Toutefois si le prix est un élément essentiel, il importe de préciser que « lorsque la convention mentionne un prix sans indication de la TVA, le prix est censé comprendre le montant de taxe due sur l'opération concernée »⁵²⁴. Plus que le prix, au sens du versement d'une somme d'argent, c'est la prestation financière qui est essentielle dans le contrat. Ceci nous indique que « la possible indétermination de l'objet ne peut guère concerner que l'objet de l'obligation, mais qu'elle est dénuée de sens relativement à l'objet du contrat »⁵²⁵. L'objet du contrat, c'est l'expression de la finalité qui doit prendre en compte d'une part, la chose objet des attentes d'autre part, l'opération juridique voulue par les parties laquelle inclut l'obligation de payer le prix de la chose qui en est la contrepartie ; une contrepartie qui s'inscrit dans l'économie du contrat.

⁵²⁰ CA, Paris, 4^e chambre, 23 mars 1982, G.P 1983, sommaires, p. 112..

⁵²¹ Cf., art. 1591 et 1592 du Code civil.

⁵²² Voir, P ; MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 375, p. 175.

⁵²³ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, op. cit.*, n° 328, p. 207.

⁵²⁴ Cass. com., 8 octobre 1991, Rev., Contrats-concur.-consom. janvier 1992, n° 1, note L. Leveneur.

⁵²⁵ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat, op. cit.*, n° 365, p. 195.

169. L'opération juridique ou économique voulue par les parties, englobée dans l'objet d'une obligation principale érigée au rang de prestation caractéristique, reste fondamentalement identique qu'elle soit assortie ou non d'une contre-prestation, et qu'elle que soit la nature de cette contre-prestation. La condition nécessaire et suffisante est que le prix soit déterminable en dehors de toute nouvelle manifestation de volonté des parties au sens où « un contrat de vente n'est parfait, que s'il permet, au vu de ses clauses, de déterminer le prix par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieures »⁵²⁶. Si conformément aux arrêts de principe rendus par l'assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995, l'article 1129 ancien du Code civil ne s'appliquait plus à la détermination du prix⁵²⁷ en revanche, dès lors qu'à l'indication précise d'un prix, est jointe une clause de révision sans qu'aucune modalité d'application ne soit mentionnée, la proposition ne peut être considérée comme une offre de contracter. Il s'agit là d'une mesure qui a pour but de protéger une des parties face au pouvoir de l'autre d'agir sur les obligations de chacune. Une offre, cependant, peut être validée, si dans la mesure où ne figure pas au sein de l'acte instrumentaire une clause d'intégralité, les conditions d'une convention antérieure pourront être prises en compte pour connaître le prix. Il pourra s'agir entre autres de factures qui ont été établies précédemment.

2. L'incidence du prix de la chose sur la qualification du contrat

170. Le prix peut être un élément de qualification par défaut. Si l'on considère que les prestations principales d'un contrat spécial sont les éléments spécifiques de la structure de celui-ci, elles doivent permettre de caractériser le contrat⁵²⁸. Dans le cas d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, où chacune des parties doit accomplir, dans la réciprocité, une prestation essentielle qui représente l'objet de l'obligation principale à laquelle elle a consentie, laquelle de ces prestations doit être considérée comme la plus caractéristique de l'opération juridique envisagée, celle de délivrer la chose ou bien celle d'en payer le prix ? Bien que l'obligation de payer le prix constitue la contrepartie habituelle dans tous les contrats à titre onéreux, il s'avère que le paiement du prix de la chose n'est pas un élément caractéristique de la nature du contrat. Cette obligation, pourtant essentielle à la validité du contrat, ne diffère pas selon que le contrat conclu soit une vente, un bail ou un service. La prestation financière est toujours la même quel que soit le type de contrat. Autrement dit, l'obligation de payer le prix ne caractérise pas le contrat comme peut le faire l'obligation qui pèse sur le débiteur de la chose. Ceci permet d'avancer, que dans un contrat à titre onéreux, l'obligation principale créée par le contrat formé, se présente comme l'obligation principale du débiteur de la chose et non l'obligation qui porte sur le débiteur du prix. Expression juridique de l'opération économique projetée, l'objet de l'obligation principale apparaît ainsi comme un élément qui participe à la réalisation de l'objet du contrat, comme étant l'objet de l'opération juridique projetée. Dès lors que le juge aura identifié les obligations principales, il lui suffira de constater l'existence des éléments essentiels sur lesquels elles portent, pour qu'il puisse qualifier le contrat. Ainsi, en présence d'un contrat de vente, l'existence de la

⁵²⁶ Cass. com., 24 mars 1965, *D.*, 1965, 474.

⁵²⁷ Voir, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 305, p. 165

⁵²⁸ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p. 32.

chose, objet de la transaction, l'indication du prix convenu de cette chose et la réalité d'un transfert de droit de propriété sur ce bien entre les parties contractantes, justifiera la qualification de vente de ce contrat.

171. Hors l'objet du contrat, la prestation financière, contrepartie de la chose, est l'élément essentiel d'un grand nombre de contrats. Le prix de la chose est la somme d'argent qu'une partie s'engage à payer en cocontractant, « toute prestation d'un accord qui prévoit le versement d'un prix est essentielle pour que cet accord emporte une obligation juridique »⁵²⁹. Toutefois, considérant le revirement de jurisprudence opéré par les quatre arrêts de l'assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995⁵³⁰, l'accord sur le prix, sauf exception, n'est plus nécessaire à la validité du contrat. Le prix de la chose, pour ce qui concerne les contrats nommés et plus particulièrement les contrats spéciaux, ne présente pas de difficulté particulière. Dans le contrat de vente par exemple, les éléments essentiels sont précisés par le législateur qui en soumet la validité à l'accord des parties sur la chose et son prix. Dans quelle condition le prix est-il un élément à la fois validant et qualifiant du contrat ? ou plus précisément, un élément invalidant ou disqualifiant du contrat par défaut. Une vente peut être déclarée nulle pour défaut de prix ou prix dérisoire, mais elle pourra être requalifiée de libéralité pour éviter la nullité.

172. Si le prix, objet de la prestation, n'a plus à être déterminable au moment de la formation du contrat, en revanche, la prestation au sens de payer un prix, doit être déterminée⁵³¹. Les obligations créées par la formation du contrat, définies comme un droit de créance ayant comme objet une prestation convenue, due et attendue par les parties, sont des obligations dites contractuelles, tout comme le sont les stipulations qui en définissent les modalités. De par la nature de leur fonction, elles sont considérées comme étant des clauses contractuelles, dès lors qu'elles font référence à une obligation acceptée, qu'elle soit principale ou bien accessoire. Toutefois, au sein des clauses formant le contenu d'un contrat, toutes, ne sont pas destinées à définir une obligation principale. C'est à l'initiative du législateur que le contenu des obligations consenties a été fixé dans les contrats spéciaux. Ainsi, la loi précise généralement la nature et la forme des obligations des contrats spéciaux ceux-ci étant, dès lors, caractérisés par les obligations principales auxquelles ils ont donné naissance, comme dans la vente prévue à l'article 1582 du Code civil. L'obligation pour l'acheteur de payer le prix convenu et l'obligation du vendeur de délivrer la chose objet de la transaction, qualifient le contrat de vente, dès lors qu'il y a transfert du droit de propriété. Les obligations principales⁵³² portent sur les éléments essentiels déterminants du type de contrat conclu par les parties et s'imposent, elles aussi, hors la volonté des

⁵²⁹ A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, op. cit., n° 322, p. 204.

⁵³⁰ Voir à ce sujet, H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 152 à 155.

⁵³¹ Voir, A-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., n° 305, p. 165.

⁵³² Dans un contrat synallagmatique, le fait de s'obliger repose sur la rencontre des volontés d'au moins deux personnes qui se sont accordées sur les éléments essentiels pour conclure le contrat. Chacun d'eux étant débiteur envers l'autre d'une obligation d'exécuter ses engagements.

contractants. Peu importe qu'une obligation principale soit créée par l'accord des parties sur les éléments essentiels d'un contrat nommé ou d'un contrat innommé ou bien encore celle d'un contrat *sui generis*. La seule différence étant que dans les contrats nommés, les éléments essentiels sont prédéterminés par le législateur⁵³³, alors que dans un contrat innommé, ou un contrat *sui generis*, les éléments essentiels dépendent directement du choix des parties autrement dit, ceux qu'elles ont considérés comme déterminants de leur accord. Encore que dans certains contrats innommés qui se présentent comme une chaîne de contrats différents, mais où chacun pris isolément peut être rattaché à un contrat nommé, il s'agira d'identifier les obligations principales qui correspondent le mieux à la volonté des parties. Toutefois, que ce soit dans un cas comme dans l'autre, les éléments essentiels sont ceux sur lesquels se sont accordées les parties ; ils font l'objet d'engagements réciproques concernant l'opération envisagée, obligeant les deux parties l'une envers l'autre. L'objet de chacune de ces obligations servant de contrepartie à l'autre, constitue la prestation caractéristique. La prestation caractéristique, en revanche, doit être abordée comme l'objet des obligations principales, au sens de la prestation attendue de l'autre par chacune des parties, qu'elle soit le créancier ou le débiteur.

173. En revanche, l'absence de la mention d'un prix en argent, obligation principale de l'acheteur, écarte la qualification de vente. Il en est de même en matière de bail à loyer où ne figure pas un loyer raisonnable. Il ne peut y avoir qualification de bail, si le montant du loyer, ou la contrepartie convenue est insuffisante et ne présente pas de caractère sérieux qui puisse justifier la qualification. Tout comme la qualification de contrat de dépôt qui met à la charge du dépositaire, l'obligation de garde et de restitution de la chose en nature⁵³⁴. Le prix de la chose peut se comprendre comme un élément de qualification par défaut. L'identification des obligations principales nées de la formation du contrat auxquelles ont consenties les parties contractantes permet ainsi, au regard des éléments essentiels qui les caractérisent, de déterminer la nature juridique du contrat. Ces éléments se révèlent déterminants dans l'élaboration du contenu de l'obligation c'est-à-dire de la prestation qui conduit à la finalité du contrat et par là-même à la justification de la qualification de celui-ci. Dans un contrat à titre onéreux, l'objet de l'obligation principale qui participe à l'objet du contrat, c'est la prestation pour laquelle un contractant s'est engagé, mais qui ne peut être le débiteur du prix. Les éléments que sont la chose et le prix, « expriment avant tout la volonté de créer tel ou tel type d'engagement »⁵³⁵. Toutefois, s'agissant de l'obligation monétaire dans les contrats spéciaux, elle ne peut être prise en compte en tant que telle, pour déterminer l'obligation caractéristique, car elle n'est pas significative d'une catégorie de contrats. Dans les contrats de vente, de bail, d'hôtellerie, de transport et bien d'autres, ce n'est pas la prestation financière qui les différencie⁵³⁶. Ceci ne l'empêche pas, cependant, d'exercer un rôle indirect dans la qualification d'un contrat dès lors qu'elle se présente comme

⁵³³ Plus exactement dans les contrats spéciaux.

⁵³⁴ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 82, p. 101.

⁵³⁵ Voir, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, op. cit., n° 70, p. 28.

⁵³⁶ Cf., P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTHIER, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, n° 12, p. 10.

un élément indispensable à la validité du contrat et à sa qualification. Le prix exigé à titre d'élément essentiel dans un contrat de vente, associé à la chose élément matériel en est un exemple. L'existence conjointe de la chose et du prix ne suffisent pas cependant à déterminer la nature du contrat conclu. En complémentarité à ces deux éléments essentiels, constitutifs de l'objet mais insuffisants pour qualifier le contrat, doit être considérée la finalité attendue selon la volonté des parties.

174. En ce qui concerne la disqualification du contrat du fait du prix, Pierre Mousseron, Jacques Raynard, Jean-Baptiste Seube, citent un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 14 janvier 2004 : « Les juges du fond tenus de restituer sa véritable qualification à une convention dénommée "bail", par laquelle une partie consent à une autre un droit temporaire de chasse sur un domaine pour une durée déterminée renouvelable pour le même temps à défaut de congé, et pour un prix d'un franc, peuvent estimer que celui-ci ne constitue pas un loyer mais caractérise l'existence d'un prêt à usage »⁵³⁷. L'insuffisance du prix peut être en cela un élément de disqualification du contrat.
175. Ainsi, l'association de la chose et de son prix participe à la qualification du contrat. Il nous faut souligner au préalable que prise isolément, hormis quelques exceptions, la chose n'apporte pas d'indication précise sur la nature de l'engagement des parties, sinon qu'elle se trouve liée à l'exécution des obligations réciproques qui la concernent et, qu'en cela, nous l'avons vu, elle doit être déterminée sinon déterminable pour que le contrat puisse être validé. Tout comme la chose elle-même, le prix de la chose, doit être lui-même déterminé. Il peut aussi être indéterminé, afin de protéger l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre⁵³⁸. En ce cas, ce qui importe, c'est que le prix soit déterminable en dehors de toute manifestation de la volonté des parties.
176. L'objet matériel, au sens de la chose associée à un autre élément essentiel, qui est la contrepartie financière, permet ainsi de déterminer les obligations principales et par là-même contribue à la qualification du contrat ; le binôme, chose-prix, est en cela un des éléments de qualification du contrat. Excepté les contrats spéciaux, pour ne citer que le contrat de vente dont les éléments essentiels ont été précisés par le législateur à l'article 1583 du Code civil⁵³⁹, la détermination de ces éléments objectifs, identifiant un type de contrat, n'est pas chose facile. On peut toutefois préciser, sans distinction de genre, que les contrats synallagmatiques se concluent sur le fondement d'un élément essentiel, la chose et de sa contrepartie, la prestation financière, autre élément essentiel qui revêt une importance indéniable dans la mesure où elle joue un rôle de complémentarité avec la chose. Ainsi, « constitue un élément essentiel du contrat tout élément qui explique la raison d'être du contrat, et s'exprime par le caractère impératif de la loi ou la volonté des parties. Est donc un élément essentiel du

⁵³⁷ Cass. 3^e civ., 14 janvier 2004, *RDC*, 2004, p. 708, obs., J.-B. Seube.

⁵³⁸ Cf., Cass. 3^e civ., 14 janvier 2004, *RDC*, 2004, p. 708, obs., J.-B. Seube, cité par J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *La formation du contrat, L'objet et la cause-Les nullités*, t. II, *op. cit.*, n° 118.

⁵³⁹ Art. 1583 du Code civil : « Elle est parfait entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

contrat tout élément qui est nécessaire à sa validité ou qui est soumis à sa force obligatoire »⁵⁴⁰. Autrement dit, dans la plus grande majorité des cas, le contrat ne pourra exister et constituer la norme juridique s'imposant aux contractants, qu'à la condition d'abriter les éléments objectivement essentiels à sa validité que sont d'une part, l'objet du contrat au sens de la chose concernée par l'opération projetée d'autre part, le prix de la chose, à la condition que soit précisée la finalité de l'accord passé entre les parties.

§2. Le rôle des obligations accessoires, une exception à la qualification du contrat

177. Le consentement mutuel, nécessaire à la formation de la convention, peut porter aussi sur des éléments autres que les obligations principales. Ce sont les obligations dites accessoires qui viennent s'adosser aux obligations principales, dès l'instant où les parties, en accord sur les éléments essentiels ont exprimé la volonté de contracter. Il est patent de constater que les éléments essentiels liés aux obligations principales, caractérisent toujours un accord spécifique voulu par les parties, même si les obligations principales s'imposent aux parties, écartant ainsi les volontés dès le contrat formé. Or, en règle générale, les obligations accessoires ne seraient pas, *a priori*, déterminantes de la qualification du contrat. C'est ce que précise dans sa thèse Bernard Gross qui déclare que « dans la plupart des contrats, deux sortes d'obligations peuvent être distinguées : d'une part, les obligations principales qui sont de l'essence même du contrat et, les obligations accessoires qui sont seulement de la nature de la convention. Les premières sont indispensables pour qualifier le contrat. Les secondes, tout en s'incorporant à la convention principale, sont sans influence sur la qualification »⁵⁴¹. Il nous faut toutefois aller plus loin dans le raisonnement. Dans les contrats simples, qui relèvent d'un consentement unique portant sur une seule catégorie de contrat⁵⁴², les obligations accessoires à l'obligation principale, que sont les *naturalia*, émanent directement d'un contrat donné, alors que les *accidentalialia* relèvent de la volonté des parties d'adjoindre, à l'obligation principale, un élément complémentaire qui vient préciser les modalités d'exécution de l'obligation, tels entre autres, le départ du contrat, le mode de paiement du prix, la durée du contrat conclu. Ce sont des obligations qui ne peuvent pas porter atteinte à la qualification du contrat. En d'autres termes, dans un contrat simple, deux sortes d'obligations accessoires à l'obligation principale peuvent être identifiées. S'agissant de la garantie d'éviction, l'obligation doit être vue comme un élément naturel accessoire, au sens où il est de la nature du contrat auquel il appartient, venant ainsi compléter par la sécurisation de l'acquéreur ou du preneur, les obligations principales consistant dans la livraison de la chose et le paiement de son prix. Les autres, comme la clause pénale, pour ne citer qu'un exemple, est définie comme un élément accidentel qui relève de la volonté des parties, expresse ou implicite, afin de protéger le créancier de la non-exécution de

⁵⁴⁰ S. PONS, « Réflexion sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA.*, n° 71, 8 avril 2008, n° 4, p. 5.

⁵⁴¹ B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, LGDJ, 1964, n° 44.

⁵⁴² Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 85, p. 104.

ces obligations. Toutefois, « les obligations accessoires à l'obligation principale n'ont aucun effet sur la qualification du contrat parce qu'elles sont objectivement neutres »⁵⁴³.

178. Il en est autrement en ce qui concerne les obligations accessoires dans les contrats complexes. De manière générale, si l'obligation accessoire est soumise au régime juridique applicable à l'obligation principale⁵⁴⁴, il se peut cependant qu'il y ait des exceptions à la règle. Notamment dans le cadre des contrats complexes, tel que par exemple le contrat d'échange avec soulte. La soulte, stipulée au contrat d'échange comme élément accessoire du contrat, étant assimilable à un prix, se trouve réglementée par le régime juridique de la vente⁵⁴⁵. Il faut néanmoins considérer que l'ensemble des règles afférentes au contrat de vente, ne peut avoir une incidence quelconque sur le contrat d'échange dont la nature a été fixée par la volonté des parties. Nous pensons notamment à la rescision pour cause de lésion qui ne pourra, en ce cas, être appliquée, selon les termes de l'article 1706 du Code civil⁵⁴⁶. Le régime juridique du contrat est simplement aménagé pour tenir compte de la réalité, sans que cette adaptation rejaillisse sur la nature et le régime de l'obligation principale. Dans le contrat d'échange avec soulte, deux obligations sont créées dès l'accord des parties qui sont équivalentes sur le plan qualitatif. Il s'agit de l'obligation de donner et de l'obligation de payer le prix, appelée soulte qui relève d'un contrat autre qui est la vente. Or, ces deux obligations peuvent ne pas avoir la même valeur, ce qui permet de retenir le critère quantitatif comme critère d'une qualification unitaire du contrat. Autrement dit, une soulte d'un montant supérieur à la valeur du bien échangé entraînera, en principe, la qualification de vente pour un contrat dans sa totalité et non la qualification d'échange⁵⁴⁷.

179. Par ailleurs, l'accord des parties sur les éléments essentiels peut ne plus être suffisant, si celles-ci ont voulu ériger un élément accessoire en un élément essentiel à la conclusion de leur accord⁵⁴⁸. S'agissant de l'hypothèse selon laquelle, une personne intéressée à l'offre qui lui est faite et bien qu'en accord sur la quasi-totalité des termes proposés, ait eu la volonté de sous-tendre son accord à un élément, par nature accessoire, qu'elle souhaiterait voir érigé au rang d'élément essentiel⁵⁴⁹. Cette exigence peut-elle avoir en l'occurrence, une influence sur la qualification du contrat ? D'accessoire, l'élément devient essentiel par la seule volonté des parties. « La vente est parfaite entre le vendeur et l'acheteur dès qu'ils sont convenus de la chose et du prix, le défaut d'accord sur les éléments accessoires du contrat ne pouvant empêcher sa formation à

⁵⁴³ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 86, p. 105.

⁵⁴⁴ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, n° 420 et s. p. 344 et s.

⁵⁴⁵ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 291, p. 356 et s.

⁵⁴⁶ Art. 1706 du Code civil : « La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange ».

⁵⁴⁷ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 87, p. 107 et s.

⁵⁴⁸ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, op. cit.*, n° 401, p. 261.

⁵⁴⁹ Ce peut être entre autre les modalités de paiement, la date de départ du contrat.

moins que les parties n'aient entendu reporter celle-ci jusqu'à la fixation de ces modalités⁵⁵⁰ ». Pour ce qui est de la nature hybride des dispositions accessoires à l'obligation principale, Ruth Sefton-Green, ne fait pas de différence entre obligation fondamentale et obligation essentielle, qui peuvent être considérées comme des synonymes⁵⁵¹. En revanche, l'obligation principale n'a pas la même portée que l'obligation essentielle. En cela, l'obligation essentielle relevant d'un élément accessoire essentialisé, ne devient pas pour autant obligation principale. Elle ne se substitue pas à l'obligation principale qui deviendrait, de ce fait, une obligation secondaire. Nous sommes simplement en présence de plusieurs obligations qui coexistent dès la conclusion du contrat, les unes étant principales qui s'imposent aux cocontractants, l'autre dite essentielle qui relève de la volonté de l'une des parties.

180. Il nous faut ajouter qu'aux choses « essentielles », Pothier oppose celles qui « sont seulement de la nature du contrat », c'est à dire « qui sans être de l'essence du contrat, font parties du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient enfermées ou sous-entendues ». Le contrat peut subsister sans elles, il suffit pour les neutraliser d'une « convention contraire ». C'est le cas de l'obligation de garantie du vendeur. Pothier présente, aussi, un troisième type de choses définies comme les « choses accidentelles » qui « sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat ». L'objet des obligations accessoires, vient ainsi en complémentarité de la prestation émanant de l'obligation principale. Ainsi, selon la règle *Accessorium sequitur principale*, l'obligation accessoire dépend de la nature du contrat, que ce dernier se présente comme étant un contrat simple ou un contrat complexe⁵⁵². Autrement dit, l'accessoire est au service du principal auquel il doit son existence. l'objet de l'obligation accessoire correspond-il à l'objet de l'obligation principale ou représente-il un objet qui tout en étant différent n'en est pas moins complémentaire ? L'obligation accessoire poursuit toujours un rôle qui lui est propre qui vient ajouter de manière autonome à l'obligation principale⁵⁵³, une particularité juridique qui participe à la finalité de l'opération juridique.

181. Les obligations accessoires viennent, de fait, compléter les prestations, objet des obligations principales créées dès le contrat formé, ce que Pothier nomme les *naturalia*. Il faut cependant les distinguer des obligations essentielles. Les éléments essentiels d'un contrat sont ceux qui ont un caractère de nécessité absolue, et en l'absence desquels il est impossible de les suppléer. Une vente peut-elle être considérée comme parfaite alors que certaines conditions supplémentaires exigées par le vendeur n'ont pas été respectées ? Il y a ainsi des conditions accessoires qui par nature ne peuvent être essentialisées au cours des pourparlers par la volonté des parties. Jean-Luc Aubert précise à ce sujet que « sont conditions accessoires par nature, toutes celles qui ne concernent pas, à

⁵⁵⁰ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 12^e éd., Paris, Dalloz, n° 145, p. 19. Req. 1^{er} décembre 1885, *S.*, 87. 167

⁵⁵¹ Cf., R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, *op. cit.*, n° 14, p. 12.

⁵⁵² Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 104 et s.

⁵⁵³ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 233, p. 129.

proprement parlé, l'économie générale du contrat »⁵⁵⁴. En revanche, concernant la rencontre des volontés sur des modalités de paiement⁵⁵⁵, à la condition que l'acheteur ait stipulé le mode de paiement qu'il souhaitait voir établi, ou encore la date d'entrée en jouissance expressément fixée dans l'acte instrumentaire, celles-ci peuvent être vues comme des obligations accessoires qui se rapportent au noyau dur du contrat, ce que l'on pourrait appeler l'obligation primaire ou l'essence du contrat.

SECTION 2. L'OBLIGATION ESSENTIELLE EN TANT QUE FINALITÉ DU CONTRAT

182. On a vu que la chose et le prix ne suffisaient pas à eux seuls à déterminer le régime juridique applicable. Dès lors que les parties s'accordent sur les éléments essentiels du contrat comme la chose et le prix, et bien que le contrat soit formé, on ne peut pas déduire, uniquement à partir de ces éléments, la nature du contrat concerné. Il faut pour cela que le juge puisse identifier la commune intention des parties, qui est celle d'aboutir au résultat voulu. Afin de déterminer le type de contrat conclu et trouver à celui-ci sa juste qualification, le juge va devoir s'appuyer en premier lieu sur les obligations principales qui vont le conduire à l'identification de l'obligation essentielle, celle qui définit le contrat dans sa finalité, c'est à dire le but que les parties se sont donné et les moyens pour y parvenir. L'obligation essentielle étant ainsi corrélative des obligations principales (§1) dès lors que les parties ont convenu de la nature de l'opération juridique et des éléments sur lesquels elle porte, c'est par le contenu du contrat que le juge va pouvoir délimiter l'obligation essentielle, c'est à dire l'identifier et la qualifier au regard de son objet (§2).

§1. L'obligation essentielle, expression des obligations principales

183. L'objet de l'obligation essentielle ne pourra satisfaire à la finalité du contrat que dans la mesure où les obligations principales auront été exécutées. En cela, l'objet de l'obligation essentielle repose sur la fonction économique du contrat⁵⁵⁶. Si on se reporte, afin d'illustrer ce raisonnement, au propos d'Anne-Sophie Lucas-Puget laquelle, dans son ouvrage intitulé « Essai sur la notion d'objet du contrat », se réfère à la position de Jean-Francis Overstake. On note que l'auteur, à partir des divers contenus des obligations de donner, faire ou ne pas faire⁵⁵⁷ qui

⁵⁵⁴ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 295, p. 272.

⁵⁵⁵ Voir, H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, *op. cit.*, n° 145, p. 23 et s.

⁵⁵⁶ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 38, p. 26.

⁵⁵⁷ Obligations constitutives de l'article 1101 ancien du Code civil. qui nous le rappelons a fait l'objet d'une réforme dans l'ordonnance du 10 février 2016.

relèvent par ailleurs de l'ancien régime⁵⁵⁸, va au-delà en considérant que l'objet de l'obligation de donner peut consister soit, en un transfert d'un droit préexistant, soit en une constitution de droit réel, soit en une livraison de somme d'argent⁵⁵⁹, que l'on peut classer en contrats translatifs et contrats non translatifs. Cela permet de constater que les contrats translatifs sont ceux qui ont pour objet un transfert de droit préexistant tel que la vente ou le prêt de consommation, ceux qui ont pour objet des démembrements de droits réels principaux à savoir, le bail à construction, la constitution d'usufruit et de servitude, ou de la constitution d'hypothèque, ou encore ceux qui ont pour objet des promesses de payer tels que les effets de commerce, le contrat de rente viagère. S'agissant des contrats non translatifs, le raisonnement est le même. On distingue parmi ceux-ci trois catégories : les contrats dont l'objet est l'exécution d'un travail, les contrats ayant pour objet l'accomplissement d'un service et les contrats ayant pour objet le respect d'une abstention⁵⁶⁰.

184. C'est au titre de l'exécution que les obligations principales⁵⁶¹ essentielles à l'existence du contrat ou les obligations accessoires qui peuvent le devenir par la volonté des parties⁵⁶², sont des obligations indispensables à sa validité. Il existe, par conséquent, une unicité de l'effet du contrat formé qui aboutit à la création de l'obligation essentielle⁵⁶³, quelle que soit l'espèce du contrat considéré. Comme finalité attendue, l'obligation essentielle définit l'opération juridique envisagée ; les obligations principales définissant, quant à elles, les engagements consentis relatifs à l'accord sur les éléments essentiels du contrat, qui participent aussi à la qualification. Les obligations principales à travers les éléments essentiels qui les caractérisent révèlent ainsi la nature du contrat et par là même, la catégorie dans laquelle il s'inscrit. Cela permet de déterminer le régime juridique auquel le contrat doit être soumis. Les obligations principales recèlent les éléments objectifs caractéristiques de la qualification qui sont les marqueurs de la classification du contrat conclu. Autrement dit, si les obligations principales ont pour objet une prestation qui tend vers la finalité du contrat, l'obligation essentielle, en ce qui la concerne, a pour objet cette finalité.

185. L'opération juridique voulue par les parties, prise dans sa globalité, est ce que le contrat commande au-delà des prestations relevant des obligations principales à la charge de chacune des parties. Si on considère la vente d'un bien meuble ou immeuble, il s'agira d'un transfert du droit de propriété contre le paiement par l'acquéreur du prix convenu. La vente se distingue ainsi d'une donation, transfert gratuit du droit de propriété sur une chose. Muriel Fabre-Magnan en déduit que si on s'était référé à l'objet de l'obligation principale ou encore à l'objet de la prestation, au sens de la chose, c'est-à-dire le bien en tant que tel, on ne pourrait

⁵⁵⁸ L'article 1101 ancien du Code civil a fait l'objet d'une réforme dans l'ordonnance du 10 février 2016.

⁵⁵⁹ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 41.

⁵⁶⁰ Voir, J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 85.

⁵⁶¹ Lorsqu'il y a une réciprocité dans l'engagement des parties à un contrat synallagmatique.

⁵⁶² Une obligation accessoire peut être essentielle par la volonté du législateur, de la jurisprudence ou de par la volonté d'une ou des parties de l'essentialiser.

⁵⁶³ Hormis les citations dans lesquelles le terme d'obligation fondamentale est employé par leurs auteurs, nous l'écartons au profit de celui d'obligation essentielle.

pas saisir la différence formelle qui existe entre ces deux contrats⁵⁶⁴. Au regard de l'objet de l'obligation essentielle, l'objet du contrat apparaîtrait comme une complication inutile. C'est l'objet de l'obligation essentielle qui est à prendre en considération.

186. Nous avons vu que les engagements respectifs des cocontractants se justifiaient par la prestation attendue par chacun, avec un objet distinct qui se rapporte à chacune de obligations que nous qualifions principales. Il s'agit de la chose, tels que le bien ou le service, auxquels vient se joindre le prix comme contrepartie financière. L'objet des prestations relatives aux obligations créées, participe en cela à « la finalité juridique globale et immédiate »⁵⁶⁵ du contrat. L'objet de l'obligation essentielle en revanche ne se retrouve que dans l'objet du contrat, compris comme l'opération juridique projetée, dont elle en est la transcription. L'obligation essentielle finalise en cela l'objet du contrat que Ripert et Boulanger présentent comme désignant « la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat. Quand le contrat est conclu, elle devient l'objet d'une obligation : c'est donc toujours bien de l'objet d'une obligation qu'il s'agit [...] »⁵⁶⁶. Dès lors que les parties conviennent de la nature de l'opération et de ce sur quoi elle porte, il est possible d'identifier et de qualifier l'obligation essentielle au regard de son objet. À partir de ce noyau, le droit fournit les règles de fonctionnement du contrat ainsi formé. Configurée par le contrat qui lui a donné naissance, l'obligation essentielle, tout comme les obligations principales, se caractérise objectivement en dehors de la volonté des parties. Elle s'impose par nature⁵⁶⁷, se justifiant par le fait qu'elle se présente comme un élément qui est de l'essence du contrat. Plus que de fournir une prestation déterminée, l'obligation essentielle, dès le contrat conclu, correspond à une finalité.

§2. La délimitation de l'obligation essentielle par le contenu du contrat

187. L'obligation essentielle, à la différence des obligations principales, se caractérise par son caractère irréductible et sa fonction de garant de la force obligatoire du contrat, les parties ne pouvant déroger à cette dernière⁵⁶⁸. Selon Pothier l'obligation est essentielle parce qu'elle est spécifique du contrat formé, de son essence même. Point final de l'opération juridique voulue, elle se présente comme l'étape ultime du contrat concerné. L'obligation essentielle répond ainsi à l'attente du créancier de voir aboutir l'opération économique dans laquelle il s'est engagé et pour laquelle il a consenti à payer le prix. En cela, l'obligation essentielle relève indirectement de la volonté des cocontractants de s'engager sur une opération économique sous tendue à une opération juridique, dont elle est la

⁵⁶⁴ Voir, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat, op. cit.*, n° 135, p. 84.

⁵⁶⁵ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat op. cit.*, n° 500, p. 282.

⁵⁶⁶ Cf., G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, n° 292, p. 118.

⁵⁶⁷ Le terme ne doit pas être pris au sens de la définition des *naturalia* donnée par Pothier, mais comme une conséquence logique, inévitable.

⁵⁶⁸ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat, op. cit.*, n° 585, p. 340.

conséquence. On peut citer par exemple, le transfert des droits de propriété sur un bien qui a fait l'objet d'une vente ou encore la mise à disposition d'un bien qui a fait l'objet d'un bail locatif. De par cette reconnaissance implicite, l'obligation essentielle s'impose aux parties contractantes et ne peut, en principe, souffrir d'aucun manquement qui, altérant ses effets, risquerait de réduire à néant la réalisation de l'opération économique-juridique envisagée, c'est-à-dire l'objectif même du contrat. L'obligation essentielle est l'élément qui permet de finaliser l'opération globale projetée, résultat attendu qui fait suite à l'accord des parties sur les éléments essentiels déterminants de la nature du contrat. Conséquence de l'exécution préalable des obligations principales consenties, l'obligation essentielle est en cela l'élément juridique qui conditionne l'engagement des parties, permettant au contrat de remplir sa fonction économique. Selon Philippe Jestaz, « il y a dans chaque contrat, de par son économie⁵⁶⁹ propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle »⁵⁷⁰. Ainsi, c'est à partir de l'objet de l'obligation essentielle que le juge parvient à définir l'objet du contrat (A), si l'on considère que l'objet de l'obligation essentielle est à l'image de l'objet du contrat au sens de l'objet de l'opération juridique projetée (B). Celle-ci représente la finalité fixée dans l'offre de contracter; une correspondance qui justifie la qualification du contrat.

A. De l'objet de l'obligation à l'objet du contrat

188. Le contrat n'a pas pour objet de créer des obligations, mais d'amener à la réalisation de l'objet de l'opération juridique envisagée par les parties ; l'objet du contrat est le but commun que les parties se sont assigné. En revanche, il a pour effet la création, la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations⁵⁷¹, lesquelles ont pour objet les prestations promises correspondantes, qui ont à leur tour pour objet, tantôt le transfert d'un droit réel sur une chose, tantôt un droit personnel, au profit du créancier ; en tout état de cause le débiteur sera tenu d'honorer les obligations pour lesquelles il s'est engagé. Alors que dans une définition abstraite le contrat pouvait être compris comme un accord de volonté créateur d'obligations, il est aujourd'hui absorbé par celle qui le place comme « un accord de volonté en vue d'une finalité concrète »⁵⁷². Il existe de ce fait, un rapport étroit entre l'objet du contrat (1) et l'objet de l'obligation essentielle (2) qui concrétise le résultat final attendu.

1. L'objet du contrat comme étant l'objet de l'opération juridique.

189. Au-delà de sa définition première, qui le présente comme étant une chose, élément matériel ou immatériel sur lequel les parties ont fondé leur accord,

⁵⁶⁹ Le terme « économie du contrat », se distingue de l'opération économique projetée par les contractants au sens où elle se définit comme étant l'organisation d'ensemble de la convention.

⁵⁷⁰ Voir, P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 279.

⁵⁷¹ Art. 1101 du Code civil: « Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »

⁵⁷² Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., n° 500, p. 282

l'objet du contrat doit être appréhendé en tant que concept⁵⁷³. Au regard de l'intérêt que suscite l'objet dans le cadre de l'interprétation du contrat et par voie de conséquence de sa qualification, l'ambivalence de la définition commande, après avoir précisé la notion de chose telle qu'elle se présente dans la sphère contractuelle⁵⁷⁴, de considérer l'objet comme étant le but que les parties se sont assigné. « Pour qu'un contrat se forme valablement, il faut qu'il y ait une volonté des parties de s'accorder. Mais cet accord ne se réalise pas dans l'abstrait. Les parties veulent quelque chose de précis, pour une raison précise. Rechercher ce qu'elles veulent, c'est déterminer l'objet du contrat »⁵⁷⁵. L'objet résulte ainsi de la volonté commune des parties et donne une vision d'ensemble du contrat qui se présente comme un échange de prestations. L'expression objet du contrat permet de désigner l'opération juridique réalisée par les parties en la considérant, non plus dans ses éléments, mais dans sa globalité. L'objet du contrat serait constitué par l'opération juridique envisagée dans son ensemble, c'est-à-dire à travers toutes ses composantes et non pas à travers telle obligation principale ou l'objet du contrat serait alors la prestation promise.

190. L'obligation créée par la formation du contrat, conséquence immédiate de la volonté des parties de s'accorder sur les éléments essentiels du contrat, se révèle comme étant l'obligation essentielle qui ne peut être dissociée de l'objet du contrat qui l'a fait naître. Ceci, fait dire à Christian Larroumet, justifiant cette position, que « l'objet du contrat se confond avec ses effets »⁵⁷⁶. Dans cette hypothèse, l'objet de l'obligation essentielle s'identifierait à l'objet du contrat. Or, une partie de la doctrine, se positionne sur une notion conceptuelle proche, mais qui se distingue par le fait que certains auteurs entendent opérer une distinction entre les deux notions que sont l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. Ainsi, si l'objet de l'obligation doit être vu comme la prestation⁵⁷⁷ sur laquelle s'est engagé le débiteur, au sens où il s'agit d'un moyen qui va dans le sens de la finalité attendue, l'objet du contrat, au-delà de la chose considérée au sens matériel du terme, doit quant à lui, être compris comme, l'objet de l'opération juridique voulue par les parties dans sa globalité ; les deux notions ne se rejoignent-elles pas, dès lors qu'il s'agit de qualifier le contrat ?

191. L'objet est à l'origine du contrat formé et par là-même, de la naissance des « obligations » qui en sont la conséquence immédiate, celles qui portent sur les éléments essentiels du contrat. L'objet du contrat compris comme étant le cadre juridique du contenu contractuel⁵⁷⁸ est le résultat global attendu, le but que les parties se sont assignées comme étant la finalité, au sens de l'objet de l'opération

⁵⁷³ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *ibid.*, n° 1, p. 1.

⁵⁷⁴ *Supra* n° .

⁵⁷⁵ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 264, p. 280.

⁵⁷⁶ C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation*, t. III, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, n° 380, p. 356.

⁵⁷⁷ Une prestation qui peut être la livraison d'une chose, le paiement du prix convenu, l'exécution du service promis.

⁵⁷⁸ Le contrat en ce sens doit être compris comme étant la norme juridique obligatoire. Voir à ce sujet, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, oct.-déc. 1996, n° 4, p. 771 et s.

juridique voulue⁵⁷⁹, il s'agit là de l'obligation dite essentielle. Or, selon Gérard Cornu, le contrat doit être compris « comme une espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation [...] »⁵⁸⁰. À cela, l'auteur ajoute : « [...] ou de transférer la propriété. », une alternative qui propose de voir le contrat non plus comme créateur d'une norme juridique, mais, comme une opération juridique à part entière. En ce cas, l'objet de l'obligation ne serait-il pas, une composante de l'objet du contrat ? On rejoint par-là, la théorie de Ripert et Boulanger⁵⁸¹, citée par Philippe Delebecque, étant que « L'objet du contrat désigne la prestation à propos de laquelle l'accord des volontés intervient, et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat ». Ne doit-on pas reconnaître à travers cette énoncé que la prestation initiale, qui commande l'ordonnement du contenu contractuel, est bien l'objet de l'obligation dite principale, ou plus précisément, dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique, les objets respectifs des obligations principales ; c'est-à-dire les prestations qui portent sur les éléments essentiels du contrat. En ce cas, si l'on considère l'objet du contrat uniquement comme l'opération juridique sous-tendue à l'opération économique projetée par les parties, cela nous permet d'établir, *a contrario*, que l'obligation principale dont l'objet relève d'une opération économique-juridique, est en fait la transcription de l'objet du contrat. En revanche, s'agissant de la création d'obligations comme étant un lien de droit, elle serait quant à elle, un des effets résultant du contrat formé. L'objet du contrat et l'obligation essentielle sont en cela indissociables. Dès lors que le contrat synallagmatique ne peut avoir plusieurs objets, on peut en déduire que l'objet de l'obligation dite essentielle doit être conforme à l'objet du contrat.

192. Christian Larroumet se pose la question de savoir quelle est alors l'utilité de la notion d'objet du contrat dès lors qu'elle se définit indépendamment de l'objet de telle ou telle obligation créée par le contrat. Dans le cas de la vente d'un immeuble par exemple, c'est le transfert de la propriété de l'immeuble qui constitue le fondement juridique de l'engagement. Alors que l'objet d'une obligation principale est la prestation qui doit être accomplie par le débiteur comme livrer une chose, accomplir le service promis, payer le prix stipulé, l'objet du contrat serait constitué par l'opération juridique envisagée dans son ensemble, c'est-à-dire dans toutes ses composantes et non pas à travers telle obligation principale⁵⁸².

2. L'objet de l'obligation essentielle, objet de l'opération juridique projetée.

193. L'obligation essentielle à travers son objet, lequel dans l'exemple du contrat de vente se traduit par le transfert du droit de propriété du bien acquis, porte non pas sur la remise de la chose par le débiteur et la prise de possession par le créancier, mais au-delà, pour ce dernier, d'en devenir propriétaire dès lors qu'il

⁵⁷⁹ Cf., J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. II, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013. n° 57, p. 46.

⁵⁸⁰ Cf., G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁸¹ Cf., G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. II, n° 241.

⁵⁸² Cf. C. LARROUMET, *Les obligations-Les contrats*, *op. cit.*, n° 381, p. 356.

en a payé le prix⁵⁸³. L'obligation essentielle constitue ainsi la substance même de ce qui est fondamental et obligatoire dans le contrat formé. Elle est en quelque sorte l'élément central, la pierre angulaire de l'opération économique-juridique, autour de laquelle s'organise l'économie du contrat. Son objet, à l'identique de n'importe quelle prestation contractuelle, peut consister à créer, modifier, transmettre ou éteindre une créance. Or, « les obligations constituent la forme juridique des rapports économiques qui s'établissent entre les individus au sein de la société »⁵⁸⁴. L'obligation essentielle renseigne alors le juge sur la manière dont les échanges doivent s'organiser, puisqu'elle a pour objet la prestation caractéristique dont l'inexécution rend le contrat et par là-même, l'opération économique projetée irréalisables. Dans le cadre de la vente d'un bien, on ne peut imaginer que l'acheteur en paye le prix sans qu'il puisse acquérir les droits de propriété. Sans transfert des droits de propriété, il ne peut y avoir une vente. Le transfert du droit de propriété constitue bien l'objet du contrat de vente. Cette aliénation de ses droits par le débiteur, représente la prestation essentielle qui constitue une attente et qui est le résultat de l'accord des parties sur la chose et son prix. Véritable clé de voûte de l'édifice contractuel, c'est autour de l'obligation essentielle que se construit la loi contractuelle et plus précisément au regard de son objet, au sens où ce sont une ou plusieurs prestations qui peuvent se définir comme étant l'expression des modalités essentielles à l'exécution du contrat. Dès lors que ces prestations ont pour finalité l'aboutissement de l'opération juridique projetée, on peut comprendre qu'il y a une correspondance de l'objet de l'obligation essentielle avec l'objet du contrat.

194. Le prix de la chose agit en complémentarité avec les autres éléments essentiels déterminants de l'accord des parties. À l'accord sur la chose, élément essentiel du contrat, préexiste une volonté des parties qui doit être comprise, comme l'intention commune de contracter sur une opération dont la finalité est, à l'origine, principalement économique, dès lors qu'elle est basée sur le principe de réciprocité portant sur une prestation financière. Ainsi, prise dans sa globalité, cette opération économique voulue par les parties, sous-tend l'opération juridique qui est vue en ce cas comme l'objet du contrat, nécessaire à la réalisation du projet. Elle constitue le lien direct par lequel le débiteur est engagé envers le créancier. Or, il est à considérer que ce sont bien les éléments essentiels du contrat, parties intégrantes de l'opération économique envisagée, qui sont déterminants, à l'origine, de la volonté des parties de contracter.

195. L'obligation essentielle, qui s'impose en dehors de la volonté des parties⁵⁸⁵, résulte de la réalisation de l'objet des obligations principales relevant de l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat. En ce sens, l'exécution du contrat est généralement comprise comme l'exécution des obligations principales

⁵⁸³ A l'obligation de donner pour l'une des parties, doit correspondre pour l'autre partie contractante, l'obligation de payer le prix du bien objet de la vente. Dans l'hypothèse où cette obligation de payer n'est pas exécutée, le contrat ne pourra exister.

⁵⁸⁴ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969, p. 31.

⁵⁸⁵ L'obligation essentielle comme les obligations principales sont des éléments extrinsèques à la volonté des parties à laquelle elles s'imposent dès le contrat formé.

nées de sa conclusion⁵⁸⁶ qui s'imposent aux parties, afin de satisfaire à l'obligation essentielle. Relativement à l'opération économique projetée qui passe par la réalisation des obligations principales, l'obligation essentielle a de ce fait un lien indirect avec l'objet du contrat dont elle est la finalité. En revanche, si l'on part du principe que l'exécution de l'ensemble des obligations constitutives d'un contrat doit conduire à la réalisation de l'opération projetée, on peut en déduire qu'il existe un lien direct entre cette opération que les parties se proposent de réaliser à travers l'objet du contrat et l'obligation essentielle. En ce cas, par un lien indirect entre l'objet de l'obligation essentielle et l'objet du contrat qui marque la finalité de l'opération juridique, définissant ainsi la qualification du contrat.

196. Autrement dit, l'objet du contrat étant défini comme l'objet de l'opération juridique voulue par les parties au sens du résultat économique attendu, les obligations nées du contrat formé, sont par voie de conséquence liées à la qualification du contrat. Ce sont là, les conditions déterminantes qui donnent au contrat sa spécificité. L'objet de l'obligation essentielle qui est une conséquence de la formation du contrat, s'identifie à l'objet du contrat qui est aujourd'hui défini comme l'opération juridique à réaliser, et plus précisément comme l'objet de l'opération juridique projetée selon la volonté des parties⁵⁸⁷. En cela, l'obligation essentielle est celle qui permet de déterminer la qualification donnée au contrat.

197. Si l'on considère la prestation caractéristique dans les opérations complexes, la juxtaposition de deux contrats disparates peut constituer un ensemble unitaire cohérent qui se situe à la frontière de deux contrats spéciaux différents. Lorsqu'un prêt, par exemple, est adjoint à une vente, le prêt et la vente qu'il finance sont-ils interdépendants ?⁵⁸⁸ En droit commun, le prêt destiné au financement d'une opération est indépendant du contrat principal. Ce qui signifie que si le contrat principal est nul, le prêt reste valable⁵⁸⁹. Ce principe ne préside pas en droit de la consommation où l'accessoire suit le principal lorsqu'il s'agit de relations entre professionnels et consommateurs. Le droit consommériste impose une interdépendance entre le prêt et le contrat principal, dès lors que le prêt finance le prix de la chose objet de la transaction. Le contrat principal est suspendu à l'obtention du prêt. Dès lors qu'il s'agit d'un mélange de plusieurs contrats spéciaux comme le contrat d'hôtellerie, de transport, de déménagement, de location-vente⁵⁹⁰, la qualification n'a d'intérêt que lorsque chacun des statuts spéciaux auquel un contrat complexe peut se rattacher est différent et que leur régime juridique est incompatible.

⁵⁸⁶ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit. n° 148, p. 184.

⁵⁸⁷ Cf., J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. II, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 57, p. 46.

⁵⁸⁸ Voir, P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTHIER, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 84, p. 53.

⁵⁸⁹ Voir, P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTHIER, *Les contrats spéciaux*, *ibid*, n° 955 p. 563.

⁵⁹⁰ Cf., P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTHIER, *Les contrats spéciaux*, *ibid*, n° 8, p. 9.

B. L'objet de l'obligation essentielle à l'image de l'objet du contrat

198. L'obligation essentielle ne relève pas d'une génération spontanée ; elle puise ses origines dans la formation du contrat, plus précisément, dans le type de contrat sur lequel les parties se sont accordées. Vue comme le résultat final attendu par les parties, elle représente l'élément juridique irréductible qui permet au contrat d'atteindre son but⁵⁹¹. Une fonction qui commande par voie de conséquence, l'exécution préalable des obligations principales qui relèvent de l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat. Pour reprendre l'exemple du contrat de vente, le transfert de propriété qui en est l'essence, tel que le précise Robert-Joseph Pothier, doit être vu comme étant l'obligation essentielle. Or, Philippe Delebecque confirmant la position de Batiffol énonce⁵⁹² dans un raisonnement antithétique, que c'est la délivrance de la chose qui apparaît comme l'obligation essentielle de la vente, ce que nous appelons dans cette étude, l'obligation principale⁵⁹³, et que ce ne peut être le transfert du droit de propriété, le vendeur n'étant pas tenu selon l'auteur « au transfert de propriété, qui est, sauf clause contraire, produit par le seul effet du contrat »⁵⁹⁴. N'étant que le résultat du simple échange des consentements du vendeur et de l'acquéreur, le transfert du droit de propriété ne serait pas en cela constitutif d'une obligation. Le raisonnement est juste, si l'on fait abstraction que l'obligation de délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur ; on sait en revanche que la simple possession d'un bien, ne donne pas un droit de propriété sur ce bien. Dans ces conditions, comment ne pas admettre que le transfert du droit de propriété doit se comprendre comme étant l'objet de l'obligation essentielle du contrat de vente. L'opération juridique envisagée par les parties, serait à l'image de la prestation essentielle au sens où « l'objet du contrat peut d'abord être compris comme l'opération juridique envisagée par les parties. Cette opération s'ordonne autour de l'obligation essentielle du contrat. L'objet du contrat désigne ici la prestation à propos de laquelle se noue l'accord de volonté, la prestation en l'absence de laquelle les parties n'auraient pas songé à conclure le contrat et qui absorbe l'utilité économique du contrat »⁵⁹⁵. Une personne qui achète un bien sous-entend qu'il veut en devenir le propriétaire, et il s'agit bien là de la finalité de l'opération commerciale envisagée.

199. C'est parce que « la vérification de l'existence de l'objet implique l'analyse de la consistance des prestations convenues »⁵⁹⁶, que l'objet du contrat ne peut se concevoir au sein du contenu de celui-ci, sans que soient prescrites les obligations consenties par les parties. Or, dans cette hypothèse, la présence des

⁵⁹¹ Cf., R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, op. cit., n° 560, p. 319.

⁵⁹² Cf. P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, op. cit., n° 180, p. 215

⁵⁹³ *Supra*. n° 5.

⁵⁹⁴ P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, op. cit., n° 180, p. 215.

⁵⁹⁵ F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 28, p. 29.

⁵⁹⁶ Cf., M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2004, n° 128, p. 321.

obligations nées du contrat formé, lesquelles sont stipulées au sein des clauses contractuelles, participent à une confusion lorsqu'il s'agit de définir la notion d'« objet du contrat », une confusion qui ne peut se dissiper que si l'on assimile l'objet de l'obligation essentielle à l'objet du contrat.

CHAPITRE SECOND

LES ÉLÉMENTS SUBJECTIFS OPÉRANT SUR LA QUALIFICATION DU CONTRAT

200. Si l'opération de qualification est une démarche qui porte sur les éléments objectifs du contrat, on ne peut ignorer qu'elle est aussi une démarche qui doit se fonder sur des considérations subjectives. La conclusion d'un contrat passe en effet par l'accord des volontés individuelles et ces éléments essentiels subjectifs que sont les volontés déclarées, expriment une volonté commune à l'effet de créer des effets juridiques, en organisant des besoins par consentement mutuel. Le juge, dans l'opération de qualification du contrat, ne peut ainsi faire l'économie de la prise en compte de la volonté exprimée ou même supposée des parties. Nous avons vu que la volonté des parties au contrat portait sur l'intention de chacune d'elles de s'accorder sur un projet commun. Après avoir consenti aux obligations créées dès la formation du contrat, celles-ci se trouvent à ce stade, liées et obligées par les effets de l'acte⁵⁹⁷ ; ce sont ces éléments constitutifs de l'accord qui servent aussi d'assise à sa qualification⁵⁹⁸ et sans lesquels on ne peut connaître la nature du contrat conclu. L'accord sur les éléments essentiels, détermine le régime juridique que les parties veulent voir appliquer ; « si les parties optent pour une qualification plutôt que pour une autre, c'est parce que le régime qui résultera de la qualification choisie correspond à leurs désirs »⁵⁹⁹. La liberté contractuelle⁶⁰⁰, principe directeur dans la formation du contrat, permet aux volontés de s'exprimer. Élément subjectif essentiel, la volonté est en cela un agent de la qualification (section 1) même si la liberté contractuelle trouve ses limites dans la libre fixation de la qualification du contrat (section 2).

⁵⁹⁷ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 10, p.

⁵⁹⁸ Cf., A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 317, p. 202.

⁵⁹⁹ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse précitée, *op. cit.*, n° 6, p. 6.

⁶⁰⁰ Article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »

SECTION 1. LA VOLONTÉ DES PARTIES AGENT DE LA QUALIFICATION

201. L'interprétation de la volonté des parties, conduit à la découverte de ce qu'elles ont voulu, c'est-à-dire connaître la nature du contrat passé, que ce soit entre autres, une vente, un dépôt, un louage de chose. Tout comme les éléments objectifs, les éléments subjectifs constitutifs du contenu contractuel ont aussi un rôle essentiel dans le choix d'une qualification donnée⁶⁰¹.
202. La volonté apparaît ainsi comme « l'élément subjectif essentiel, émanant des parties au contrat, qui détermine la qualification »⁶⁰². Bien que son rôle ait été réduit par le développement du dirigisme contractuel, elle reste encore l'élément déterminant sur lequel le contrat se fonde. Dès lors, on ne peut imaginer qu'un accord entre un créancier et un débiteur procède d'un contrat, s'il n'y a pas eu un échange des volontés de ces derniers dans le rapport de droit⁶⁰³. Or, il n'y a pas de volonté efficace sans liberté contractuelle. Le principe de liberté qui a déjà connu un déclin lié à celui de l'autonomie de la volonté, supporte de plus en plus de tempéraments. Bien que la liberté contractuelle soit toujours considérée comme l'un des principes directeurs de l'engagement contractuel, son application n'est pas aussi évidente que ce que la théorie affirme et la conclusion des contrats qui s'avèrent litigieux ne relève pas toujours d'une décision librement consentie. S'agissant des contrats imposés, l'atteinte est d'autant plus grande que la personne intéressée au contrat est souvent confrontée à une situation de monopole qui interdit toute négociation, une situation que l'on retrouve par exemple, dans le transport intérieur de voyageurs de la Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF) qui doit par ailleurs s'ouvrir à la concurrence dans les prochaines années. La liberté contractuelle supporte également des atteintes de droit, dans les cas où l'intéressé est tenu de contracter, par des contrats imposés⁶⁰⁴ telle que l'assurance obligatoire. Ainsi, le recul de la liberté contractuelle procède de plusieurs causes. Tout d'abord, on ne peut plus croire que l'individu soit toujours le meilleur défenseur de ses intérêts ; en second lieu, il est la conséquence de l'aggravation des inégalités économiques ; enfin les contractants ne se soucient pas nécessairement de l'intérêt social. À cela, vient s'ajouter l'influence de la loi nouvelle sur les effets des clauses, alors que celles-ci étaient valables au jour de la conclusion du contrat. Jean Waline en vient à se demander ce qu'il reste alors de l'autonomie de la volonté, constatant que « ce principe apparaît de moins en moins susceptible de synthétiser les solutions du droit positif »⁶⁰⁵. On ne peut cependant nier que le principe de l'autonomie de la volonté, bien qu'il apparaisse désuet pour certains, suppose toujours la réalité de la liberté contractuelle. Plus précisément, nous dirions que l'accord des volontés forme le contrat, lequel crée des obligations qui s'imposent aux parties, hors la

⁶⁰¹ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications* thèse précitée, *op. cit.*, n° 212, p. 198

⁶⁰² Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse précitée, *item*.

⁶⁰³ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 6^e éd., *op. cit.*, n° 136, p. 116.

⁶⁰⁴ Cf., A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2016, n° 35, p. 42.

⁶⁰⁵ J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administrative », in *Mélanges Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001 p. 73.

volonté de ces dernières. Or, cette définition n'est pas totalement satisfaisante au regard de l'influence que peut avoir indirectement la volonté des parties dans la création de ces obligations⁶⁰⁶.

203. Ainsi, la restriction de la liberté contractuelle est la conséquence du passage progressif d'un ordre économique libéral à un ordre économique dirigé. Cette confrontation du « voulu » et du « subi » a conduit à un fléchissement notoire à de cette liberté par l'émergence au sein du droit commun, d'un certain nombre de règles impératives qui sont venues se substituer à celles qui ne présentaient qu'un caractère supplétif. Tout comme l'article L. 211-1 al. 1 et 2 du Code de la consommation⁶⁰⁷, on en trouve également l'exemple dans les contrats spéciaux où même si les parties conservent une certaine latitude pour en changer les termes, à la condition de respecter l'objet, elles doivent se conformer aux exigences imposées par les obligations principales relevant du contrat qu'elles ont conclu. En revanche, si on se trouve en présence d'un contrat complexe, qu'il soit innommé *stricto sensu* ou *sui generis*, la liberté des parties demeure totale. En détachant leur accord de catégories existantes⁶⁰⁸, les contractants ont la faculté d'aménager le contenu de l'acte en en fixant les règles, dès lors qu'elles se conforment aux termes de l'article 1102 du Code civil⁶⁰⁹.

204. L'opération de qualification consiste à distinguer les obligations que le contrat fait naître et à identifier parmi elles, celles qui en sont les principales pour aboutir à celle qui est essentielle. Il est patent que la volonté des parties intervient sur la qualification du contrat par le fait qu'elle joue un rôle dans la détermination des éléments objectifs, plus précisément sur la fixation des éléments essentiels du contrat qui seront retenus par le juge au titre de la qualification⁶¹⁰. Or, la volonté des parties ne s'exprime pas de la même manière selon que les parties concluent un contrat de gré à gré ou un contrat dit d'adhésion. En effet, l'article 1110 du Code civil énonce que : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Ainsi, dans un contrat de gré à gré, par l'acceptation de l'offre qui recèle, hormis les éléments extrinsèques validant l'existence du contrat, les éléments intrinsèques⁶¹¹ qui concernent la relation contractuelle projetée, les parties ont déjà convenu de la nature de l'opération juridique envisagée et de ce sur quoi elle porte. Ce n'est pas le cas dans la configuration d'un contrat d'adhésion où l'une des parties se voit

⁶⁰⁶ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 74, p. 96.

⁶⁰⁷ Art. L. 211-1 du Code de la consommation : « Les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claires et compréhensibles. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur [...] ».

⁶⁰⁸ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 104, p. 127.

⁶⁰⁹ Art. 1102 al.2 nouveau du Code civil: « [...] La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

⁶¹⁰ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 74, p. 96.

⁶¹¹ Voir à ce sujet, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, p. 57 et s.

imposer les termes du contrat auquel elle souscrit, sans avoir la possibilité d'en négocier les termes. Or, bien que le contrat d'adhésion relève de la volonté exprimée d'un seul contractant, sa formation repose sur le consentement des parties qui s'obligent et qui expriment la volonté de contracter, selon les termes de l'alinéa premier de l'article 1109 du Code civil : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression ». Ainsi, la volonté, joue un rôle inductif indirect dans la détermination des obligations auxquelles les parties consentent. C'est pourquoi, partant du fait que le contrat ne repose pas exclusivement sur des éléments objectifs, on s'oriente, à ce stade, sur une approche subjective en prenant en compte la volonté des parties comme un élément déterminant de la qualification du contrat⁶¹², c'est à dire la destination que celles-ci ont donné à l'accord conclu. La volonté est placée en ce cas « sur le même plan que les éléments objectifs et peut même avoir un rôle prépondérant »⁶¹³.

205. Il est vrai que la volonté des parties, « donnée élémentaire du contrat »⁶¹⁴ qui s'impose tant sur le plan de la formation que sur celui de l'exécution du contrat, influe nécessairement sur sa qualification⁶¹⁵. C'est de la nature même de l'accord des parties appréciée au jour de sa formation, que dépend la qualification du contrat⁶¹⁶. Volonté explicite, avec la faculté d'aménager leurs obligations et par là-même d'influer sur le régime juridique du contrat correspondant à ce qu'elles ont voulu en vertu du principe de la liberté contractuelle, les volontés influent, selon les circonstances, sur la qualification du contrat, tout en sachant que leur action est limitée par la loi⁶¹⁷. Dès lors qu'elles se sont accordées sur l'opération économique et sociale qu'elles souhaitent réaliser, il est nécessaire, pour les parties, tel que le soulignent Pierre Mousseron, Jacques Raynard et Jean-Baptiste Seube⁶¹⁸ d'indiquer très tôt la nature de l'instrument juridique qui va leur permettre de réaliser leur projet. Les auteurs citent à ce propos Pierre Voirin⁶¹⁹ qui dit en substance que « ce qui est essentiel dans l'acte juridique, c'est le but économique, c'est le moteur de l'acte ». René Demogue, cité à son tour dans l'ouvrage, indique en d'autres termes que, « quand le but économique est à nu, il faut l'habiller d'une forme juridique »⁶²⁰. Plus encore, dans sa thèse qui traite de la classification des contrats spéciaux, Jean-François Overstake précise quant à lui : « il faut encadrer la matière contractuelle afin que l'on puisse aisément

⁶¹² Voir à ce sujet, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 94, p. 116.

⁶¹³ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, item.*

⁶¹⁴ F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 26, p. 30.

⁶¹⁵ Voir, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

⁶¹⁶ Voir, GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 118, p. 143.

⁶¹⁷ Art. 1162 du Code civil : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

⁶¹⁸ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., Levallois-Perret, Levèbvre, 2010, n° 225, p. 117.

⁶¹⁹ P. Voirin, cité par, P. MOUSSERON, J. RAYNARD J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, Ibid.*

⁶²⁰ R. Demogue, cité par, P. MOUSSERON, J. RAYNARD J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, ibid.*

déterminer la nature d'un contrat, les obligations essentielles qui en dérivent et son régime »⁶²¹. En conséquence, c'est sur la base des éléments constitutifs du contrat formé que s'élabore l'habillage juridique des objectifs envisagés par les parties avec la volonté soit, de subordonner l'accord à un régime de rattachement (§1) soit, de fixer un régime juridique spécifique applicable au contrat litigieux concerné (§2).

§1. La volonté de subordonner l'accord à un régime légal de rattachement

206. Les volontés jouent un rôle essentiel dans la détermination du régime juridique applicable. Quel que soit le contrat conclu, les parties cherchent à faire prévaloir, par le truchement des clauses contractuelles, le régime juridique qui correspond le mieux à la gestion de leurs propres intérêts. Que ce soit, en tant qu'élément externe, lors de la fixation ou d'une intervention sur les éléments objectifs constitutifs des obligations consenties, il s'agit là d'une action indirecte par le rôle extrinsèque que jouent les volontés sur les éléments qualifiants du contrat, mais aussi, par une action directe, en tant qu'élément interne, s'agissant là, du rôle intrinsèque des parties compris comme un des critères déterminants de la qualification du contrat⁶²². C'est volontairement que les parties optent pour un régime juridique préétabli (A). On doit toutefois s'interroger sur la part donnée à cette volonté sur les éléments objectifs de la qualification (B).

A. Le choix d'un régime préétabli

207. Le choix des parties sur l'opération projetée les conduit fréquemment vers un contrat organisé par la loi ou par les usages professionnels⁶²³. Les volontés individuelles agissent ainsi sur les qualifications, non pas en raison de la qualification elle-même, mais en fonction du résultat que les contractants ont déclaré vouloir atteindre. Ce choix peut concerner par exemple un contrat nommé tel un contrat spécial règlementé par un ensemble de normes fixé par le législateur, il suffira aux cocontractants de s'y référer afin que le contrat conclu puisse relever d'un régime juridique préexistant. Ce peut être aussi le fait d'un acte par lequel l'une des parties, ayant souscrit un contrat auprès d'un professionnel, bénéficie de la protection du droit de la consommation essentiellement réservé aux personnes physiques, seules à être reconnues « consommateurs ». Il s'agira par exemple du droit de rétractation des articles L. 221-18 et suivants du Code de la consommation, principes que l'on retrouve en droit commun, énonçant une disposition générale à l'article 1122 du Code civil⁶²⁴.

⁶²¹ Cf., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 16.

⁶²² Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n°94.

⁶²³ Cf., P. MALAURIE, L. AYNES, P-Y GAUTIER; *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, p. 3.

⁶²⁴ Art. 1122 du Code civil : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

208. Organisés spécialement par la loi ou par les usages professionnels, les contrats spéciaux proposent une classification qui permet de reconnaître rapidement la qualification donnée au contrat. En ce cas, il n'est pas nécessaire pour le juge d'interpréter les termes du contrat litigieux dont il est saisi, pour identifier le régime juridique applicable qui se révèle à la lecture du contenu contractuel. Qualifier un contrat⁶²⁵, implique pour les parties d'indiquer clairement le régime juridique qu'elles souhaitent voir appliquer. Cela permet en principe au juge, de déterminer les éléments juridiques caractéristiques du type de contrat voulu⁶²⁶, permettant de lever le doute qui pourrait exister concernant un élément essentiel, tel que le prix par exemple, qui ne serait pas suffisamment défini dans l'acte instrumentaire. En ce sens, l'action des parties ne porte pas sur l'opération de qualification elle-même, mais sur le résultat attendu⁶²⁷. Lorsqu'il s'agit d'une opération simple, le choix par les contractants d'un régime juridique préétabli, s'impose naturellement. En revanche, dès lors que les parties sont en présence d'une opération fondée sur une pluralité de contrats distincts, la détermination du régime juridique applicable s'avère plus compliquée. Les notions d'intention et de volonté relèvent du domaine du fait et non du droit. S'il est établi, en droit positif que le fait doit être distingué du droit, il n'en demeure pas moins que dans un contrat synallagmatique à titre onéreux, les faits sont étroitement liés au droit. Le choix ou l'acceptation du régime juridique applicable à l'opération projetée, résulte de la conclusion du contrat et partant, de la volonté des parties. En revanche, la détermination du régime juridique est une question de droit. En ce cas, on peut s'interroger sur la capacité qu'ont les parties d'influer sur la fixation du régime juridique applicable à la convention⁶²⁸. Dans les contrats spéciaux, où le législateur a prédéterminé le contenu des obligations réciproques des contractants, ce sont les éléments objectivement essentiels qui guident le juge dans l'identification de la prestation caractéristique ou essentielle correspondant au type de contrat que l'offrant propose au bénéficiaire. En cela, les obligations principales constituent la substance même de l'engagement contractuel tel que stipulé par exemple à l'article 1915 du Code civil⁶²⁹, où la garde et la restitution de la chose constituent les éléments caractéristiques essentiels à la validité du contrat de dépôt.

209. Ainsi, « le choix des effets caractéristiques, préalablement hiérarchisés du contrat commande sa qualification, la désignation de sa nature et partant, celle de son régime »⁶³⁰. Bien que les contrats réglementés soient des contrats dont le contenu est fixé par une réglementation d'ordre public, la volonté des parties peut jouer encore un rôle essentiel pour déterminer la qualification. Autrement dit, le choix de l'opération projetée, dès lors que celui-ci correspond à un contrat

⁶²⁵ Voir à ce sujet, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les éléments des qualifications*, thèse, Paris, LGDJ, 1956, n° 5, p. 4.

⁶²⁶ Pour exemple, l'obligation de garde caractérise le dépôt; l'existence d'un prix et le transfert de propriété caractérise la vente,

⁶²⁷ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les éléments des qualifications*, thèse, *op. cit.*, p. 4.

⁶²⁸ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, *op. cit.*, n° 90, p. 112

⁶²⁹ « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

⁶³⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2001, n° 90, p. 112.

nommé⁶³¹, privilégie une qualification légale attribuée par le législateur. La dénomination propre du contrat nommé révèle immédiatement la classification voulue du contrat par les parties, auquel se rattache le régime juridique correspondant. C'est en cela que la classification participe étroitement à la qualification. À l'identique de l'opération d'interprétation qui la précède, la classification est de fait un préalable à l'opération de qualification qui peut s'effectuer par syllogisme à une catégorie juridique préexistante, une règle de droit ou encore à partir de faits établis.

210. Or, la volonté des parties peut être mal exprimée ou lacunaire. Le juge va devoir alors s'attacher à l'interprétation des éléments qui figurent à l'*instrumentum* afin d'identifier ceux qui n'y apparaissent pas formellement et dont l'absence peut déséquilibrer les droits et engagement des contractants. On se trouve en ce cas dans une situation qui pourrait s'identifier au déséquilibre significatif dont la sanction est précisée à l'article 1171 du Code civil, mais qui n'est applicable en revanche qu'aux seuls contrats d'adhésion. Or, dans la catégorie des contrats de gré à gré, selon le principe de la liberté contractuelle, les parties ont la possibilité de modifier les termes d'un contrat spécial. En cela, la rencontre des volontés qui ciblent un effet de droit, se manifestent en premier lieu par l'instauration d'un intitulé qui éclaire sur la qualification du contrat. Dans les contrats nommés, traduisant l'objet du contrat⁶³², le titre procure « un premier indice, fort, de la volonté des parties de rattacher leur accord à un régime juridique déterminé ou, au contraire, de le détacher de pareil régime »⁶³³. Porté à l'acte à la connaissance des tiers, le titre marque ainsi la qualification voulue par les parties à laquelle, en revanche, le juge n'est nullement tenu⁶³⁴. Il se peut en effet qu'il existe une discordance entre le contenu du contrat et son intitulé faisant apparaître des qualifications distinctes. Le juge n'étant pas tenu par le titre du contrat fixé par les parties, doit alors porter son intervention au bénéfice du contenu contractuel. En cas d'incohérence ou de contradiction entre les termes du contenu du contrat, ce dernier peut procéder à une requalification qui permet de rétablir la réalité contractuelle⁶³⁵ ; en d'autres termes, « le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties auraient proposée »⁶³⁶. Lors de l'opération de

⁶³¹ L'ordonnance du 10 février 2016 à l'alinéa 1^{er} de l'article 1105 du Code civil, substitué à l'article 1107 ancien, aborde à son tour la distinction entre les contrats nommés et les contrats innomés venant ainsi confirmer la règle : « les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, [...] »

⁶³² Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet de contrat*, Paris, LGDJ, 2005, n° 315, p. 171.

⁶³³ P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 113, p. 59.

⁶³⁴ Art.12 du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, [...] ». Il se peut en effet que l'interprétation laisse apparaître une incohérence entre l'intitulé du contrat et les clauses figurant à l'acte instrumentaire.

⁶³⁵ Cass. com., 7 juill.2004, n° 02. 17416., bull.2004. IV. n° 149, p. 163.

⁶³⁶ Art.12 du Code de procédure civile.

qualification, le titre reste en conséquence une indication sur la commune intention des parties de s'accorder sur un type de contrat déterminé ; en ce sens, « intituler un contrat participe à sa qualification et, par conséquent, son rattachement à un régime juridique donné »⁶³⁷. Le titre doit ainsi reprendre dans son énoncé les indications qui ont trait à l'économie du contrat⁶³⁸ ou plus précisément, reprendre le sens de l'obligation essentielle qui résulte de la formation du contrat. Le titre est la clause contractuelle qui se présente comme le premier élément révélateur de la volonté des parties.

211. Cela étant dit, ce qui doit être pris en compte, ce sont les éléments essentiels sur lesquels les parties se sont accordées. Ces éléments, vus comme l'objet du mobile qui a conduit les parties dans leur choix, sont déterminants dans l'élaboration du contenu contractuel et la qualification du contrat. Dès lors que l'accord des parties porte par exemple sur une opération relevant d'un contrat spécial, les éléments essentiels qui figurent à l'*instrumentum*, conditionnent pour partie le régime juridique applicable par le biais des obligations principales. Dans ce cas, dès le contrat conclu, l'acceptation pure et simple par les parties du régime juridique qui lui est applicable ne pose pas, a priori, de difficulté particulière. En revanche, ce qui peut poser problème, est le rôle joué par celles-ci dès lors qu'elles interfèrent sur certains éléments qualifiants, aux fins d'imprimer à la convention le régime juridique qu'elles veulent privilégier. Ce régime peut ne pas correspondre à la réalité de ce que devrait être la qualification du contrat formé et de ce fait, révéler une incohérence entre les différents éléments de la qualification. En effet, soucieux d'éviter certains rattachements à un régime juridique qu'elles considèrent défavorable au regard de leur intérêts, les parties s'emploient à modifier la qualification de la convention. En ayant recours à certaines clauses, elles peuvent agir sur les éléments qualifiants du contrat entraînant des non-qualifications ou des contre-qualifications⁶³⁹ et échapper ainsi à une réglementation qu'elles jugent inadaptées à leur accord. Ce sont les éléments du contrat qui se présentent comme des éléments essentiels à sa qualification tel que l'objet qui est soumis à la volonté des parties.

B. La part de la volonté sur les éléments objectifs de la qualification

212. Partant du principe que les parties ont choisi un contenu donné, elles se voient obligatoirement imposé un cadre donné. Peut-il y avoir alors un disfonctionnement entre le cadre et le contenu portant atteinte à la liberté individuelle ? Les parties peuvent-elles bouger les lignes du cadre ou du contenu contractuel, sans pour autant vicier la qualification ? Au-delà du choix de l'opération projetée, les parties peuvent agir sur la qualification du contrat à travers l'élaboration du contenu contractuel, avec la volonté de supprimer ou d'alléger une ou plusieurs obligations se rapportant à une obligation principale. Il

⁶³⁷ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 111, p. 58.

⁶³⁸ Cf., P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 114, p. 59.

⁶³⁹ Voir à ce propos, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les éléments des qualifications*, thèse précitée.

s'agit, pour les parties contractantes de minimiser le caractère essentiel d'une obligation prise au sens où Pascal Ancel⁶⁴⁰ définit l'engagement du débiteur comme « un lien obligationnel ». Celui-ci se distingue du « lien contractuel », lequel impose au débiteur d'être soumis aux normes contractuelles, tout comme doit l'être le créancier, alors que le lien obligationnel doit se présenter comme « un pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur »⁶⁴¹. En aménageant leurs obligations, les parties peuvent agir sur la qualification du contrat ; « Le contrat dont une obligation est supprimée peut cesser de mériter la qualification sous laquelle on le désigne normalement. La disqualification doit se constater si les éléments caractéristiques du contrat sont eux-mêmes modifiés »⁶⁴². Si une clause de non obligation se heurte à l'obligation principale du contrat son influence joue sur la qualification technique appelée par Ruth Sefton-Green « la transformation du contrat » au sens du changement de nature. Cette mutation du contrat par l'effet d'une clause de non obligation pourra entraîner la disqualification ou la requalification du contrat.

213. Bien que leur action soit limitée par le caractère impératif des règles relatives à l'ordre public, les parties peuvent agir, selon le principe de la liberté contractuelle, sur le contenu des contrats nommés⁶⁴³. Elles ont la faculté d'établir, en ce cas, une correspondance entre la qualification résultant de la modification voulue et le régime juridique spécifique se rapportant au type de contrat identifié. Le juge peut alors relever une qualification nouvelle qui ressort d'une autre catégorie juridique ou bien, sans que la qualification préalable ait changée, constater que les parties ont écarté des règles trop contraignantes ou ajouté certaines plus favorables, appartenant à d'autres contrats nommés. De toute manière, une qualification inexacte, qu'elle soit volontaire ou involontaire, dès lors qu'elle permettra aux contractants de s'affranchir d'une règle d'ordre public, ne pourra créer des effets juridiques.

214. Une clause d'information, par exemple, insérée à l'acte instrumentaire d'un contrat nommé va permettre aux parties d'agir sur les termes de la convention et plus précisément sur le caractère d'un élément que les parties ont voulu informatif et non contraignant. S'il s'agit de l'interprétation opérée par le juge sur un élément de fait tel que la clause d'information par un effet inductif ne permet pas à celui-ci d'apprécier la force obligatoire de cet élément ciblé dans la clause, puisque qu'il relève de la volonté des parties⁶⁴⁴. La clause restreint en cela, le pouvoir du juge sur la qualification. En revanche, le contenu de cette clause d'information peut présenter d'éventuelles incohérences avec certains éléments de l'*instrumentum*. C'est pourquoi, même en présence d'une clause claire et précise, dès lors que celle-ci s'avèrerait incohérente avec l'ensemble du contenu contractuel, le juge par son pouvoir d'appréciation pourra, sans dénaturation, s'en

⁶⁴⁰ Voir, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 771.

⁶⁴¹ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Paris, LGDJ, 2005, n° 520, p. 298.

⁶⁴² Cf. P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, *op. cit.*, n° 251, p. 285.

⁶⁴³ Cette liberté, qui porte sur des règles supplétives, trouve une limite au regard de l'ordre public économique et social qui détermine impérativement le contenu de certains contrats.

⁶⁴⁴ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, *op. cit.*, n° 611 et s., p. 313.

prévaloir pour justifier l'interprétation de la clause qu'il aura jugée douteuse. Le juge agira ainsi sur la qualification et déterminera le régime qu'il aura décidé d'appliquer.

215. Les éléments objectifs, essentiels à la formation du contrat à titre onéreux, tels que la chose et le prix, déterminants de l'accord des parties, participent à la qualification du contrat. Si la volonté ne peut remplacer un élément essentiel déterminant de la qualification, elle peut cependant peser, dans certaines conditions, sur le changement de nature de certains éléments objectifs qui sont essentiels à l'existence du contrat. L'exemple significatif est celui de la vente de meubles par anticipation qui consiste à considérer l'élément matériel non avec les caractères qu'il comporte au moment où les volontés contractuelles s'accordent, mais avec ceux qu'il présentera dans un avenir plus ou moins proche. En ce sens, la volonté des parties a une influence sur la condition de ces biens, c'est-à-dire qu'elles aient destiné les immeubles à devenir meubles par le seul effet de leur volonté mais aussi, que la destination de la chose à être transformée en meuble résulte d'une intention sérieuse des contractants⁶⁴⁵ dans l'hypothèse d'une récolte sur pied, des immeubles destinés à être séparés du sol. « La volonté individuelle remplace un élément matériel présent par un élément matériel futur⁶⁴⁶ ». L'objet du contrat est vu en ce cas comme une chose future.

§2. La volonté de donner à l'accord un régime juridique spécifique

216. La volonté des parties, élément subjectif essentiel, peut tenir une place prépondérante dans la qualification. Cela concerne les contrats innommés pour lesquels la difficulté réside dans l'identification des éléments considérés comme essentiels par les parties contractantes qui ne relèvent d'aucun type préexistant, encore que certains, selon leur nature, puissent être rattachés à un type de contrat nommé. Or, dans l'hypothèse où, l'opération projetée ne peut relever globalement d'une quelconque qualification légale, les parties vont devoir, en ce cas, construire le contrat à partir des éléments qui lui sont spécifiques. On a vu que le consentement des parties, donnant naissance au contrat et partant des effets juridiques⁶⁴⁷, permettait d'avancer que la qualification ne se cantonnait pas à une démarche objective qui relevait uniquement des obligations résultant de l'accord des volontés. Les volontés étant vues comme des éléments subjectifs essentiels⁶⁴⁸ à la formation du contrat, la qualification ne peut ainsi « être arbitrairement dissociée de la volonté exprimée, ou parfois supposée, des parties »⁶⁴⁹. La volonté des parties peut influencer sur la qualification du bien et orienter de ce fait la

⁶⁴⁵ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., p. 40 et s.

⁶⁴⁶ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., p. 41.

⁶⁴⁷ Voir, J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., op. cit., n° 9, p. 10.

⁶⁴⁸ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^e éd., op. cit., n° 90, p. 112

⁶⁴⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^e éd., *ibid.*

qualification du contrat⁶⁵⁰. Dès lors que les volontés sont explicites, les parties deviennent les agents actifs⁶⁵¹ en qualifiant elles-mêmes le résultat de leur accord. Elles passent d'une passivité théorique, face à tel cadre rigide établi par le législateur qui doit être vu comme un élément subi⁶⁵², à une phase active comprise comme la volonté de contrôler l'élément voulu. On peut ainsi analyser comment le rôle de la volonté des parties peut influencer, sur la qualification, selon que le contrat est un contrat nommé ou un contrat innommé⁶⁵³.

217. Pour ce qui est du rôle de la volonté des parties dans la qualification du contrat innommé, il s'agit pour celles-ci de créer une sorte de contrat en marge de ceux régis par la loi, selon l'article 1105 du Code civil⁶⁵⁴. Ceci leur permet de contrôler⁶⁵⁵ un certain nombre d'éléments spécifiques, élaborés selon leur volonté commune, qu'elles considèrent comme déterminants de l'opération juridico-économique projetée. La volonté des parties dans cette hypothèse s'éloigne des catégories existantes. Or, ne faisant l'objet d'aucune réglementation spécifique, le contrat innommé peut être générateur d'abus et par là même, porter atteinte à une justice contractuelle, dans la mesure où il transgresse l'ordre public de protection⁶⁵⁶ et plus généralement les règles générales du droit des contrats. En cela, l'ordre public de direction, ainsi que l'ordre public de protection, s'imposent à ce type de contrat. Ces règles ont vocation à régir l'ensemble des contrats et non un contrat pris isolément, ce que précise expressément l'article 1105 du Code civil. Au-delà, en ce qui concerne les contrats innommés, et plus particulièrement ceux auxquels seule la pratique a donné un nom⁶⁵⁷, la jurisprudence est en mesure de préciser, pour ces contrats, les obligations principales qui les caractérisent. Pour exemple, la cour de Cassation a précisé que le contrat de déménagement « est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement de la marchandise⁶⁵⁸ ». Nous avons vu que l'opération juridique envisagée par les parties pouvait être comprise comme étant l'objet du contrat. En ce cas, le juge va devoir identifier au sein de l'*instrumentum* les obligations principales pour remonter jusqu'aux éléments constitutifs de l'accord des parties que sont les

⁶⁵⁰ Voir à ce propos, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*.

⁶⁵¹ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

⁶⁵² Dans les contrats spéciaux.

⁶⁵³ Art. 1105 nouveau du Code civil : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

⁶⁵⁴ Art. 1105 nouveau du Code civil : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

⁶⁵⁵ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 104, p. 126.

⁶⁵⁶ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, *ibid.*, n° 106, p. 130.

⁶⁵⁷ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, n°79, p. 98

⁶⁵⁸ Cass. com., 20 janvier 1998, Bull. civ., IV. n° 26, p. 18.

éléments essentiels du contrat et son objet qui regroupe à la fois le lien juridique et sa qualification.

SECTION 2. LES LIMITES À LA VOLONTÉ DES PARTIES DE FIXER LIBREMENT LA QUALIFICATION DU CONTRAT

218. Si le but recherché par les parties est contraire à une règle impérative, les clauses contractuelles concernées peuvent être sanctionnées de nullité. En revanche, dans le cas où il n'y a aucune violation de l'ordre public, les parties peuvent qualifier le contrat à leur convenance. Une fois conclu, ce sont les parties qui, en règle générale, font le contrat, plus particulièrement, elles aménagent son contenu, « selon un scénario prévisionnel »⁶⁵⁹, autrement dit, son mode de fonctionnement. Ces dernières vont alors exprimer leurs attentes au moyen des clauses contractuelles, qui contiennent les prestations correspondantes aux obligations consenties. En revanche, les parties contractantes n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que la loi les y autorise, ce en quoi la volonté ne tire pas d'elle-même le pouvoir de se régir, mais de la loi. Autrement dit, la loi contractuelle étant subordonnée à la loi étatique le contenu de la norme contractuelle échappe en grande partie à la volonté des parties. Aussi forte que puisse être la volonté d'un individu dans la détermination de ses objectifs, ce dernier sera toujours tenu par ce que la loi lui autorise, il ne serait pas admissible que les personnes privées jouissent d'une totale liberté pour créer du droit ; ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de liberté. Sans liberté contractuelle, il ne peut y avoir de volonté efficace.

219. Nonobstant leur diversité, tous les contrats ont en commun de se former par un accord de volonté qui est l'élément déterminant et à ce titre, un critère de leur formation. Ainsi, par le fait d'une libre disposition des droits (§1), les parties ont la faculté d'aménager le contenu de leur accord à travers un certain nombre de clauses qui se présentent comme des prérogatives contractuelles, mais qui demeurent soumises aux règles relatives à l'ordre public qu'elles sont insusceptibles de transgresser (§2).

§1. L'aménagement des prérogatives contractuelles

220. Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres d'aménager par le truchement de clauses spécifiques, le manquement du fait de l'une d'entre elles à ses obligations pouvant alors déséquilibrer le contenu de l'accord et compromettre l'exécution du contrat. Or, selon les circonstances, la présence de ces clauses sensibles que sont les prérogatives contractuelles, sources de désaccords, présentent un risque d'altération des obligations créées par le contrat formé. Les prérogatives contractuelles apparaissent selon les effets qu'on leur attribue, ou de la manière dont elles sont appliquées, comme des clauses sensibles susceptibles d'altérer ou de modifier l'économie du contrat. Les prérogatives contractuelles ne créent pas entre les parties de rapport de créancier

⁶⁵⁹ P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^o éd., *op. cit.*, n^o 7, p. 18.

à débiteur. L'objet de ces clauses est spécifique et corrélatif à l'opération juridique envisagée par les cocontractants. La rupture unilatérale d'un contrat à durée déterminée autorisée par une clause contractuelle en est un exemple⁶⁶⁰. Les parties peuvent aussi prévoir des dispositions qui ont pour but de limiter leurs engagements lorsque l'exécution des obligations présente un risque de défaillance. Une partie peut s'obliger conventionnellement en se réservant la possibilité de limiter ou d'exclure sa responsabilité en cas de l'inexécution de ses obligations, une prérogative qui porte atteinte à la force obligatoire du lien contractuel, mais qui est admise en ce cas par le droit positif.

221. À travers les prérogatives contractuelles⁶⁶¹, parmi lesquelles on compte les clauses allégeant les obligations (A) ainsi que les clauses dites de responsabilité proprement dites (B), les parties ont la possibilité d'aménager leurs propres pouvoirs contractuels⁶⁶² en limitant l'exécution des engagements auxquels elles ont consenti.

A. Les clauses allégeant les obligations : une limitation à l'exécution des engagements consentis

222. Par l'instauration d'une clause limitative d'obligation, le débiteur peut se décharger par avance d'une partie des engagements qu'il doit assumer. Les clauses limitatives ou exonératoires d'obligation opèrent sur une obligation susceptible d'être transgressée et peuvent en ce cas bouleverser l'équilibre du lien contractuel. En cela, est-il tolérable pour le créancier ne pouvant souffrir, en principe, une quelconque altération de ses attentes, de voir le débiteur se dérober à un engagement par une clause limitative d'obligation ? La question posée, on peut d'ores et déjà préciser qu'au nom de la liberté contractuelle, une partie à un contrat peut s'obliger tout en se réservant la possibilité de limiter en partie l'exécution d'une obligation contractuelle à laquelle elle a souscrit. « Parce que les parties sont libres de ne pas s'engager, elles doivent l'être, *a fortiori*, de fixer les termes de leur engagement [...] l'argument explique parfaitement la validité des clauses de non obligation [...] par lesquelles les parties conviennent que l'une d'elles n'assumera pas telle obligation que comporte habituellement le type de contrat qu'elles ont conclu »⁶⁶³. Admettre cette possibilité, c'est forcément accepter un affaiblissement de la force obligatoire du lien contractuel et c'est bien là le paradoxe. Mais certains auteurs considèrent, à l'inverse, que cette prérogative donne à la liberté des parties une place privilégiée en contrôlant à travers des termes « choisis », la gestion des risques inhérents au contrat

⁶⁶⁰ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 239, p. 290.

⁶⁶¹ Cf., P. DELEBECQUE, « Prérogatives contractuelles et obligation essentielle » *RDC*, 1^{er} avril 2011, n° 2, p. 681 : « sont des clauses 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 ».

⁶⁶² Cf., P. DELEBECQUE, « Prérogatives contractuelles et obligation essentielle », *item*.

⁶⁶³ O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008, n° 3, p. 1008.

qu'elles ont conclu⁶⁶⁴. Cela signifie que les parties doivent déterminer, d'un commun accord, les mesures qui vont prévaloir à l'application de la clause limitative d'obligation, tout en sachant que la validité de cette clause dépend d'un certain nombre d'obstacles pouvant obérer son efficacité.

223. Les clauses de non-obligation, véritables normes contractuelles sont censées limiter, au profit du débiteur, les conséquences des risques d'inexécution d'une obligation auxquels l'opération juridique peut être exposée. Susceptibles d'altérer la bonne marche du contrat, ces clauses permettent à l'une des parties de s'exonérer de certaines modalités relatives aux engagements auxquels elle a consenti. Or, toute clause qui a pour effet de laisser à l'une des parties le pouvoir de contrôler unilatéralement une ou plusieurs de ses obligations, peut entraîner un déséquilibre du contrat portant atteinte aux intérêts de l'autre. Ces clauses qui atténuent la portée des engagements du débiteur sont des prérogatives contractuelles qui peuvent perturber l'équilibre des engagements consentis et par là-même l'économie du contrat. Dans cette hypothèse, les clauses de non obligation sont des dispositions susceptibles de porter atteinte à l'obligation essentielle déterminante de l'engagement des parties, avec le risque d'exposer le contrat à une dénaturation de sa qualification.

B. Les clauses de responsabilité

224. La clause limitative de responsabilité⁶⁶⁵, est celle qui restreint la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution d'une obligation. En d'autres termes, elle constitue, pour le débiteur, une protection pour le cas où celui-ci n'honorerait pas ses engagements, se trouvant de ce fait exposé à la mise en jeu de sa responsabilité. Cette définition appelle une précision : la clause ne peut être, évidemment, efficace que dans la mesure où le créancier y a consenti, ce qui signifie qu'il en a eu connaissance mais aussi, qu'il a eu la possibilité de la négocier. En retour, l'instauration d'une pareille clause qui consiste en une anticipation des parties portant sur la défaillance du débiteur quant à l'exécution de ses obligations, pèse sur la décision de ce dernier de s'engager. Le débiteur évalue le bénéfice tiré de la clause comme la contrepartie des risques inhérents à sa responsabilité en cas de faute, car il ne connaît pas forcément tous les éléments susceptibles d'éclairer son consentement⁶⁶⁶. Mais encore faut-il que cette contrepartie soit suffisamment séduisante pour que le débiteur y trouve un équilibre acceptable au regard des risques qu'il encourt par la mise en jeu de sa responsabilité en cas de faute qu'il pourrait commettre dans l'exécution de ses obligations et de trouver alors un intérêt à l'opération considérée.

225. Bien que l'obligation principale se caractérise de manière objective, au sens où la volonté des parties ne peut interférer sur les termes qui constituent, *a minima*, la base de sa formation, elle pourra toutefois faire l'objet

⁶⁶⁴ Y. M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *RDC*, 2010, n° 3, p. 1091.

⁶⁶⁵ Voir, G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 195, p. 115.

⁶⁶⁶ O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, n° 3, p. 1008.

d'aménagements⁶⁶⁷ au moyen de clauses allégeant une partie de sa contenance⁶⁶⁸. Si l'obligation est essentielle, la clause exonératoire de responsabilité contredisant la portée de l'engagement pris, sera réputée non-écrite selon l'article 1170 du Code civil. Au nom de la liberté contractuelle, les parties à un contrat ont la faculté d'aménager leurs obligations par des clauses qui réglementent la responsabilité. Un cocontractant peut-il s'obliger tout en se réservant la possibilité de limiter ou d'exclure sa responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle pour laquelle il s'est engagé ? Rien ne l'interdit, à partir du moment où l'autre partie est tenue informée et ne s'y oppose pas. Peut-on considérer le silence comme un accord tacite ? La clause limitative figure à l'acte instrumentaire qui a été signé par l'ensemble des parties. Ce qui confirme la prise de connaissance de la partie qui pourrait manifester son désaccord. Tout dépend de l'obligation qui se trouve amputée, touchée par la prérogative que ce soit l'obligation essentielle ou l'une des obligations principales ; cette liberté a une limite. Les prérogatives allégeant une obligation principale ne doivent pas porter atteinte à la substance des droits et des obligations légalement convenus entre les parties.

226. La responsabilité contractuelle est analysée comme l'effet de l'obligation consentie. « il est généralement admis dans le droit positif contemporain que les obligations de moyens et de résultat, de nature purement contractuelle, permettent de cerner une intensification du contenu de l'obligation. Dès lors, la détermination du contenu de l'obligation permet, par le biais de la charge de la preuve, de renforcer ou d'atténuer la responsabilité du débiteur défaillant »⁶⁶⁹.

1. Les effets de la prérogative sur l'obligation essentielle

227. L'obligation essentielle est l'élément qui permet d'identifier la qualification du contrat; toute atteinte à son intégrité est un risque pour la qualification. L'obligation essentielle est « une obligation que les clauses restrictives peuvent à la rigueur écorner, mais non pas vider de son contenu sous peine de nier le contrat lui-même »⁶⁷⁰. En d'autres termes, ce qui caractérise l'obligation essentielle, c'est que la convention des parties peut en restreindre l'étendue, mais non la priver de tout contenu. L'obligation essentielle permet de cerner la différence de nature entre les clauses de non-obligation et les clauses de non-responsabilité. Dans l'hypothèse où une obligation essentielle fait l'objet d'une atteinte par l'application de l'une de ces clauses, les effets produits ne seront pas les mêmes. S'agissant de la clause de non-responsabilité, celle-ci sera considérée comme inefficace, alors qu'une clause de non-obligation, entrainera une disqualification ou une requalification du contrat. L'obligation essentielle marque en cela les limites de validité en ce qui concerne la clause de non-responsabilité, l'une qui s'avère inefficace, l'autre qui influe sur la qualification du contrat sera réputée non écrite. « On considèrera comme explicite toute stipulation qui met en

⁶⁶⁷ *Infra* n°

⁶⁶⁸ Cf., P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, *op. cit.*, n° 356, p. 411.

⁶⁶⁹ Voir, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, *op. cit.*, n° 11, p. 9.

⁶⁷⁰ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à P. REYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 276

exergue l'élément tenu pour essentiel »⁶⁷¹. Au regard de sa force obligatoire, l'obligation essentielle, écarte toute clause qui pourrait altérer les effets attendus, « l'éviction d'une clause contraire tient à ce que la volonté contractuelle ne saurait se contredire elle-même »⁶⁷², au sens où on ne peut pas vouloir une chose et son contraire.

228. L'aménagement du contenu du contrat définissant les prérogatives du créancier pour les cas concernant l'inexécution de certaines prestations du débiteur. « Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »⁶⁷³. Il s'agit d'un arrêt de rejet confirmant la validité de la clause limitative de responsabilité, confirmation de la jurisprudence *Chronopost*. Par la substitution de la faute lourde relative à un manquement du débiteur à ses responsabilités, les décisions prétoriennes placent les conséquences du litige sur le terrain de l'altération de l'obligation essentielle, ce qui par voie de conséquence, touche à la qualification du contrat. Les prérogatives contractuelles sont susceptibles de perturber l'équilibre du contrat ou de porter atteinte à certains droits fondamentaux⁶⁷⁴.

229. Dans la clause limitative d'obligation la finalité est claire : alléger la charge de l'engagement consenti afin de limiter la responsabilité dans l'exercice d'une obligation. Dans l'hypothèse où l'objet se comprend comme un service promis par le débiteur, il est susceptible de degrés soumis à la volonté des parties et plus particulièrement à celle du débiteur. À l'opposé des clauses contractuelles qui organisent l'exécution du contrat, les clauses limitatives de responsabilité gèrent son inexécution⁶⁷⁵. Anne-Sophie Lucas-Puget fait le constat que l'obligation induite dans ces clauses a une finalité qui ne correspond pas à la finalité juridique ou économique du contrat dans lequel elles s'inscrivent, il s'agit là d'une finalité adaptée aux intérêts du débiteur, qui consiste à alléger la sanction en cas de manquement à ses obligations. Or dans notre étude, ce n'est pas la sanction qui retient notre attention, mais l'influence potentielle de pareille clause sur l'objet des obligations principales qui peuvent avoir une répercussion sur l'obligation essentielle et par là sur la qualification du contrat. Les limites acceptables des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité sont par conséquent manifestes. Il s'agit de clauses dont la spécificité de l'objet « ne créent pas entre les parties des rapports de créancier à débiteur »⁶⁷⁶, elles ne visent que l'inexécution du contrat.

⁶⁷¹ P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *ibid.*, p. 290.

⁶⁷² P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *ibid.*, p. 294.

⁶⁷³ Cass. com., 29 juin 2010, *Bull. civ.*, IV, n° 115, pourvoi n° 09-11841 ; *JCP G* 2011, n° 63, p. 129, obs., J. Ghestin ; *JCP G*, 2010, n° 787, « l'essentiel est dans la contradiction ! », note D. Houtcief ; *JCP E*, 2010, 1790, note P. Stoffel-Munk ; *D.*, 2010, p. 1832, note D. Mazeaud.

⁶⁷⁴ M. MEKKI, « Un nouvel essor du concept de clauses contractuelles », (1^{ère} partie), *RDC*, 2006, n° 4, p. 3

⁶⁷⁵ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion du contrat, op. cit.*, n° 351 et note n° 726.

⁶⁷⁶ Cf., F. COLLARD-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in C. JAMIN, D. MAZEAUD (sous la dir. de), *La nouvelle crise du contrat*.

230. Les prérogatives contractuelles sont les stipulations à travers lesquelles les parties aménagent leurs propres pouvoirs au sein du contrat. Elles portent sur une obligation essentielle, que ce soit l'obligation principale objet du contrat ou une obligation essentielle déterminée comme telle par la volonté des parties et dans ce cas, risquant d'affecter l'économie du contrat. La liberté contractuelle en cela doit connaître certaines limites.

2. Les prérogatives contractuelles aménageant une obligation principale

231. L'obligation principale ne peut, dans le principe, souffrir une quelconque altération sans mettre en péril l'ensemble de la convention. C'est pourquoi, les aménagements du contenu contractuel voulus par les parties sont soumis à un contrôle strict du juge lequel est tenu, lorsque les termes du contrat sont ni obscurs, ni ambigus, de respecter la volonté des parties. En revanche, si une prérogative opère sur les éléments contractuels au point d'affecter l'essence du contrat, il s'agira alors d'un autre contrat, pouvant même être reconnu comme un contrat innommé⁶⁷⁷. L'obligation principale est ainsi « l'obstacle infranchissable, car l'on ne peut pas, à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de bonne foi et d'introduire dans le contrat une dose de potestativité [...] contraire au principe *pacta sunt servanda* »⁶⁷⁸. Si tel est le cas, la prérogative sera frappée de nullité selon les termes de l'article 1304-2 du Code civil⁶⁷⁹. Les clauses allégeant la responsabilité contractuelle sont inopposables à cause d'un abus, technique de la faute lourde utilisée par la jurisprudence pour écarter les clauses relatives à la responsabilité réputée non écrite. Conséquence de l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat, l'obligation principale constitue le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier lequel, dans le même temps, peut émettre la volonté de se soustraire, tout ou en partie, à son engagement. Cette obligation principale qui devrait être immuable va, pourtant, par le biais de clauses conventionnelles faire l'objet, selon la volonté des parties d'aménagements qui ne sont pas toujours licites, remettant en cause sa force obligatoire. Une obligation principale étant l'obligation dont le débiteur ne peut s'exonérer, la défaillance des contractants, quant à l'exécution de leur engagement, pourra mettre en péril l'existence même du contrat.

Actes du Colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, Paris, Dalloz, 2003, p. 225 et s., spéc. p. 231. Voir, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, n° 521, p. 299.

⁶⁷⁷ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 610, p. 602.

⁶⁷⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, item.*

⁶⁷⁹ Art. 1304-2 du Code civil : « 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 ».

§2. La contrariété à l'ordre public

232. Si la cause objective ou cause catégorique⁶⁸⁰ a été écartée du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, il n'en est pas moins vrai que la notion reste sous-jacente, remplacée par celle de contrepartie, au sens de l'obligation assumée par chacune des parties dans les contrats à titre onéreux. L'article 1169 du Code civil⁶⁸¹ précise en ce sens l'existence d'une « contrepartie convenue » dont on peut dire qu'elle se présente comme la définition moderne de la cause de l'obligation⁶⁸². À ce propos rappelons que l'article 1108 ancien du Code civil imposait, pour valider le contrat, l'existence d'un objet certain formant la matière de l'engagement, et une cause licite dans l'obligation, laquelle se présentait comme un élément objectif, mais qui pouvait aussi se comprendre dans une approche subjective comme étant le mobile ayant poussé l'une des parties à contracter. Bien que les notions aient été écartées, on retrouve ces deux exigences presque à l'identique dans la réforme du 10 février 2016 : la première étant maintenue comme l'obligation d'une contrepartie, la seconde correspondant au but du contrat⁶⁸³. Ainsi, relevant de l'intime au sens de la volonté interne, la cause subjective reste quant à elle présente. Étant désormais rattachée à la licéité du contrat en général, et plus précisément au regard de son but, le juge peut s'y appuyer lors de l'interprétation et de la qualification du contrat dès lors que les volontés ne dérogent pas aux règles qui intéressent l'ordre public, respectant les termes de l'alinéa second de l'article 1102 du Code civil. S'il s'agit d'un service que le client attend et que la chose n'est mise à disposition que pour l'accomplissement de ce service, on peut en déduire que dans ce cas, l'objet principal se confond avec la cause subjective du contrat. L'article 1162 du Code civil en est le témoignage par le fait que le contrôle de la licéité de la cause du contrat, c'est-à-dire son but, a été maintenu⁶⁸⁴ : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Tout comme l'article 1169 du Code civil, l'article 1170 du Code civil ignorant le terme de cause, préserve, quant à lui, la règle : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Autrement dit, si « la disparition de la cause enlève [...] à la solution issue de la jurisprudence *Chronopost*⁶⁸⁵ son fondement textuel et rationnel »⁶⁸⁶, l'article 1170 s'y substitue⁶⁸⁷. Ainsi, la cause a disparu, mais elle réapparaît sous la forme du but du contrat à l'article 1162 du Code civil.

⁶⁸⁰ Cf., P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, n° 7, p. 8.

⁶⁸¹ Art. 1169 nouveau du Code civil : « Le contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

⁶⁸² Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 284, p. 233

⁶⁸³ Voir, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 401, p. 434 et s.

⁶⁸⁴ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 284, p. 233.

⁶⁸⁵ Cass. com., 22 octobre 1996, *D.*, 1997. 121.

⁶⁸⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 436, p. 559.

⁶⁸⁷ Cf. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *item*.

Ses fonctions principales ont été maintenues au travers des dispositions qui figurent au sous-titre premier du titre III du Code civil à la sous-section 3 intitulée : Le contenu du contrat. La cause subjective peut être considérée comme un élément constitutif du contrat. Élément à connotation psychologique, elle peut valider l'existence du contrat comme étant le motif déterminant de la volonté de contracter.

233. Une question cependant mérite d'être abordée. De manière paradoxale, la cause de l'obligation principale de chaque partie peut-elle être considérée comme un élément subjectif ? On doit alors prendre en considération les mobiles personnels qui ont, hors du contexte contractuel, déterminé les parties à s'engager⁶⁸⁸. On pourrait parler de l'intérêt au contrat, terme qui a été évoqué à l'occasion des projets de réforme. Or, on sait que les motifs déterminants des volontés individuelles réelles, sont en principe difficilement identifiables de par le caractère imprévisible de l'objectif final. Chaque partie ayant sa propre vision de ce qu'elle attend de la finalité du contrat, il serait préférable en ce sens, de se référer plutôt à la cause du contrat projeté, par exemple : ce que l'acheteur entend faire du bien qu'il vient d'acquérir. Toutefois, la structure contractuelle choisie pourrait permettre d'identifier assez facilement les mobiles qui ont poussé les parties à contracter.

234. Au regard des articles 1131 à 1133 anciens du Code civil, le juge trouvait dans la cause du contrat, notion qui se prêtait à une interprétation souple, un moyen de contrôler les excès de l'autonomie de la volonté au profit d'une plus grande justice contractuelle⁶⁸⁹. À ce jour la notion de cause ayant été écartée, le juge s'enquiert toujours des motifs qui ont déterminé les parties à s'accorder, que ce soit dans l'interprétation du contrat ou dans l'opération de qualification. Autrement dit, il recherche dans les volontés de s'obliger la finalité de l'opération contractuelle⁶⁹⁰. La notion de cause finale disparue, reste toujours comprise dans les esprits comme le but visé par les parties à la conclusion du contrat, la raison qui a motivé leur accord, c'est à dire l'intérêt qu'elles poursuivent. A la question *quid debetur* ?, Qu'est-ce qui est dû ? : ce sont les termes de l'objet du contrat qui donnent la réponse. En ce qui concerne la raison, le motif qui a formé le contrat, la question reste posée : *cur debetur* ? Pourquoi est-ce dû ?⁶⁹¹. Les éléments qui sont à la base de toute qualification sont des données concrètes sur lesquelles le juge s'appuie pour déterminer l'opération juridique envisagée par les cocontractants. La nature de ces éléments peut être objective comme elle peut être subjective. Objective si le juge est face à un élément matériel, tel que le bien objet d'un contrat de vente. Mais le magistrat peut, tout aussi bien, être confronté à un élément subjectif qui se manifeste par une intention dans le cas par exemple d'une promesse. En cela, rien n'a changé. Il s'agit toujours de savoir pourquoi les parties ont conclu le contrat, qu'elle finalité elles ont poursuivie. La solution

⁶⁸⁸ Cf., A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 466, p. 257.

⁶⁸⁹ Voir, A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., *op. cit.*, n° 178, p. 139.

⁶⁹⁰ Cf., A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., *item*.

⁶⁹¹ Cf., TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 332, p. 344.

se niche ainsi dans la psychologie des cocontractants⁶⁹² ; l'intérêt porté au contrat étant nécessairement subjectif.

235. L'intérêt est de faire apparaître l'objet comme la finalité attendue du créancier. Ce recours à la cause subjective peut cependant ne pas être déterminant dans la recherche de l'objet du contrat. Le contrat de transport en est un exemple. Ainsi que l'expose Anne-Sophie Lucas-Puget, l'auteur démontre que le créancier se satisfait de la seule mise à disposition du matériel, excluant le service de transport dans sa globalité au sens de la finalité du contrat, il n'en fournit que les moyens. Le créancier a en cela la maîtrise du moyen de transport, ce qui permet d'avancer que l'objet du contrat n'est qu'une simple mise à disposition. « le transport peut ainsi être le but recherché du créancier, la cause de son engagement, sans pour autant être l'objet du contrat »⁶⁹³. Nous avons vu que la recherche par le juge de ce que voulaient les parties, ce « quelque chose de précis », permettait à ce dernier d'identifier l'objet du contrat. La recherche du pourquoi elles le veulent, « la raison précise » qui les a conduits à s'accorder, c'est la détermination de la cause. Cette raison précise, est le but poursuivi qui se présente comme ce qui était vu comme la cause finale⁶⁹⁴. Celle-ci se comprend soit comme la cause immédiate de nature objective⁶⁹⁵ se retrouvant à l'identique dans chaque type de contrat soit, comme cause lointaine de nature subjective⁶⁹⁶.

236. Au même titre que l'objet du contrat, la cause a disparu du Code civil en tant qu'élément de validité. Il est vrai que son temps était compté, sa suppression ayant fait l'objet de débats dans les différents avant-projets et projets de réforme du Code civil dont celui de la chancellerie publié en juillet 2008, qui avait pris parties pour sa disparition. « La cause a disparu et les exigences d'équilibre contractuel et de contrôle de la licéité du contrat sont prises en compte par l'introduction de la lésion qualifiée, le contrôle et la suppression des clauses abusives, et plus généralement, l'affirmation des principes de cohérence et de bonne foi ».

⁶⁹² Voir, H. CAPITAN, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, n° 156.

⁶⁹³ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat, op. cit.*, n° 290, p. 160

⁶⁹⁴ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 332, p. 344.

⁶⁹⁵ Avec la dénomination de cause de l'obligation ou cause abstraite ou encore objective, elle est identique pour chaque type de contrat.

⁶⁹⁶ Dénommée cause du contrat, cause concrète ou subjective, elle n'est pas la même selon le type de contrat.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

237. L'identification des éléments essentiels qui diffèrent les uns des autres, selon chaque espèce de contrat, permet au juge de s'interroger sur ce que les contractants ont réellement voulu et de déterminer l'objectif de chaque opération juridique, ceci, afin de déduire quelles obligations participent de sa nature même⁶⁹⁷. La qualification consiste en cela en une opération qui relève d'une analyse *a posteriori* du contenu contractuel qui a pour but de déterminer la catégorie juridique⁶⁹⁸ à laquelle le ou les éléments de fait peuvent être rattachés. Ces derniers relèveront par voie de conséquence du régime correspondant à celle-ci⁶⁹⁹. Parmi les éléments objectifs constitutifs du contrat, l'objet est un élément déterminant pour le juge d'aboutir à la qualification du contrat.

238. Les obligations principales sont étroitement liées à la nature du contrat, dont l'objet est quant à lui, la prestation promise au sens de la « chose ». Celle-ci peut être un indice sur la qualification du contrat du fait qu'elle est l'élément principal qui suscite, dans une opération économique, un intérêt de la part des contractants. Or, bien qu'indispensable à l'opération projetée, la chose, élément objectivement essentiel prise isolément, ne peut pas être considérée à elle seule comme un élément suffisant à la qualification du contrat ; l'exemple de l'immeuble qui peut être soit l'objet d'une vente, soit l'objet d'un bail en est une illustration. En revanche, un bien pris comme étant l'objet du contrat, au sens de l'objet d'une prestation peut influencer directement sur la qualification tel que cela ressort pour le contrat de dépôt à l'article 1915 du Code civil⁷⁰⁰. On peut en déduire que la charge de restituer en nature la chose reçue, est un élément essentiel du contrat de dépôt. Dans un tout autre domaine, François Terré⁷⁰¹ donne pour exemple les ventes de récoltes sur pied dont l'objet des conventions est constitué par un fruit objet d'une prestation future. Dans le cadre de contrats de vente de fruits, qui portent par anticipation sur des récoltes successives, il s'agit de distinguer les fruits qui sont qualifiés soit, comme des meubles par anticipation dès lors qu'ils feront l'objet d'une récolte future soit, comme des immeubles, les fruits étant rattachés au sol et faisant l'objet d'un contrat de louage du fonds. Selon que le contrat portera sur une vente ou un louage, la qualification de la chose, en l'occurrence le fruit de la récolte, aura son importance. Il en est de même s'agissant de l'appellation « bijoux de famille »⁷⁰² qui est un exemple, entre

⁶⁹⁷ Cf. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 320, p. 204.

⁶⁹⁸ La classification du contrat conduit à sa catégorisation,.

⁶⁹⁹ Voir à ce sujet : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 57, p. 78.

⁷⁰⁰ Art. 1915 du Code civil : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

⁷⁰¹ Cf., F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse précitée, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰² Voit à ce propos, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 81, p. 100.

autres, sur la nécessité de qualifier le bien. En ce cas, « le droit des biens peut donc influencer la qualification du contrat en raison de la liaison qu'il opère avec la nature de l'obligation qu'il est susceptible de faire naître »⁷⁰³.

239. Dans un contrat de vente, le prix et la chose convenus, sont les éléments essentiels déterminants de l'accord des parties. Ils induisent les obligations dites principales qui y sont attachées, celles dont les contractants sont redevables tel que le paiement du prix et la délivrance de la chose vendue. Pour ce qui est de l'obligation dite essentielle étant quant à elle de l'essence du contrat de vente, elle consiste en ce cas en l'obligation de transférer les droits de propriété sur le bien vendu avec pour corollaire, les obligations accessoires⁷⁰⁴ qui en découlent et qui ne sont pas moins essentielles, tel que par exemple l'obligation de garantie.

⁷⁰³ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, ibid.*, n° 81, p. 100.

⁷⁰⁴ Les obligations de garantie.

TITRE SECOND

LE CONTRÔLE DU JUGE SUR L'OPÉRATION CONTRACTUELLE

240. C'est à l'occasion d'un désaccord entre les parties, sur un élément du contenu contractuel, que le juge du fond a le pouvoir d'intervenir sur les clauses du contrat dès lors que celles-ci se révèlent obscures ou ambiguës⁷⁰⁵. Jouissant ainsi d'un pouvoir d'ingérence dans le contrat (Chapitre premier), il doit cependant se conformer à la règle édictée à l'article 1188 du Code civil, au sens où il est tenu d'interpréter le contrat dans le respect de la commune intention des parties (Chapitre deuxième).

⁷⁰⁵ Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat, op. cit.*, p. 145, n° 121.

CHAPITRE PREMIER

L'ACTIVITÉ DU JUGE DU FOND DANS LE CONTRAT

241. Dès lors qu'il constate l'existence du contrat, après avoir effectué une clarification des éléments essentiels censés le caractériser⁷⁰⁶, le juge doit s'assurer de son exacte qualification préalablement à l'interprétation des éléments qui font l'objet du désaccord des parties ; la volonté exprimée des contractants doit ainsi correspondre à la réalité juridique⁷⁰⁷ du contrat concerné. Le juge sera alors en mesure, par un retour sur l'interprétation des clauses contractuelles défectueuses, de donner une solution au litige. Cela passe en premier lieu, par le contrôle préalable du juge sur le régime juridique applicable (section 1) pour ensuite, assuré de la qualification du contrat, intervenir sur les dispositions contractuelles litigieuses (section 2).

SECTION 1. LE CONTRÔLE PRÉALABLE DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT PAR LE JUGE.

242. Bien que conformément au principe de l'autonomie de la volonté et de son corolaire la liberté contractuelle, les parties restent les principaux acteurs de l'élaboration du contenu du contrat qu'ils ont conclu, le juge, selon l'article 12 du Code de procédure civile⁷⁰⁸ est investi du pouvoir de qualifier les contrats. À ce titre, saisi d'un litige, il est tenu de s'assurer préalablement à la décision qu'il doit rendre, de l'exacte qualification qui correspond à ce que les parties ont voulu exprimer dès l'acceptation de l'offre de contracter. Cette qualification du contrat est à distinguer de la qualification procédurale qui porte sur les demandes reconventionnelle lors d'un procès en inexécution d'une obligation⁷⁰⁹. Ainsi, l'opération de contrôle de la qualification du contrat consiste en une succession d'étapes qui guident l'interprète

⁷⁰⁶ *Supra*, n° 2.

⁷⁰⁷ Cf. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op. cit.*, n° 259, p. 169.

⁷⁰⁸ Art. 12 du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat [...] ».

⁷⁰⁹ Cass. ass. plén., 2011, n° 09-16.008.

dans la détermination du régime juridique applicable au contrat litigieux⁷¹⁰. La première de ces étapes, que nous considérerons comme acquise à ce stade de notre réflexion⁷¹¹, consiste à s'assurer de l'accord des volontés et à constater ainsi la validité du contrat qui a été conclu en vue de produire des effets de droit⁷¹². Or, bien que convaincu de la volonté des parties d'avoir créé un rapport d'obligations par consentement mutuel, cela ne suffit pas, pour un juge, à qualifier le contrat⁷¹³. Le contrôle de la qualification porte sur deux axes : l'un étant la constatation des données de fait qui font l'objet d'une classification pour les faire entrer dans une catégorie juridique adéquat l'autre, étant la déduction du premier qui consiste dans la détermination d'un régime juridique applicable⁷¹⁴, afin de trouver une solution au litige. Autrement dit, le juge doit aller rechercher le ou les éléments déterminants qui ont amené les cocontractants à s'accorder, lesquels vont lui servir au contrôle d'une qualification *a posteriori* du contrat, afin qu'il puisse agir en retour sur les dispositions litigieuses une fois la qualification confirmée.

243. Lors de l'interprétation du contrat, le juge, doit se soumettre dans le principe à la volonté des parties, dès lors que les termes afférents aux engagements auxquels elles ont souscrit, lors de sa formation, ne sont ni obscures, ni ambiguës. Il en est autrement pour ce qui est de la qualification donnée au contrat qui lui fait suite ; si celle-ci s'avère inexacte, elle doit être corrigée. Mis à part le fait qu'il n'est pas rare que les parties ne prennent même pas la peine de qualifier le contrat, celui-ci, en effet, est parfois faussement qualifié ; le premier indice étant que le titre donné au contrat⁷¹⁵ ne traduit pas son économie⁷¹⁶. Une inexactitude qui peut relever de l'ignorance conduisant à la confusion entre certains contrats, mais qui peut être aussi le choix du régime juridique fixé par les parties qui s'avère non conforme aux éléments constitutifs du contrat formé, faisant apparaître une volonté d'établir un hiatus entre les faits et le droit. Cette attitude volontairement fictive a pour objectif d'échapper par exemple à une règle impérative que les parties considèrent comme un désavantage dans l'opération qu'elles projettent. Or, même en présence d'un acte instrumentaire clair et précis, face auquel il doit tenir compte de la volonté des parties, le juge, selon l'article 12 du Code de procédure civile, reste malgré tout compétent pour qualifier le contrat⁷¹⁷. Qualifier un contrat consiste à « traduire en termes de droit des données concrètes dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé »⁷¹⁸. Or, tel que le soulignent dans leur

⁷¹⁰ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 58, p. 79.

⁷¹¹ *Infra*, n°

⁷¹² V. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, ibid.*, n° 10, P. 11. : « Les accords qui ne sont pas conclus en vue de produire des effets de droit, ne sont pas des contrats ». Ils se situent en dehors du domaine du droit, n'étant pas ainsi soumis à des sanctions juridiques.

⁷¹³ Le consensualisme est vu, avant tout, plus comme une exigence probatoire qui n'a aucune incidence sur la qualification.

⁷¹⁴ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, LGDJ, 1957, n° 11, p. 9-10.

⁷¹⁵ Voir, MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 4^e éd., *op. cit.*

⁷¹⁶ Cf., P. MALAURIE, L. AYNES, P-Y GAUTHIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 17, p. 14.

⁷¹⁷ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 121, p. 145.

⁷¹⁸ Voir, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse précitée, *op. cit.*, n° 11.

ouvrage⁷¹⁹, Jacques Ghestin, Christophe Jamin et Marc Billiau, c'est par le fait que les parties se sont accordées pour former le contrat, que la qualification ne peut pas être seulement une démarche objective qui relève d'un effet mécanique, uniquement axée sur l'analyse des obligations créées directement par le contrat. Elle ne peut se limiter qu'à l'analyse des obligations créées et en cela, la volonté des parties, élément subjectif essentiel, ne saurait être écartée de l'opération. « La qualification du contrat ne peut ainsi être arbitrairement dissociée de la volonté exprimée, ou parfois supposée des parties »⁷²⁰ ce qui confirme que le contrôle de la qualification du contrat passe obligatoirement par l'interprétation de son contenu.

244. Cette spécificité pour le contrat de créer des effets juridiques, relève d'un préalable à savoir, le consentement mutuel des parties de s'accorder sur les éléments essentiels, auquel fera suite, au sein de l'*instrumentum*, l'expression de la volonté déclarée des parties. C'est ce qui permet d'aborder l'opération de qualification du contrat par une approche subjective à laquelle fera suite une analyse objective, afin que le juge puisse confirmer ou invalider la qualification donnée au contrat par les parties. Dans la conception classique, les éléments qui caractérisent le contrat tiennent au fait qu'il est l'œuvre exclusive de la volonté des contractants conforme au principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat correspond, à une convergence de volontés individuelles qui débouche sur un accord commun des parties contractantes. Sans volonté de contracter, il ne peut y avoir de contrat. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'on est dans la configuration d'un litige à résoudre et que le juge est à la recherche de cette volonté supposée réelle qui doit donner le sens du contrat, laquelle n'est pas aisée de déceler. Appréhender la réalité de la volonté qui se trouve au plus profond de l'être relève d'une analyse d'ordre psychologique des plus ardues. Autrement dit, il est difficile de concevoir que le juge puisse être capable de détecter, par on ne sait quel pouvoir, la volonté réelle des parties, ce que chacune d'elles a souhaité en son for intérieur, pour trouver le véritable sens du contrat. Sauf que le juge, en se reportant à ce que les parties ont exposé dans leurs conclusions, va pouvoir en déduire, par le mécanisme procédural⁷²¹, des faits applicables au litige, ceux-ci pouvant être issus directement des clauses contractuelles. Par ailleurs, il faut bien admettre, que même dans l'hypothèse où le juge ne peut connaître la volonté réelle des cocontractants, ces derniers ont malgré tout manifesté leur consentement à s'obliger par un accord commun au sens de la commune intention des parties reprise à l'article 1188 du Code civil. Ainsi, que la volonté soit réelle ou fictive, obscure ou ambiguë, elle n'en est pas moins déclarée⁷²² par le biais de l'*instrumentum*, à travers les termes duquel le juge va rechercher les éléments essentiels qui commandent à la formation de l'engagement contractuel.

245. La qualification est ainsi la traduction de la commune intention des parties de se soumettre à une règle juridique à laquelle correspond le contrat ; elle est le garant de sa

⁷¹⁹ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 90, p. 112.

⁷²⁰ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, ibid.* n° 90, p. 112.

⁷²¹ Art. 7 du Code de procédure civile : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

⁷²² La volonté déclarée est soit une parole, un geste, mais principalement un écrit, acte par lequel un individu exprime son engagement.

sécurité. Si on part du principe que ce sont les obligations consenties et exprimées par les parties dans l'acte instrumentaire qui commandent la qualification du contrat, ce ne peut être que par la reconnaissance des données de fait, que l'on va pouvoir attribuer au contrat le caractère juridique qui lui correspond. En ce sens, le juge va se fonder sur les éléments précontractuels abordés lors des négociations, mais aussi sur ceux qui figurent à l'offre définitive acceptée, déterminante de la formation du contrat. On peut dire, que l'opération de qualification est pour le juge, le moyen qui consiste, par un aller-retour, de « partir du fait pour y revenir à l'effet de le régler⁷²³ ». Elle consiste « à placer [...] un acte juridique sous le contexte normatif qui en détermine la nature juridique »⁷²⁴. L'opération de qualification s'insère entre les deux fonctions de l'interprétation que sont d'une part, la recherche du sens du contrat et d'autre part, le résultat de cette recherche au sens de l'apport d'une solution au litige. La qualification apparaît ainsi, « comme un outil, une méthode dont se sert le juriste qui peut être définie d'une façon générale comme le procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative »⁷²⁵. Pour autant, le but étant de rechercher et d'appliquer au contrat litigieux le régime juridique logiquement applicable, le juge ne doit pas s'arrêter à la qualification donnée par les parties⁷²⁶. Celui-ci doit s'enquérir de la cohérence qui existe entre les éléments exprimés par les parties au sein des clauses contractuelles et l'opération juridique voulue qui en ressort. Il doit en cela vérifier que la qualification donnée au contrat dès sa formation, tel que par exemple un contrat de vente, est conforme aux obligations sur lesquelles les parties se sont engagées⁷²⁷. Autrement dit, le problème qui se pose est de savoir si les parties se sont effectivement accordées sur les éléments essentiels du contrat qu'ils ont conclu et qu'il existe bien une adéquation entre ces éléments et le régime juridique approprié. La qualification, qui s'effectue par syllogisme à une catégorie juridique préexistante, c'est à dire une règle de droit applicable à partir de faits établis, est en cela étroitement liée à la classification⁷²⁸ laquelle, pareillement à l'opération d'interprétation qui la précède, constitue le préalable à la qualification.

246. Indépendante de la considération de l'inexécution du contrat par le débiteur, l'opération de qualification consiste à fixer un régime juridique déterminé dans un but précis qui est, pour le juge, de trouver une solution au litige. En cela, la qualification du contrat est d'abord une démarche objective. « Toute qualification contribue à traduire en termes de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé⁷²⁹ ». Or, en opérant sur la base d'une qualification de nature objective quasiment « mécanique », le juge dispose du pouvoir d'agir sur celle-ci, tout en prenant garde de ne pas dénaturer la substance même du contrat projeté, que ce soit indirectement sans agir sur la qualification, dès lors qu'il intervient par analogie ou

⁷²³ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 56, p. 77.

⁷²⁴ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2° éd. Corrigée et augmentée, Paris, LGDJ, 1997, p. 498.

⁷²⁵ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*

⁷²⁶ Cf. A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, *op. cit.*,

⁷²⁷ Cf. A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, *ibid*, n° 236, p. 156.

⁷²⁸ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 56, p. 78.

⁷²⁹ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, op. cit.*, n° 11, p. 10.

bien directement sur la qualification fixée par les parties⁷³⁰. Par ailleurs, dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1985, les juges du fond ayant requalifié un acte, qualifié selon la volonté des parties de promesse unilatérale de vente, en une promesse synallagmatique, les juges de la haute Cour ont donné une priorité à la commune intention des parties ; le montant de l'indemnité d'immobilisation n'ayant pas été pris en compte en tant qu'élément objectif de la qualification du contrat⁷³¹, montrant que l'utilisation d'un critère purement mathématique destiné à déterminer la nature de l'obligation principale assumée par le débiteur, n'est pas toujours retenue par la jurisprudence. En revanche, suite à la décision d'une cour d'appel, la cour de cassation avait, en l'espèce, transformé la promesse unilatérale de vente d'un immeuble en une promesse synallagmatique, au motif que l'importance de l'indemnité d'immobilisation, faisait peser à la charge du bénéficiaire « une véritable obligation d'acquérir ». Or, la troisième chambre civile⁷³² a cassé la décision, sur le fondement de l'article 1589 du Code civil, pour défaut de base légale, alors qu'elle aurait pu la censurer pour contrariété à la loi ; la Haute cour a jugé ainsi que les juges du fond auraient du « relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait la société [bénéficiaire] de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter ». Le montant de l'indemnité d'immobilisation, élément économique, a pesé en l'espèce, sur le fait de qualifier une promesse unilatérale en une promesse synallagmatique. Or, la décision rendue le 26 septembre 2012, va à l'encontre de la position prise par la première chambre civile qui allait dans le sens de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1985. Il a été jugé en décembre 2010⁷³³, qu'une indemnité d'un montant quasiment égale au prix de vente n'empêche pas la promesse de conserver le caractère unilatéral. La distinction entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique de vente doit reposer sur la volonté exprimée par les parties, seule compte l'expression de la volonté, « laquelle est [...] capable d'exclure la prise en compte d'un élément objectif que l'on aurait pu croire déterminant. C'est le sacre du subjectivisme »⁷³⁴. « Aussi longtemps qu'une seule des deux parties à la promesse a donné son consentement définitif au contrat et que l'autre garde sa liberté juridique de ne pas conclure, la promesse ne peut être considérée comme synallagmatique »⁷³⁵ ; une décision qui venait consacrer le subjectivisme.

247. Il n'est plus à démontrer que pour appliquer le droit au fait, il est nécessaire de qualifier le fait. Il s'agit d'établir une correspondance à un type de contrat déterminé⁷³⁶, dont on appliquera le régime juridique⁷³⁷ se déduisant du type de contrat adopté par les

⁷³⁰ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 60, p. 81 et s. ; Sur le pouvoir de requalification du juge : Cass. ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343

⁷³¹ Cass. com., 14 mai 1985, *Bull. civ.*, IV. n° 153, p. 130.

⁷³² Civ. 3e, 26 sept. 2012, n° 10-23.912, inédit ; B. Fages, *RTD civ.*, 2012, n° 4, p. 723.

⁷³³ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65673. *Bull. civ. I, RTD civ.*, 2011. 346.

⁷³⁴ Y-M LAITHIER, « Vers l'abandon du critère économique pour déterminer le caractère unilatéral ou synallagmatique de la promesse de vente ? », *RDC*, 2011, p. 422.

⁷³⁵ B.FAGES, *RTD civ.*, octobre/décembre 2012, n° 4, p. 723

⁷³⁶ Tels que l'obligation de garde en ce qui concerne le dépôt ; l'existence d'un prix et d'un transfert de propriété pour ce qui est de la vente ; l'obligation de jouissance de la chose et le paiement d'un loyer en matière de bail etc...

⁷³⁷ Voir, F. TERRE, *l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, op. cit.*, thèse précitée, n° 11, p. 9-10 : « [...] il ne faut jamais perdre de vue que toute qualification contribue à traduire en termes de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé » ; J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 15 : « [...] Rechercher la nature d'un

parties. Ainsi, le juge, une fois assuré de l'exacte qualification du contrat, que celle-ci corresponde à celle donnée par les parties ou bien qu'il requalifie le contrat incorrectement qualifié⁷³⁸, sera en mesure d'intervenir en retour, sur l'interprétation des clauses contractuelles sources du désaccord et apporter une solution au litige. « Lorsque le désaccord des parties porte sur l'ensemble du contrat, ce qui est en jeu est plutôt un problème de qualification. Mais cela ne change rien, le juge étant tenu de qualifier de la même façon qu'il doit interpréter. Ce n'est que dans le cas où toute qualification serait impossible, parce que les volontés des parties ne se seraient pas rencontrées sur l'essentiel, que la seule solution serait la nullité du contrat pour absence de rencontre des volontés »⁷³⁹. Le contrat donne aux éléments de fait, un cadre juridique et ce sont les clauses contractuelles qui par leur contenu participent à la détermination du régime juridique applicable selon la volonté des parties mais aussi, informent sur les critères tels que la forme du contrat ou encore la qualité des parties. Lorsqu'il s'agit de qualifier un contrat, la qualité des parties, la forme de la convention et la nature des obligations nées du contrat sont vues comme des critères de qualification⁷⁴⁰. En ce qui concerne les deux premiers, ils étaient « généralement tenus pour des éléments accidentels de la qualification »⁷⁴¹, venant surtout, à l'exception de quelques cas⁷⁴² et dans certaines conditions, renforcer le contenu objectif du contrat sans avoir d'influence majeure sur la qualification. Le seul critère de qualification, nécessaire et suffisant, constitue le troisième élément, c'est-à-dire les obligations que le contrat a créées. Or, à ce jour, le développement des contrats consuméristes et des contrats d'adhésion, a bousculé les normes, d'autant plus que les contrats d'adhésion ont été consacrés, par l'ordonnance du 10 février 2016, à travers les articles 1110, 1171 et 1190 du Code civil. Plus précisément, l'article 1190 qui prévoit une règle d'interprétation *contra proferentem* cible, comme bénéficiant d'un avantage, la partie qui a proposé le contrat, montrant en cela que dans un contrat d'adhésion, les parties ne sont pas sur le même pied d'égalité et qu'en conséquence la commune intention est difficilement décelable. La qualité des contractants est devenue un critère majeur d'interprétation, au sens de la protection de la partie la plus faible. Sans pour autant influencer directement sur la qualification du contrat, la qualité des parties agit en revanche indirectement, c'est à dire par un effet négatif, dès lors qu'elle n'est pas prise en compte dans les contrats concernés.

248. Autrement dit, la qualification permet de repérer le domaine juridique idoine et c'est bien par le biais des éléments de fait, que l'interprète va rechercher la catégorie

contrat c'est chercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé [...] » ;

⁷³⁸ Le juge n'étant pas lié par la qualification donnée au contrat par les parties, il peut intervenir sur une fausse qualification constituant une erreur dans le cas par exemple d'une confusion entre un contrat de vente et un contrat d'entreprise. Le juge peut aussi requalifier un contrat pour éviter de prononcer sa nullité. Un contrat de vente, faisant apparaître un prix dérisoire au détriment du vendeur constituant, ainsi, un déséquilibre, pourra être requalifié en acte à titre gratuit.

⁷³⁹ Voir. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, le Contrat, 1^{re} partie, Conditions de formation, op. cit.*, note n° 1, p. 123.

⁷⁴⁰ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat, op. cit.*, n° 68 et s., p. 88.

⁷⁴¹ Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat, ibid.*, n° 68, p. 88 et s.

⁷⁴² La forme du contrat adoptée par les parties peut influencer partiellement sur sa qualification. Le défaut d'accomplissement de la forme n'est pas sanctionné par la nullité, mais par la disqualification du contrat.

juridique dans laquelle le contrat peut être classé, afin de lui appliquer la règle de droit qu'elle renferme. On peut ajouter à cela, que même si les éléments essentiels, requis pour un certain type de contrat, ne font pas défaut, il se peut que la qualification du contrat affichée ne corresponde pas, quant à elle, à la réalité des termes exprimés dans l'instrumentum. Il s'agit alors, pour le juge, de déterminer un ou plusieurs critères qui puissent lui permettre d'identifier les obligations essentielles du contrat et parmi celles-ci, celles qui contribuent à l'opération envisagée. Il n'est pas inutile de rappeler que le juge n'est pas lié par la qualification donnée au contrat par les parties. Il peut écarter cette qualification et requalifier le contrat, s'il constate que les parties ont voulu travestir la réalité de leur accord sous l'apparence d'un autre contrat. Selon Gérard Cornu, la qualification est « l'opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier [...] et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante⁷⁴³ », ce que l'auteur définit par « le classement [...] d'un acte dans une catégorie juridique de rattachement [...] ». En d'autres termes, « la « qualification » d'un contrat est précisément l'opération intellectuelle qui permet de le ranger dans telle ou telle catégorie. Elle exige d'analyser l'économie du contrat, ce qui peut aller du plus simple [...] au plus complexe [...] »⁷⁴⁴, tel un contrat qualifié de vente, de prêt ou de bail, où un contrat entre entreprises ou groupe d'affaires ; chaque catégorie est alors soumise à des règles qui lui sont propres et qui commandent une partie du régime⁷⁴⁵. Le titre du contrat est l'un des critères, mais qui peut ne pas correspondre au contenu contractuel et aux obligations qui le caractérisent. En ce cas, n'étant pas lié par l'intitulé retenu par les parties, et afin de rectifier l'incohérence qu'il aura constatée, le juge sera en mesure de requalifier le contrat en lui appliquant le régime juridique qui correspond à la réalité contractuelle. Un arrêt du 7 juillet 2004 de la chambre commerciale de la Cour de cassation illustre, en ce sens, les modalités de requalification d'un contrat de promotion en un contrat d'agent commercial⁷⁴⁶ intermédiaire qui bénéficie d'un statut protecteur accordé par la loi du 25 juin 1991⁷⁴⁷. Par ailleurs, en l'absence d'un élément essentiel, le juge ne pouvant théoriquement constater l'existence du contrat et ne pouvant en principe le classer dans une catégorie juridique correspondante pourra, si le contexte le permet, valider le contrat en lui appliquant une nouvelle qualification. Dans l'impossibilité de l'identifier, le juge se résoudra à le qualifier sui generis.

SECTION 2. LE POUVOIR DU JUGE DE MODIFIER LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES LITIGIEUSES

249. Le principe étant que le juge du fond, n'étant pas considéré comme partie au contrat, il doit se limiter à appliquer la loi contractuelle, ne pouvant en cela intervenir

⁷⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., Paris, PUF, 2007, p. 747.

⁷⁴⁴ Cf. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 18, p. 32.

⁷⁴⁵ Cf. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations, ibid.*, n° 18, p. 32.

⁷⁴⁶ Cass. Com., 7 juill. 2004, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée », *La Semaine Juridique – Entreprise et affaires*, n° 21, 26 mai 2005, 768., obs. S. ROUQUIE ; CA. de Douais, ch.2, sect. 2, 17 sept. 2009, n° 07/08370.

⁷⁴⁷ Loi n° 91-593, 25 juin 1991 : *Journal Officiel* 27 juin 1991 ; intégrée au Code de commerce aux articles L. 134-1 à 134-17.

dans la modification de ses termes, dès lors que ceux-ci sont clairs et précis⁷⁴⁸. Il ne peut refaire le contrat en équité au prétexte de l'interpréter. Or, si la non-ingérence du juge dans le contrat est restée la règle et que sa mission d'interprétation doit se limiter à la recherche de la commune intention des parties, l'évolution du droit positif nous amène à constater que le rôle du juge dans l'interprétation du contenu contractuel tend à s'élargir avec le pouvoir de modifier le contrat par délégation du législateur. Les interventions du législateur, en aménageant et réglementant le contenu de certains contrats, notamment les contrats d'adhésion et plus particulièrement les contrats de consommation, lui ont donné l'occasion de s'octroyer, au-delà des pouvoirs qui lui sont réservés, le droit de s'immiscer dans le contrat⁷⁴⁹. Ce peut être par la volonté de protéger l'une des parties, plus précisément la partie la plus faible, dès lors que le contrat recèle des clauses contractuelles abritant des prérogatives créant un déséquilibre entre les droits et les obligations des contractants.

250. La conception libérale du contrat, fondée sur le principe que les parties sont meilleurs juges de leurs propres intérêts à partir du moment où l'on considère qu'elles contractent en toute liberté et sur un pied d'égalité, avec pour conséquence d'en assumer les risques⁷⁵⁰, interdisait toute immixtion du juge dans le contrat classique. Dans le respect du contrat ce dernier ne pouvait, dans l'esprit du législateur de 1804, effectuer un rééquilibrage du contenu contractuel sur le principe de la non-ingérence, un principe qui, bien qu'il se soit amoindri, vaut encore aujourd'hui. Parce que l'accroissement des pouvoirs du juge est une tendance majeure du droit privé⁷⁵¹, celui-ci se voit de plus en plus investi d'un pouvoir en vue de rééquilibrer les prestations ou les prérogatives contractuelles mais encore, et au-delà de l'habilitation de la loi, de s'arroger le pouvoir de neutraliser les abus, les excès et les incohérences⁷⁵². Par ailleurs, si les cocontractants ont une large faculté d'organiser l'opération juridique projetée, leur liberté est limitée quant à la détermination de leur propre pouvoir contractuel dès lors qu'il s'agit de tirer profit d'une situation favorable au créancier au détriment du débiteur. C'est une situation que l'on retrouve au quotidien dans les contrats consuméristes où le professionnel jouit d'une position dominante face au consommateur. Le contenu du contrat est ainsi de plus en plus dirigé ou encadré par des dispositions impératives que ce soit le protectionnisme contractuel, œuvre du législateur ou le dirigisme contractuel qui reste l'œuvre du juge. En cela, le contrat contemporain supporte l'ingérence du juge, lorsque qu'il subit un déséquilibre notoire au cœur de l'obligation principale que soit, par une situation lacunaire ou encore, un déséquilibre inacceptable produit par des prérogatives contractuelles affectant son économie. Ainsi, compte tenu de l'évolution de la théorie classique, qui tend à accuser un affaïssement des principes d'égalité et de liberté des cocontractants, le juge du fond se voit investi par le législateur du droit de modifier ou de réviser le contenu du contrat, qui sans porter atteinte aux impératifs de prévisibilité et de sécurité, permet à celui-ci

⁷⁴⁸ Art. 1192 du Code civil : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

⁷⁴⁹ Voir, P. DELEBECQUE, F.J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 2006, n° 341, p. 179.

⁷⁵⁰ Cf. D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime », *op. cit.*, n° 3, p. 236.

⁷⁵¹ Cf. J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 42.

⁷⁵² Cf. D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime » », *op. cit.*, n° 4, p. 237.

de s’immiscer dans la loi des parties afin d’intervenir sur le déséquilibre contractuel qui peut en résulter (§1) tout en saisissant dans ce contexte, l’opportunité d’user du pouvoir constructif qu’il s’est arrogé, afin de sauvegarder le contrat (§2).

§1. Le contrôle du juge sur le déséquilibre contractuel

251. Modifier l’économie générale du contrat ou réviser l’équilibre économique des prestations contractuelles est un pouvoir d’immixtion légitimé que le juge aborde avec mesure, en se rapportant aux termes de l’article 1194 du Code civil qui a repris, pour partie, l’article 1135 du Code civil. Rappelons que celui-ci avait permis le « forçage du contenu contractuel », afin de pallier l’absence d’obligations contractuelles que les parties avaient omis de mentionnées au contrat⁷⁵³. Dès lors que la volonté des parties n’est pas clairement exprimée, le juge peut être tenté de faire produire au contrat des effets qu’il considère, selon sa conviction, comme plus adéquat à sa bonne exécution que ceux qui y figurent. Ce qui doit primer en ce cas, pour le juge, c’est l’économie du contrat (A) qui passe par la recherche d’une cohérence entre les clauses contractuelles (B).

A. La préservation de l’économie du contrat

252. On admet que le juge peut interpréter les clauses contractuelles par référence à l’économie du contrat. L’appartenance d’une clause à l’économie du contrat résulte en principe de ce qu’elle en régit les obligations principales, définissant leur contenu et leur contour. Le principe de l’équilibre contractuel autorise les juges à modifier, supprimer ou ajouter une clause ; que ce soit la diminution d’une clause pénale manifestement excessive ou l’éradication d’une clause abusive. Préserver l’économie générale est le but que se fixe le juge par la pratique du forçage du contrat, laquelle ne se justifie que par la recherche des éléments essentiels et des obligations principales caractéristiques de chaque type de contrat. Au regard de cette pratique discrétionnaire, le juge en ayant le pouvoir d’insérer des obligations à l’acte instrumentaire, crée une règle de droit impérative au nom de l’ordre public contractuel⁷⁵⁴. En ce sens, la jurisprudence étant une source indirecte du droit, la création est une démarche prétorienne parfaitement légitime⁷⁵⁵. Aussi, à l’identique de la bonne foi, l’équité est pour le juge une référence qui l’autorise à intervenir dans le contrat dès lors qu’il s’agit de protéger la partie la plus faible de l’abus de liberté contractuelle d’un cocontractant, une faiblesse qui entraîne un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties en présence, un fait que l’on rencontre dans les contrats d’adhésion et plus précisément dans les contrats consommateurs.

253. L’abus de liberté contractuelle se traduit souvent comme un abus de puissance, une situation que l’on retrouve dans les clauses créant un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat. Bien que la locution « clauses abusives » n’y soit pas

⁷⁵³ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 519, p. 438.

⁷⁵⁴ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil – Les obligations – Le contrat*, t. III, 1^{ère} partie, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, n° 141, p. 121.

⁷⁵⁵ Voir, C. LARROUMET, *Droit civil – Les obligations – Le contrat*, *ibid*, note n° 2, p. 123.

nommément exprimée, l'article 1171 du Code civil⁷⁵⁶ en témoigne. Comprises comme les clauses créant, entre les contractants, un « déséquilibre significatif », elles voient leur champ d'application limité au contrat d'adhésion, lequel est défini à l'alinéa 2 de l'article 1110 du Code civil. En tout état de cause, l'article 1171 du Code civil, indique implicitement que « le déséquilibre contractuel n'est plus nécessairement une fatalité et l'injustice contractuelle perd peu à peu du terrain sous les coups de boutoirs d'un juge de moins en moins servile face à la loi du contrat qu'il n'hésite pas à réécrire, lorsqu'elle se révèle être une loi d'airain »⁷⁵⁷. En ce sens, la liberté contractuelle est souvent illusoire. Elle est en fait théorique et la conclusion des contrats en cause n'apparaît pas comme une décision librement consentie. En cela, le principe de liberté contractuelle qui a connu un déclin lié à celui de l'autonomie de la volonté, supporte de plus en plus de tempéraments. Conclure au quotidien de nombreux contrats est une nécessité matérielle qui s'impose à la plupart des sujets de droits⁷⁵⁸. L'atteinte est d'autant plus grande que le citoyen est souvent confronté à une situation de monopole qui interdit toute négociation, comme par exemple, les contrats de fourniture d'énergie passés avec Électricité de France ou encore l'achat d'un titre de transport dans les transports en commun. La liberté contractuelle supporte également des atteintes de droit dans les cas où l'intéressé est tenu de contracter sans possibilité de pouvoir exprimer sa volonté⁷⁵⁹, une situation que l'on retrouve dans les contrats d'assurance où l'assuré conserve, malgré tout, la possibilité d'opter pour la compagnie de son choix. Par ailleurs, ce qui caractérise le déséquilibre contractuel dans les contrats commerciaux, c'est la situation de dépendance dans laquelle peut se trouver l'un des contractants dont la survie économique⁷⁶⁰ dépend complètement du maintien de la relation contractuelle établie. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'en règle générale, les clauses qui créent un déséquilibre contractuel touchent non pas à l'équilibre des prestations elles-mêmes, mais plutôt à l'ensemble des stipulations qui encadrent la relation contractuelle. Ce peut être une clause de non garantie, de non responsabilité, une clause pénale ou encore une clause de résiliation. Ces clauses qui représentent une large majorité des stipulations contractuelles, sont la source principale de déséquilibre contractuel au sein des contrats en général et des contrats d'adhésion⁷⁶¹ en particulier.

254. Pour revenir à la faculté que le juge peut exercer sur les clauses contractuelles litigieuses, ce dernier est investi d'un pouvoir de révision du contrat⁷⁶² par habilitation

⁷⁵⁶ Art. 1171 du Code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

⁷⁵⁷ Voir, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, n° 4, p. 237.

⁷⁵⁸ Cf., A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2016, n° 56, p. 44

⁷⁵⁹ Cf., A. BENABENT, *Droit des obligations*, *ibid.*, n° 35, p. 42.

⁷⁶⁰ Voir, J. WALINE, « Théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », p. 971.

⁷⁶¹ Raymond Saleilles comparait le contrat d'adhésion à « un acte réglementaire unilatéral. [...] Si ces clauses, [...] ne remettent pas en cause l'équilibre économique global du contrat, elles soumettent le consommateur à des conditions de mise en œuvre ou de terminaison du contrat très lourdes. Quoiqu'accessoire, elles ne sont donc pas moins onéreuses lorsqu'elles trouvent application. [...], ce problème impose une intervention tant en amont, par la transparence du contenu normatif, qu'en aval par le contrôle de sa probité ».

⁷⁶² La révision du contrat s'adresse plus particulièrement aux contrats à exécution successive. Les contrats à exécution instantanée peuvent être également concernés, dès lors que l'une des obligations comporte un terme, comme par exemple le cas de la vente à terme.

de la loi ; celle-ci en fait ainsi son bras armé pour intervenir dans le contrat selon qu'il s'agit d'alléger une ou plusieurs obligations qui pour l'une des parties sont devenues difficiles à assumer ou encore de sanctionner les clauses qui créent entre les contractants un déséquilibre contractuel disproportionné. Le pouvoir de révision accordé au juge en matière contractuelle, notamment avec la loi du 9 juillet 1975 par l'adjonction d'un alinéa second à l'article 1152 ancien du code civil⁷⁶³, relatif aux clauses pénales, a suscité de vives réactions concernant le risque d'altération de l'un des principes directeurs du contrat⁷⁶⁴, celui de l'intangibilité.⁷⁶⁵, dans le sens de la justice contractuelle. Or, ce pouvoir relatif à l'équité, de réviser à la hausse comme à la baisse, le montant de la clause pénale « manifestement excessive ou dérisoire », est confirmé à l'article 1231-5 du Code civil dès lors que le juge l'exerce avec mesure, au sens où il peut maintenir une peine tout en supprimant l'excès⁷⁶⁶. Le principe demeure celui de l'intangibilité de la peine fixée forfaitairement par les parties, avec pour corollaire l'impossibilité pour le juge de réviser des peines simplement supérieures au préjudice contractuel réellement subi par le créancier ; « faute d'excès manifeste, de disproportion entre le montant de la peine et celui du préjudice, le pouvoir d'équité du juge est donc neutralisé »⁷⁶⁷. Or, il existe des clauses qui ne sanctionnent pas une inexécution contractuelle, mais qui peuvent présenter un risque de déséquilibre entre les contractants telles les clauses de dédit, de non-concurrence ou les clauses d'exclusivité⁷⁶⁸. De la même manière, l'intérêt que présente l'article 1231-5 nouveau du Code civil, réside dans le pouvoir donné au juge de rééquilibrer les termes d'un contrat, affectés par les clauses qui prévoient le paiement d'une somme d'argent à titre d'indemnité.

255. Ce qu'il nous faut préciser par ailleurs, c'est qu'à l'apparition d'un désaccord, les termes d'un contrat litigieux ne sont pas forcément obscurs ou ambigus. Il se peut, en effet, qu'un élément extrinsèque au contrat soit venu déséquilibrer l'accord convenu entre les parties prévalant à sa formation. Ce peut être une augmentation anormale du coût de la matière première relative à la fabrication d'une chose ou un événement aléatoire venu perturber l'exécution des engagements du débiteur ou encore une crise financière, un événement qui en fait ne relève pas de la volonté des contractants et que le débiteur doit subir au détriment de ses intérêts. Une situation qui n'a certainement pas été envisagée lors de la conclusion du contrat et par là, non formulée dans les dispositions contractuelles. Alors que le contrat se trouve affecté par un déséquilibre certain, consécutif à un manque de prévision, le juge est en principe tenu de respecter la volonté des parties, selon le principe de non-ingérence qui prévaut dans la théorie classique énoncé à l'article 1192 du Code civil : « On ne peut interpréter les clauses

⁷⁶³ Art. 1152 ancien du Code civil : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

⁷⁶⁴ Voir, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple «illégitime», *op. cit.*, p. 240 et s.

⁷⁶⁵ Voir à ce sujet, G. PAISANT, « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », p. 43.

⁷⁶⁶ V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 687, p. 597 et s.

⁷⁶⁷ Cf. D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple «illégitime». », *op. cit.*, p. 240 et s.

⁷⁶⁸ Voir, P. DELEBECQUE, « Prérogatives contractuelles et obligation essentielle », *RDC*, n° 2, p. 681.

claires et précises à peine de dénaturation ». Or, « si le principe est que le juge ne peut s’immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l’équité et de la justice économique »⁷⁶⁹, la jurisprudence a évolué dans le sens d’un libéralisme plus affirmé. Si on prend dans un contrat, l’exemple d’un indice de référence applicable à l’augmentation des loyers, prévu à l’origine et qui cesse d’être publié, le juge pourra procéder à la préservation de la clause par réfaction de l’élément défectueux, autrement dit, par substitution d’un indice de remplacement⁷⁷⁰ à l’indice annulé⁷⁷¹. Dans cette hypothèse, le juge s’appuie sur la volonté commune des parties, mais « en substituant à des stipulations inefficaces ou défectueuses des modalités nouvelles d’exécutions »⁷⁷².

256. Au-delà de cette hypothèse où le désaccord, tel que nous venons de le voir, porte sur des termes qui sont sans conteste clairs et précis, le juge a malgré tout la possibilité d’intervenir par réfaction sur l’objet du litige⁷⁷³. Il reste que l’obscurité et l’ambiguïté des clauses contractuelles demeurent les conditions qui lui donnent un pouvoir d’immixtion dans le contrat. Lorsque des difficultés se font jour quant à la détermination du contenu du contrat, en présence d’un écrit obscur ou ambigu, le juge s’emploie, dans le respect de la lettre du contrat et par là de l’intention des parties, à interpréter ce qui ressort de la volonté réelle de chacune d’elles. Destinées à protéger la partie considérée comme étant la plus faible contre les dispositions contractuelles abusives, les lois impératives, de plus en plus nombreuses, sont le moyen de contrôle qui permet de compenser cette inégalité. Il s’agit d’une situation que l’on rencontre plus particulièrement dans les contrats d’adhésion par rapport aux contrats négociés où le risque de déséquilibre est moindre. Le juge intervient en ce cas sur le contenu du contrat qui présente un déséquilibre contractuel dû, le plus souvent, à la présence de prérogatives, dès lors que celles-ci sont exercées de façon abusive par le créancier au détriment du débiteur. La disqualification doit se constater si les éléments caractéristiques du contrat sont eux-mêmes modifiés. Ainsi, la suppression de l’obligation principale par une clause de non-obligation peut être combattue judiciairement soit, par l’annulation de la clause concernée soit, par la disqualification du contrat, suivie de sa requalification. Si la clause de non obligation porte atteinte à l’obligation principale, il peut y avoir nullité du contrat faute d’un élément essentiel ou un changement de nature du contrat. Il n’est pas admissible qu’une clause de non obligation touche à l’obligation principale. Elle a pour conséquence non seulement d’autoriser l’inexécution du contrat, mais aussi d’empêcher l’obligation de naître⁷⁷⁴,

⁷⁶⁹ J.-L. AUBERT, *Le contrat. Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2000, p. 116.

⁷⁷⁰ Article 1167 du Code civil : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n’existe pas ou a cessé d’exister ou d’être accessible, celui-ci est remplacé par l’indice qui s’en approche le plus ».

⁷⁷¹ Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 452, p. 457 ; Voir également, n° 1337, p. 1275.

⁷⁷² Cf., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, ibid.*, n° 452, p. 457.

⁷⁷³ Art. 4 du Code de procédure civile : « L’objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l’acte introductif d’instance et par les conclusions en défenses. Toutefois l’objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

Art. 5 du Code de procédure civile : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

⁷⁷⁴ Voir, R. SEFTON-GREEN, *La notion d’obligation fondamentale. Comparaison franco-anglaise*, Paris, LGDJ, 2000, p. 267.

comme par exemple sur la vente d'un objet où le vendeur tenu par sa promesse de livrer la chose, s'autorise à ne pas la livrer ; celui-ci se heurte à l'obligation principale. Le contrat ayant perdu ses éléments essentiels et bien que le procédé de requalification s'accorde mal avec le principe de la liberté contractuelle, le juge devra procéder à la disqualification du contrat. Dans un autre registre, on retrouve ce comportement dans les contrats de consommation, où le professionnel peut user de l'avantage de sa position privilégiée à l'encontre du consommateur profane⁷⁷⁵. Autrement dit, une clause qui affecte l'existence de la contrepartie convenue provoque un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, sur lequel le juge est en mesure d'intervenir par habilitation de la loi, ce qui n'a pas été toujours le cas. Denis Mazeaud relève en effet, qu'en vertu de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 « sur la protection et l'information des consommateurs des produits et services », qui a introduit la notion de clause abusive⁷⁷⁶, la mise en œuvre de la protection avait été confiée au pouvoir exécutif. « Le choix de confier la protection des consommateurs au pouvoir réglementaire, outre la traditionnelle méfiance suscitée par l'ingérence du juge dans le contrat, reposait, [...] sur des considérations d'efficacité »⁷⁷⁷. Or, que ce soit le pouvoir réglementaire ou le pouvoir judiciaire qui prenne en charge la protection du consommateur, ce qu'il nous faut souligner, c'est que la qualité des parties doit prévaloir. Ainsi, depuis la loi de 1978 portant sur l'élimination des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, jusqu'à la réforme du 17 mars 2014⁷⁷⁸, la qualité des parties a pris une importance croissante sur la qualification des contrats de consommation. Dans un contrat classé « contrat de consommation », il ne s'agit plus de s'en tenir uniquement au contenu du contrat, mais prioritairement à la personnalité des contractants⁷⁷⁹, une méthode qui oppose les professionnels aux consommateurs ; selon la qualité des parties, le juge appliquera un statut différent qui n'ouvre pas sur les mêmes garanties. Ainsi, les contrats conclus entre professionnels et particuliers bénéficient d'un régime de protection du consommateur de plus en plus étendu. Par ailleurs, seules les personnes physiques peuvent prétendre à la qualité de « consommateurs » à la condition que ces dernières ne soient pas liées à une activité professionnelle, qu'importe la branche dans laquelle elles pourraient exercer leur activité⁷⁸⁰. On trouve les définitions de ces notions dans un article liminaire de l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative nouvelle du Code de la consommation : « on entend par consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; par non-professionnel : toute personne morale⁷⁸¹ qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité

⁷⁷⁵ Art. 442. 6, 1-2° du Code de commerce.. Dans les contrats conclus entre professionnels, le Code de commerce comporte depuis 2008, un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties.

⁷⁷⁶ Voir, A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2016, n° 191, p. 154.

⁷⁷⁷ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, *ibid.*, n° 23, p. 253.

⁷⁷⁸ Loi du 17 mars 2014, portant définition du consommateur (Loi Hamon).

⁷⁷⁹ Cf., A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 25, p. 36.

⁷⁸⁰ Voir, A. BENABENT, *Droit des obligations*, *ibid.*, n° 192, p. 156.

⁷⁸¹ R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *Semaine juridique-entreprise et affaires*, n° 27-28-7 juillet 2016. Depuis le premier juillet 2016, un article liminaire définit, au sein du Code de la consommation, les non-professionnels comme des personnes morales.

commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; et enfin par professionnel : 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 ».

B. Le juge à la recherche de la cohérence des clauses contractuelles

257. Susceptibles de perturber l'équilibre du contrat ou de porter atteinte à certains droits fondamentaux, les clauses contractuelles et plus particulièrement les prérogatives contractuelles, sont sous la surveillance du législateur. Elles peuvent en effet se révéler comme des éléments perturbateurs remettant en cause la volonté commune des parties. L'article 1104 du Code civil selon lequel « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative par exemple, le fait pour un créancier d'appliquer de manière abusive et de mauvaise foi, une clause résolutoire. En ce sens, l'abus doit être considéré comme la limite de la force obligatoire d'une clause au sein du contrat. Ce peut être aussi, une clause qui écarte expressément l'indivisibilité de contrats inséparables⁷⁸², ou encore une clause exclusive ou limitative de responsabilité laquelle créant un déséquilibre significatif, peut être vue comme une faute lourde avec les conséquences qui y sont attachées. La faute lourde⁷⁸³ est une erreur, une négligence disproportionnée, inexcusable, même si son auteur n'a jamais eu l'intention de nuire. Si l'on se rapporte à une définition objective de la faute lourde⁷⁸⁴, dans l'arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996, la Chambre commerciale entérine la position des juges du fond considérant non écrite une clause limitative de responsabilité insérée à l'acte en cas de livraison tardive du colis qui doit être livré. Celui qui limite sa responsabilité est en cela sanctionné s'il n'exécute pas son obligation de ponctualité à laquelle il s'est engagé dans les documents publicitaires, ce qui dénonce une absence totale de cohérence avec les termes de son engagement. L'arrêt *Chronopost*⁷⁸⁵ illustre en cela le pouvoir de sanction du juge en recourant à la distinction entre les prérogatives contractuelles et la substance des droits et des obligations : « 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 »⁷⁸⁶. À travers cette décision, la chambre commerciale « n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Par application de l'article 1131 ancien du Code civil⁷⁸⁷, la haute Cour a réputé non écrite la clause de

⁷⁸² Cf., J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. II, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 664, p. 463 et s.

⁷⁸³ On peut considérer que la faute lourde vide l'obligation de sa substance. Alors que le dol implique la mauvaise foi, la faute lourde quant à elle, s'oppose au dol parce qu'elle est non intentionnelle ; elle n'implique aucune déloyauté. Le dol suppose au moins la connaissance du tort que l'on cause à autrui, ce qui suffit à constituer la mauvaise foi.

⁷⁸⁴ Voir, R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, *op. cit.*, p. 149 n° 240.

⁷⁸⁵ Cass.Com. 10 juillet 2007, n° 06-14.768., *JCP* 2007, act. 340, obs., C. Chabas.

⁷⁸⁶ V. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.II, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 157, p. 111.

⁷⁸⁷ Art.1131 ancien du Code civil : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

responsabilité qui altérerait une obligation essentielle. Création jurisprudentielle, le concept d'obligation essentielle est utilisé pour rendre inefficaces les clauses limitatives de responsabilité. Celles-ci étant considérées comme abusives et donc non écrites, lorsque le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur.

258. Il n'est pas admissible en effet, qu'une des parties puisse promettre une prestation tout en écartant par une stipulation contraire, les conséquences juridiques de l'inexécution de son engagement. Celui-ci, vidé de sa substance ne peut plus tenir lieu de contrepartie, nécessaire à la validité du contrat selon l'article 1169 du Code civil⁷⁸⁸. Ainsi, lorsqu'une clause affecte l'existence de la contrepartie convenue, son élimination sur le fondement de l'absence de cause sanctionne non l'exigence d'une cause spécifique de cette clause, mais la nécessaire cohérence du contrat. Or, à ce jour, la doctrine considère que l'interprétation du contrat ne consiste pas seulement dans la recherche de la volonté des parties. Le juge est souvent amené à déterminer le sens d'une stipulation contractuelle sur le fondement d'autres éléments tels que l'équité ou l'économie du contrat⁷⁸⁹ appréciés objectivement, c'est-à-dire en fonction de l'utilité que doit remplir le contrat. Ainsi l'utilité du contrat peut s'opposer à la sécurité du créancier. Dans le contexte actuel, en droit contemporain, qu'elle doit être alors la priorité qui doit s'imposer au juge dans la résolution du litige ? Rester sur le fondement du principe d'intangibilité qui peut amener à des aberrations comme la décision du célèbre arrêt du *Canal de Craponne*⁷⁹⁰ ou bien privilégier le caractère social du contrat qui permet, au juge, tout en respectant les impératifs de sécurité de résoudre équitablement le désaccord dans le souci de préserver l'économie du contrat. L'article 1195 de Code civil qui introduit l'imprévision dans le droit des contrats est venu ainsi modérer la force obligatoire du contrat, permettant de lutter contre les déséquilibres contractuels avérés qui surviennent en cours d'exécution. Il est à préciser que ce texte revêtant un caractère supplétif, les parties pourront l'écarter dès lors qu'elles émettent la volonté de supporter les préjudices consécutifs à l'apparition d'un événement imprévisible bouleversant l'économie du contrat. Ce qu'il faut souligner, c'est que l'économie générale du contrat est au service de l'équilibre contractuel. Si l'on prend en compte les conséquences de l'imprévision sur l'économie du contrat, ce n'est pas le caractère imprévisible de l'événement qui est réellement crucial, mais plutôt les conséquences de cet événement sur l'équilibre du contrat⁷⁹¹. En fait, « l'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier »⁷⁹².

259. Au sein de l'instrumentum, les clauses contractuelles ne présentent pas la même fonction. Cette hétérogénéité, cependant, n'est pas un obstacle à la nécessaire cohérence de l'ensemble des clauses dans le contrat. Or, c'est en fonction d'une certaine cohérence qu'elle soit intrinsèque ou extrinsèque et par hypothèse masquée,

⁷⁸⁸ Art. 1169 du Code civil : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

⁷⁸⁹ La référence à l'économie du contrat pour éliminer une clause écartant expressément l'indivisibilité de contrats inséparables

⁷⁹⁰ Civ., 6 mars 1876, *D.*, 76. 1. 193. *De Galliffet c. Commune de Pélissanne. Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, n° 165.

⁷⁹¹ B. DEFFAINS, S. FERREY, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats » *RTD civ.*, 2010, p. 727.

⁷⁹² « Réforme du droit des obligations ». Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *Dalloz*, 2016, p. 20.

que les clauses doivent s'interpréter lorsqu'elles sont ambiguës. Cette cohérence bénéficie d'une présomption trouvant son fondement que ce soit dans l'objet du contrat, « les clauses sont censées être dirigées vers l'objet »⁷⁹³, mais aussi et plus particulièrement dans l'objet des obligations au sens des prestations convenues entre les parties. Il y a plusieurs raisons à cela : d'une part, l'objet du contrat est la finalité poursuivie par les parties, il est donc l'expression de leur volontés communes. Mais il bénéficie aussi de la stabilité des éléments objectifs qui le composent, c'est-à-dire, principalement les biens. En outre, si l'objet n'est pas tout le contrat, il l'appréhende comme un concept global. On peut d'ailleurs percevoir certaines références indirectes à l'objet dans les directives formulées par le Code civil. L'article 1189 du Code civil rappelle que « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ». Cette interprétation repose sur l'objet du contrat, élément à la fois d'ordre subjectif et objectif, conçu selon Jacques Dupichot, comme « la finalité globale envisagée par les parties ». D'autre part, pour ce qui est des prestations consenties, objet des obligations, celles-ci doivent impérativement revêtir une cohérence entre elles. On ne peut consentir à un engagement et exprimer la volonté de ne pas s'y tenir, une contradiction qui a pour effet d'agir sur la consistance de l'acte. En cela, « le principe de cohérence paraît alors s'opposer à ce qu'une partie contredise l'obligation qu'elle stipule par des clauses qui conduiraient à la dépouiller de toute force obligatoire »⁷⁹⁴. Par ailleurs, alors qu'elle ne permet pas au juge de porter atteinte à la substance des droits et des obligations légalement convenus entre les parties, la règle selon laquelle les contrats doivent être exécutés de bonne foi⁷⁹⁵, autorise le juge à sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle⁷⁹⁶.

260. Le juge, en présence d'une contradiction entre des clauses contractuelles, va rechercher la commune intention des parties en s'appuyant sur les articles 1188 et suivants du Code civil. Dans l'hypothèse où ce dernier est confronté à des clauses inconciliables, cela peut tout autant provenir de dispositions relevant du contrat lui-même, que de documents contractuels responsables de l'ambiguïté⁷⁹⁷. Ce n'est pas parce que les parties ont choisi, selon le principe de l'autonomie de la volonté, un contenu donné, que celui-ci impliquera obligatoirement un cadre juridique donné. Il peut en effet exister une discordance entre le cadre juridique et les termes de l'acte instrumentaire, une incohérence révélée par certaines clauses contractuelles avec le sens du contrat ; autrement dit par la constatation que l'acte recèle des éléments qui ne correspondent pas à la volonté commune des parties⁷⁹⁸. Dans cette hypothèse, le juge va procéder à l'interprétation du contrat sans prendre le risque de dénaturer⁷⁹⁹. Dès lors, qu'il se sera assuré qu'il y a bien eu rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat et partant, de l'exacte qualification du contrat dont il est saisi, le

⁷⁹³ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 649, p. 382.

⁷⁹⁴ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. I, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁹⁵ Art. 1104 du Code civil.

⁷⁹⁶ Cass. com., 10 juill. 2007, *Droit et Patrimoine*, p.2839, note P. Stoffel-Munk

⁷⁹⁷ Ce peut être un document technique ou publicitaire qui ne soit pas en adéquation avec les termes du contrat formé.

⁷⁹⁸ Voir, F. TERRE, *Volontés individuelles et classification*, *op. cit.*, n° 4, p. 3.

⁷⁹⁹ Voir, D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t.1, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, n° 63, p. 75.

juge pourra contrôler la cohérence des volontés déclarées stipulées au sein des clauses contractuelles ; celles-ci devant être en adéquation avec la qualification du contrat voulue par les parties. Investi d'un pouvoir modérateur dans le droit contemporain, le juge confronté à des clauses contractuelles défectueuses, s'emploie à préserver le contrat plutôt que de déclarer son invalidité. En ce sens, « le principe de cohérence permettra au juge d'éradiquer la contradiction, [...] en supprimant purement et simplement les clauses contradictoires »⁸⁰⁰. Cette pratique judiciaire va dans le sens de l'équité, afin d'éviter que l'une des parties puisse bénéficier au détriment de l'autre, de la nullité totale ou partielle du contrat. Toutefois, avec l'évolution des droits spéciaux dans les contrats contemporains, les clauses contractuelles sont autre chose qu'une réalité basique au service de l'interprétation, elles apparaissent comme des outils choisis, au service d'un mode opératoire plus directif. Les clauses contenues dans l'acte instrumentaire dépendent les unes des autres avec une force obligatoire⁸⁰¹ qui s'imposent aux parties et au juge. Or, selon le Code civil, une clause, considérée isolément, peut paraître claire et précise, mais le rapprochement de cette clause avec celles qui l'accompagnent dans l'acte, peut faire naître une ambiguïté ; il appartient alors aux juges du fond de dégager des termes employés dans le contrat pris en son entier et de rechercher la véritable intention des parties, dont l'existence n'est pas nécessairement avérée.

§2. L'interprétation constructive du juge

261. Le juge, dans un esprit de sauvegarde du contrat, plutôt que de prononcer sa nullité, qu'elle soit partielle ou totale, pourra aussi résoudre le litige par une interprétation constructive, telle que l'interprétation par le complètement du contrat (A) ou encore par la technique de la réfaction, comprise comme l'interprétation par la conversion du contrat par réduction (B).

A. Le complètement du contrat

262. Si en règle générale, le principe d'intangibilité n'autorise pas le juge à modifier le contrat, le complètement est l'opération qui permet de mieux appréhender le phénomène des contrats dits incomplets. Lorsque le juge complète le contrat, il ne s'agit pas à ce stade d'en découvrir le sens. Un contrat est incomplet soit, parce que des obligations font défaut soit, parce que les obligations prévues ne sont pas suffisamment précises. Dans le premier cas, le contrat souffre de lacunes ou de carences ; dans le second cas, le contenu du contrat doit être déterminé. « Élément essentiel du contrat »⁸⁰², le consentement des parties relève de la volonté de chacune des parties de parvenir à un accord. Les clauses ainsi créées dès la formation du contrat, vont constituer, dans leur ensemble, la loi des parties définie à l'article 1103 du Code civil⁸⁰³. Elles confèrent au contrat sa force obligatoire. Or, on ne peut ignorer que les clauses contractuelles, indices forts dans détermination de la volonté des parties, potentialisent certaines anomalies comme par exemple les erreurs ou les lacunes qui sont susceptibles de fragiliser le contrat. Il s'agit le plus souvent, d'obligations que la

⁸⁰⁰ Cf. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. I, *ibid*, n° 63, p. 71.

⁸⁰¹ Voir, M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC*, n° 4, p. 1051.

⁸⁰² J. GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, n° 51, p. 37.

⁸⁰³ Art. 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

conclusion d'un contrat impose à l'un des contractants, tels l'obligation de conseil, de renseignement ou encore les obligations de sécurité qui peuvent faire défaut dans l'acte instrumentaire⁸⁰⁴. Le juge va de ce fait opérer un rééquilibrage de l'*instrumentum* par une interprétation dite « créatrice ».

263. Alors que l'interprétation consiste à donner un sens à une chose présente à l'*instrumentum*, la création constitue quant à elle, l'action de faire, d'organiser une chose qui n'y figure pas encore⁸⁰⁵. L'interprétation créatrice⁸⁰⁶ est une technique qui porte sur la détermination du contenu contractuel. Elle a pour but de le modifier en lui adjoignant des éléments complémentaires qui viennent combler des lacunes laissées par les contractants. Le silence des parties incite le juge à compléter le contenu du contrat dans le but de combler les lacunes⁸⁰⁷ de l'acte instrumentaire. En cela, l'interprétation créative ne se fonde pas sur la volonté des parties, ni ne consiste à révéler le sens du contrat tel qu'il a été voulu par les parties. Le juge ne fait que glisser dans le contrat des obligations que les parties n'ont ni prévues ni voulues⁸⁰⁸. On a vu, que parmi les éléments déterminants de l'engagement des parties, essentiels à la validité du contrat et porteurs du sens de celui-ci, les obligations créées dès le contrat formé permettent au juge saisi du litige de prendre connaissance de la spécificité du contrat, de ses caractéristiques, autrement dit tout ce qui permet de le qualifier. Tel que le définissent Jacques Ghestin, Christophe Jamin et Marc Billiau, « la qualification du contrat consiste surtout à individualiser les obligations qu'il fait naître et à rechercher celles qui sont essentielles »⁸⁰⁹. Or, il est des éléments accessoires, qui ne figurent pas à l'*instrumentum*, conséquence d'une erreur ou d'un oubli de la part des contractants, mais qui une fois la qualification du contrat confirmée par le juge, obligent les parties. Il s'agit par exemple des obligations relatives au principe de garantie due à l'acquéreur par le vendeur. Ce dernier doit garantir « la possession paisible de la chose » ou « les défauts cachés de cette chose », ainsi que « les vices rédhibitoires » qui figurent à l'article 1625 du Code civil. On compte aussi, l'obligation de droit qui est faite au vendeur à garantir l'acquéreur, de l'éviction que ce dernier pourrait subir selon les termes de l'article 1126 du Code civil. Ces obligations accessoires, impératives, déduites de la qualification du contrat, celui de vente en l'occurrence, sont « considérées comme tacitement insérées au contrat »⁸¹⁰. L'absence de ces obligations constitue des lacunes qui affectent l'*instrumentum* au détriment de l'une des parties. Le

⁸⁰⁴ Cf. P. DELEBECQUE, F.J.PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 2006, n° 343, p. 179.

⁸⁰⁵ Cf., A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'"interprétation créatrice": l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in Colloque *L'interprétation: une menace pour la sécurité des convention ?*, *op. cit.*, n° 3, p. 166.

⁸⁰⁶ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1059, p. 414.

⁸⁰⁷ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, ibid.*, n° 1098, p. 422.

⁸⁰⁸ Cf., A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'"interprétation créatrice": l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in colloque « L'interprétation: une menace pour la sécurité des convention? », *op. cit.*, n° 4, p. 167.

n° V, n° 4, p. 167

⁸⁰⁹ Cf., GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 74, p. 96.

⁸¹⁰ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1098, p. 422.

juge est en mesure de pallier ces insuffisances par le « forçage »⁸¹¹ du contenu contractuel, ayant en cela le pouvoir de combler les lacunes ou de modifier les éléments défectueux qui fragilisent le lien contractuel. Il évite ainsi de prononcer la nullité du contrat. Ce qu'il nous faut préciser, c'est qu'au-delà des obligations expressément fixées par les parties à l'*instrumentum*, les suites contractuelles que le juge peut donner au contrat, ne peuvent être véritablement considérées comme un pouvoir créateur⁸¹². En revanche, la distinction entre les éléments essentiels et accessoires du contrat conditionne les pouvoirs du juge⁸¹³ qui consolide un contrat imparfait ou lacunaire. Si le juge peut compléter l'offre sur un point considéré comme accessoire, il ne peut, en revanche, substituer sa propre volonté à celle des parties dans la formation du consentement en déterminant les éléments essentiels que les parties auraient omis de préciser. L'érection d'un élément secondaire en élément principal ne contredit pas l'obligation essentielle dès lors que cet élément se présente comme étant déterminant de leur consentement. C'est une situation que le juge appréhende selon deux approches : soit l'accord se présente de manière exprès et que la volonté des parties s'exprime clairement en ce sens, soit de manière implicite, ce qui amène le juge à rechercher l'existence d'éléments subjectivement essentiels à partir de l'interprétation qu'il fera de la volonté des parties⁸¹⁴.

264. Ce n'est qu'après avoir tenté en vain d'éclairer un texte obscur ou ambigu, que ce soit par le contexte, tel que le propose l'article 1190 du Code civil, ou encore par référence à « l'économie du contrat » au regard des obligations principales que le juge, à la recherche de la commune intention, va recourir à l'équité, l'usage ou la loi, critères d'interprétation qui ont été repris à l'article 1194 du Code civil. Afin de replacer le texte dans son contexte, le juge cherche à reconstituer ce qu'on véritablement voulu les parties contractantes, autrement dit, les éléments sur lesquels ces dernières se sont probablement accordées, « il s'inspire de ces standards généraux que sont l'équité ou la bonne foi, pour appliquer sa propre analyse de la justice contractuelle »⁸¹⁵. Autrement dit, on considère en ce cas, que le juge fait acte de création, que ce soit par référence à l'équité (A) ou à la bonne foi des parties (B).

1. Le complètement fondé sur l'équité

265. Dès lors que le juge insère dans un contrat une obligation que les parties n'avaient pas prévue, il ne recherche pas dans ce cas le sens du contrat ; il crée une véritable règle de droit à partir de la qualification du contrat, qu'il applique ensuite au contrat litigieux. Alors que la référence à la loi et aux usages n'est pas considérée comme une interprétation véritablement créative⁸¹⁶, la référence à l'équité place en revanche le juge

⁸¹¹ Voir à ce sujet, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, ibid.*, n° 1104, p. 423. Le pouvoir de créer des obligations par le forçage du contrat, remonte à l'année 1911, lors de la découverte de l'obligation de sécurité, introduite par la jurisprudence dans le contrat de transport de personnes.

⁸¹² En référence à la loi relativement aux éléments accessoires cités en exemple ou les usages dès lors qu'ils existent,

⁸¹³ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, op. cit.*, n° 328, p. 207.

⁸¹⁴ Voir, A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, ibid.*, p. 257 et s.

⁸¹⁵ Cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, ibid.*, n° 1102, p. 422.

⁸¹⁶ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1100 à 1102, p. 422

dans un rôle constructif. Le juge intervient pour compléter le contrat en y ajoutant des clauses auxquelles les parties n'avaient pas pensé ou qu'elles n'avaient pas voulu intégrer à l'acte instrumentaire. L'« interprétation » complétive découle d'une opération intellectuelle qui n'est pas une opération d'interprétation au sens strict du terme. Elle ne peut s'identifier à l'interprétation explicative, car il ne s'agit pas pour le juge de clarifier une ambiguïté qui figure dans le texte. Le but est d'ajouter une ou plusieurs obligations, que les parties n'ont pas associées aux engagements prévus au contrat, afin de faire supporter au débiteur des éléments que le droit exige qu'il prenne en charge⁸¹⁷. En cela, le juge peut également modifier l'étendue des réparations à effectuer en vertu d'une clause du bail, avoir le pouvoir de diminuer le montant d'une indemnité d'immobilisation en cas de renonciation anticipée du bénéficiaire de la promesse ou encore tenir pour inefficaces les clauses limitant la responsabilité en cas de faute lourde. L'objectif étant la préservation du contrat, seuls les effets illicites de la clause doivent disparaître sans que celle-ci soit annulée ou modifiée.

266. La volonté des parties peut ne pas être décelable, ce qui oblige le juge à retrouver le sens du contrat par une interprétation objective en se référant à un certain nombre d'éléments extérieurs à la volonté des parties. Autrement dit, dès lors que la recherche de la volonté des parties s'avère infructueuse, le juge peut interpréter le contrat par l'application des articles 1104 et 1194 du Code civil, l'un étant fondé sur la bonne foi, l'autre sur l'équité, l'usage et la loi. Or, c'est sur l'équité que le juge peut se fonder pour combler les lacunes, en y ajoutant des clauses. L'interprétation complétive constitue ainsi une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat. Ce fondement n'est pas totalement libre, car la Cour de cassation a souvent rappelé que les parties ne pouvaient pas être exonérées d'un engagement, non équivoque, auquel elles auraient librement consenti. C'est pourquoi, l'interprétation complétive du juge sur le fondement de l'équité ne s'admet que lorsque les termes de la convention sont lacunaires. En ce cas, le pouvoir de créer des obligations est pour le juge animé par un rôle de protection à l'égard d'une partie et qui se traduit pour le débiteur de la prestation en une obligation de sécurité dans la sauvegarde du contrat et de la préservation de l'économie du contrat. Or, c'est sous le couvert de la volonté présumée ou supposée des contractants que le juge entreprend le forçage du contrat⁸¹⁸, une pratique qui ne trompe personne⁸¹⁹. Bien que « la rencontre de deux volontés sur les éléments essentiels du contrat suffit à sa pleine efficacité »⁸²⁰, il est à souligner que l'accord des volontés, indispensable à la formation du contrat, ne pourra se réaliser que si le consentement de chaque parties s'est extériorisé.

267. Selon l'article 1194 du Code civil, l'équité fait partie des suites, généralement implicites, que les contrats obligent à ce qui est exprimé par les parties. L'équité est en cela « plus qu'un rappel à la bonne foi »⁸²¹. Le contrat doit être conforme à la justice contractuelle, au sens d'équilibre contractuel. Se fonder sur l'équité donne au juge la

⁸¹⁷ Cf., G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 81, p. 34, note 54.

⁸¹⁸ Cf., Cass. Civ., 2^e 16 déc. 2010, n°09-71575. *RDC*, 01 juillet 2011, n°3, p. 916, obs., C. Pelletier.

⁸¹⁹ Cf., L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », p. 72.

⁸²⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations, Les sources des obligations*, I, t. II, Paris, 1923, n° 585, p. 238 et *RTD civ*, 1913, p. 809.

⁸²¹ Cf., Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *ibid.*, n° 1059, p. 414.

possibilité de faire produire au contrat des effets qui lui paraissent justes⁸²². La loi, la jurisprudence, la doctrine ou les contrats, données positives du droit, vont guider le juge dans sa recherche de la solution la plus juste. Ce dernier dispose dans cette recherche, d'une large part d'appréciation. La jurisprudence, elle-même génératrice de règles de portée générale laisse encore plus de marge d'appréciation que la loi, ainsi que la contribution des règles particulières applicables nées des contrats.

268. L'article 1190 du Code civil énonce que : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé », ce qui signifie que dans l'hypothèse où deux interprétations sont possibles, l'interprète privilégiera celle qui est la plus favorable au débiteur. L'article 1190 du Code civil marque ainsi l'équivalence de traitement de ces deux contrats dont les définitions figurent à l'article 1110 du Code civil : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Plus précisément, le problème porte sur la différence qui est faite entre le professionnel et le consommateur⁸²³, les parties ne contractant pas sur le même pied d'égalité quant à la maîtrise de l'opération en jeu. En cela, il est difficile de rechercher la commune intention. Or, il est précisé à l'alinéa premier de l'article 1171 du Code civil que: « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix de la prestation ». Dans ces conditions, dès lors qu'il s'agit de préserver le contrat en éradiquant les clauses litigieuses, le juge après avoir corrigé le déséquilibre contractuel, sera en mesure de recomposer la commune intention des parties. Sans les nommer, le législateur a généralisé un dispositif de lutte contre les clauses abusives. Le contrat d'adhésion terrain d'élection de ce type de clause, nous ramène à l'interprétation des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le Code de la consommation à travers l'alinéa 2 de l'article L. 211-1, adopte une position identique au sens où « elles [les clauses] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur [...] ».

269. Ainsi, pour restituer à l'aide d'une interprétation constructive, l'équilibre, la cohérence, l'utilité du contrat au regard de sa qualification, l'intervention du juge va consister à apporter une solution au litige par l'interprétation de la loi. En cela, « l'interprétation de la loi est une interprétation dynamique, le juge, dans un système de droit légal comme le nôtre, devant fonder, autant que possible, ses solutions sur un texte auquel il fera dire ce qu'il estime qu'il doit dire au moment où il statue »⁸²⁴. Sont concernées les clauses contractuelles qui ont pour effet de constituer un lien juridique, mais plus encore et surtout, celles qui comportent les obligations qui sont essentielles à la réalisation de l'opération voulue par les parties. Ce n'est pas par la recherche du sens du contrat, mais à partir de la qualification que le juge va pouvoir appliquer au contrat

⁸²² Voir, J. GHESTIN, *RTD civ*, 2002,

⁸²³ Voir, R. LOIR, « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *La semaine juridique- entreprise et affaires*, n° 27-28-7 juillet 2016, p. 29.

⁸²⁴ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le Contrat, Ire partie, Conditions de formation, op. cit.*, n° 141, p. 122.

défectueux une véritable règle de droit⁸²⁵ comme par exemple, l'obligation de sécurité dans le contrat de transport⁸²⁶ ou encore l'obligation d'information dans un contrat de vente de matériel complexe, ou autres prestations relevant d'un niveau technique difficile d'accès au contractant profane, comme le devoir de conseil du notaire. En d'autres termes, l'interprétation créatrice comble le silence du contrat par des éléments objectifs et crée en ce sens des obligations. L'autorisation de modifier le contrat ou de tempérer la rigueur de ses termes⁸²⁷ consiste à « confier au juge la mission de faire régner la justice dans le contrat »⁸²⁸. D'une part, confronté à un contenu contractuel lacunaire et afin de compléter le contenu du contrat, le juge en se fondant sur l'équité, l'usage ou la loi va, par la technique de forçage du contrat, créer des obligations qui ne sont pas nouvelles, mais dont l'objet correspond à des prestations tacitement attachées à la nature de celles-ci. Il s'agit là d'un pouvoir créateur par l'interprétation complétive du contenu contractuel.

2. Le complètement du contrat et la bonne foi contractuelle

270. Principe général de juste équilibre, la bonne foi s'entend d'une part, d'un devoir de loyauté imposé aux parties d'autre part, d'un véritable devoir de coopération. C'est à la fois, un impératif de transparence telle l'obligation précontractuelle d'information destinée à pallier l'inégalité dans le rapport de force entre les contractants, et un devoir de mesure dans l'exécution du contrat à travers l'exercice des pouvoirs que l'une des parties aura pu s'octroyer. Pour exemple, une clause résolutoire insérée dans le contrat par la partie la plus forte lui permettant l'anéantissement de plein droit du contrat en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur. Le principe de juste mesure s'oppose à ce que soit invoquée une telle clause en présence d'une inexécution seulement partielle par son débiteur.
271. Selon le principe du consensualisme, l'intention doit l'emporter sur la formule. En cela, l'article 1188 du Code civil invite le juge à privilégier l'intention sur la lettre, celui-ci devant rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, qu'elle a été la pensée véritable, intime qui a réuni les contractants. D'après l'article 1194 du Code civil « Si l'on applique au contrat les usages [du Code civil] c'est dans la mesure où il apparaît que les parties s'y sont tacitement référées et si les termes dont s'est servi le rédacteur de l'acte peuvent être pris en considération, c'est comme élément d'appréciation, parmi d'autres, pour découvrir la volonté réelle qui les a animés »⁸²⁹. Le professeur Carbonnier ajoute, « qu'il n'y a pas lieu d'attacher à ces termes une valeur sacramentelle, ni de les interpréter a priori restrictivement, sous prétexte que tout contrat est une exception, toute obligation un empiétement sur la liberté naturelle. C'est selon l'esprit de bonne foi, et non pas à la lettre, en droit strict, qu'il faut

⁸²⁵ Cf., A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L'interprétation créatrice? : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in Colloque *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, p. 145, spéc. n° 7, p. 168.

⁸²⁶ L'obligation de sécurité a été introduite par la jurisprudence dans le contrat de transport de personnes en 1911: Civ. 21 nov. 1911, *DP*, 1913. 1. 249.

⁸²⁷ Voir, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat-Variations optimistes sur un couple illégitime », *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 3, p. 236.

⁸²⁸ Cf., D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat-Variations optimistes sur un couple illégitime », *op. cit.* n° 5, p. 238.

⁸²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22^e éd. refondue, Paris, PUF, 2000, n° 142, p. 278.

appliquer les conventions », c'est là que réside toute la difficulté de l'interprétation. Bien que le pouvoir des juridictions inférieures sur le manquement à la bonne foi c'est accru, encore faut-il que le contenu du contrat respecte les principes d'utilité et de justice. Se pose alors le problème du fondement de cette intervention. Le premier de ces fondements repose, selon la doctrine, sur l'article 1104 du code civil qui énonce : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », un fondement qui était, jusqu'à lors, exclusivement utilisé par les tribunaux pour interpréter les clauses ambiguës. Le second de ces fondements repose sur l'article 1194 du Code civil lequel dispose que « Les contrats obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Par les termes de l'article 1194 du Code civil, le législateur donne au juge la possibilité de ce que Jossierand nomme « le forçage du contrat »⁸³⁰, qui consiste pour le juge à compléter le contenu contractuel en fonction des lacunes observées, concernant les obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé et qu'elle n'aurait même pas nécessairement prévues si elles y avaient songé. L'apport judiciaire étant considéré d'ordre public en fonction du type de contrat considéré⁸³¹. En cela, la force obligatoire du contrat ne relève pas que de la volonté des parties. D'une part, le contrat ne peut tirer sa force que d'une norme qui lui est supérieure d'autre part, les volontés individuelles ne sont pas figées dans le temps. Notion juridique, le contrat se caractérise par la force obligatoire qui en découle. Le lien contractuel impose la soumission du débiteur et du créancier aux normes contractuelles.⁸³² Le principe de la force obligatoire du contrat émane en cela des termes énoncés à l'article 1103 du Code civil, tout comme il existait au sein de l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil qui portait en lui le principe de la force obligatoire. À l'identique, l'article 1103 du Code civil est un acte créateur de normes, même si celles-ci sont situées en bas de la hiérarchie. Il s'agit d'une norme juridique qui produit des effets de droit non obligationnels, qui s'impose aux parties comme s'imposerait une norme légale, ce qui justifie l'un des principes directeurs du contrat qui est l'intangibilité.

B. Le pouvoir de refaire le contrat

272. On parle de conversion par réduction lorsqu'un acte nul, qui remplit cependant les conditions requises pour un nouvel acte, est reconnu valable dès lors que le vice à l'origine de la nullité a disparu ; les contractants par exemple n'étant plus dans la situation générant une interdiction⁸³³. L'acte nouveau est ainsi édifié avec les éléments retenus du contrat initial, mais revêtant une qualification nouvelle. On est en revanche en présence d'un nouveau contrat qui ne peut prendre effet qu'au jour de sa conclusion. Il s'agit en ce cas d'une opération de réfection du contrat, qui n'a d'effet que pour l'avenir.

273. En l'absence de disposition législative, la question prend tout particulièrement une autre tournure, lorsque l'exécution du contrat s'échelonne dans le temps et que la transformation du contexte économique, politique, sociale ou monétaire rompt l'équilibre initial des prestations. Le juge peut-il revenir sur une clause contractuelle de

⁸³⁰ *Supra*, n° 273, p. 278 ; Voir, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1298, p. 479

⁸³¹ Cf. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral, ibid.*, p. 471.

⁸³² Cf., A-S LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat, op. cit.*, n° 520, p. 298.

⁸³³ Cf., A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., *op. cit.*, n° 213, p. 184.

sa propre volonté, sans risquer de s'exposer aux conséquences du contrôle de la Cour de cassation. Par ailleurs, si la nature des obligations principales conditionne la nature juridique du contrat, il nous ait démontré⁸³⁴ que par la technique de la conversion par réduction des actes juridiques, l'absence d'une obligation principale, nécessaire à une qualification déterminée, n'entraîne pas obligatoirement sa nullité. Le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner à travers les notions de justice et d'utilité. Chacune des parties doit recevoir l'équivalent de ce qu'il donne. Or, les excès de l'individualisme et du volontarisme ont contribué aux déséquilibres contractuels. Les parties, libres d'aménager le contenu du contrat ne se trouvent pas dans un rapport égalitaire. C'est pourquoi, la liberté contractuelle tout en respectant certaines réserves légales peut contribuer, lorsqu'elle est mal comprise, à l'apparition d'effets pervers qui provoquent un déséquilibre préjudiciable entre les parties. Le droit positif a fait en sorte que la liberté contractuelle soit dès lors limitée. En cela, l'article 1171 du Code civil⁸³⁵ témoigne que la sanction des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, relève désormais du droit commun du contrat.

274. Dans l'hypothèse où les parties ont conclu un contrat et qu'une condition essentielle à sa validation fait défaut, il y a de fortes chances que ce contrat soit invalidé ne pouvant en principe exister. Or, le juge peut considérer, malgré tout, que le contrat peut produire des effets et que les rapports contractuels entre les parties peuvent être maintenus, dès lors qu'il est possible de lui donner une qualification autre que celle envisagée, à l'origine, par les cocontractants. Cette opération qui consiste en une disqualification, terme préféré par Christian. Larroumet⁸³⁶ à celui de conversion par réduction⁸³⁷, permet ainsi au contrat d'échapper à la nullité totale. Cette opération doit être réalisée dans le respect de la volonté des parties se conformant en cela à l'article 1103 du Code civil ; il est en effet difficile d'admettre qu'une qualification imposée par le juge, pourrait aller à l'encontre du consentement mutuel des cocontractants, sans que cela puisse apparaître comme une dénaturation susceptible d'être sanctionnée par la Cour de cassation. Or, c'est bien le cas en ce qui concerne la conversion par réduction. Alors que l'élément subjectif devrait constituer un obstacle à la disqualification, la volonté du juge se substitue à la volonté des parties ; une position qui serait toutefois admissible que dans le but de préserver le contrat exposé à la nullité. Il s'agit d'une disqualification destinée à valider le contrat en lui substituant une autre cause. Alors que le contrat était exposé à une nullité totale dans une qualification déterminée, il sera valable s'il est disqualifié pour être sauvegardé par le recours à une nouvelle qualification qui s'avère conforme⁸³⁸. Il faut cependant souligner que la disqualification ne doit pas être contraire aux volontés des parties qui dans ce cas, entraînerait une annulation pure et simple du contrat. L'opération de conversion par réduction se distingue d'une requalification qui s'effectue à la suite d'une constatation de l'absence d'obligation réciproque.

⁸³⁴ J. GHESTIN, C. JAMIN, Y. LEQUETTE, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 76, p. 97.

⁸³⁵ Art. 1171 du Code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix de la prestation ».

⁸³⁶ Voir, C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, op. cit., n° 575, p. 589.

⁸³⁷ Nous emploierons les deux termes indistinctement.

⁸³⁸ Cass.. Com., 12 octobre 1993, *R.J.D.A.*, 1994, n°51.

275. Bien qu'une obligation principale soit un élément déterminant de la qualification du contrat, son absence au sens où il n'existe pas de correspondance entre la cause exprimée par les cocontractants et la qualification réelle du contrat, peut-elle justifier la nullité du contrat pour absence de contrepartie ? Dans cette hypothèse, si le juge constate la nullité de la qualification voulue, c'est-à-dire que celui-ci conteste l'intitulé, mais que n'apparaît pas dans l'*instrumentum* une inadéquation absolue entre les qualifications possibles et la cause, élément catégorique de l'engagement des parties, le juge ne prononcera pas la nullité du contrat et recherchera, dès lors, une qualification permettant à l'accord des volontés de produire des effets. Le juge procède ainsi à une requalification. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1985, illustre bien la possibilité pour le juge d'éviter l'annulation d'un contrat pour fausse cause en substituant, à la qualification retenue par les parties, son exacte qualification⁸³⁹. Seule la détermination du but effectivement recherché par les parties permet ou non d'opérer cette conversion par réduction. La conversion par réduction réalisée au moyen de la qualification met ainsi l'accent sur la finalité économique du contrat⁸⁴⁰.

⁸³⁹ *Bull. Civ.*, V. n° 138, p. 100.

⁸⁴⁰ Voir, J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 83 p. 102 et s.

CHAPITRE SECOND

LE JUGE FACE À LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

276. Il n'est pas vain de préciser à nouveau, que clarté et précision sont les maîtres-mots qui engagent le juge à ne pas s'immiscer dans un contrat objet d'un désaccord entre les parties. En cela, contrairement à un contrat verbal, la clarté ne peut être appréhendée qu'au travers d'un acte écrit. Autrement dit, comparé à une volonté exprimée oralement, « le formalisme permet d'exprimer de façon plus précise et avec moins de maladresse le contenu du contrat »⁸⁴¹. Il est vrai, qu'un texte clair, à travers l'univocité du sens des clauses du contrat, prévient les parties contre le risque d'une interprétation hasardeuse de leur volonté commune⁸⁴². En revanche, l'idée qu'un texte clair ne doit pas être interprété, est-il un moyen de dissimuler un pouvoir d'interprétation comme le pensent un certain nombre d'auteurs ? Il faut admettre que sans pour autant interpréter le contrat, le juge peut saisir malgré tout la commune intention des parties. Suffirait-il alors d'affirmer qu'un texte est clair pour qu'il ne soit pas interprété ? Or, pour pouvoir affirmer qu'un texte présente des lacunes ou des antinomies qui rendent nécessaire l'interprétation, il faut d'abord l'avoir interprété. Par ailleurs, si les volontés individuelles ne se sont pas rencontrées, la commune intention est alors inexistante. En présence d'une lacune relative à un élément que les parties ont délibérément ou involontairement occulté, le problème de la recherche du sens voulu par les parties est aussi, pour le juge, une tentative stérile. Comme prolongement à ces truismes, il nous faut ajouter que le juge dispose d'un pouvoir de qualification conformément à l'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile⁸⁴³. Les juges du fond peuvent ainsi imposer une qualification qui leur semble le mieux correspondre à l'opération projetée. Cette action, qui a pour conséquence de voir une interprétation du contrat qui relève de la qualification choisie par le juge, constitue une atteinte à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat.

277. Dès lors qu'il s'agit d'interpréter un contrat litigieux, l'article 1188 alinéa premier du Code civil, qui s'est substitué à l'article 1156 ancien, rappelle, nous l'avons vu, que l'esprit du contrat doit prévaloir sur la lettre. « Ce qui a été dit importe peu, seul compte ce qui a été voulu »⁸⁴⁴. C'est considérer que la volonté apparente, volonté déclarée n'est pas suffisante pour donner à l'interprétation du contrat toute son efficacité, ainsi le juge ne pourrait « se confiner dans une lecture desséchante de la

⁸⁴¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993, n° 378, p. 340.

⁸⁴² Cf. G. CHANTEPIE, « Théorie du contrat », *RDC*, 2012, p. 990.

⁸⁴³ « Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

⁸⁴⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 11^e éd., Paris, A. Colin, coll. « U », 2004, n° 395, p. 305.

lettre du contrat »⁸⁴⁵. Par ailleurs, l'ordonnance du 10 février 2016 a pourvu l'article précité d'un deuxième alinéa, inspiré des Principes de Droit Européen des Contrats (PDEC) et du Projet de Cadre Commun de Référence (DCFR), qui énoncent qu'à défaut de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprétera « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Cet alinéa invite le juge à recourir à une méthode objective d'interprétation, mais qui selon Gaël Chantepie et Mathias Latina, pose une difficulté d'interprétation⁸⁴⁶ : « comment doit-on exploiter " le standard de la personne raisonnable ?" qui est censée être placée dans la même situation ». Ce qui est recherché, c'est l'interprétation qui aurait été donnée au contrat par des contractants raisonnables, sinon celle introuvable, souhaitée par les contractants eux-mêmes⁸⁴⁷. Peut-être aurait-il fallu, tel que le précisent les auteurs, définir la qualité des interprètes, personnes « dites raisonnables », susceptibles de donner le sens du contrat⁸⁴⁸. Celles-ci ne se trouvent pas à l'évidence dans une situation identique, dès lors que l'on s'adresse au juge, au débiteur, au créancier ou à tout autre contractant. En tout état de cause, pour aboutir à la qualification du contrat, afin de valider le régime juridique applicable sur la ou les clauses litigieuses, il appartient au juge du fond de déterminer la volonté commune des parties (Section 1), tout en respectant la règle prévue à l'article 1192 Code civil qui prévient l'interprétation d'un acte clair et précis à peine de dénaturation (Section 2).

SECTION 1. LA DÉTERMINATION DE LA VOLONTÉ COMMUNE DES PARTIES

278. Dès lors que l'on s'interroge sur la volonté des parties, vient aussitôt à l'esprit le principe de l'autonomie de la volonté. Pourtant, reconnaître que les parties expriment une volonté, désirent quelque chose, que leur contrat nécessite l'accord de leur volontés, n'implique pas que cette volonté est souveraine⁸⁴⁹. Par ailleurs, reconnaître que les parties veulent quelque chose, qu'elles attendent du contrat un résultat, n'implique pas non plus que tous les effets qui en résulteront, directement ou indirectement, doivent être spécifiquement consentis. Il est des effets imposés par la loi ou par le juge, sur lesquels elles n'auront pas toujours de prise. La réalité de la convergence du contenu des stipulations réciproquement projetées par les parties suppose la volonté de celles-ci de consentir à une relation contractuelle génératrice d'effets juridiques. C'est là, le résultat d'une offre et de l'acceptation de l'offre, qui va donner au contrat sa force obligatoire. Nous avons vu que la recherche de la commune intention des parties est la méthode d'interprétation préconisée à l'alinéa premier de l'article 1188 du Code civil. Dès lors que le juge interprète le contrat, il doit essentiellement s'attacher à rechercher ce qu'ont voulu les parties et plus particulièrement ce qu'elles ont voulu dans une intention commune. Il faut toutefois prendre en compte que si le juge intervient sur le contrat, cela suppose un désaccord des parties sur un ou plusieurs éléments et plus globalement sur le sens qui lui ait donné. Trouver un sens au contrat, en l'absence de commune intention des parties,

⁸⁴⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *l'avenir du droit*, Paris, Dalloz-PUF & Ed. du Juris-classeur, 1999, n° 14, p. 617.

⁸⁴⁶ Cf., G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 503, p. 422.

⁸⁴⁷ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *ibid.*

⁸⁴⁸ Cf., G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *ibid.*

⁸⁴⁹ Voir, A-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, op. cit., p. 16.

revient pour le juge à rechercher entre autre, sur quel élément déterminant de l'accord d'une partie, il peut fonder son interprétation⁸⁵⁰, ce que celle-ci a voulu individuellement. Cependant, la rencontre des volontés relève de ce que les parties ont voulu ensemble, et non pas ce que l'une d'elles a voulu et qui n'a pas été accepté par l'autre⁸⁵¹. On peut dès lors douter de la rencontre réelle des volontés sur les éléments du contrat qui se sont avérés litigieux. Bien que dans ces conditions, l'opération soit malaisée, il est fondamental pour le juge, de rechercher ce qui représente malgré tout l'essentiel du contrat qui a déterminé les parties à contracter.

279. Le contenu du contrat recèle cette volonté supposée commune des parties, à laquelle le juge se trouve confronté dès lors qu'il interprète un contrat litigieux. Ainsi, dans la rédaction de l'acte instrumentaire, il n'est pas rare que l'expression de la volonté déclarée des parties laisse apparaître des erreurs, des incohérences, des lacunes, des abus, privant les termes du contrat de la précision et de la clarté attendue. Ces anomalies sont autant de points potentiellement contestables susceptibles de provoquer un litige en cours d'exécution du contrat. Suspectées d'obscurité, d'ambiguïté ou encore de contradiction, ces clauses, sources de désaccord, mettent à mal la commune intention des parties. Or, on ne peut nier qu'il est difficilement concevable que les parties, lors de l'aménagement du contrat, puissent exprimer leur volonté de manière claire et précise, et particulièrement lorsque que le contrat porte sur une longue période. Il est pratiquement impossible, pour elles, de prévoir à l'avance le nombre et la nature des aléas qui viendront altérer l'équilibre du contrat sur lequel elles se sont, en principe, accordées de bonne foi. En revanche, le manquement à la bonne foi avéré qui pèse sur l'équilibre du contrat par l'attitude déloyale d'un contractant sera sanctionné par la loi sur le fondement de l'article 1104 de Code civil. Ainsi, une clause abusive dans un contrat de consommation créant au détriment du consommateur un déséquilibre important entre les droits et obligations découlant du contrat, telle que peut l'être une clause d'exclusion de garantie dans les contrats d'assurance, fera l'objet d'une annulation ou plus exactement sera considérée comme non écrite. L'équilibre contractuel repose ainsi sur la contrepartie convenue qui est le motif déterminant de l'accord des parties. Or, c'est précisément sur le déséquilibre contractuel que porte l'intervention du juge, dès lors qu'il s'avère être un déséquilibre significatif qui influe sur un élément prépondérant de la qualification, et qui représente la contrepartie convenue (§1). Par ailleurs, confronté à une commune intention indécélable, le juge a la possibilité d'agir sur les clauses contractuelles défectueuses en se fondant sur l'équité, l'usage ou la loi (§2).

§1. La contrepartie, élément déterminant dans les opérations d'interprétation et de qualification

280. On a vu selon une première hypothèse que le litige pouvait porter sur un contrat dont les termes sont rédigés de manière claire et précise, mais qui fait l'objet d'un désaccord entre les parties, dû à l'émergence d'une modification extrinsèque, conséquence imprévisible du contexte socio-économique et politique, venue modifier l'équilibre contractuel. Dans une seconde hypothèse, il a été précisé que ce pouvait être une clause contractuelle abusive qui désavantagerait un des contractants au profit de

⁸⁵⁰ Cf., A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, *op.cit.*, n° 435, 436.

⁸⁵¹ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, Conditions de formation*, *op.cit.*, n° 141, p. 122.

l'autre, créant elle aussi un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations de chacun. Ce qui importe au juge, après avoir interprété les éléments de fait, c'est de s'assurer d'une part, de la qualification du contrat traduisant le régime juridique applicable, mais surtout d'identifier les parties au contrat. La qualité des parties est en effet déterminante dans la décision du juge, sachant que celui-ci est tenu à la protection du plus faible notamment dans les contrats d'adhésion où l'un des contractants occupe une position dominante, et plus particulièrement dans les contrats consuméristes où le consommateur profane est confronté à un professionnel. La qualité des parties est en cela un critère d'interprétation qui influe sur le contenu du contrat, au sens où la partie la plus forte impose sa volonté à celle qui est la plus faible, sans que cette dernière puisse faire valoir ses exigences. On touche en ce cas à la notion d'équilibre du contrat, relativement à la contrepartie attendue, ces éléments ayant une incidence sur l'économie du contrat⁸⁵².

281. Alors que l'ordonnance du 10 février 2016 a écarté du Code civil la notion de cause, on ne peut toutefois brutalement désapprendre à ce jour, la notion, qui demeure encore, sans qu'elle soit citée, un outil utilisé par le juge dans les opérations d'interprétation et de qualification. Si la notion d'objet et de cause ont disparu du Code civil⁸⁵³, elles ont été fondues dans une notion plus large de « contenu »⁸⁵⁴. Certes, le mot cause a disparu, mais cela ne veut pas dire qu'elle n'existe plus, tout au moins de manière sous-jacente. En ce sens, il est peu vraisemblable que le droit des contrats abandonne aussi facilement la notion de cause⁸⁵⁵, d'autant que le contrôle de la licéité de la cause du contrat, c'est-à-dire de son but, a été maintenu à l'article 1162 du Code civil. Il doit être compris comme celui de l'existence d'une « contrepartie convenue », définition moderne de la cause de l'obligation, dans les contrats à titre onéreux. Quant à l'article 1169 du Code civil, qui garantit l'intérêt des parties au contrat au sens de l'équilibre contractuel et de la sécurité juridique, il abrite encore sans la nommer la notion de cause : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Si la contrepartie est illusoire ou dérisoire, le juge prononcera la nullité du contrat, ce qui rappelle ce qu'était, avant la réforme, le contrôle de la réalité de la cause de l'obligation⁸⁵⁶.

282. Le juge ayant le souci constant de rechercher la commune intention des parties au travers des circonstances de la cause, celle-ci peut-elle être un élément déterminant de la qualification du contrat ? Il n'existe plus de définition fonctionnelle de la cause telle qu'elle était admise à l'article 1108 du Code civil, tant pour le contrôle de la licéité dans tous les contrats, que pour ce qui était du contrôle de son existence. En cela, la fausse qualification d'un contrat qui pouvait être rectifiée par le juge à partir d'une interprétation fondée sur la commune intention des parties a elle aussi disparue. Or, la fausse qualification existe toujours dans la pratique. Les parties, pour écarter

⁸⁵² Cf., J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, chron. p. 382 et s.

⁸⁵³ Voir, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 283, p. 232.

⁸⁵⁴ Art. 1128 al. 3 du Code civil : « Un contenu licite et certain ».

⁸⁵⁵ Voir, D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et part.*, 2014, p. 38.

⁸⁵⁶ Cf., G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 432, p. 355 et s.

l'application de règles trop contraignantes, notamment lorsque le contrat est soumis à des règles d'ordre public auxquelles elles veulent échapper, vont attacher leur accord à un contrat voisin.⁸⁵⁷ Une nouvelle qualification du contrat fera apparaître sa cause réelle telle que par exemple, une donation requalifiée de vente. La qualification inexacte peut aussi exercer une influence majeure sur la validité même du contrat selon l'article 1128 du Code civil. Lorsque le juge recherche les raisons, autrement dit les mobiles, qui ont incité les parties à contracter, la cause objective rend compte du but concrètement poursuivi par ces dernières⁸⁵⁸. Par ailleurs, dans un contrat synallagmatique commutatif, le défaut d'objet de l'une des obligations consentie par l'un des cocontractants est généralement considéré comme une absence de contrepartie, au sens de l'engagement de l'autre partie⁸⁵⁹. Autrement dit, à défaut de l'objet⁸⁶⁰ qui constitue dans une transaction la contrepartie du paiement du prix, le débiteur se verra dispensé de l'engagement de s'acquitter du paiement de la somme convenue, son engagement n'ayant plus de raison de contracter ; une situation que l'on trouve par exemple dans l'arrêt dit de « la création d'un vidéo-club »⁸⁶¹ : « Ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de la location des cassettes (...) ». Instrument de justice contractuelle, la contrepartie devient synonyme de justice commutative ; critère d'équilibre, du juste et de l'utile, elle participe à la détermination de la volonté réelle des cocontractants de poursuivre à travers leur accord la finalité globale du contrat⁸⁶².

283. Sur le contrôle de la cause, qui s'effectue de façon autonome, le juge ne s'arrête pas au consentement des parties. Il s'agit d'un contrôle objectif de la légitimité du contrat, ce qui le dispense, à ce stade, d'une analyse de la valeur de l'accord de volonté des parties. Comme le précise dans sa thèse, le professeur Georges Rouhette, la cause est « supérieure, comme elle est extérieure, au consentement. Donnée objective, elle n'est pas le motif de la volonté de s'obliger, mais justificative de la reconnaissance, par le droit, de l'obligation : par là même elle est négation, et non limite du consensualisme »⁸⁶³. Ainsi, le contrôle de la contrepartie s'effectue contre la volonté des parties consentantes (A) ce qui permet au juge de considérer le déséquilibre contractuel qui a généré le conflit (B).

⁸⁵⁷ Cf., J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., n° 115 et s.

⁸⁵⁸ Voir, J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *ibid.*, n° 1050, p. 669.

⁸⁵⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. II, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 66, p. 55.

⁸⁶⁰ Le constat par le juge de l'existence de l'objet de la prestation, au sens de la chose, ne suffit pas à conclure que le contrat présente un contenu licite et certain⁸⁶⁰ dans lequel figure l'objet « qui forme la matière de l'engagement »⁸⁶⁰ ; faut-il encore que le juge puisse s'assurer que l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation promise, soit réalisable, au sens où elle peut être parfaitement exécutée.

⁸⁶¹ Cass. Com., 3 juillet 1996, art 36381, n° 102, obs. P. Delebecque.

⁸⁶² Cf., A.S. LUCAS-PUGET, op. cit., n° 25, p. 18.

⁸⁶³ Voir. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 479.

A. Le contrôle de la contrepartie contre la volonté des parties

284. Dès lors qu'à la conclusion du contrat chacune des parties étaient consciente de l'engagement qu'elle prenait⁸⁶⁴, reste à savoir, si l'utilisation de cette pratique par le juge doit être prise comme étant une méthode infaillible ou tout au contraire, si l'intrusion du juge dans le contrat présente un risque de dérive, mettant en péril la sécurité du contrat. Ainsi, la cause ou plus justement la contrepartie, instrument de contrôle objectif, reste pour le juge un dispositif de contrôle de l'utilité du contrat, même si celui-ci laisse croire en apparence qu'il officie, par un contrôle subjectif, sur l'économie du contrat ou plus encore sur la commune intention des parties⁸⁶⁵. En effet, dans la pratique, les juges se fondent sur la cause pour juger, indépendamment de la volonté des parties, de la pertinence de l'opération économique projetée et de s'arroger, en cela, le pouvoir d'invalider les contrats ou les clauses qui leur paraissent ne pas correspondre globalement aux intérêts de l'opération contractuelle considérée. Cette intervention par une analyse objective du contrat sur le bien-fondé économique de l'opération souhaitée trouve pourtant une explication. Thomas Génicon dans un article sur la théorie de la cause⁸⁶⁶, nous donne un éclairage sur l'intrusion du juge dans le contrat. Les magistrats utilisent la cause comme un « filtre de sélection » qui leur permet de contrôler, plus particulièrement, les types de contrats ou de clauses émergents⁸⁶⁷ qui sont des actes sensibles sur le plan social et sociétal mais aussi, indéfinissables sur le plan juridique puisque non encore réglementés par la loi, tels que le sont les contrats spéciaux. La cause serait un instrument d'interprétation de ces contrats spéciaux « en voie de nomination ».

285. L'ambiguïté des clauses contractuelles est la principale cause de l'interprétation des contrats. En présence d'une clause ambiguë, il est vraisemblable que chacune des parties lui ait donné un sens qui lui est le plus favorable. On a vu que le Code civil, pour lever les ambiguïtés, mettait à la disposition du juge trois articles. L'article 1191 qui dispose : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun ». L'article 1189 du Code civil : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci ». Quant à l'article 1190 du Code civil, il énonce que : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ». Il s'agit, pour la jurisprudence, de conclure que les clauses qui s'avèrent ambiguës ou qui sont illisibles doivent être interprétées au détriment de leur rédacteur⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23376, *D.* 2013 p. 686, note D. Mazeaud.

⁸⁶⁵ Cf., T. GENICON, « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RTD civ*, oct. 2013, n° 4, p. 1321.

⁸⁶⁶ Cf., T. GENICON, *item*.

⁸⁶⁷ « Contrat de management », clause de « golden parachute », contrat de « coopération commerciale »...

⁸⁶⁸ Voir, M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *Recueil Dalloz*. 2006, *Chron.* 2848

286. Alors que l'article 1103 du Code civil édicte la règle impérative d'intangibilité qui prévaut dans un contrat légalement formé conformément à l'article 1128 du Code civil⁸⁶⁹, l'article 1188 du Code civil, quant à lui, n'énonce qu'une règle supplétive que devrait appliquer l'interprète, en l'occurrence le juge, lorsqu'il officie sur un contrat litigieux. Les règles spécifiques émanant de ces articles, constituent la problématique de la conception classique de l'interprétation du contrat basée, pendant deux siècles, sur le principe instauré de l'autonomie de la volonté⁸⁷⁰. Cette théorie de philosophie juridique, cadrerait bien avec le libéralisme économique de l'époque, principe selon lequel l'autorité politique ne pouvait s'immiscer dans les échanges économiques considérés comme étant l'œuvre des volontés individuelles : « L'homme étant un être libre, il ne peut être soumis à des obligations autres que celles qu'il a voulues ; libre de s'engager sans contrainte, il ne l'est que dans la mesure où il l'a voulu. »⁸⁷¹. Autrement dit, dans le principe, l'État n'a pas à se substituer aux particuliers dans l'appréciation des risques afférents à leurs accords.

287. Dès lors que les termes du contrat présentent une ambiguïté, les prévisions que les parties avaient mises en place vont être remises en question par le juge. C'est pourquoi, une défaillance des termes confère à celui-ci un redoutable pouvoir : celui de fixer la configuration de la réalité en pratiquant des choix en lieu et place des parties appelées à la vivre⁸⁷². Cela peut porter sur le libellé d'un bail emphytéotique qui laisse des doutes sur l'obligation du locataire de régler son loyer pendant les trois premières années d'occupation des lieux. En formulant imparfaitement leur pensée, les parties ont abandonné au juge le choix de la date de départ du règlement des loyers. A la recherche de l'intention des parties, le juge va devoir d'abord identifier l'objet par le contexte, au sens de l'article 1189 du Code civil, sinon, par tous les éléments d'appréciation, même extérieurs à l'acte. Deux règles toutefois se dégagent du bloc interprétatif : la première, selon l'article 1190 du Code civil qui invite le juge, lorsque deux interprétations sont possibles, à préférer la plus favorable au débiteur ; dans le contrat de vente par exemple, toute ambiguïté s'interprète contre le vendeur. L'article 1190 du Code civil rejoint en cela l'article L. 133-1 du Code de la consommation⁸⁷³, s'agissant des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs, dans lesquels les clauses litigieuses s'interprètent « Dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel ». La seconde règle étant l'article 1191 du Code civil, précisant que le juge en présence d'une clause susceptible de deux sens privilégiera celui permettant de maintenir le contrat, à celui qui ne lui confère aucun effet.

B. Le déséquilibre contractuel : un obstacle à l'efficacité des prérogatives nées du contrat

288. Les obligations créées par la formation du contrat doivent correspondre au choix du type de contrat voulu par les contractants, mais encore aux obligations réciproques

⁸⁶⁹ Art. 1128 du Code civil.

⁸⁷⁰ Influencés, par la théorie du volontarisme et de l'individualisme de la fin du XVIIIème siècle ainsi qu'au début du XIXème siècle, les interprètes du Code civil de 1804 ont fait reposer la force du contrat sur le principe de l'autonomie de la volonté.

⁸⁷¹ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET *Droit des obligations*, 11^e éd., Paris, Litec, 2010, n° 77, p. 60.

⁸⁷² Cf. P. IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op. cit.*, n°13.

⁸⁷³ Voir à ce sujet, M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », Recueil Dalloz. 2006, Chron. 2848.

auxquelles ils ont consenti ; ce qu'ils ont voulu ensemble et non ce que l'un aurait voulu sans le consentement de l'autre. Faut-il, aussi, que ces volontés déclarées soient en adéquation avec la volonté réelle des personnes qui s'obligent ; un constat qui s'avère par ailleurs malaisé. Peut-on, ainsi, séparer totalement la volonté de ses racines psychologiques ? Il semblerait que non, car il est particulièrement difficile de déterminer si la volonté déclarée d'une partie au contrat est à l'image de la volonté réelle qui l'animait lorsqu'elle avait, à l'origine, l'intention de contracter. Il faut, en revanche, que cette volonté déclarée, qu'elle soit réelle ou fictive, soit clairement identifiable.

289. Bien que l'exécution du contrat ne soit pas le sujet de notre recherche, on ne peut cependant ignorer le fait qu'elle est la phase dans laquelle émergent les désaccords entre les parties dès lors que les obligations ne sont pas exécutées. En effet, l'inexécution du contrat est l'élément déclencheur du litige sur lequel le juge va devoir officier, tant sur l'interprétation que sur la qualification. L'inexécution du contrat repose sur la commission par le débiteur d'un acte dommageable pour le créancier, dont il faut déterminer de quelle manière il s'est manifesté. Il appartient, alors, au juge d'interpréter la faute, qui ne peut être détachée du comportement du débiteur défaillant, afin de caractériser le manquement à son obligation. Il peut s'agir d'un acte involontaire qui reste au niveau de la responsabilité contractuelle et qui apparaît comme étant une mauvaise exécution préjudiciable au créancier, pour lequel le résultat attendu n'est pas atteint ? Ce peut être aussi un manquement volontaire à ses engagements, qui relève de la responsabilité délictuelle autrement dit, d'une faute lourde caractérisée. Si la validité de principe des limitations de responsabilité contractuelle est aujourd'hui acquise, les obstacles à l'efficacité de prérogatives contractuelles couvrent, malgré tout, un large spectre. Qu'elles soient écartées en raison de leur inefficacité en cas de faute lourde ou dolosive par manquement à la bonne foi, ces prérogatives sont aussi invalidées sur le fondement de la législation contre les clauses abusives, mais aussi sur le fondement de la position dominante du créancier dans le droit de la concurrence ou encore en cas de manquement à une obligation essentielle.

SECTION 2. LE RESPECT DE LA COMMUNE INTENTION : LE CONTRÔLE DE DÉNATURATION

290. La dénaturation est une erreur d'interprétation grossière et manifeste, d'un acte juridique par les juges du fond »⁸⁷⁴. Ainsi, la Cour de cassation sanctionne ces derniers pour dénaturation⁸⁷⁵ dès lors qu'ils donnent un autre sens au contrat que celui qui résulte de la volonté des parties. En cela, les juges du fond méconnaissent la loi des parties et c'est pourquoi la dénaturation sera prononcée sous le visa des articles 1103 et 1192 du Code civil qui prônent respectivement l'intangibilité du contrat et l'invitation au respect de la volonté des parties, si celle-ci est clairement exprimée. En revanche, si l'acte est obscur ou présente une ambiguïté, l'interprétation des juges du fond ne peut

⁸⁷⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016, n° 503, p. 566.

⁸⁷⁵ Civ. 15 avril. 1872, *Veuve Foucauld et Colombe c. Pringault*, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., n° 161.

être qualifiée de manifestation erronée et elle redevient donc souveraine. L'ambiguïté de l'acte est ainsi une défense classique au grief de dénaturation. Soucieux de contrôler les conditions essentielles édictés par l'article 1128 du Code civil pour ce qui est de la validité du contrat ; tenu par les termes impératifs de l'article 1103 du même code de respecter la volonté des parties dès lors que les termes du contrat sont clairs et précis ; invité selon l'énoncé de l'article 1188 du Code civil à rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes du contrat dans l'hypothèse où ceux-ci sont obscures ou ambigus, c'est ce à quoi le juge, en charge de l'interprétation d'un contrat litigieux, se trouve confronté.

291. Or, il est reconnu que le juge se sent de moins en moins tenu par la loi contractuelle. Même si le contrat reste dans son principe garanti par la force obligatoire que lui confère le droit interne, il est désormais exposé au pouvoir du juge qui manifeste à son égard beaucoup plus qu'un « droit de regard », comme le signale Denis Mazeaud⁸⁷⁶, mais s'autorise à intervenir sur le contenu contractuel. Le contrat n'est pas une abstraction, il est le support de l'opération juridique, sur lequel le juge du fond exerce un pouvoir souverain pour en interpréter le contenu. Dès lors, même en l'absence de toute ambiguïté, le juge dérogeant au principe, peut décider de refuser les informations contenues dans le contrat⁸⁷⁷. C'est de sa propre initiative que le juge va intervenir sur les clauses contractuelles portant ainsi atteinte à la force obligatoire et l'intangibilité du contrat. Bien que la non-ingérence du juge dans le contrat soit un principe fondé sur la liberté, l'égalité et la responsabilité des cocontractants, on a pu constater qu'il n'était pas rare de voir, dans notre droit contemporain, le juge s'arroger, en dehors de toute habilitation légale expresse, un droit de regard sur le contenu d'un contrat afin d'en neutraliser les abus, les excès et les incohérences⁸⁷⁸.

292. Rappelons l'arrêt Lubert⁸⁷⁹ qui est venu en 1808 mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation laquelle, jusque-là, se réservait le droit de contrôler les décisions des juges du fond quant à l'interprétation qu'ils faisaient de la volonté des parties⁸⁸⁰, la Cour de cassation affirme alors que l'interprétation des contrats relève du pouvoir souverain des juridictions du fond. Elle considère qu'elle n'a pas à se prononcer sur une question de fait à la condition, que cette interprétation respecte le principe posé à l'origine, par le premier alinéa de l'article 1134, repris par l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1103 du Code civil. Le juge qui ne peut s'immiscer dans un contrat, dès lors que les termes de celui-ci sont clairs et précis, au risque d'être sanctionné pour dénaturation⁸⁸¹, demeure un principe commun à l'interprétation de

⁸⁷⁶ Voir, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat - Variations optimistes sur un couple illégitime », in Mélanges. Jean Luc Aubert, Dalloz, 2005, n° 3, p. 236.

⁸⁷⁷ Cf. T. IVANER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *op.cit.* n° 1.

⁸⁷⁸ Voir, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat - Variations optimistes sur un couple illégitime », *op. cit.*, n° 4, p. 237.

⁸⁷⁹ Cass., sect. réun., 2 févr. 1808, *Lubert c. Wancareghem*, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008 n° 160.

⁸⁸⁰ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, 10^e éd., Paris, 2009, Dalloz, n° 457, p. 474. La Cour de cassation avait pris à la lettre les termes de l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil considérant que la violation de la loi des parties pouvait donner lieu à cassation.

⁸⁸¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris, PUF, 2007, p. 290 : La dénaturation est « l'altération par le juge du fond du sens clair et précis d'un écrit qui, excédant le pouvoir souverain d'interprétation du juge du fait, donne ouverture à cassation. La dénaturation est aussi « La méconnaissance des éléments essentiels du contrat, erreur de droit qui, excédant l'appréciation souveraine des juges du fond encourt la censure de la Cour de cassation ».

l'ensemble des contrats. Dès lors que le juge du fond jouissait d'un pouvoir souverain sur l'interprétation du contrat, sa décision ne pouvait être censurée, même dans l'hypothèse où il aurait pu commettre une erreur de jugement. La jurisprudence est constante depuis cette décision à la condition que les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, n'excède pas le pouvoir d'appréciation qui leur appartient en ce qui concerne l'interprétation des contrats⁸⁸². Or, ce pouvoir conféré au juge du fond conduit parfois la Haute juridiction à constater des interprétations contradictoires données par des juridictions inférieures sur une même clause contractuelle figurant au sein de contrats identiques⁸⁸³. L'acceptation de ces interprétations différentes d'une même clause, par la Cour de cassation, fait du respect de la souveraineté du pouvoir du juge du fond, une position de principe⁸⁸⁴. En revanche, la Cour de cassation dispose du pouvoir de préciser, fixer ou compléter les principes du droit contractuel. En ce sens, « le contrôle de dénaturation n'est [...] pas un contrôle de l'interprétation mais un contrôle de la réunion des conditions autorisant une interprétation »⁸⁸⁵. La Cour de cassation n'impose aucune interprétation, elle ne fait que censurer la violation de la règle qui interdit de procéder à l'interprétation des clauses claires et précises selon l'adage « *in claris interpretatio cessat* ».

293. Depuis, plus que la notion d'interprétation, c'est la règle qui n'a pas évolué. Soumise aux règles du droit commun qui régissent le contrat classique, elle est restée le parent pauvre du droit des contrats, une situation qui ne s'est pas améliorée avec l'évolution du contrat dans le temps. Toute la substance contractuelle qui se prêtait à l'interprétation a été phagocytée par une pluralité de règles hétérogènes, notamment s'agissant des contrats d'adhésion lesquels, accompagnés d'un arsenal de règles impératives, sont venus bouleverser les principes de l'interprétation du contrat classique. Ceux-ci ne sont plus, en adéquation avec la réalité du droit positif. Alors que le contrat classique, était considéré comme immuable il a dû, au fil du temps, intégrer dans son contenu, avec une certaine perméabilité, de nouvelles règles émanant du droit positif, conséquence de l'évolution des contrats contemporains. Dans ce contexte, par le contrôle qu'elle exerce sur les tribunaux, la Cour de cassation pénètre le contrat. En théorie, la compétence de la Cour de cassation est limitée par la distinction du fait et du droit, érigée en principe ; elle a en cela une fonction unificatrice des décisions rendues par les juridictions inférieures, elle contrôle la qualification sur la base des faits qui ont été constatés par le juge du fond. Qualification ou requalification sont des opérations qui se basent sur des moyens définis comme étant de pur droit⁸⁸⁶ « dès lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges »⁸⁸⁷. En ce sens, tout moyen nouveau ne peut être porté devant le juge de cassation conformément à l'article 619 du C.P.C.⁸⁸⁸.

⁸⁸² Sous réserve de dénaturation des clauses claires et précises.

⁸⁸³ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETE, *Droit civil les obligations, op. cit.*, p. 475,

⁸⁸⁴ Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETE, *Droit civil les obligations, ibid*, n° 2, p. 475.

⁸⁸⁵ Cf. T. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *in* colloque, *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *op. cit.*, n° 8, p. 201.

⁸⁸⁶ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 136, p. 173.

⁸⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1994, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 53.

⁸⁸⁸ Art. 619 du CPC : « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation. Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois sauf disposition contraire : 1°. Les moyens de pur droit, 2°. Les moyens nés de la décision attaquée ».

294. L'action de la Cour de cassation s'inscrit ainsi précisément dans la continuité de l'opération d'interprétation effectuée par le juge du fond. La sécurité et l'utilité du contrat sont les éléments qui déterminent son intervention parce que « la qualification du contrat ne présente d'utilité que si elle met en concurrence deux régimes juridiques distincts attachés à une classification particulière »⁸⁸⁹. La qualification permet en cela de déterminer le régime de responsabilité applicable⁸⁹⁰. Vérifiant si la qualification retenue par les juges du fond, bien que souverains dans leur interprétation, est conforme aux faits constatés par ces derniers⁸⁹¹, c'est grâce à ce contrôle que le juge de cassation exerce son pouvoir de modération, théoriquement avec mesure et sagesse⁸⁹². Puisque c'est à partir d'une situation de fait que le juge du fond déduit l'application d'un régime juridique, le juge de cassation va contrôler si la qualification donnée est bien en conformité avec la règle de droit qui lui correspond. Ainsi, c'est grâce à son pouvoir de contrôle qu'elle exerce sur la qualification, que la Cour de cassation peut agir sur les classifications. Le juge de cassation « détermine les éléments et la structure d'une convention et la distingue de contrats voisins. C'est encore lui qui définit la nature des éléments du contrat, décidant si tel élément est principal ou accessoire. Il façonne ainsi les différents contrats connus et les adapte à ce que commande l'utilité sociale »⁸⁹³.

295. A la lecture de l'acte instrumentaire, le juge du fond acquiert une conviction sur la teneur du contrat litigieux soumis à son appréciation. En principe, et tel que nous l'avons exprimé dans la première partie, l'interprétation des clauses contractuelles lui a permis d'identifier, entre autre, le régime juridique applicable adopté par les parties, qu'il devra ou non valider et contrôler l'équilibre entre les différents engagements ainsi que la cohérence de ses termes. Conformément à l'ensemble de ces éléments, si le juge s'en tient à la méthode d'interprétation proposée par le droit interne, principe d'interprétation subjective que l'on retrouve à l'article 1188 du Code civil, la commune intention des parties doit être parfaitement identifiable. En revanche, si cette dernière demeure inconnue ou incertaine, le juge va devoir recourir à des considérations plus adaptées au réel. Il va recentrer son analyse sur les obligations principales, celles qui traduisent l'accord des parties sur l'opération économique-juridique envisagée.

296. Au sein du droit contemporain des contrats, on a pu constater des atteintes au consensualisme, mais aussi aux principes directeurs que sont la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Alors que la majorité de la doctrine jugeait que l'autonomie de la volonté sur laquelle étaient conçus ces principes, ne pouvait servir de fondement au droit moderne des contrats, il était alors question que de fondement exclusif⁸⁹⁴. On ne peut ignorer que les modifications législatives ou jurisprudentielles qui ont porté depuis sur le contrat, sont le résultat d'un comportement peu responsable

⁸⁸⁹ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 66, p. 86.

⁸⁹⁰ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, ibid.*, n° 66, p. 87.

⁸⁹¹ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, ibid.*, n° 134, p. 171 et s.

⁸⁹² Cf., D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple illégitime », *op. cit.*, n° 9, p. 240.

⁸⁹³ Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op. cit.*, n° 135, p. 173.

⁸⁹⁴ Cf., J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 95, p. 74.

des parties ; les unes, tentant de se dérober à leurs obligations les autres, d'abuser d'une position dominante ou d'autres encore feignant d'ignorer les obligations qui leur incombent, allant ainsi à l'encontre du principe requis de bonne foi. Dans un contexte socio-économique où l'intérêt particulier prend le pas sur l'intérêt général, l'individu reste indifférent dès lors que l'issue réservée au contrat litigieux ne préjudicie pas à ses propres intérêts ; le solidarisme est alors bien loin de se réaliser.

297. Le législateur a réagi en ce sens afin de sécuriser le contrat et de prévenir un déséquilibre post-contractuel. On assiste en cela, à la fois, à l'inversion et à la transmutation de la liberté contractuelle de la sécurité du contrat. La liberté, principe directeur, s'efface de la phase de conclusion du contrat au profit de la sécurité, pour réapparaître ensuite renforcée dans celle de l'exécution. La sécurité du contrat opère, quant à elle, le mouvement inverse en tenant une place privilégiée dès la formation du contrat. Autrement dit, avant la conclusion du contrat, la liberté des personnes est réduite pour ne pas dire corsetée : la révocation de l'offre est impossible dans un délai raisonnable. Imposée par la loi, la procédure du consentement est de plus en plus détaillée et la détermination du contenu contractuel échappe partiellement aux parties. Le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force contraignante, se reporte désormais sur la formation de l'acte. Ce faisant, la sécurité recherchée change de nature. D'objective et source de protection de la partie la plus forte autrement dit le créancier, elle devient subjective et permet la protection du plus faible, c'est-à-dire du débiteur. Le but étant de restreindre la liberté de la partie dominante pour plus d'égalité contractuelle. En revanche, après la conclusion du contrat, la sécurité contractuelle n'apparaît plus comme le seul impératif. L'irrévocabilité et l'intangibilité refluent laissant la place à l'impératif de justice contractuelle⁸⁹⁵. Corrélativement, cela introduit plus de liberté et de volonté dans les effets du contenu du contrat. L'accroissement de la liberté de chacune des parties de sortir unilatéralement de l'acte ou d'en demander la modification, se double de celle du législateur ou du juge d'intervenir sur le contrat si des impératifs supérieurs le commande. Ainsi, le juge est aujourd'hui confronté à des contingences juridiques, relevant de l'évolution du contrat contemporain, qui portent sur la loyauté, la transparence et la sécurité comme étant des éléments essentiels dans la fonction contractuelle. De ce fait, le magistrat doit respecter la volonté des parties fondée sur la liberté contractuelle tout en prenant en compte que dans le contrat contemporain, la sécurité prônée par le législateur de 1804, a glissé de la formation du contrat vers son exécution. Ce qui était plus large dans la formation du contrat est devenu plus souple dans son exécution dans le souci de préserver le contrat. Le contrat doit rester un outil d'échange et d'organisation qui doit assurer la sécurité des engagements dans un équilibre raisonnable, fondée sur un contenu clair et précis.

298. Bien que le juge soit toujours tenu de respecter « la loi des parties » selon les termes de l'article 1103 du Code civil, la volonté des parties a subi au cours de l'évolution contemporaine du droit des contrats, un certain nombre d'aménagements concernant la protection des parties et notamment de la partie la plus faible, altérant ainsi le caractère intangible de l'engagement qui prévalait inconditionnellement dans le contrat, selon la volonté des rédacteurs du Code civil. La commune intention aurait-elle perdu aujourd'hui ses privilèges face aux impératifs des droits émergents ? Si tel est le cas, la volonté commune ne doit-elle pas reprendre toute sa place dans notre droit commun ? Autrement dit, le juge doit s'appuyer sur des éléments objectifs, extérieurs à

⁸⁹⁵ Voir, C. THIBIERGE-GUELFUCCI, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *RTD civ.*, 1997, n° 25, p. 357.

la volonté des parties lesquels sont appréciés au regard de l'utilité du contrat. La prise en considération d'éléments objectifs n'est pas contraire aux directives d'interprétation des articles 1188 à 1192 du Code civil. Au-delà, l'article 1194 qui prône l'usage, l'équité et la loi, est un des éléments utiles dans la détermination du contenu contractuel⁸⁹⁶. Il permet d'attribuer un sens aux stipulations qui s'avèrent obscures⁸⁹⁷ et par là de souligner l'économie objective du contrat. En d'autres termes, si la recherche de la commune intention des parties ne permet pas de déterminer ce qu'elles ont réellement voulu, le juge s'en tiendra à ce qu'elles sont supposées avoir voulu compte tenu de tous les éléments qu'ils soient subjectifs ou objectifs, dont il peut disposer conformément à l'article 1104 du Code civil. Celui-ci légalise le pouvoir de se reporter sur les phases précontractuelles et de formation, périodes où les contractants ont fixé l'opération juridique qu'elles souhaitaient réaliser et le type du contrat sur lequel elles se sont accordées.

⁸⁹⁶ Cf., C. LARROUMET, *Les obligations-le contrat*, op. cit., n° 141, p. 123.

⁸⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1987, *JCP* 1987. IV. 391.

CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

299. Ce n'est qu'après avoir interprété les éléments de fait et identifié la qualification supposée du contrat fixée par les parties, que le juge, afin de donner une solution au litige, va revenir sur l'interprétation des éléments qui sont à l'origine de la formation du contrat. Par la recherche de la commune intention des parties, interprétation subjective, dite aussi « explicative »⁸⁹⁸, le juge va s'employer à éclairer les obscurités qui pèsent sur le point objet du désaccord. Or, il se peut que cette démarche s'avère infructueuse. Dès lors, par application des articles 1104 et 1194 du Code civil, le juge va se reporter sur une interprétation objective dite « créatrice » au sens où celle-ci pallie le silence du contrat par des obligations fondées sur des éléments objectifs tel que l'équité, l'usage et la loi. L'interprétation créatrice ne se fonde pas sur la volonté des parties ; elle ne consiste pas à révéler le sens du contrat élaboré par ces dernières, il s'agit pour le juge de modifier le contrat⁸⁹⁹ par l'apport de critères nouveaux, qui en comblent les lacunes.

300. Dans le principe, le contrat s'impose au juge qui est tenu de le respecter et à le faire respecter dès lors qu'il intervient sur les éléments litigieux. « Ministre de la volonté des parties », « serviteur respectueux du contrat »⁹⁰⁰, le magistrat, au-delà d'une interprétation explicative, se voit confronté à un certain nombre de situations, où le pouvoir qu'il doit exercer est soumis aux règles de l'intangibilité et de l'irrévocabilité du contrat mais aussi, dans la conformité du juste et de l'utile. Or, en considération de la défaillance notable des principes directeurs du contrat, que ce soit la force obligatoire à travers son caractère intangible ou la liberté contractuelle des parties contractantes par l'affaiblissement de l'autonomie de la volonté, force est de constater un recul progressif des principes directeurs au profit de l'intervention judiciaire, s'agissant plus précisément de l'élargissement des pouvoirs du juge sous l'impulsion du législateur. Le pouvoir de révision du juge sur un contrat défectueux a pris des proportions qui n'ont cessé de croître au fil du temps au regard de la loi⁹⁰¹. Ainsi, en considération de l'article 1103 du Code civil, le juge est à la limite de son pouvoir d'intervention lorsqu'il décide d'intervenir sur la volonté exprimée des parties. Cette pratique est par ailleurs contestable, d'autant plus contestable, lorsque l'intention des parties n'est pas décelable au motif que ces dernières ne se sont pas exprimées sur le

⁸⁹⁸ Voir. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L''interprétation créatrice'' : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in colloque « *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?* », RDC 1-Mars 2015, n° 2, p. 166.

⁸⁹⁹ Voir. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « L''interprétation créatrice'' : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *ibid*, n° 4, p. 167.

⁹⁰⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 25, p. 32.

⁹⁰¹ Par la loi du 9 juillet 1975 portant modification de l'article 1152 ancien du Code civil avec le rajout d'un alinéa second, le juge s'est vu autorisé la révision des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. Une modification mal accueillie par la doctrine classique qui dénonçait une remise en cause de la force obligatoire de la clause pénale et plus généralement du contrat, ce qui ne fut pas le cas puisque, malgré le pouvoir de révision octroyé par la loi au juge du fond, la Cour de cassation n'a cessé de réaffirmer le principe de l'intangibilité de la peine privée fixée forfaitairement par les parties ; voir D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat-Variations optimistes sur un couple illégitime », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, n° 10, p. 240.

point litigieux et que le juge n'hésite pas, nonobstant cet état de fait, à évoquer la commune intention des parties ; il s'agit là d'un procédé qui conduit à des résultats relevant d'un art divinatoire. Le juge substitue, en ce cas, sa volonté à celle des parties, l'interprétation lui servant d'alibi pour appliquer sa propre conception⁹⁰². Aussi, dès lors que le juge insère, de sa propre initiative, des obligations dans le contrat, peut-on encore parler d'interprétation ? Il crée en fait une règle de droit impérative au nom de l'ordre public contractuel ; « lorsqu'il s'agit, pour la jurisprudence, d'instaurer un dirigisme contractuel, c'est son pouvoir créateur qu'elle utilise, sous couvert de l'interprétation de la loi, mais certainement pas sous couvert de l'interprétation de la volonté des parties au contrat »⁹⁰³. La création interprétative est en cela parfaitement légitime.

⁹⁰² Cf., J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 254, p. 310.

⁹⁰³ Cf., C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat. 1^{ère} partie. Conditions de formation*, op. cit., n° 141, p. 121.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

301. Déterminer la catégorie qui englobe un rapport contractuel [...] et par voie de conséquence les règles qui lui sont applicables, c'est qualifier, c'est préciser la nature de ce contrat »⁹⁰⁴. En d'autres termes, qualifier le contrat est en fait l'opération qui consiste à le classer dans une catégorie juridique permettant de l'affilier à un régime juridique spécifique. Chaque catégorie de contrat est soumise à des règles spécifiques auxquelles le juge se réfère pour y trouver une correspondance afin de classer un contrat qu'il interprète dans celle qui lui correspond. Cette opération consiste à relever une concordance entre les éléments qui caractérisent une catégorie définie et ceux qui figurent dans le contrat litigieux. Autrement dit, c'est au regard des éléments essentiels identifiés, constitutifs des obligations consenties que le juge va procéder à la classification du contrat. Nous avons déterminé, dans la première partie, les éléments contractuels retenus au titre de la qualification. De fait, l'opération de qualification s'effectue par syllogisme⁹⁰⁵. Si on prend par exemple l'exemple de la vente qui se caractérise par l'existence d'une chose, d'un prix et d'un transfert de propriété, en admettant qu'un contrat présente ces trois caractères, le juge par le biais d'une application syllogistique va conclure que le contrat est une vente.
302. Dès lors que la finalité de l'interprétation du contenu contractuel est de qualifier le contrat pour apporter une solution au litige, la qualification, quant à elle, a pour objectif la fixation du cadre juridique indispensable à l'interprétation des éléments à l'origine du désaccord, en s'appuyant sur les données de fait. Autrement dit, « l'interprétation du contrat, dans son économie réelle, constitue donc une opération préalable permettant sa qualification. Mais par un choc en retour, cette qualification peut servir ensuite à compléter le contrat lorsque la volonté des parties n'a pas tout prévue »⁹⁰⁶.
303. La qualification d'un contrat est toujours orientée vers un but précis, appliquer le régime juridique qui lui correspond et ce sont les parties qui, dès leur accord sur les éléments essentiels relatifs à leurs attentes, indiquent la qualification qu'elles ont voulu donner au contrat. Nous avons cité l'exemple du contrat de vente, mais il nous faut préciser en ce cas, que le fait de se limiter à un accord sur la chose et son prix n'est pas une caractéristique réservée à la vente. Ce pourrait être tout autant un contrat de louage ou encore un contrat de service. Ainsi, pour qu'un contrat puisse être validé dans la qualification qui est la sienne, faut-il encore que les éléments indispensables à sa perfection aient été suffisamment précisés dans l'acte instrumentaire ; ils sont les éléments caractéristiques du contrat concerné et à c'est à ce titre qu'ils participent à sa qualification. La qualification du contrat peut ainsi dépendre de la nature du bien qui en est l'objet. Les éléments matériels, tels que peuvent être la chose et le prix de la chose, dont l'effet premier est la création immédiate d'obligations distinctes, outre qu'ils contribuent à la formation du contrat, participent à identifier sa nature.

⁹⁰⁴ Cf., J.F OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 15.

⁹⁰⁵ Raisonnement qui contient trois propositions (la majeure, la mineure et la conclusion). La conclusion étant déduite de la majeure par l'intermédiaire de la mineure.

⁹⁰⁶ Cf. A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., op. cit., n° 287, p. 235.

CONCLUSION GÉNÉRALE

304. Au stade de la conclusion de cette recherche, il convient d'observer qu'en matière d'interprétation et de qualification, la réforme du 10 février 2016 n'apporte aucun changement radical au contenu du Code civil de 1804, lequel est resté muet quant à la qualification du contrat. Ainsi, l'opération de qualification, dont il faut souligner l'absence remarquée dans le Code civil, se justifie par le fait que le Code de 1804 consacrait la théorie générale des contrats, dont le nombre restreint ne nécessitait pas, pour l'interprète de l'époque, le besoin de les classer dans une catégorie juridique afin de les qualifier. Ce qui n'est plus le cas vu que, depuis la promulgation du Code civil, la spécialisation des contrats n'a fait que croître donnant ainsi plus de place à la théorie des contrats nommés⁹⁰⁷ et partant, plus d'importance à la qualification du contrat, en tant qu'outil de classification.

305. Cela étant dit, l'opération de qualification n'est pas pour le juge une finalité, mais la méthode qui lui permet d'atteindre un objectif. Cet objectif est celui qui consiste, par l'interprétation des données de fait à analyser l'économie du contrat afin d'en déterminer le type. C'est pourquoi, la qualification se présente à la fois comme une opération et comme un résultat⁹⁰⁸. C'est en cela que l'économie du contrat se conçoit par les éléments essentiels à son existence et son exécution.

306. S'agissant de la commune intention, elle n'a fait l'objet que d'une définition elliptique, le Code civil ne lui réservant aucune définition. Il est commun de dire que la recherche de la commune intention des parties est souvent un acte divinatoire et qu'établir la commune intention des parties, alors que celles-ci sont par hypothèse en conflit au moment où le juge est saisi du litige, relève de l'utopie. En fait, tout dépend de ce que l'on entend par commune intention, locution qui par ailleurs, ne trouve aucune explication précise en droit commun des contrats. Concevoir que la commune intention porte sur les intentions réelles au sens de la volonté interne à caractère psychologique, celle qui touche au comportement intime des parties, n'a pas de sens. On ne pourrait prétendre découvrir la motivation intime d'un contractant, alors que ce dernier n'a exprimé en rien ce qui justifiait sa volonté de contracter. La volonté réelle ne rentre pas en ligne de compte au *negotium*, pas plus que dans l'*instrumentum* ; c'est confondre l'intention réelle et l'intention fictive ou plus exactement la volonté déclarée. Le fait d'avoir l'intention d'acheter un véhicule avec le projet de pratiquer une activité de chauffeur de taxi n'apparaît pas dans l'acte de vente de la voiture que la personne acquiert. Tout comme celui qui vend un bien, ne précise pas dans l'offre de contracter que c'est pour acheter un bijou à son épouse. Il faudrait alors en ce cas, se rendre à l'évidence que le but recherché de vendre un bien pour acheter un cadeau ou bien acheter un véhicule pour pratiquer une activité professionnelle ne pourrait être vu comme étant la commune intention des parties. Bien qu'étant des intentions réelles,

⁹⁰⁷ Désigné par son nom et bénéficiant d'un régime spécifique, le contrat nommé est identifié comme représentant un certain type, tels que la vente, le louage, le prêt, le dépôt ou encore la transaction. Voir à ce sujet, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016, n° 176, p. 204.

⁹⁰⁸ Cf. F. TERRE, *L'influence de la volonté sur les qualifications du contrat*, thèse précitée, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

elles ne seraient pas susceptibles de conduire à la qualification du contrat et par là au régime juridique applicable à l'opération projetée.

307. S'accorder sur les éléments essentiels de l'opération projetée, confirmer cet accord dans l'*instrumentum* par une formulation expresse des engagements consentis et pour finir, apposer sa signature au bas du contrat, suffit largement à constituer ce qui correspond à la commune intention des parties au moment où le contrat est conclu. Il y a bien là, commune intention de contracter dès lors que le juge constate la véracité de ces éléments. Cela ne veut pas dire pour autant que l'un des contractants ne se sente pas, en son for intérieur, lésée ou ne ressente pas une injustice, alors même que l'intérêt du moment l'a conduit à s'engager, sans qu'il ait fait mentionner la moindre réserve. Il est le seul à connaître ses propres intentions. En revanche, ce qui constitue un élément déterminant nécessaire et suffisant, c'est l'accord sur les éléments essentiels qui déterminent la qualification du contrat, même si cette qualification peut ne pas revêtir l'exacte correspondance qui doit présider entre l'intitulé du contrat et son contenu, ce qui pourra faire l'objet d'une requalification.
308. À propos du contenu du contrat, nous avons vu que toutes les clauses figurant à l'*instrumentum* étaient considérées, comme des clauses « contractuelles »⁹⁰⁹. Or, si certaines sont purement indicatives, d'autres se présentent comme étant des éléments prescriptifs. Elles se différencient comme des clauses spécifiquement contractuelles, dès lors qu'elles font référence à un engagement consenti, au sens d'une créance qui pèse sur l'économie du contrat. En cela, l'interaction des opérations d'interprétation et de qualification n'est pas contestable, mais elles s'inscrivent, malgré tout, dans une chronologie où la première apparaît comme un préalable à la seconde. Ce qui doit être pris en compte est ce que les cocontractants ont considéré comme essentiel à leur accord. Ce sont les éléments de fait essentiels sur lesquels les parties se sont accordées qui vont être déterminants dans l'élaboration du contenu contractuel, lequel doit être en adéquation avec la qualification voulue, c'est-à-dire le choix du type de contrat correspondant à l'opération économique projetée.
309. Le problème se pose à l'émergence d'un litige. Le désaccord porte sur des éléments discordants que le juge va devoir interpréter. Il s'agit non plus du contrat pris dans sa globalité, mais de son contenu au sens des clauses qui figurent à l'acte instrumentaire. Pour interpréter le contrat, faut-il encore que le juge s'assure du type de contrat dont il est saisi pour en appliquer les règles. L'interprétation, consécutivement au fait de circonscrire les obligations consenties par les parties et de déterminer au préalable les données de fait⁹¹⁰, permet de révéler le régime juridique approprié au contrat, pour intervenir ensuite, en toute connaissance de la qualification de celui-ci, sur les termes litigieux du contrat.
310. Les clauses contractuelles, au sens des stipulations qui participent au contenu du contrat, ont à la fois pour rôle de préciser la nature du contrat et de contribuer à son fonctionnement au sein de la sphère juridique et économique dans laquelle il s'inscrit. Autant peuvent-elles être les éléments déterminants de la construction contractuelle par les effets qu'elles produisent, autant elles peuvent être source de désaccord, dès lors

⁹⁰⁹ Supra. n° 7.

⁹¹⁰ Termes employés par François Terré dans sa thèse : *l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*.

que leur rédaction s'avère obscure et ambiguë ou qu'elles provoquent une dénaturation du contrat nécessitant une requalification.

311. Le contenu du contrat étant le résultat de la volonté exprimée des parties, la rédaction d'un acte se révèle souvent maladroite ou incomplète. Il n'est pas rare de constater que les actes écrits présentent ainsi de nombreuses imperfections ou contradictions, qui posent le problème de la sécurité du contrat. Dès lors que le juge, souverain en matière d'interprétation, intervient sur le contrat litigieux, c'est le risque pour les parties de voir leur contrat réécrit au mépris de leur volonté. Aussi ont-elles la liberté, à travers les clauses d'interprétation, de prévoir l'interprétation en encadrant les pouvoirs du juge. Cette méthode constitue un instrument de sécurité juridique.
312. Ce qu'il est intéressant de retenir est l'avancée sur la sécurité du contrat et la liberté contractuelle qui bénéficiait déjà d'une protection constitutionnelle⁹¹¹ et vient d'être consacrée par l'ordonnance à l'article 1102 du Code civil. Le souci de sécurité, jadis attachée aux effets du contrat, à sa force obligatoire s'est reporté sur la phase de formation de l'acte. La sécurité recherchée a ainsi changé de nature : d'objective et source de protection de la partie la plus forte, en l'occurrence le créancier, elle a subi une inversion avec le droit de la consommation, lequel a retenu la philosophie asymétrique du profil du contractant, mais en permettant la protection du plus faible, au sens du débiteur. Ce revirement a apporté plus de justice contractuelle, d'égalité contractuelle, en restreignant la liberté du plus fort. Il a contribué aussi à plus de liberté et de volonté dans les effets du contrat, autrement dit, la recherche d'une plus grande égalité entre les contractants et d'un équilibre dans le contrat, au nom de la justice commutative. La recherche de la pérennité de l'acte, permet de rétablir l'égalité entre les parties dans la formation et dans l'exécution du contrat conclu, afin que le contractant en situation d'infériorité ne puisse pas être exposé à des abus ou des comportements déloyaux. Il faut toutefois se garder d'un effet pervers, celui de déséquilibrer le contrat par un excès de protection à l'égard du débiteur, du plus faible ou encore du consommateur, au détriment du créancier, du professionnel, ou de celui que l'on considère comme étant le plus fort. Voilà ce qui constitue la problématique du juste équilibre du contrat, principe qui repose sur la bonne foi et le comportement loyal de chacune des parties, afin que la commune intention ne soit pas un rendez-vous manqué.

⁹¹¹ Art. 4 de la Constitution.

BIBLIOGRAPHIE

I. – OUVRAGES GENERAUX

ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

AUBERT J.-L., *Le contrat. Droit des obligations*, 4^e éd., Dalloz, 2010.

- *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970.

BENABENT A., *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, 2016.

- *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010.

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Dalloz, 2014,

CADIET L., (sous la dir. de), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987.

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 12^e éd, Dalloz, 2008.

CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2013.

CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, t. IV, 22^e éd., PUF, 2000.

COLLARD-DUTILLEUL F., DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011.

CHALVIGNAC F., *La rédaction d'un acte juridique, Le bail commercial*, LGDJ, 1999.

CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2015

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitan, PUF, 2007.

DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans le contrat*, thèse, Université Aix- Marseille 3, 1981.

DELEBECQUE P., PANSIER F.-J., *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, Litec, 2006.

DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome I, 1868.

EGEA V., LEGIER G., TRANCHANT L., *Droit des obligations*, Dalloz, 2014.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, 2016.

- *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, 2^e éd., PUF, 2010.

FAGES B., *Droit des obligations*. 6^e éd., LGDJ, 2016.

- *Droit des obligations*. 3^e éd., LGDJ, 2011.

FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

FLOUR J., AUBERT J.L., *Les obligations 1. L'acte juridique*, 7^e éd., Sirey, 2010.

FLOUR J., AUBERT J.L., SAVAUX E., *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 13^e éd., Dalloz, 2008.

FLOUR J., *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 10^e éd., Coll. U, 2004.

GELOT B., *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, LGDJ, 2003.

FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 2^e éd., Bruylant, 2007.

GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I et II, LGDJ, 1919.

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y-M., *La formation du contrat*, t. I, 4^e éd., LGDJ, 2013.

GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993.

- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN J., JAMIN C., BILLAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001.

GOLDIE-GENICON C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.

GRYNBAUM L., *Le contrat contingent*, LGDJ, 2004.

JAMIN C., MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2012.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1962.

LARROUMET C., *Droit civil, Les obligations. Le contrat*, 1^{ère} partie, t. III, 6^e éd., Economica, 2007.

LAUDE A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.

LIMBACH F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, LGDJ, 2004.

LUCAS-PUGET A.S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005.

MALAURY P., AYNES L., GAUTIER P.Y., *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015.

- *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Defrénois, 2012.

MALINVAUD P., FENOUILLET D., *Droit des obligations*, 12^e éd., Lexisnexis, 2012.

MAZEAUD H. L., MAZEAUD J.; *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t 1, 12^e éd., Montchrestien, 2000.

FLOUR J., AUBERT J.L., SAVAUX E., *Les obligations- Le fait juridique*, 11^e éd., Dalloz, 2004.

MOUSSERON P., RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, 4^e éd., F. Levebvre, 2010.

OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

POTHIER R.-J., *Les œuvres de Pothier*, t. I, éd. 1821-1824, publié par M. Siffrein.

- *Traité des obligations*, nouvelle édition appropriée à la législation belge, t. I, Langlet et Cie, libraires, 1835.

RAYNAUD J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003.

RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999.

SAVAUX E., *La théorie générale du contrat mythe ou réalité*, LGDJ, 1997.

STOFFEL-MUNK P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Dalloz, 2006.

TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009.

- *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

LEGIER G., TRANCHANT L., *Droits des obligations*, Dalloz, 2010.

II. – MONOGRAPHIES ET THESES

ARBANT-MICHEL G., *Les relations entre les clauses et le contrat*, Thèse Montpellier, microfiches, 2001.

BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, LGDJ 1976.

BRICKS H., *Les clauses abusives*, thèse Montpellier, 1982.

CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, thèse Avignon 2012.

DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse, Aix-Marseille 3, 1981.

DESCAUDIN C., *Étude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, thèse Cergy-Pontoise 2009.

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ 1992.

FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM 1997.

FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.

GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

GENITET, *Théorie générale des avants contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1985.

GENY F., *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932.

GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM 1999.

GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014.

HELLERINGER G., *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, 2011.

HENRY X., *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II, 1992 (2 vol.).

HOUTCIEFF D., *Principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse Aix-en-Provence, PUAM, 2001.

KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, thèse Strasbourg III, LGDJ, 2001.

LABARTHE F., *La notion de documents contractuels*, LGDJ 1994.

LAHANA M., *Vers une théorie des clauses en droit des contrats*, thèse Paris II, 2008.

LAMOUREUX M., *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006.

- LUCAS-PUGET A.-S.**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005.
- MAZEAUD D.**, *La notion de clause pénale*, thèse Paris XII, 1990.
- OVERSTAKE J.-F.**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse Bordeaux, 1966.
- PICOD Y.**, *Le devoir de loyauté de l'exécution du contrat*, LGDJ, 1990.
- PIMONT S.**, *L'économie du contrat*, thèse Poitiers, PUF, 2004.
- ROCHEFELD J.**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999.
- ROUETTE G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Université de Paris, 1965.
- SALEM H.**, *Les clauses sanctionnant l'inexécution d'une obligation contractuelle*, thèse Paris II, 2005.
- SAVAUX E.**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ 1997.
- SIMLER P.**, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969.
- SIRI R.**, *Essai d'une théorie générale des clauses contractuelles*, thèse Aix-Marseille III, 2011.
- STOFFEL-MUNCK P.**, *Regard sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
- *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.
- TERRE F.**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1955.
- TEYSSIE B.**, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.
- TIBIERGE L.**, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.

III.– ARTICLES ET CHRONIQUES

AMRANI-MEKKI S., « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC*, 2009, n° 4, p. 1617.

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

AUBERT DE VINCELLES C., « Clauses abusives et office du juge », *RDC*, 2010, n° 2, p. 648.

AYNES L., « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003, n° 4, p. 323.

BAKOUCHE D., « L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle », *JCP G*, n° 14, p. 650.

BARRET O., « Variations autour du refus de contracter », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz., 2005, n° 9, p. 211.

BELLET P., « Le juge et l'équité », in *Mélanges offerts à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9.

BENABENT A., « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *LPA*, n° 54, p. 14.

BILLIAU M., « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle », in *Mélanges Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2011, p. 119.

BOCCARA B., « Le clair et l'obscur », *JCP G.*, 1978, I, 2910.

BORE J., « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.*, 1972, p. 249.

BORGHETTI J.-S., « Retour sur la qualification de clause pénale », *RDC*, 2009, n° 1, p. 88.

BOY L., « Les « utilités du contrat » », *LPA*, 1997, 3, n° 109, p. 3.

BRUSCHI M., « Information des consommateurs et formation des contrats », *RDC*, n° 4, p. 1214.

CADIET L., « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », in *Le contrat*, *LPA*, 2000,2, n° 90, p. 30.

- « Une justice contractuelle, l'autre », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^e siècle*, *LGDJ*, 2001.

CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats ». *RTD civ.*, n° 2, 1994.

CERMOLACCE A., « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RLDC*, 2009, n° 57, p. 7.

CHAGNY M., « La confiance dans les relations d'affaires », in V.-L. BENABOU, M. CHAGNY, (sous la dir. de), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 1978, p. 35.

CHANTEPIE G., « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, 2012, n°3.

CHANTEPIE G., « l'efficacité attendu du contrat » », *RDC*, 2010, n°1.

CHENEDE F., « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, 2, p. 709.

COLLARD-DUTILLEUL F., « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in C. JAMIN, D. MAZEAUD (sous la dir.

de), *La nouvelle crise du contrat*. Actes du Colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, Paris, Dalloz, 2003, p. 225 et s., spéc. p. 231.

COUTANT-LAPALUS C., « L'amélioration de la clarté du contrat : l'influence de la responsabilité civile du rédacteur d'actes », in *Colloque l'interprétation une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 2015, p. 182.

DELEBECQUE P., « Les clauses de responsabilité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque Aix-en-Provence, PUAM, 1990.

- « Clausula, clausulae, clausularum », Dalloz, 1999, p. 33.

- « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *LPA*, 2000, n°2, p. 22.

- « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *RDC*, 2011, p. 681.

DELFORGE C., « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in M. Fontaine, (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaire à l'harmonisation du droit européen*, LGDJ-Bruylant, 2002, pp. 138-478.

DEMOGUE R., « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », *RTD civ.*, 1907, p. 245.

DESHAYES O. « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008, n° 3, p. 1008.

- « La distinction entre les clauses de non-obligation et les clauses exonératoires de responsabilité », *RDC*, 2009, p. 1377.

- « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, 2, p. 726.

- « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », in colloque *l'interprétation une menace pour la sécurité des conventions*, RDC, 2015, p. 159.

DUPICHOT J., « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1167 du Code civil », in *Études offertes à J. Flour*, Rép. not. Defrénois, 1979, p. 179.

EGEA V., « La délicate question de l'interprétation des contrats », *JCP G*, n° 7, p. 290.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *Colloque L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, n° 7, p. 168.

FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in mélanges Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 303.

FAGES B., « L'art et la manière de rédiger un contrat », *Dr. et patr.*, 1999, n° 72, p. 82.

- « Comment *Faurecia 2* renoue avec *Chronopost 1* et illustre la nécessité de passer à la saison 4... », *RTD civ.*, juill/sept., 2010, p. 555.

FENOUILLET D., « L'affaire Chronopost, un énième épisode douloureux... en attendant l'heureux épilogue ? », *RDC*, 2006, p. 375.

- « Clause abusive », *RDC* 2009, P. 564.

FONTAINE M., « Fertilisations croisées du droit des contrats », in mélanges Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 347.

FONTAINE F., Synthèse des travaux du groupe de travail sur les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, *DPCI*, 1977, t. 3, n° 2, p. 105.

FORRAY V., « L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats », *RTD civ.*, 2012, n° 2, p. 231.

FRISON-ROCHE A., « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, n°3, p. 573.

GAHDOUN P.-Y., « les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », *D.*, 2005, n° 23, p. 1517.

GAHDOUN P.-Y., « Le conseil constitutionnel et le contrat », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011.

GAUTIER P.-Y., « Le contenu subjectif ou objectif du contrat : l'exemple de la transaction », *RDC*, 2005, p. 1261.

GENICON T., « Clause résolutoire et force majeure : la réapparition du critère de l'extériorité », *RDC*, 2010, n° 3, p. 818

- « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RTD civ.*, 2013, n° 4, p. 1321.

GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », Recueil Dalloz Sirey, 1981, 1^{er} cahier.- Chronique, p. 36.

- « La notion de contrat », *D.*, 1990, 23^e cahier. – Chronique, p. 147.

- « Les données positives du droit », *RTD civ.*, 2002, p. 11.

GRIMALDI C., « Les clauses portant sur une obligation essentielle », *RDC*, 2008, p. 1095.

- « La valeur normative des directives d'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, Colloque Dijon, CREDESCO, 28 mars 2014, *RDC*, 2015, p. 154.

GUYON Y., « Droit du marché et droit commun des obligations », *rapport de synthèse*, *RTD com.* 1998, n°1, p. 121.

HASTING-MARCHADIER A., « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, n°3, p. 683.

HEBRAUD P., « Le juge et la jurisprudence », in *mélanges* offerts à Paul Couzinet, publiés par l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

HOUTCIEFF D., « Le contenu du contrat » in TERRE F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2008, p. 183.

IVAINER T., « La lettre et l'esprit de la loi des parties », *JCP*, 1981, I, 3023.

JAMIN C., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 de Code civil », *D.*, 2002, n° 11.

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges, le contrat au début du XXI^e siècle, études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2011, p. 441.

JESTAZ P., « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273.

- « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, n° 18, p. 46.

JUHAN J.-L., « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation ? », *RLDC*, mars 2009, supplément au n° 58, p. 23.

JULIENNE F., « L'office du juge en droit des contrats », *R.R.J.*, PUAM, 2008, n°4, p. 1925.

LABARTHE F., « Éléments de réflexions à partir de la distinction entre contrat d'entreprise et d'autres contrats », in *mélanges* à Bernard Bouloc, Dalloz, 2007, p. 539.

LAITHIER Y.-M., « Entre contrat unilatéral et contrat synallagmatique : l'extériorisation de la contrepartie », *RDC*, 2006, n° 3, p. 689.

- « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après », *RDC*, 2006, p. 1075.
- « Clauses abusives - Les clauses de responsabilités (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC*, 2009, n° 4, p. 1650.
- « Le déclin de la bonne foi », *RDC*, 2010, n° 3, p. 814.
- « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle-Rapport français », *RDC*, 2010, n° 3, p. 1091.
- « Vers l'abandon du critère économique pour déterminer le caractère unilatéral ou synallagmatique de la promesse de vente ? », *RDC*, 2011, n° 2, p. 422.
- « De l'art de dissimuler l'existence d'une clause pénale », *RDC*, 2011, n° 3, p. 817.
- « La marche forcée vers l'indépendance contractuelle », *RDC*, 2013, n° 4, p. 1331.

LAMOUREUX M., « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, p. 2848.

LAPEYRE A., « L'ordre contractuel et les techniques des contrats », *JCP*, 1967, I.

LECUYER M., « Le contrat acte de prévision », *in mélanges en hommage à François Terré, l'avenir du droit*, Dalloz / PUF / Juris Classeur, 1999, p. 643.

LEVENEUR L., « La liberté contractuelle en droit privé », *L'actualité juridique – droit administratif*, 20 septembre 1998, p. 676.

LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », *in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

LOIR R., « Les nouvelles définitions du professionnel, du consommateur et... non-professionnel », *La semaines juridique-entreprises et affaires-* 2016, n° 27-28, p. 29.

LOKIEC P., « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.*, 2007, n° 5, p. 321.

MALEVILLE-COSTEDOAT M.-H., « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », *RLDC*, 2007, n° 42, p. 63.

MAZEAUD D., « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Mélanges Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001.

- « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Christophe Jamin, D. Mazeaud, (sous la dir.), Economica, 2001, p. 143.

- « Clause de variation de prix », *RDC*, 2005, n° 4, p. 1018.

- « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple « illégitime », in *Mélanges Jean Luc Aubert*, Dalloz, 2005, n° 3, p. 236.

- « Clause de non-garantie d'horaire », *RDC*, 2006, n° 2, p. 328.

- « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? » in études offertes au professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007, p. 309.

- « Sanction de la révocation unilatérale du contrat », *RDC*, 2008, n° 3, p. 734.

- « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC*, 2011, 2, p.690.

- « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.*, oct. 2014, p. 38.

- « L'encadrement des pouvoir du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in *Colloque l'interprétation une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 2015, p. 187.

MEKKI M., CHANTEPIE G., « L'efficacité attendu du contrat », *RDC*, 2010, n° 1, p. 351.

MEKKI M., « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *RDC*, 2006, n° 2, p. 297.

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelles », *RDC*, 2006, n° 4, p.1051. (1^{re} partie).

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelles : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC*, 2007, n° 2, p. 239. (2^{de} partie).

MESTRE J., CAVALIE B., « L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC*, mars 2009, supplément au n° 58, p. 19.

MESTRE J., FAGES B., « Acceptation des conditions générales », *RTD civ.*, 2006, p.107

- « Portée de la clause d'intégralité », *RTD civ.*, 2006, p. 111.

- « Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipulées en vue de faciliter la renégociation du contrat », *RTD civ.*, 2006, p.112.

MESTRE J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à Paul Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439.

- « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 42.

- « Mais, même si l'accord ne se fait pas, gare à une rupture déloyale de pourparlers ! », *RTD civ.*, 1996, p. 145.

- « Les documents contractuels », *RTD civ.*, 1997, p. 118.

- « De l'interprétation de clauses en conflit », *RTD civ.*, 1999, p. 836.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Clauses abusives : précisions sur la notion de déséquilibre significatif », *La semaine juridique - Entreprise et affaires* - n° 14 - 3 avril 2014, p. 41.

MOURY J., « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, n° 24, p. 382.

MOUSSERON M., « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

NAJJAR I., « L'accord de principe », Recueil Dalloz. Sirey, 1991, 9^e cahier, Chronique XIII, p. 57.

- « La notion d'ensemble contractuel », in *mélanges André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 509.

PELLETIER C., « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC*, 2011, n° 3, p. 916

PERES C., « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », *RDC*, 2013, n° 4, p. 1285.

-« La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC*, 2010, p. 539.

PONS S., « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 8 avril 2008 – n° 71.

RAKOTOVAHINY M.-A., « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA*, 2011, n° 153, p. 6.

RAWACH E., « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D.*, 2001, n° 2, p. 223.

REMY-CORLAY P., « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, 2005, n° 178, p. 4.

REJET T., « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 277.

- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », in *Colloque l'interprétation une menace pour la sécurité des conventions*, *RDC*, 2015, p. 199.

RAKOTOVAHINY M.-A., « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA*, 2011, n° 153, p. 6.

SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC*, 2013, n° 4, p. 1643.

SAVAUX E., « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC*, 2011 n° 1, p. 34.

- « Les effets de la caducité du contrat sur la clause pénale », *RDC*, 2011, n° 3, P. 826.

SEUBE J.-B., « Le coffre-fort, l'incendie et la force majeure », *RDC*, 2006, n° 2, p. 402.

- « Qualifier le bail ou interpréter la volonté des parties », *RDC*, 2007, n° 3, p. 810.

- « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », *RDC*, 2011, n°1, p. 173.

SIMLER P., « Propos introductifs – A la recherche des frontières de l'interprétation », *in colloque*, *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? RDC*, 2015, n° 1, p. 145.

SIRI A., « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente », *R.R.J.* 2008-3, p. 1339.

SPITZ J.-F., « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, n° 2, p. 281.

STOFFEL-MUNK P., « L'après contrat », *RDC*, 2004, p. 159.

- « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009 n° 1, p. 333.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p.357.

TROCHON J.-Y., LONCLE J.-M., « Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises », *LPA*, 1996, n° 106-9.

WALINE J., « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *in Mélanges Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001 p. 73.

WITZ C., « Effets, interprétation et qualification du contrat », *RDC*, 2009, n° 1, p. 318.

- « la protection contre les clauses abusives : quel modèle pour le futur Cadre commun de référence ? », *RDC*, 2009, n° 2, p. 883.

IV.– NOTES et OBSERVATIONS

CARBONNIER J., note sous Cass. soc. 24 mars 1958, *J.C.P.* 1958. II. 10868.

CHABAS C., obs. sous Cass. com. 10 juill. 2007, *JCP G*, 2007, n° 29, act. 340.

DELEBECQUE P., obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, *JCP N*, n° 102, 36381.

FAGES B., obs. sous Cass. com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629, *RTD civ.*, 2012, p. 721.

- « obs. sous Cass. civ. 26 sept. 2012, *RTD civ.*, 2012, n° 4, p. 723.

GENICON T., obs. sous Cass. civ. 17 févr. 2011, n° 10-13980, *RDC*, 2011, 3, p. 832.

GHESTIN J., obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, *JCP G*, 2011, n° 63, p. 129.

GIBOULOT A., note sous Cass. civ. 6 mars 1876, *D.*, 76, I, 193.

HOUTCIEFF D., note sous Cass. com., 29 juin 2010, *JCP G*, 2010, n° 787.

LAITHIER Y.-M., obs. sous Cass. civ. 1, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65673, *RDC*, 2010, n° 2, p. 420.

- obs. sous Cass. civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 12-14870, *RDC*, n° 3, p. 888.

LAUDE A., note sous CA, Paris, 4^e ch., 23 mars 1982, *GP*, 1983, n° 325, p. 205,

LEVENEUR L., note sous Cass. com. 8 octobre 1991, *Contrats-concur.-consom.*, janvier 1992, n° 1.

LIBCHABER R., note sous Cass. civ., 1, 25 juin 2014, n° 13-16529, *RDC*, 2015, p. 33.

MAZEAUD D., obs. sous Cass. com., 9 juin 2009, *RDC*, 2009, p. 1345.

- obs. sous Cass. civ. 1, 30 octobre 2008, n° 07-17646, *RDC*, 2009, p. 49.

- note sous Cass. com. 29 juin 2010, *D.*, 2010, p. 1832.

MESTRE J., FAGES B., obs. sous Cass. com. 15 févr. 2000, n° 97-19793, *RTD civ.*, 2000, p. 325.

- obs. sous Cass. com., 2 juill. 2002, n° 00-13.459, *RTD civ.* 2003, p. 76.

PELLETIER C., obs. sous Cass. civ. 2, 16 déc. 2010, n°09-71575., *RDC* 2011, p. 916,

ROUQUIE S., obs. sous Cass. com. 7 juill. 2004, *JCP E*, 2005, n° 21, 768.

SEUBE J.-B., obs. sous Cass. civ. 3, 14 janvier 2004, *RDC*, 2004, p. 708.

STOFFEL-MUNK P., note sous Cass. com. 10 juill. 2007, *D.*, 2007, n° 40, p. 2839.

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, *JCP E*, 2010, 1790.

V.– JURISPRUDENCES

Cass., sect., réun., 2 février 1808, *GAJC*, n° 160, p. 153.

Civ. 15 avril. 1872, *GAJC*, n° 161, p. 156.

Civ. 6 mars 1876, *GAJC*, n° 165, p. 183.

Civ. 21 nov. 1911, *DP*, 1913. I. 249.

Cass. com. 24 mars 1965, *D.*, 1965, 474.

Cass. civ. 3^{ème}, 26 février 1975, *Bull. civ.*, III n° 83, p.

Cass. com. 14 mai 1985, *Bull. civ.*, IV. n° 153, p. 130.

Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1987, *JCP*, 1987. IV. 391.

Cass. Com. 6 mars 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 74, p. 51.

Cass. Com. 12 octobre 1993, *RJDA*, 1994, n°51.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1994, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 53.

Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995, n° 91-1578. *Bull. civ.*, 1995, n° 7, p. 13.

Cass. com. 22 octobre 1996, *D.*, 1997. 121.

Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. civ.*, IV. n° 26, p. 18.

Cass. civ., 3^e, 1^{er} juillet 1998, *Bull. civ.*, III n° 145, p. 97.

Cass. com., 1^{er} avril 2003, n° 01-03.109.

Cass. ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

CA. de Douais, ch.2, sect.2, 17 sept. 2009, n° 07/08370.

Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-65673. *RTD civ*, 2011. 346.

Cass. ass. plén., 2011, n° 09-16.008.

Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2015, n° 14 -19.981.

TABLE DES MATIÈRES

De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat.	
Introduction générale.....	9
Première partie.....	16
L'interprétation des clauses contractuelles.....	16
Titre premier.....	18
La recherche du sens du contrat	18
Chapitre premier.....	19
La commune intention des parties.....	19
section 1. La volonté réelle, l'intention de contracter.	20
§ 1. L'intention de contracter ou la recherche de l'accord des volontés.	22
§2. La recherche de la volonté réelle: la commune intention.....	25
section 2. La volonté déclarée, le consentement des parties.	29
§1. Les clauses contractuelles, extériorisation de la volonté commune des parties.	30
A. Les clauses contractuelles renseignent sur les volontés exprimées.....	32
B. L'ambiguïté du texte rend l'interprétation inéluctable.	34
§2.La discordance entre la volonté déclarée et la volonté interne.....	36
A. Le rapport entre la commune intention et la volonté réelle.....	36
B. La volonté réelle ne se retrouve pas naturellement dans la volonté déclarée ..	38
Chapitre second.....	43
La phase précontractuelle, outil d'interprétation.....	43
section 1. Les pourparlers phase de négociation préliminaire à la fixation de l'offre déterminée.	44
§1.L'invitation à entrer en pourparlers un dialogue ouvert entre les parties.....	46
§2. Offre de contracter et contre-proposition	48
section 2. L'aménagement conventionnel des pourparlers.....	53
§1. Les accords de principe.	55
§2. Les accords partiels sur la fixation des éléments acquis.	59
Conclusion du titre premier.....	62
Titre second.....	64
Les directives d'interprétation.....	64
Chapitre premier.....	65
Les dispositions législatives d'interprétation	65

section 1. La méthode subjective d'interprétation: la recherche de la volonté commune des parties.	66
§1. Retour sur les articles anciens abrogés.	67
§2. Les articles nouveaux substitués aux articles anciens à connotation subjective.	69
section 2. Le renforcement de la méthode d'interprétation objective par l'ordonnance du 10 février 2016.	71
§1. L'interprétation objective à travers les articles nouveaux du Code civil.	72
A. La référence à la « personne raisonnable ».	72
B. L'interprétation in favorem dans l'esprit de la règle ancienne.	74
C. Les recommandations des articles 1189 et 1191 nouveaux.	75
§2. L'interprétation créatrice, une méthode d'interprétation objective.	76
Chapitre deuxième.	78
Les dispositions conventionnelles d'interprétation.	78
section 1. Les clauses d'explicitation des dispositions contractuelles.	79
§1. La clause de définition, le sens des termes contractuellement définis.	80
§2. La clause d'information sur la nature d'un élément donné.	81
A. Le titre ou la clause d'intitulé.	82
B. Le préambule.	83
§3. La clause de priorité, la hiérarchisation des documents.	83
section 2. Les clauses de méthode d'interprétation.	85
§1. Les clauses restrictives et extensives d'interprétation.	86
A. La clause d'intégralité.	86
B. La clause de voisinage.	88
§2. Les clauses exclusives d'interprétation.	89
Conclusion du titre second.	93
Conclusion de la première partie.	95
Deuxième partie.	97
Les effets de l'interprétation sur la qualification du contrat.	97
Titre premier.	98
Les éléments du contrat retenus au titre de la qualification.	98
Chapitre premier.	100
Les éléments objectifs attachés à la qualification du contrat.	100
section 1. Les obligations principales, fondement de la qualification du contrat.	102
§1. L'identification des obligations principales et la classification du contrat.	104
A. La notion de chose dans la sphère contractuelle.	106
1. La chose élément économique objet du contrat.	109
2. La chose objet de la prestation promise.	111

B. Le prix de la chose partie prenante de la notion d'objet.....	116
1. Le prix de la chose doit être déterminé ou déterminable.....	116
2. L'incidence du prix de la chose sur la qualification du contrat.	118
§2. Le rôle des obligations accessoires, une exception à la qualification du contrat.....	122
section 2. L'obligation essentielle en tant que finalité du contrat	125
§1. L'obligation essentielle, corrélatrice des obligations principales.....	125
§2. La délimitation de l'obligation essentielle par le contenu du contrat.....	127
A. De l'objet de l'obligation à l'objet du contrat	128
1. L'objet du contrat comme étant l'objet de l'opération juridique.	128
2. L'objet de l'obligation essentielle, objet de l'opération juridique projetée	130
B. L'objet de l'obligation essentielle à l'image de l'objet du contrat	133
Chapitre second	135
Les éléments subjectifs opérant sur la qualification du contrat.....	135
section 1. La volonté des parties agent de la qualification.	136
§1. La volonté de subordonner l'accord à un régime légal de rattachement.....	139
A. Le choix d'un régime préétabli.....	139
B. La part de la volonté sur les éléments objectifs de la qualification.	142
§2. La volonté de donner à l'accord un régime juridique spécifique	144
section 2. Les limites à la volonté des parties de fixer librement la qualification du contrat.....	146
§1. La libre disposition des droits.....	146
A. Les clauses allégeant les obligations, une limitation à l'exécution des engagements consenti.....	147
B. Les clauses de responsabilité proprement dites	148
1. Les effets de la prérogative sur l'obligation essentielle.	149
2. Les prérogatives contractuelles aménageant une obligation principale.....	151

§2. La contrariété à l'ordre public, la référence à la cause subjective.....	152
Conclusion du titre premier	155
Titre second	157
Le contrôle du juge sur l'opération contractuelle.....	157
Chapitre premier.....	158
L'ingérence du juge du fond dans le contrat	158
section 1. Le contrôle préalable de la qualification du contrat par le juge.....	158
section 2. L'intervention légitime du juge sur les dispositions contractuelles litigieuses.....	164
§1. Le contrôle du juge sur le déséquilibre contractuel.....	166
A. La préservation de l'économie du contrat.	166
B. Le juge à la recherche de la cohérence des clauses contractuelles.	171
§2. Le pouvoir constructif du juge.....	174
A. L'interprétation par le complètement du contrat.	174
1. Le complètement du contrat fondé sur l'équité.	176
2. Le complètement du contrat fondé sur la bonne foi.	179
B. Le pouvoir de refaire le contrat.....	180
Chapitre second	183
Le juge face à la commune intention des parties.....	183
section 1. La détermination de la volonté commune des parties.....	184
§1.La contrepartie, élément déterminant dans les opérations d'interprétation et de qualification.....	185
A. Le contrôle de la contrepartie contre la volonté des parties.	188
B. Le déséquilibre contractuel est le ferment de l'émergence des conflits.	189
section 2. Le respect de la commune intention : le contrôle de dénaturation.....	190
Conclusion du titre deuxième	196
Conclusion de la seconde partie	198
Conclusion générale	199

Auteur Alain LAGADEC

Université de Toulon
CDPC

**De l'interprétation des clauses contractuelles à la
qualification du contrat**

De la volonté des parties de s'accorder sur les éléments essentiels d'un contrat, naît tout un processus contractuel qui se traduit par la création d'obligations, éléments susceptibles d'être à l'origine d'un désaccord. Dès lors qu'un juge est saisi d'un litige, les opérations d'interprétation et de qualification du contrat litigieux auxquelles il se consacre se définissent par une double fonction. Dans un premier temps, l'interprétation du contenu du contrat permet au juge de repérer les éléments de fait qui ont été déterminants de la volonté des parties de contracter. Dans un second temps, une fois déterminés, ces éléments qui sont porteurs du sens du contrat, vont permettre au juge d'apporter, une solution au désaccord qui oppose les parties. Or, la solution ne trouvera son efficacité que si le juge applique aux éléments de fait qu'il a identifiés le droit approprié ; il faut pour cela qualifier le fait au sens où la qualification, consiste à déterminer la catégorie dans laquelle s'inscrit le contrat, afin de lui appliquer le régime juridique qui lui correspond. Elle est en cela le préalable à l'application d'une règle juridique. Opération intellectuelle, la qualification fait ainsi office de charnière entre les deux fonctions attachée à l'opération d'interprétation que sont l'interprétation des données de fait et la solution apportée par le juge sur le contenu contractuel litigieux.

**From the interpretation of the contractual terms to the characterization of the
contract**

A contractual process begins with the intention of the parties to agree on the essential elements of a contract. This process which results in the creation of obligations, may be the cause of a disagreement. When a judge has to rule on a contractual dispute, the processes of interpretation and characterization of the contract which he has to perform have a double function. First, the interpretation of the contents of the contract allows the judge to identify the factual elements which are evidence of the intention of the parties to enter into a contract. Secondly, once identified, these elements which contain the meaning of the contract, will allow the judge to find a solution to the disagreement between the parties. However, this solution will only be efficient if the judge applies the appropriate law to the facts which he has identified. To do so, the judge will have to characterize the contract, which consists in determining the category in which the contract falls in order to apply the relevant legal framework. Thus, characterization is a prerequisite to the application of a legal provision. The intellectual process of characterization is the link between the two functions involved in the interpretation process, i.e. the interpretation of the factual elements and the solution provided by the judge to the disputed contractual terms.